

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

TATIANNA MELLO PEREIRA DA SILVA

**A (i) legitimidade da aplicação de medidas de controle do impacto ambiental aos produtos importados: em prol de um comércio internacional sustentável**

Belo Horizonte  
2013

TATIANNA MELLO PEREIRA DA SILVA

**A (i) legitimidade da aplicação de medidas de controle do impacto ambiental aos produtos importados: em prol de um comércio internacional sustentável**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

*Área do conhecimento:* Direito

*Área de concentração:* Direito e Justiça

*Linha de Pesquisa:* Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

*Projeto Estruturante:* Desenvolvimento e Mercado no Contexto da Sociedade Globalizada

*Projeto Individual:* O papel das Organizações Internacionais na Sociedade Globalizada

*Orientador:* Prof. Dr. Roberto Luiz Silva

Belo Horizonte  
2013

Silva, Tatianna Mello Pereira da

S586i A (i)legitimidade da aplicação de medidas de controle do impacto ambiental aos produtos importados : em prol de um comércio internacional sustentável / Tatianna Mello Pereira da Silva. – 2013.

Orientador: Roberto Luiz Silva  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia

1. Organização Mundial do Comércio2. Direito internacional público – Teses 3. Direito econômico4. Proteção ambiental 5. Desenvolvimento sustentávelI. Título

CDU <sup>(1976)</sup>: 341.1:33

TATIANNA MELLO PEREIRA DA SILVA

**A (i)legitimidade da aplicação de medidas de controle do impacto ambiental aos produtos importados: em prol de um comércio internacional sustentável**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Banca Examinadora composta pelos membros:

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Roberto Luiz Silva (Presidente)  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Belo Horizonte, de agosto de 2013.

Nota final: \_\_\_\_\_

Aos meus maiores amores  
Pedro  
Patrícia  
Zilka

## AGRADECIMENTOS

Em meio a um turbilhão de acontecimentos, essa dissertação é uma ambígua linha de chegada/partida. A conclusão do trabalho marca também o começo de novos e sonhados projetos. Ao iniciar a caminhada desse mestrado desejava trilhar novos rumos profissionais e a pesquisa foi meu instrumento de experimentação e transição. Sabia que enfrentaria inquietantes dúvidas, estimulantes desafios e que teria que fazer árduas escolhas. Contudo, jamais poderia imaginar que esses dois anos seriam tão intensos, tão frutíferos e que coisas tão impensáveis poderiam se realizar. Transformação é a palavra que melhor sintetiza esse período. A minha mais sincera e profunda gratidão ao meu orientador, Professor Roberto Luiz Silva, e à professora Juliana Cordeiro por terem sido verdadeiras chaves a abrir diversas das portas que hoje tenho diante de mim e que entremostam caminhos idealizados e promissores. A eles devo o acesso às inestimáveis oportunidades que hoje se me apresentam e que me fazem retribuir, ainda que modestamente, com o compromisso de me dedicar com vigoroso empenho. À minha mãe e avó por terem aturado diariamente minha impaciência e por terem compreendido minha reclusão, vibrando por cada página escrita. Ao meu eterno namorado, Pedro, pela paciência e companheirismo nas infindáveis horas de estudo, que tornaram a produção desse trabalho tão mais agradável (e musical). Aos amigos e familiares por perdoarem minhas ausências na reta final e por incentivarem minha dedicação a essa pesquisa. Finalmente, agradeço à CAPES pelo financiamento, que viabilizou muito mais do que a realização desse trabalho, mas a gestação de novos projetos.

*“You may say, I'm a dreamer  
But I'm not the only one  
I hope someday you'll join us  
And the world will be as one”  
(John Lennon)*

## **A (i)legitimidade da aplicação de medidas de controle do impacto ambiental aos produtos importados: em prol de um comércio internacional sustentável**

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo averiguar a (i)legitimidade da aplicação de medidas internas fiscais e regulamentares de controle do impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida do produto a bens importados à luz do sistema multilateral de comércio. Para tanto, será empreendida uma pesquisa qualitativa exploratória a partir do estudo dos acordos integrantes da estrutura legal da Organização Mundial do Comércio (OMC), da bibliografia e de casos paradigmáticos levados à apreciação dos Painéis instalados sob a égide do GATT e do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Além de convidativa à reflexão, a questão é incontestavelmente atual na medida em que questões ambientais são progressivamente alçadas ao topo das agendas internacional e interna de diversos países, proliferando-se as medidas que pretendem endereçá-las, muitas das quais são comercialmente restritivas. A verificação da legitimidade de sua aplicação aos produtos importados dependerá, primeiramente, do reconhecimento dos princípios e objetivos norteadores do sistema multilateral de comércio, conforme elencados no preâmbulo do Acordo de Marraqueche, indispensáveis para uma correta interpretação dos acordos da OMC. Posteriormente, será necessária uma incursão pelo regramento geral do comércio de bens, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), sendo de especial interesse compreender o princípio do tratamento nacional inscrito no art. III, especificamente no que diz respeito à evolução da interpretação conferida ao termo 'produtos similares', e o escopo das exceções elencadas pelo art. XX. As disposições análogas do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), onde se enquadram algumas das medidas objeto de estudo, também serão analisadas. Munido do respaldo doutrinário e jurisprudencial, o trabalho será conduzido à conclusão de que há uma tendência em reputar a aplicação das medidas internas de controle da pegada ecológica a produtos importados como violação ao princípio do tratamento nacional, condicionando sua legitimidade à verificação de sua subsunção às alíneas do art. XX do GATT. Por acreditar que essa tendência deriva de uma interpretação insular e distorcida dos acordos da OMC, descomprometida com os objetivos que lhe são subjacentes, o trabalho avançará para a seara propositiva apontando a reformulação da abordagem *aim-and-effects*, como alternativa para uma interpretação mais consistente, teleológica e sistêmica do princípio do tratamento nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** comércio internacional; impacto ambiental; pegada ecológica; princípio do tratamento nacional; similaridade; aim-and-effects; Organização Mundial do Comércio.



**The (i)legitimacy of applying environmental impact control measures to imported goods: towards a sustainable international trade**

***ABSTRACT***

The present work will investigate the (i)legitimacy of applying fiscal and regulatory measures aimed at controlling the environmental impact throughout a good's life cycle to imported products by the light of the multilateral trade system. Thereunto, an explanatory qualitative research will be conducted by studying the World Trade Organization (WTO) legal structure, specialized bibliography and paradigmatic cases submitted either to Panels established under the GATT 1947 or the Dispute Settlement Body (DSB). Besides being a remarkably interesting topic, this discussion is increasingly relevant and current to the extent that environmental issues are progressively topping international and domestic agendas, and measures aimed at mitigating and controlling environmental impact are proliferating, many of which may be trade restrictive. In order to investigate the legitimacy of these fiscal and regulatory measures we will first have to recognize the guiding principles and purposes of the multilateral trade system as contained on the preamble of the Marrakesh Agreement, what will be indispensable for a proper interpretation of the WTO agreements. Next, it will be necessary to carry an incursion on the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), where the understanding of the national treatment principle, inserted on art. III, specifically as regards the evolution of the interpretation of the 'like products' concept, and of the exceptions contained on art. XXIII, will be of special interest. Analogous provisions of the Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement, that covers some of the measures under study, will also be subject to analysis. Having a solid doctrinaire and jurisprudential background, the present work will reach the conclusion that there is a trend to consider the application of internal measures of ecological footprint control to imported goods as violation of the national treatment principle, therefore conditioning its legitimacy to the verification of its subsumption to one of art. XXIII paragraphs. Believing that this trend derives from an insular and distorted interpretation of the WTO agreements, that deviates from its underlining purposes, this work will propose a reformulation of the aim-and-effects approach as an alternative to a more consistent, teleological and systemic interpretation of the national treatment principle.

**KEYWORDS:** international trade; environmental impact; ecological footprint; national treatment principle; likeness; aim-and-effects; World Trade Organization.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- BIRD – Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
- CITES – Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção
- ECOSOC – Conselho Social e Econômico
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
- NAFTA – Acordo de Livre Comércio da América do Norte
- OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- OIC – Organização Internacional do Comércio
- OMC – Organização Mundial do Comércio
- ONU – Organização das Nações Unidas
- OSC – Órgão de Solução de Controvérsias
- PPM – Método de Produção e Processamento
- SPS – Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias
- TBT – Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio

## SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	12
2.	MEDIDAS FISCAIS E REGULAMENTES DE CONTROLE DO IMPACTO AMBIENTAL AO LONGO DA CADEIA PRODUTIVA.....	19
	2.1. Comércio internacional e falhas mercadológicas.....	19
	2.2. Medidas fiscais e regulamentares: definição, abrangência e relevância .....	25
3.	SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO.....	34
	3.1. Breve histórico e estrutura organizacional .....	34
	3.2. Objetivos e princípios informativos .....	42
4.	PRINCÍPIO DO TRATAMENTO NACIONAL: ART. III do GATT .....	46
	4.1. Produtos Similares.....	52
	4.1.1. Abordagem Objetiva.....	52
	4.1.1.1. <i>US – Tuna-Dolphin I</i> .....	60
	4.1.2. Abordagem “ <i>aim-and-effects</i> ” .....	67
	4.1.2.1. <i>US – Taxes on Automobiles</i> .....	73
	4.1.3. Abordagem econômica ou mercadológica.....	79
	4.1.3.1. <i>EC – Asbestos (DS135)</i> .....	83
5.	EXCEÇÕES GERAIS: ART. XX do GATT .....	92
	5.1. Alínea <i>b</i> : “necessárias” .....	95
	5.1.1. <i>Brazil – Retreated Tyres (DS332)</i> .....	97
	5.2. Alínea <i>g</i> : “relativas a”; “recursos naturais esgotáveis”; “conjuntamente com” ..	100
	5.2.1. <i>US – Shrimp Turtle (DS58 e DS61)</i> .....	102
	5.3. Extraterritorialidade.....	110
	5.3.1. <i>US – Tuna-Dolphin I</i> .....	111
	5.3.2. <i>US – Tuna-Dolphin II</i> .....	115
	5.4. <i>Caput</i> : “discriminação arbitrária ou injustificada” e “restrição disfarçada” .....	118
	5.4.1. <i>US – Gasoline (DS2 e DS4)</i> .....	121
6.	ACORDO SOBRE BARREIRAS TÉCNICAS AO COMÉRCIO (TBT).....	126
	6.1. <i>US – Clove Cigarettes (DS 406)</i> .....	131
7.	CONCLUSÃO.....	140
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	151

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX assistimos à crescente liberalização e integração dos mercados nacionais com conseqüente intensificação dos fluxos comerciais internacionais. Esse fenômeno é fruto do modelo de desenvolvimento econômico neoliberal, que se disseminou ao redor do globo, e do estabelecimento de um sistema multilateral de comércio, que começou a ser construído a partir do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, mais conhecido por seu acrônimo em inglês, GATT, celebrado em 1947, e que foi definitivamente instituído a partir da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994.

Nos primeiros anos de funcionamento do GATT (1950-1973), as exportações globais de mercadorias cresceram mais de 8% ao ano em termos reais, descontada, portanto, a inflação do período. Apesar do arrefecimento da expansão comercial desencadeado pelos dois choques de alta no preço do petróleo, ocorridos em 1973 e 1979, e, posteriormente pela explosão da inflação nos anos 80, o comércio voltou a crescer em 1990 e continuou a expandir até 2007, embora tenha experimentado leve contração em 2001. De todo modo, se considerarmos todo o período (1950-2007) teremos uma elevada média anual de 6,2% de crescimento.<sup>1</sup>

Não por acaso, o relatório *Millennium Ecosystem Assessment* (Avaliação Ecológica do Milênio) elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), constatou que na segunda metade do século XX a humanidade alterou os ecossistemas mundiais de forma nunca antes vista e degradou ou utilizou de maneira insustentável aproximadamente 60% dos serviços ambientais exercidos por esses ecossistemas. As emissões globais de dióxido de carbono quadruplicaram no período e a taxa de extinção de espécies foi 1000 vezes maior do que a média histórica. O acentuado aumento no lançamento de nitrogênio na atmosfera a partir da queima de combustíveis fósseis em veículos automotores e do uso de fertilizantes na agricultura criou áreas desérticas em nossos oceanos. E mais da metade dos cardumes globais pescáveis foi consumida atingindo seu limite biológico de reprodução, ao passo que um quarto desses cardumes foi consumido além da taxa de reposição.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> OMC. *World Trade Report 2008: Trade in a Globalizing World*. Genebra: OMC, 2008, p. 15. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/world\\_trade\\_report08\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report08_e.pdf)>. Acesso em 02 mai. 2013.

<sup>2</sup> IISD e UNEP. *Environment and Trade: a Handbook*. 2 ed. Montreal, 2005, p. 18-19.

É claro que o estrondoso aumento populacional vivenciado no século XX, de mais de 250% desde 1950, é em grande parte responsável pela pujante pressão exercida sobre o meio ambiente, mas as concomitantes e antagônicas tendências de progresso econômico e comercial e destruição ambiental não podem ser vistas de forma isolada; muito pelo contrário, devem ser analisadas conjuntamente, já que são fundamentalmente relacionadas.

De fato, meio ambiente e comércio internacional se relacionam de forma intrínseca e inegável, já que direta ou indiretamente todas as mercadorias que abastecem o comércio internacional são produzidas a partir de matérias-primas extraídas da natureza, originando-se, portanto, de recursos naturais ainda que submetidos a processos mais ou menos intensos de transformação pela indústria.

Além do mais, é do meio ambiente que são extraídos os recursos necessários à produção, transporte, envasamento e armazenamento dos bens internacionalmente comercializados, e também é ele quem propicia as condições para que os resíduos gerados pelo processo de produção, transporte e consumo desses bens sejam decompostos e assimilados.

Em razão dessa indissociável relação, que se estende, pois, desde a extração das matérias-primas para a confecção das mercadorias, passando pelo seu processo de produção e alcançando por fim seu descarte, os países participantes da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como Cúpula da Terra, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1992, expressamente consignaram na Agenda 21,<sup>3</sup> §2.19, que:

As políticas ambientais e as políticas comerciais devem reforçar-se reciprocamente. Um sistema comercial aberto e multilateral possibilita maior eficiência na alocação e uso dos recursos, contribuindo assim para o aumento da produção e dos lucros e para a diminuição das pressões sobre o meio ambiente. Dessa forma, proporciona recursos adicionais necessários para o crescimento econômico e o desenvolvimento e para uma melhor proteção ambiental. Um meio ambiente saudável, por outro lado, proporciona os recursos ecológicos e de outros tipos necessários à manutenção do crescimento e ao apoio à expansão constante do comércio. Um sistema comercial aberto, multilateral, que se apoie na adoção de

---

<sup>3</sup> A Agenda 21 é o documento elaborado em conclusão às reuniões empreendidas ao longo da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1992, de caráter declaratório e não vinculativo, que, conforme definido no artigo 1.3 de seu Preâmbulo “tem o objetivo de preparar o mundo para os desafios do próximo século (...) [estabelecendo] um compromisso político no nível mais alto no que diz respeito a desenvolvimento e cooperação ambiental.”.

políticas ambientais saudáveis, teria um impacto positivo sobre o meio ambiente, contribuindo para o desenvolvimento sustentável.<sup>4</sup> [grifo nosso]

Apesar da óbvia relação de dependência existente entre comércio internacional e meio ambiente – diante da impossibilidade da existência do primeiro em um mundo de recursos naturais exauridos –, as questões ambientais ganharam espaço na agenda comercial apenas no findar do século XX, não obstante já fossem uma preocupação dos ambientalistas há algum tempo.<sup>5</sup> O debate acerca destas questões sempre foi muito efusivo e polarizado. Desde a institucionalização do sistema multilateral de comércio – e até mesmo sob os auspícios do GATT – opiniões têm se dividido quanto ao espaço – se é que algum – a ser ocupado por questões ambientais na agenda da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Há quem sustente, como Matsushita, Schoenbaum e Mavroidis, que o objetivo institucional da OMC seria unicamente promover a liberalização do comércio internacional por meio da diminuição das tarifas e da eliminação das barreiras comerciais não tarifárias, sendo sua função limitada à administração dos acordos celebrados no contexto das negociações comerciais empreendidas sob sua égide.<sup>6</sup> Não seria, portanto, o fórum adequado para o debate de questões afetas ao meio ambiente, estando além de sua esfera de atribuição promover a preservação ambiental.

Oliveira e Brunner argumentam que seria impossível à OMC promover a reconciliação entre os objetivos de liberalização do comércio e preservação ambiental, ponderando que a divergência muitas vezes verificável entre as disposições do GATT e os interesses ambientalistas só poderiam ser superadas a partir da criação de uma Organização Mundial do Meio Ambiente.<sup>7</sup> Adotando posição semelhante, Esty defende que essa nova instituição poderia ser constituída a partir da institucionalização do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).<sup>8</sup>

<sup>4</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Agenda 21. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 01 mai. 2013. O original, em inglês, deste documento, pode ser acessado através do site da ONU: <<http://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2013.

<sup>5</sup> TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2ª ed. Londres: Routledge, 1995, p. 381.

<sup>6</sup> MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 441.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. *Meio Ambiente e Desenvolvimento na Organização Mundial do Comércio*. São Paulo: Ed. IOB, 2006, p. 204; e BRUNNER, Annick Emmenegger. Conflicts Between International Trade and Multilateral Environmental Agreements. *Annual Survey of International & Comparative Law*, São Francisco, v. 4, 1997, p. 90.

<sup>8</sup> ESTY, Daniel C. *Greening the GATT*. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1994, p. 78/79.

Por certo, em se tratando da Organização Mundial do Comércio, não seria de se esperar que fosse reputada como o fórum adequado para tratar de toda e qualquer questão relacionada à proteção e preservação do meio ambiente. Todavia, soa igualmente certo que, dentre essas questões, aquelas que de alguma forma estão relacionadas ao comércio internacional deveriam merecer um espaço na agenda da OMC, não só em atenção aos anseios e ao imperativo de preservação ambiental, como ainda por razões de caráter comercial.

Assim como é incontestável que as políticas comerciais têm o condão de afetar o meio ambiente, promovendo a conservação dos recursos e sua utilização eficiente, em alguns casos, ou encorajando sua superexploração, em outros,<sup>9</sup> é igualmente irrefutável que as políticas ambientais eventualmente adotadas pelos membros da OMC podem impactar o comércio de forma positiva, facilitando o intercâmbio de produtos ecologicamente corretos, ou negativa, impedindo ou obstando a comercialização de certos tipos de bens.

Essa mútua interferência, logicamente derivada da natureza da relação existente entre comércio internacional e meio ambiente, parece indicar a necessidade de um tratamento conjunto na exata medida em que as políticas comerciais e ambientais se sobrepõem e interconectam, a fim de evitar que suas disposições se contradigam ou confrontem, assegurando que se complementem e confirmem, alcançando o máximo grau de efetividade.

Não obstante, liberalistas e ambientalistas nutrem entre si mútua desconfiança que Jeffrey Frankel designa de “receios simétricos”.<sup>10</sup> Os primeiros temem que a proteção ambiental seja usada como justificativa para que agentes econômicos se protejam da competição estrangeira, ao passo em que os segundos receiam que a liberalização comercial sirva como justificativa para privilegiar o objetivo econômico de maximização do Produto Interno Bruto (PIB) em detrimento dos objetivos ambientais.<sup>11</sup> Esse fenômeno é bem ilustrado por Edith B. Weiss e John J. Jackson:

Uma preocupação dos ambientalistas é que a OMC considere as medidas nacionais (inclusive locais) e internacionais para proteger o ambiente como inconsistentes com o GATT 1994 e outros acordos da Organização, tornando-as inválidas. Eles temem que o comércio liberalizado atrepele o vigor e a integridade ambiental. A proteção ambiental opera em escala de

<sup>9</sup> FISCHER, Carolyn. Does Trade Help or Hinder the Conservation of Natural Resources? *Review of Environmental Economics and Policy*, Oxford, v. 4, 2010, p. 103.

<sup>10</sup> FRANKEL, Jeffrey. *The Environment and Globalization*. Cambridge: Harvard University Weatherhead Center for International Affairs Working Paper Series, paper 03-02, maio 2003.

<sup>11</sup> “Often, environmentalists tend to identify liberal trade with environmentally destructive unrestrained economic growth. Many free traders, on the other hand, are largely dismissive of the environmentalists’ concerns as either disguised protectionism or irrational fanaticism.” In: TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2ª ed. Londres: Routledge, 1995, p. 381.

tempo de décadas, até mesmo séculos, enquanto o comércio livre e irrestrito atua em esquema temporal muito mais curto. (...) Os que propõem comércio liberalizado e mercados abertos argumentam que isso produz o crescimento econômico que permite às pessoas satisfazerem necessidades econômicas básicas e adquirir um padrão de vida razoável e, até, alto. Apenas quando essas necessidades estiverem satisfeitas, as pessoas terão recursos e a vontade de proteger o meio ambiente. Muitos reconhecem que os problemas ambientais são importantes, mas acreditam que não devam ser resolvidos distorcendo-se o sistema de comércio. Afirmam que essa distorção seria uma prática contraproducente tanto para o ambiente como para a promoção do crescimento econômico.<sup>12</sup>[grifo nosso]

No entanto, estamos certos de que a insistência em conferir tratamento isolado a questões que se tangenciam e confundem conduz à perpetuação do quadro estereotipado de embate. E, diante da anterioridade e consolidação do Direito Internacional Econômico, que contrasta com a modernidade e difusão dos instrumentos legais internacionais de proteção ambiental, somos forçados a enquadrar a questão “como uma discussão para determinar se os esforços para proteger o ambiente são consistentes com o Direito Internacional Econômico”.<sup>13</sup>

Não se trata propriamente de avocação de competência ambiental pela OMC, mas apenas de reconhecimento de que não se pode mais compreender o comércio nos moldes vigentes até o fim do século passado. Isso porque o comércio que se busca no século XXI tem o fim de promover um desenvolvimento que não seja puramente econômico, no que já é razoavelmente bem sucedido, mas um desenvolvimento que seja sustentável, no que ainda é insipiente. Sob tal ótica, a OMC continuaria sendo uma organização internacional que visa fomentar as relações comerciais entre seus membros. Porém, assentadas as novas bases do comércio, só poderá alcançar tal fim se, igualmente, concorrer para a preservação ambiental e para a conscientização da exploração e do consumo dos recursos naturais.

A pluralidade das posições doutrinárias não deixa dúvidas quanto ao interesse que cerca a relação existente entre o sistema multilateral de comércio e as políticas de proteção ambiental. Contudo, diante da extensão e profundidade das questões associadas ao tema, o presente trabalho se dedicará a cuidar apenas de uma pequena parcela desse problema. Nosso foco estará voltado para investigar se a aplicação de medidas fiscais e regulamentares de

---

<sup>12</sup> WEISS, Edith Brown; JACKSON, John J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009, p. 178.

<sup>13</sup> WEISS, Edith Brown; JACKSON, John J. O enquadramento dos conflitos entre meio ambiente e comércio. In: VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009, p. 179.



controle da pegada ecológica<sup>14</sup> aos produtos importados é legítima em vista das disposições do sistema multilateral de comércio.

Tais medidas estão voltadas ao controle do impacto ambiental gerado pelos produtos ao longo da cadeia produtiva desde a extração dos insumos, passando pelo processo de produção, envasamento, transporte, comercialização, até alcançar o consumo e o descarte. Sua atuação como mecanismo de promoção de um modelo de comércio internacional sustentável se evidencia na medida em que visam facilitar o intercâmbio de produtos ecologicamente corretos e desincentivar ou obstar a comercialização bens altamente degradantes.

Não há dúvidas de que a aplicação de medidas de controle do impacto ambiental a produtos nacionais depende unicamente de escolhas políticas do governo local, devendo a sua legalidade ser atestada a partir do confronto de suas disposições com o ordenamento jurídico interno. A grande questão é se tais medidas podem ser aplicadas também aos produtos importados. Considerando que podem ocasionar efeitos comerciais restritivos, dificultando que produtos causadores de elevado impacto ambiental tenham acesso ao mercado, essas medidas podem ser interpretadas como barreiras ao livre fluxo comercial. Interessa-nos, portanto, saber se o sistema multilateral de comércio autoriza ou veda que os produtos importados sejam submetidos às medidas internas de controle da pegada ecológica. E essa é a questão central que o presente trabalho se propõe a investigar.

Visando responder essa questão, em um primeiro momento, definiremos o que são medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida e, com auxílio de noções de economia ambiental, buscaremos compreender a relevância de sua adoção do ponto de vista comercial e ambiental.

Partindo propriamente para a investigação da legitimidade da aplicação dessas medidas aos produtos importados, primeiramente analisaremos os princípios e objetivos norteadores do

---

<sup>14</sup> “Pegada ecológica: cada pessoa, cidade ou país causa um certo impacto ecológico devido aos produtos e serviços da natureza que utiliza para produzir os bens e serviços que consome, e devido aos resíduos derivados desse consumo. O termo ‘pegada ecológica’ é um termo figurativo utilizado para descrever a quantidade de terra necessária para prover os serviços ecológicos correspondentes ao consumo de cada unidade social, desde o indivíduo ao país. O cálculo da pegada ecológica requer o conhecimento dos resíduos gerados, e da área biologicamente produtiva necessária para assimilar esses resíduos.” Conforme original em inglês: “*Ecological footprints: Each person, city or country has a certain ecological impact due to the products and services of nature which are used to produce the goods and services which they consume, and due to the waste products of that consumption. The term ‘ecological footprint’ is a figurative term used to describe the amount of land needed to provide the ecological services corresponding to the consumption of each social unit, from the individual to the country. The calculation of an ecological footprint requires knowledge of the natural resources used to produce the goods and services consumed, and the amount of land needed to produce these resources. It also requires knowledge of the wastes generated, and the biologically productive area necessary to assimilate these wastes.*” In: MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: Earthscan Publications, 2002, p. 68.

sistema multilateral de comércio, conforme elencados no preâmbulo do Acordo de Marraqueche, indispensáveis para uma correta interpretação dos acordos da OMC. Logo em seguida, faremos uma incursão pelo regramento geral do comércio de bens, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), a fim de identificar disposições que nos auxiliem a responder a questão proposta. Daremos especial enfoque ao princípio da não-discriminação conforme encerrado no art. III do GATT, também conhecido como cláusula/princípio do tratamento nacional.

Neste ponto, seremos colocados diante de um conceito chave, fundamental para o desenvolvimento deste trabalho: similaridade. A importância desse conceito deriva do fato de ser elemento fundamental a nortear o princípio da não-discriminação, sendo, portanto, determinante para a definição da conformidade das medidas comercialmente restritivas ao sistema multilateral de comércio. A investigação da legitimidade das medidas fiscais e regulamentares de controle da pegada ecológica depende, pois, essencialmente da compreensão desse conceito. Essa tarefa será empreendida com o auxílio da doutrina e a partir da análise de casos paradigmáticos levados à apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

Outro dispositivo de interesse para o presente trabalho, e que será objeto de análise mais detalhada, é o art. XX do GATT, que reconhece a conservação dos recursos naturais e a proteção da saúde e vida humana, animal e vegetal como objetivos legítimos a serem perseguidos pelos membros da OMC. O sentido deste enunciado, suas eventuais limitações e condicionantes serão igualmente revelados com o auxílio da doutrina e das decisões do OSC.

Em seguida, considerando que algumas das medidas abrangidas pelo presente trabalho se enquadram no escopo do TBT, será igualmente necessário analisar as disposições deste acordo, bem como a interpretação que lhes é conferida pelo OSC, a fim de compreender se sua aplicação aos produtos importados é ou não legítima.

Por fim, serão apresentadas as conclusões alcançadas ao longo da pesquisa e as propostas para que o sistema multilateral de comércio implemente um modelo de comércio internacional que seja de fato pautado pelo compromisso com a sustentabilidade.

## 2. MEDIDAS FISCAIS E REGULAMENTES DE CONTROLE DO IMPACTO AMBIENTAL AO LONGO DA CADEIA PRODUTIVA

### 2.1. Comércio internacional e falhas mercadológicas

É lugar comum nos livros de Economia Clássica a afirmação de que as nações comercializam entre si fundamentalmente por desejarem obter os benefícios da especialização, que propiciaria que os recursos ou fatores de produção – como a terra, o capital e o trabalho, por exemplo –, todos escassos, sejam alocados em seus usos mais produtivos.<sup>15</sup> Segundo esse discurso, a liberalização do comércio, com a conseqüente redução das barreiras tarifárias e não-tarifárias, seria aliada da eficiência econômica<sup>16</sup> por viabilizar que as nações obtenham vantagens comparativas ao se dedicar às atividades que lhes possibilitam melhores retornos, trocando parte de seu excedente pelo excedente de outras nações que também se especializaram visando a maximização de suas riquezas. Isto é, “cada país especializa-se na produção de uma variedade limitada de produtos, o que possibilita produzir esses bens mais eficientemente do que se o país tentasse produzir tudo por si mesmo;

---

<sup>15</sup> “As nações (ou empresas em diferentes nações) comercializam umas com as outras porque lhes é benéfico. Outros motivos podem estar envolvidos, por óbvio, mas a motivação básica para o comércio internacional é o benefício, ou ganho, para os participantes. O proveito do comércio internacional, assim como o proveito de todo o comércio, advém do fato de que a especialização possibilita que os recursos sejam alocados em seus usos mais produtivos em cada nação engajada no comércio. Todos reconhecem que seria insensato que uma cidade ou província tentasse ser autossuficiente, mas frequentemente não reconhecemos que os benefícios da especialização e da divisão do trabalho igualmente existem no comércio internacional. As fronteiras políticas que dividem áreas geográficas em nações não alteram a natureza fundamental do comércio, ou sequer removem os benefícios que dele resultam para os parceiros comerciais.” Conforme original em inglês: “*Nations (or firms in different nations) trade with each other because they benefit from it. Other motives may be involved, of course, but the basic motivation for international trade is that of the benefit, or gain, to the participants. The gain from international trade, like the gain from all trade, arises because specialization enables resources to be allocated to their most productive uses in each trading nation. Everyone recognizes that it would be foolish for a town or a province to try to be self-sufficient, but we often fail to recognize that the benefits of specialization and the division of labor also exist in international trade. The political boundaries that divide geographic areas into nations do not change the fundamental nature of trade, nor do they remove the benefits it confers on the trading partners.*” In: DUNN JR., Robert M.; MUTTI, John H. *International Economics*, 6ª ed., New York: Routledge, 2004, p. 17. Veja ainda: OGUS, A.I.; RICHARDSON, G.M. *Economics and the Environment: a Study of Private Nuisance*. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 36, n. 2, 1977, p. 285.

<sup>16</sup> Conceito compreendido na contemporaneidade como a capacidade de maximizar o valor dos fatores de produção detidos por uma pessoa, governo ou entidade. “*The social goal implied by contemporary concepts of economic efficiency is that of maximizing the market value of the nation’s capital, labor and natural resources.*” In: ROONEY, Robert F. *Environmental Economics*. *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, Los Angeles, v. 1, n. 47, 1980-1981, p. 50.

essas economias especializadas comercializam entre si para que se possa consumir toda a variedade dos bens”.<sup>17</sup>

Esse raciocínio parte da pressuposição de que todos os custos e benefícios incorridos na alocação dos fatores de produção foram mensurados e devidamente comparados, que os produtores e consumidores estão perfeitamente informados quanto aos preços e outras variáveis envolvidas nas suas escolhas econômicas, e que há direitos de propriedade bem definidos quanto aos recursos utilizados na manufatura dos produtos e prestação dos serviços.<sup>18</sup>

Ocorre que um mercado completamente liberalizado, sem qualquer interferência governamental, não tem condições de prover essa garantia.<sup>19</sup> Nesse cenário, os indivíduos estarão inclinados a utilizar os recursos, dentre suas possíveis destinações, de forma a maximizar seu próprio bem-estar, a partir de uma análise de custo-benefício autocentrada que, portanto, ignora eventuais custos sociais decorrentes de suas escolhas.<sup>20</sup> “Por exemplo, vários tipos de poluição fluvial e atmosférica impõem um custo significativo sobre a saúde humana e degradam os ecossistemas, e ainda assim não são incluídos nos custos de produção ou repassados ao consumidor”.<sup>21</sup> Como resultado, esses custos são partilhados pela sociedade e não pelos produtores e consumidores individualmente considerados, em um fenômeno denominado pela Economia de “externalidade” e que é particularmente comum na seara ambiental.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> KRUGMAN, Paul. R. OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional: Teoria e Política*. 5ª ed. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 127.

<sup>18</sup> ASAFU-ADJAYE, John. *Environmental Economics for Non-Economists: Techniques and Policies for Sustainable Development*. 2ª ed. London: World Scientific Publishing Co., 2000, p. 65.

<sup>19</sup> Confira a propósito: “os custos ambientais e sociais de produção e consumo de um produto raramente são completamente refletidos no preço mercadológico: assim, os produtos são comercializados internacionalmente por preços que não refletem seus custos verdadeiros, por exemplo, em termos de poluição, danos à saúde associados ou outro mal-estar social”. Conforme original no inglês: “(...) *environmental and social costs of goods production and consumption are hardly ever completely reflected in market prices: thus, goods are traded internationally for prices that do not reflect their true costs, for instance, in terms of pollution, related health damage or other social hardship*.” In: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 1.

<sup>20</sup> TISDELL, Clement A. *Economics of Environmental Conservation*. 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2005, p.58.

<sup>21</sup> “For example, many types of air and water pollutants exact a significant price on human health and degrade ecosystems, yet they are not included in the costs of production or at the consumer level.” In: SCORSE, Jason. *What environmentalists need to know about economics*. New York: Palgrave Macmillan, 2010, p. 8.

<sup>22</sup> “Há exceções para a política geral de liberalização comercial, uma das quais deriva do problema das ‘externalidades’, um conceito que é profundamente associado com a proteção ambiental. Se um produto polui um rio durante seu processo de manufatura, e se não houver leis proibindo a poluição do rio, então esse produtor terá imposto um ‘custo de externalidade’ ao mundo. O custo de externalidade é a diferença entre os valores do rio não poluído e do rio poluído. Tendo em vista que não há leis proibindo a poluição do rio, o custo não é suportado pelo produtor ou repassado aos consumidores do produto. Este conceito aparenta ser

Conforme esclarece Markandya, as externalidades ocorrem quando:

(...) as ações de um indivíduo, empresa ou comunidade afetam o bem estar de outros indivíduos, empresas ou comunidades. Para que este efeito seja definido como externalidade, o agente responsável deve ter negligenciado os efeitos surtidos sobre os demais. As externalidades refletem o fato de que os custos e benefícios privados e sociais frequentemente não são coincidentes, de modo que uma ação que beneficia um indivíduo ou empresa pode prejudicar [ou beneficiar] a sociedade em geral.<sup>23</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

Uma externalidade pode, portanto, ser positiva ou negativa. Emissões de gases de efeito estufa, perda da biodiversidade, poluição fluvial por esgoto, sedimentação do leito de rios, erosão e contaminação do solo por metais pesados são algumas das formas mais comuns de externalidades ambientais negativas. Por não serem incluídas no preço do produto, as externalidades toleradas pelos governos são consideradas formas de subsídios passivos, como noticia Scorse:

Economistas caracterizam as situações em que os custos das externalidades ambientais não estão incluídos no preço do produto como uma forma de subsídio passivo. Pense na questão da seguinte maneira: sempre que utilizamos energia elétrica fornecida por uma usina de carvão estamos recebendo energia por um preço inferior ao seu custo verdadeiro (uma vez que todos os efeitos deletérios fossem calculados e incluídos). Esses efeitos

---

um dos dilemas ou problemas de política pública mais centrais e importantes da relação entre políticas comerciais e ambientais. Assim, boa parte desse relacionamento está concentrada em como os custos de proteção ambiental podem ser ‘internalizados’, a fim de se implemente o que comumente se designa como o ‘princípio do poluidor-pagador’.” Conforme original no inglês: “*There are exceptions to the general policy of liberalizing trade, one of which arises from the problem of "externalities," a concept that is closely associated with environmental protection. If a producer pollutes a stream during its manufacturing process, and there are no laws prohibiting such pollution, then it has imposed an "externality cost" on the world. The externality cost is the difference between the values of the unpolluted stream and the polluted stream. Because there is no law against polluting the stream, the cost is not recouped from the producer or passed on to the consumers of the product. This concept appears to be one of the most important core dilemmas or policy problems of the relationship between trade and environmental policies. Thus, much of the relationship is concerned with how environmental protection costs can be "internalized," to follow what is sometimes termed the "polluter pays principle."*” In: JACKSON, John H. *World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?* *Washington & Lee Law Review*, Lexington, v. 49, 1992, p. 4.

<sup>23</sup> “*An externality arises when the actions of an individual, firm or community affect the welfare of other individuals, firms or communities. For this effect to be defined as an externality, the agent responsible must not take account of the effect that it has on the other party. Externalities reflect the fact that social and private costs and benefits often do not coincide, so that an action which benefits an individual or firm may harm society in general.*” In: MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: EarthscanPublications, 2002, p. 94. E ainda: “As externalidade ocorrem quando as ações de uma pessoa afetam o bem-estar de outras pessoas e não há transações de mercado compensatórias entre essas pessoas.” Conforme original no inglês: “*Externalities occur when the actions of one person affect the well-being of other persons and there is no compensating market transaction between the persons.*” In: ROONEY, Robert F. *Environmental Economics*. *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, Los Angeles, v. 1, n. 47, 1980-1981, p.48.

prejudiciais não são simplesmente teóricos; eles representam um dano real que tem valor monetário também real. Com efeito, o uso de energia a base de carvão está sendo subsidiado por todas as pessoas que ficaram doentes como decorrência da exposição à poluição por enxofre, pelo dinheiro perdido quando nosso patrimônio natural e infraestrutura são degradados pela chuva ácida, e pelas comunidades que foram despojadas de suas paisagens pelas operações de empresas de mineração (...). Há pouco incentivo para que as pessoas mudem para energia solar e eólica quando o carvão ainda é uma fonte mais barata, embora o baixo preço do carvão seja ilusório (...).<sup>24</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

Nessas circunstâncias, em que o mercado é incapaz de assegurar que os preços reflitam corretamente os custos de produção, e que se desdobram em uma alocação ineficiente dos recursos condutivas à sua superexploração, ocorrem as falhas de mercado.<sup>25</sup>

As externalidades, contudo, não são as únicas causas das falhas de mercado. A falta de informação acerca das consequências da produção e consumo dos produtos também colabora para a ocorrência desse incidente. Por vezes o mercado não disponibiliza informações suficientes para que as pessoas façam escolhas informadas. Em certos casos, apesar do avanço da ciência, é o próprio conhecimento humano que esbarra em limitações e não é (ainda) capaz de compreender as complexidades das interações e funções dos ecossistemas, por exemplo, o que nos impossibilita de mensurar de forma adequada o custo de oportunidade<sup>26</sup> envolvido nas nossas escolhas.

---

<sup>24</sup> “Economists characterize a situation where the costs of environmental externalities are not included in the price of a good as a form of passive subsidy. Think of it this way: whenever we use power from a coal-fired power plant we receive energy at a price that is much lower than its true cost (once all of the harmful effects are calculated and included). These harmful effects are not simply theoretical; they represent real damages that have real monetary value. In effect, our energy use from coal is being subsidized by all of the people who get sick from the resulting sulfur pollution, by the money lost when our natural heritage and infrastructure are degraded by acid rain, and by the communities whose landscapes are despoiled by mining operations (...). There is little incentive for people to switch to wind or solar energy when coal is cheaper, even though the low price of coal is largely illusory (...).” In: SCORSE, Jason. *What environmentalists need to know about economics*. New York: PalgraveMacmillan, 2010, p. 9-10. Para um posicionamento contrário a classificação das externalidades toleradas pelos governos como formas de subsídio, confira Puth, que defende que baixos padrões ambientais não configuram formas de incentivos financeiros e, portanto, não preenchem os requisitos para serem enquadrados como subsídios, conforme o art. 1º do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. PUTH, Sebastian. *WTO und Umwelt: Die Produkt-Prozess-Doktrin* Berlin, 2003, p. 223-225, *apud* CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 52.

<sup>25</sup> “As fálhas de mercado existem sempre que o funcionamento normal do mercado não resulta na maximização do valor do capital, do trabalho e dos recursos naturais de uma nação.” Conforme original no inglês: “*Market failure exists whenever normal functioning of the market does not result in maximizing the value of the nation’s capital, labor and natural resources.*” In: ROONEY, Robert F. *Environmental Economics*. *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, Los Angeles, v. 1, n. 47, 1980-1981, p. 66.

<sup>26</sup> Segundo Markandya, custo de oportunidade corresponde ao valor do uso mais produtivo que se pode atribuir a um recurso escasso, de modo a identificar seu uso mais eficiente: “O custo de oportunidade de uma atividade que usa recursos escassos é o valor do próximo uso mais economicamente produtivo para o qual esses recursos poderiam ter sido alocados. O conceito de custo de oportunidade é amplamente utilizado em

Igualmente, a existência de regimes de propriedade mal definidos contribui para a ocorrência de falhas de mercado. Em situações em que não é claro quem tem o direito de uso sobre o recurso ambiental, há pouco incentivo para um gerenciamento de longo prazo, além de complicações na aplicação de regulamentos e avaliação das responsabilidades em caso de perpetração de danos. O exemplo aventado por Scorse é bastante elucidativo a esse respeito:

Considere um país em que os direitos de propriedade são incertos e frequentemente objeto de contestação. Um fazendeiro que atualmente reside em uma determinada porção de terra pode desejar investir uma parcela significativa de seus recursos no desenvolvimento de um regime de gerenciamento ambiental mais sustentável. Isso pode incluir irrigação por gotejamento, zonas de preservação de vegetação nativa e manejo integrado de pragas. No entanto, se o fazendeiro teme que alguém possa reivindicar seu título sobre a terra, ele terá pouco incentivo para fazer esse investimento. Ao invés disso, ele possivelmente optará por extrair o máximo que puder das terras e o mais rápido possível.<sup>27</sup>[tradução livre] [grifo nosso]

Em se tratando, pois, de bens comuns ou recursos de acesso aberto, como é o caso de dois dos mais importantes e vitais recursos naturais – a água e o ar, dos quais tantos outros recursos são dependentes –, o compartilhamento do direito de usar vem normalmente seguido da falsa percepção de que ninguém tem o dever de cuidar. Como bem noticia Grafton: “A ausência de direitos de propriedade definidos conduz à tragédia dos comuns (...), em que os usuários individuais somente levam seus custos privados em consideração, mas não os custos que as suas ações impõem em outros usuários do recurso (...). O resultado final é a ‘tragédia’ da superexploração”.<sup>28</sup>

---

economia na identificação do uso mais eficiente de recursos escassos. Consumidores e produtores racionais, por definição, escolhem as atividades cujos benefícios privados superam seus custos.” Conforme original no inglês: “*The opportunity cost of an activity that uses scarce resources is the value of the next most economically productive use to which those resources could have been put. The concept of opportunity cost is widely used in economics in identifying the most efficient use of scarce resources. Rational consumers and producers, by definition, choose activities whose private benefits outweigh their costs.*” In: MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: Earthscan Publications, 2002, p. 144.

<sup>27</sup> “(...) consider a country where land rights are uncertain and frequently contested. A farmer who currently resides on the land may want to invest significant resources into developing a more environmentally sustainable management regime. This may include drip irrigation, vegetative buffer zones, and integrated pest management (IPM). However, if she fears that someone may claim her land title, she has little incentive to make these investments. Instead, she may choose to get as much out of the land as quickly as possible and take her chances.” SCORSE, Jason. *What environmentalists need to know about economics*. New York: Palgrave Macmillan, 2010, p. 11.

<sup>28</sup> “The absence of all property rights leads to the ‘tragedy of the commons’ (Hardin, 1968) where individual users consider only their private costs, but not the cost their actions impose on other resource users. (...). The end result or ‘tragedy’ is overexploitation”. In: GRAFTON, R. Quetin et al. *The Economics of the Environment and Natural Resources*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, p. 41.

Tendo em vista a natureza comum desses bens, há pouco ou nenhum incentivo para que ações voluntárias individuais ou até mesmo coletivas sejam tomadas visando promover um uso sustentável desses recursos, já que não há qualquer garantia de que os demais indivíduos ou empresas adotarão a mesma postura e, portanto, não se apropriarão de tais recursos de forma indevida ou deles se utilizarão de modo a conduzi-los à exaustão. Pelo contrário, se não houver intervenção do governo, impondo regras quanto ao uso desses recursos e determinando que o custo de sua utilização/deterioração seja devidamente incorporado ao preço do produto a partir dele produzido ou causador do dano, se disseminará no mercado entre os concorrentes uma mentalidade de nivelamento por baixo (*race-to-the-bottom*),<sup>29</sup> em que cada qual tentará obter o máximo de proveito do recurso ao mínimo de custo, considerando unicamente a maximização dos lucros privados e negligenciando os custos sociais.<sup>30</sup>

Deve-se ter em conta, todavia, que apenas se todos os custos e benefícios econômicos de cada decisão potencial forem levados em consideração, é que se poderá determinar qual a decisão economicamente mais eficiente e capaz de maximizar o valor do capital, do trabalho e principalmente dos recursos naturais, como forma de prover o bem estar social.<sup>31</sup> Assim, considerando que a poluição é uma externalidade resultante da inabilidade das forças mercadológicas de sozinhas impor a um indivíduo o ônus de suportar os custos de suas ações, a intervenção governamental é necessária e justificada como meio de ajustar o mercado para

---

<sup>29</sup> SCORSE, Jason. *What environmentalists need to know about economics*. New York: PalgraveMacmillan, 2010, p. 13.

<sup>30</sup> Morris sintetiza bem a relação entre as falhas mercadológicas e evidencia com clareza o ciclo vicioso existente entre elas: “(...) alguns recursos usados no processo de produção não podem ser reduzidos à propriedade privada e assim não carregam etiqueta de preço. O uso excessivo desses recursos resulta em inutilidade e custos adicionais para cada consumidor conhecidos como ‘externalidade’ ou ‘efeitos indiretos’. Quando as externalidades aparecem em uma economia de mercado privado, há uma alocação equivocada de recursos e o bem-estar social não é maximizado porque os particulares tomadores de decisão não têm o preço ou os custos corretos para tomar uma decisão de produção ou consumo ótima. Os empreendedores maximizadores de lucro, portanto, não consideram os custos desses recursos quando decidem a quantidade que vão produzir e, assim, o custo marginal privado não é igual ao custo marginal social. Similarmente, os consumidores não podem fazer uma escolha informada tendo em vista que o preço será inferior ao custo social total.” Conforme original no inglês: “(...) *some resources used in the production process cannot be reduced to private ownership and thus carry no price tag. (...) Excessive use of these resources results in disutility and additional costs to each consumer known as an ‘externality’ or ‘spillover effect’.* When externalities appear in a private market economy, a misallocation of resources results and social welfare is not maximized because private decision-makers do not have the ‘correct’ price or cost in order to make an optimal decision to produce or consume. Profit-maximizing entrepreneurs, therefore, do not consider the costs of these resources when deciding the amount to produce and, thus, marginal private cost does not equal marginal social cost. Similarly, consumers cannot make an informed choice since the price will be less than total social cost.” In: MORRIS, David F. *Economics and the Environment: Can the Spoils of Success Be Controlled?* *Wayne Law Review*, Detroit, v. 19, 1972-1973, p. 191.

<sup>31</sup> ROONEY, Robert F. *Environmental Economics*. *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, Los Angeles, v. 1, n. 47, 1980-1981, p.55-56.



que os custos sociais decorrentes da poluição sejam devidamente refletidos em cada decisão econômica individual.<sup>32</sup>

Esse processo, que em Economia se denomina de “internalização dos custos ambientais”, corresponde à operacionalização do que em termos jurídicos se conhece por princípio do poluidor-pagador.<sup>33</sup> Um governo pode lançar mão de diversos mecanismos para implementá-lo e, portanto, assegurar que os preços reflitam os custos reais – em termos de poluição, perda de serviços ecossistêmicos e de biodiversidade, por exemplo – incorridos desde a extração das matérias-primas passando pelo processo produtivo, envasamento, até a comercialização e, por fim, o descarte dos resíduos resultantes do consumo do bem. Dentre eles: regulação direta, incentivos fiscais, subsídios, taxas sobre poluição, licenças e leilões (ex.: mercado de carbono).

## 2.2. Medidas fiscais e regulamentares: definição, abrangência e relevância

Embora a doutrina majoritária comumente aceite a necessidade de recurso à intervenção governamental para corrigir as imperfeições do mercado, a divergência é reinante quanto à melhor e mais eficiente forma de intervenção. As alternativas são frequentemente agrupadas entre as políticas de comando e controle (*command-and-controlpolicy*) e os instrumentos baseados no mercado (*market-basedinstruments*).

<sup>32</sup> Confira, a propósito, os comentários de Morris: “devido às imperfeições no sistema mercadológico, os custos de poluição são desconsiderados nas decisões de consumo, investimento e produção. Isso significa que o bem-estar social não será maximizado tendo em vista que o custo social marginal excederá os benefícios sociais marginais. Desta forma, os representantes do poder público devem se esforçar para ajustar o sistema mercadológico a fim de que os custos sociais derivados da poluição sejam refletidos em cada decisão econômica individual descentralizada. Considerando que a poluição é uma externalidade resultante da inabilidade das forças do mercado de, sozinhas, forçar um indivíduo a suportar todos os custos associados às suas ações, a intervenção governamental é necessária e justificada.” Conforme original em inglês: “(...) *due to imperfections in the market system, the costs of pollution are disregarded in consumption, investment and production decisions. This means that social welfare will not be maximized since marginal social costs exceed marginal social benefits. Therefore, policy makers should strive to adjust the market system so that the social costs of pollution are reflected in each decentralized, individual, economic decision. Since pollution is an externality and arises because market forces alone do not make an individual bear all costs resulting from his actions, government intervention is necessary and justified.*” In: MORRIS, David F. Economics and the Environment: Can the Spoils of Success Be Controlled? *Wayne Law Review*, Detroit, v. 19, 1972-1973, p. 192.

<sup>33</sup> “Princípio do poluidor-pagador: princípio segundo o qual o preço de um bem ou serviço deve incluir o *custo de degradação ambiental* que resulta do processo produtivo. Isso pode ser alcançado a partir da tarifação dos poluidores pelas *externalidades ambientais* decorrentes da produção do bem ou serviço.” Conforme original em inglês: “*Polluter Pays Principle: The principle that the price of a good or service should include the cost of environmental damage that results from the production process. This can be achieved by charging polluters for the environmental externalities of the production of a good or service*”. In: MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: Earthscan Publications, 2002, p. 151.

As primeiras são pautadas pela imposição e monitoramento da observância de determinados padrões, e.g., fixando um limite máximo de emissão de poluentes. Elas frequentemente tomam a forma de regulamentos elaborados pelos governos com vistas a “explicitamente impor ou restringir comportamentos específicos por parte de indivíduos e empresas em um dado país. A regulação é o principal instrumento de gerenciamento ambiental, envolvendo a especificação das responsabilidades para compensar danos ambientais”.<sup>34</sup>

Já os segundos “modificam os sinais do mercado recebidos por produtores e consumidores a fim de induzir comportamentos mais ambientalmente corretos ou um movimento rumo a um nível eficiente de poluição”.<sup>35</sup> São exemplos de instrumentos baseados no mercado: as taxas sobre poluição e sobre produtos poluentes, os subsídios para redução da poluição e as permissões comercializáveis. Esse tipo de intervenção vem ganhando espaço diante da disseminação da crença de que são mais eficientes comparativamente aos mecanismos de comando e controle porque não envolvem os custos incorridos com a aplicação e monitoramento das regulamentações ambientais e supostamente oferecem mais benefícios para que os indivíduos e empresas façam escolhas que colaborem para a internalização dos custos ambientais.<sup>36</sup>

Furtando-nos do debate acerca de quais alternativas são dotadas de maior ou menor grau de eficiência e adequação, o que por si só seria tema suficiente para fundamentar uma pesquisa acadêmica específica, além de demandar uma análise contextualizada que considerasse as peculiaridades concretas de um dado mercado, o presente trabalho se ocupará somente dos dois mecanismos mais comumente utilizados pelos governos no esforço de internalização dos custos ambientais e que, igualmente, estão entre os poucos capazes de ao mesmo tempo desencorajar o consumo de bens ambientalmente incorretos e influenciar uma produção ambientalmente comprometida. Trata-se dos regulamentos e os impostos e taxas,

---

<sup>34</sup> “(...) explicitly require or restrict specific actions on the part of individuals or firms in a country. Regulation has been the main instrument of environmental management, involving the specification of responsibilities to redress environmental damage” In: MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: Earthscan Publications, 2002, p. 159.

<sup>35</sup> “(...) modifies the market signals received by producers and consumers in order to induce more environmentally friendly behaviour or a movement towards the efficient level of pollution” In: MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: Earthscan Publications, 2002, p. 128.

<sup>36</sup> WOERDMAN, Edwin. *The Institutional Economics of Market-Based Climate Policy*. Developments in Environmental Economics 7. Amsterdam: Elsevier B. V., 2004, p. 34. Para uma análise aprofundada sobre os benefícios resultantes dos instrumentos baseados no mercado e conhecimento da miríade de formas em que se apresentam, referir a: FREEMAN, Jody. KOLSTAD, Charles D. (Ed). *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

cuidando de evidenciar a relevância de sua adoção e, principalmente, de investigar sua legitimidade diante das disposições do sistema multilateral de comércio.

Por medidas fiscais e regulamentares associadas ao controle do impacto ambiental gerado ao longo da cadeia produtiva, o presente trabalho se refere, portanto, a toda sorte de regulamento, imposto e taxa aplicado por um ente governamental que esteja relacionado à correção das falhas mercadológicas decorrentes da superexploração dos recursos naturais, da ausência de informação quanto às suas funções ecossistêmicas e potenciais danos advindos de seu consumo, e ainda da não reflexão dos valores (ambientais, sociais, culturais e econômicos) a esses recursos associados nos preços dos produtos a partir deles produzidos. Não estão englobadas nessa categoria medidas que imponham restrições de caráter quantitativo aos produtos importados, tais como licenças e cotas, uma vez que são expressamente vedadas pelo art. XI do GATT.<sup>37</sup>

Inserem-se nessa denominação tanto as medidas relativas a aspectos fisicamente incorporados ao produto (ingredientes, materiais e suas propriedades) e que, portanto, sejam potencialmente causadores de danos ambientais quando do consumo e descarte, quanto medidas associadas a aspectos não fisicamente revelados pelo produto e, portanto, voltadas ao controle e à mitigação do impacto ambiental gerado ao longo da cadeia produtiva, isto é, desde a extração dos insumos até a comercialização do produto final. Por certo, só poderemos fazer escolhas eficientes e conducentes à alocação ótima dos recursos, uma vez que considerarmos todo o impacto gerado pelo produto e, portanto, internalizarmos todos os custos incorridos ao longo de seu ciclo de vida, desde a extração dos insumos ao descarte de seus resíduos.

De fato, o impacto ambiental causado por um produto não está restrito apenas ao seu uso, mas se estende por toda a cadeia produtiva e, aliás, via de regra, se dá de forma muito mais intensa até que seja disponibilizado para comercialização do que em seu consumo propriamente. Por essa razão o foco das intervenções governamentais tem se voltado cada vez menos para o consumo – quando a ação tem efeito mais paliativo – e cada vez mais para a produção – quando a ação tem atuação preventiva. Assim, as medidas de caráter fiscal e regulamentar que se voltam não ao produto final em si, mas a aspectos que não são

---

<sup>37</sup> “Artigo XI - Eliminação Geral das Restrições Quantitativas

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

diretamente revelados por ele, e que são afetos ao seu processo de produção e processamento (PPM, acrônimo em inglês para *processandproductionmethods*), comercialização (envasamento e transporte até o mercado consumidor, por exemplo) e descarte vêm se multiplicando e ganhando espaço cada vez maior.

São exemplos concretos dessas medidas: regulamentos que determinam a mistura de biodiesel ou etanol aos combustíveis fósseis, como forma de reduzir as emissões de carbono; regulamentos que restringem a comercialização de madeira não certificada, para evitar o desmatamento de áreas de preservação de flora nativa; normas de controle do uso de determinadas substâncias sabidamente tóxicas e causadoras de poluição ambiental como o mercúrio; normas estabelecendo esquemas de rotulagem ambiental (*eco-labelling*); impostos sobre a emissão de CO<sub>2</sub> acima de um dado volume ou sobre o descarte de esgoto industrial não tratado.<sup>38</sup>

Por certo, a aplicação dessas medidas aos produtos domésticos enquanto internamente comercializados é questão afeta a autonomia do Estado. No entanto, uma vez que os Estados-membros da OMC assumiram o compromisso de promover a liberalização de seus mercados, surge a dúvida quanto à legitimidade da aplicação dessas medidas aos produtos importados, uma vez que podem ser interpretadas como barreiras comerciais. Para Schoenbaum, por exemplo, a imposição de medidas comerciais condicionando o acesso ao mercado à aderência a certos parâmetros domésticos conduz a um contexto de caos e anarquia.<sup>39</sup>

Particularmente problemático é o debate acerca da legitimidade das medidas de controle do impacto ambiental relativas a aspectos não fisicamente incorporados ao produto. Por potencialmente implicarem no tratamento diferenciado de produtos fisicamente idênticos e dizerem respeito a impactos muitas vezes ocasionados fora da jurisdição da parte importadora que implementa a medida – comumente no território do país exportador –, há uma crença amplamente difundida de que violariam o sistema multilateral de comércio.

A propósito, vale notar que a análise da legitimidade da aplicação de políticas nacionais de preservação ambiental a produtos importados esteve durante muito tempo atrelada à distinção entre medidas associadas a produtos e medidas voltadas ao controle do

---

<sup>38</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 2.

<sup>39</sup> SCHOENBAUM, Thomas. Free International Trade and Protection of the Environment: Irreconcilable Conflict? *American Journal of International Law*, Washington, v. 86,1992, p. 703, *apud* CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 22.

processo de produção, assumindo-se serem as primeiras potencialmente legítimas e as segundas *per se* ilegítimas.<sup>40</sup>

Notando que a questão central na análise da legitimidade não está propriamente associada a eventual distinção entre produtos e processos, mas sim ao fato de estar ou não a medida atrelada a diferenças físicas entre os produtos, Conrad cunhou uma categorização alternativa entre as medidas relacionadas a aspectos fisicamente incorporados ao produto e as medidas relativas a aspectos que não estão fisicamente incorporados ao produto.<sup>41</sup>

Embora sejamos da opinião de que essa dicotomização é completamente infrutífera e despicieira, tendo em vista que para a mensuração da pegada ecológica do produto pouco importa se o impacto ambiental por ele gerado foi perpetrado ao longo de seu processo de produção ou por materiais empregados em sua composição, com vistas à melhor explanação do tema, em certos momentos recorreremos à categorização perfilhada por Conrad, que é a que melhor se enquadra ao entendimento manifestado pelos Painéis do GATT e pelo OSC.

Desde que sejam de fato voltadas para o controle do impacto ambiental associado aos produtos internacionalmente comercializados e, portanto, não tenham a intenção velada de proteger a indústria doméstica ou discriminar com base na origem – quando deveriam, de fato, ser coibidas –, acreditamos que a legitimidade da aplicação das medidas fiscais e regulamentares aos produtos importados é impositiva.

As razões que nos conduzem a essa afirmação ficam evidentes quando consideramos um contexto hipotético diametralmente oposto em que a aplicação dessas medidas aos produtos importados implica afronta às disposições dos acordos integrantes da estrutura legal da OMC. Nesse caso, o sistema multilateral de comércio estaria fomentando uma concorrência injusta, colaborando para a perpetuação de falhas mercadológicas e para a geração de distorções mercadológicas, que ocorrem quando, ao invés de corrigir as falhas do mercado, as intervenções governamentais as acirram e ampliam.<sup>42</sup>

Além de estarem em posição de desvantagem quando disponibilizados no mercado internacional via exportação, os produtos oriundos de países comprometidos com a internalização dos custos ambientais ao preço final do produto por meio da aplicação de medidas fiscais e regulamentares de controle do impacto ambiental ao longo da cadeia

---

<sup>40</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 24.

<sup>41</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 62.

<sup>42</sup> MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: Earthscan Publications, 2002, p. 129.

produtiva estariam concorrencialmente em desvantagem também em seu mercado doméstico. Isto porque estariam sujeitos a competir no mercado com produtos importados eventualmente produzidos em países que adotam legislações fiscais e regulamentos ambientais flexíveis e que, por conseguinte, permitem que os custos ambientais incorridos ao longo do ciclo de vida do produto sejam externalizados e partilhados por toda a sociedade, quando deveriam ser incorporados ao preço. Nessas circunstâncias, ao invés de reprimir o comportamento inadequado, o sistema multilateral de comércio estaria punindo e desincentivando o comportamento exemplar.

Há que se notar que apesar da crescente conscientização dos consumidores quanto à importância de suas escolhas para a implementação de um modelo de desenvolvimento sustentável, o fator preço ainda é delimitador das escolhas consumeristas, mormente se levarmos em conta os mercados dos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, em que, por razão de necessidade, muitos consumidores não têm condições de pautar suas escolhas por outro critério que não o menor preço.

Assim, na medida em que essas desvantagens competitivas se refletissem em perdas de mercado, o sistema multilateral de comércio estaria incitando ainda mais o embate entre os interesses comerciais e os ambientais ao invés de conciliá-los, e desestimulando a adoção de políticas voltadas para a minimização dos impactos ambientais. Como as decisões políticas frequentemente têm em vista o curto prazo, projetando-se temporalmente de acordo com a extensão do mandato do governante, nesse jogo de forças não raro vencem os números e as cifras em detrimento do bem-estar ecológico e social.

Há quem inclusive aponte para a possibilidade de que eventual imunidade dos produtos importados às medidas fiscais e regulamentares de controle do impacto ambiental acarrete uma corrida para o nivelamento por baixo (*race-to-the-bottom*), em que as empresas se realocariam para países com legislações ambientais mais brandas,<sup>43</sup> beneficiando-se da redução dos custos de conformação, comportamento rotulado pela doutrina de *eco-dumping*.<sup>44</sup> Esse fenômeno, por sua vez, forçaria os Estados a enfraquecer suas legislações ambientais, levando-as a patamares mínimos, como mecanismo para propulsionar suas indústrias domésticas, criando vantagens comparativas artificiais e indesejadas a partir de distorções

---

<sup>43</sup>TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2ª ed. Londres: Routledge, 1995, p. 382.

<sup>44</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 46.

mercadológicas.<sup>45</sup>

Outrossim, a proibição de aplicação dessas medidas aos produtos importados afetaria o direito soberano das nações de escolher os níveis de risco ambiental a que desejam se expor, uma vez que franquearia que produtos manufaturados observando os mais diversos tipos de regulamentação ambiental e que, portanto, encerram os mais variados graus de riscos à saúde e ao meio ambiente, por exemplo, tivessem acesso ao seu mercado doméstico.

Se o país em que o bem foi produzido tem um maior grau de tolerância aos impactos ambientais gerados ao longo do processo de produção, o país onde o bem será consumido não tem a obrigação de tolerar os impactos ambientais causados pelo consumo e assimilação dos resíduos desse bem.

Ademais, há que se ter em conta que o meio ambiente é um sistema, de modo que alterações locais surtem efeitos globais, ainda que não imediatos. Desse modo, externalidades como a poluição atmosférica, geradas durante a produção de um bem em um país dotado de

---

<sup>45</sup> Indispensáveis, a propósito, os comentários de Snape e Lefkovitz: “De várias formas, a teoria da vantagem comparativa é meramente uma extensão do capitalismo impulsionado pelo indivíduo de Adam Smith, onde a divisão do trabalho está relacionada aos mercados disponíveis. Sem controles sustentáveis, as vantagens comparativas desenfreadas ditam que cada país deve possuir o direito soberano de explorar ou até mesmo abusar de seus recursos como pressuposto para se alcançar a eficiência. Mas nem todos os métodos de produção e processamento (PPMs) são criados iguais. Assim como os limites práticos e políticos do capitalismo foram aceitos através do advento de leis ambientais, concorrenciais, de segurança social e alimentar, assim também deve haver limites necessários à doutrina das vantagens comparativas e ao ‘comércio livre’. No contexto das leis comerciais e dos PPMs, métodos insustentáveis de produção devem no mínimo não ser a base para qualquer vantagem – comparativa, competitiva, ou de outra natureza. De qualquer forma, ao contrário da doutrina formal em que os países magicamente comercializam uns com os outros, são as grandes multinacionais e os indivíduos que desempenham a maior parte do comércio. Os motores primários do comércio privado, do capital, do trabalho e da tecnologia não estão mais confinados ao país de exportação ou importação. Atualmente, a ‘vantagem comparativa’ que permite que VCRs sejam produzidos de forma lucrativa no Japão pode ser transferida para vários outros países, ou talvez possa ser mantida no Japão nas mãos de proprietários estrangeiros. O capital simplesmente busca a maior taxa absoluta de retorno, muitas vezes independentemente da nacionalidade e cego às práticas ambientais de boa fé.” Conforme original em inglês: “*In many ways, the theory of comparative advantage is merely an extension of Adam Smith's individual-driven capitalism, where the division of labor is linked to available markets. Without sustainable controls, unbridled comparative advantage dictates that each country should possess the sovereign right to exploit or even abuse its resources as a basis for efficiency. But all PPMs are not created equal. Just as the practical and political limits of capitalism have been accepted by the advent of national antitrust, social security, food safety, and environmental laws, so too there must be necessary limits to the doctrine of comparative advantage and "free trade." In the context of trade law and PPMs, unsustainable production methods should at least not become the basis of any advantage - comparative, competitive, or otherwise. In any event, unlike the formal doctrine where countries magically trade with each other, it is multinational corporations and private individuals who perform the vast majority of world commerce. The primary drivers in private trade, capital, labor, and technology are no longer confined to the country of export or import. Today, the "comparative advantage" that allows VCRs to be made profitably in Japan can be transferred to many other countries, or maybe it can even be kept in Japan with non-Japanese ownership. Capital simply seeks its absolute highest rate of return, often irrespective of nationality and blind to good faith environmental practices.*” In: SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT's Environmental Miranda: Are 'Process Standards' Getting 'Due Process'?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 800.

baixos níveis de exigências legais ambientais, mais cedo ou mais tarde serão sentidas por outros países ao redor do mundo.

Danos ambientais desconhecem limites territoriais; são inerentemente transfronteiriços.<sup>46</sup> Em um mundo já naturalmente interconectado, a interdependência provocada pela aproximação comercial e econômica entre os países demanda, portanto, que o caráter absoluto de conceitos como o de soberania seja urgentemente repensado<sup>47</sup>, relativizando-se a autonomia de um Estado de fazer suas próprias escolhas políticas na medida em que traga reflexos que se estendem além de suas bordas.<sup>48</sup>

Por fim, importante notar que a aplicação das medidas de controle do impacto ambiental a produtos importados ainda pode atuar como um incentivo à inovação. Na medida em que todos os concorrentes estejam sujeitos à mesma constrição de internalização dos custos ambientais e, portanto, o campo de jogo mercadológico esteja devidamente nivelado (*leveltheplayingfield*), haverá um maior interesse por parte do setor privado no desenvolvimento de técnicas e métodos que permitam uma alocação mais eficiente dos recursos, o que minimizaria não só os gastos incorridos na produção, como também o impacto ambiental associado ao produto.

---

<sup>46</sup> SCORSE, Jason. *What environmentalists need to know about economics*. New York: Palgrave Macmillan, 2010, p. 16.

<sup>47</sup> JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p.61.

<sup>48</sup> Comentando o caráter transfronteiriço dos danos ambientais e a necessidade de leva-los em consideração quando da discussão de acordos comerciais, Snape e Lefkovitz: “A degradação ambiental, que desconhece fronteiras políticas, frequentemente ocorre precisamente em virtude do comércio que o GATT promove. Essa degradação está ocorrendo de forma verdadeiramente rápida sem que seja contida por entraves procedimentais. O ar poluído de uma planta de energia mexicana próxima aos Estados Unidos da América, por exemplo, não para magicamente na fronteira estadunidense. A extinção das espécies pode estar diretamente relacionada aos investimentos financeiros estimulados pelo crescimento muitas vezes insustentável orientado para a exportação protegido, senão promovido, pelos acordos comerciais. As áreas do globo sem propriedade definida, como o alto-mar, não estarão melhor protegidas caso os países que se pautam pela prudência paguem pelo direito de conservar seus recursos naturais. ‘A dura realidade das presentes ameaças ambientais determinam que os países olhem além de suas fronteiras para buscar potenciais soluções, independentemente do impacto gerado em seus parceiros comerciais.’ Considerações ambientais devem ser levadas à mesa quando as regras comerciais estão sendo negociadas, não confinadas à periferia como uma exceção”. Conforme original em inglês: “*Environmental degradation, which knows no political boundaries, often occurs precisely because of the trade that the GATT promotes. It is occurring fast enough without being shackled by procedural burdens. Dirty air from a Mexican power plant near the United States, for instance, does not magically stop at the U.S. border. Species extinction can be directly related to the financial investments spurred by the sometimes unsustainable export-driven growth protected, if not promoted, by trade agreements. Areas owned by no country, such as the high seas, are not better protected by making cautious countries pay for the right to conserve their natural resources. ‘The sobering reality of present environmental threats dictates that countries look outside their borders for potential solutions, irrespective of whether trading patterns are disrupted.’ Environmental considerations must sit at the table when trade rules are negotiated, not confined to the periphery as a feel-good exception.*” In: SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT’s Environmental Miranda: Are ‘Process Standards’ Getting ‘Due Process’?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 798.



Embora em nosso entender eventual limitação à liberalização comercial empreendida por essas medidas seja insuscetível de contestação, além de absolutamente justificável tendo em vista a pretensão de correção das apontadas falhas mercadológicas e, por conseguinte, a intenção de viabilizar a correta reflexão dos valores ambientais pelo mercado, a legitimidade de sua aplicação aos produtos importados é questão extremamente contenciosa na doutrina. Tal fato explica o interesse em se empreender a presente pesquisa que busca responder essa indagação à luz dos acordos integrantes da estrutura legal da OMC e da interpretação conferida às suas disposições pelos Painéis do GATT e pelo Órgão de Solução de Controvérsias, que é exatamente do que passamos a cuidar.

### 3. SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

#### 3.1. Breve histórico e estrutura organizacional

A impiedosa herança de ruína social e econômica deixada pela Primeira Guerra Mundial corrompeu as relações comerciais internacionais dando início a uma onda de políticas protecionistas ao estilo “salve-se quem puder” (*beggar-thy-neighbour*<sup>49</sup>), que se espalhou rapidamente pelo mundo ao longo da década de 1920, alcançando formas extremas com o advento da Grande Depressão.<sup>50</sup>

Com o objetivo de preservar a produção e os empregos domésticos e restabelecer seus mercados, governos lançavam mão de medidas como restrições comerciais e emissão de moeda sem lastro no correspondente valor em reservas de ouro – até então o padrão a regular a conversibilidade das moedas –, o que desencadeava progressivas desvalorizações cambiais. A mais notória delas foi a promulgação da lei aduaneira Smoot-Hawley pelo Congresso estadunidense, em 1930, a qual aumentava a taxa média dos impostos incidentes sobre produtos importados de 38% para 52%, desencadeando um efeito dominó de medidas retaliatórias que praticamente paralisou os fluxos comerciais internacionais.<sup>51</sup> Eventuais produtos não produzidos pelo mercado doméstico, ou pelo menos não em quantidade suficiente, eram importados por meio de acordos bilaterais sempre restritos pela preocupação de manutenção do equilíbrio entre importações e exportações, a fim de evitar que a balança comercial pendesse para qualquer dos lados.<sup>52</sup>

Em 1944, quando a Segunda Guerra Mundial aproximava-se de seu fim e a vitória dos Aliados tornava-se cada vez mais certa, políticos voltaram suas atenções para a reconstrução da economia no contexto pós-guerra. Revisando criticamente suas políticas econômicas, dentre as quais o recurso exacerbado a medidas protecionistas que estrangulavam o comércio internacional, os países integrantes das nações aliadas, capitaneados pelos Estados Unidos da América (EUA) – que experimentou forte crescimento industrial no período – e pelo Reino Unido –potência mercantil e industrial no contexto pré-guerras –, perceberam que haviam

---

<sup>49</sup> Termo utilizado para designar as políticas protecionistas adotadas por um país e que trazem impactos negativos para outros. A tradução literal para o português seria: políticas de empobrecimento dos vizinhos.

<sup>50</sup> TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2ª ed. Londres: Routledge, 1995, p. 19.

<sup>51</sup> HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Economics, and Politics*. Londres: Routledge, 2007, p. 7.

<sup>52</sup> JAKOBSEN, Kjeld. *Comércio Internacional e Desenvolvimento. Do GATT à OMC: Discurso e Prática*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2005, p. 31.

cometidos graves erros, os quais pretendiam reparar promovendo a cooperação econômica internacional como forma de assegurar a paz e a prosperidade mundial.<sup>53</sup>

No seu entendimento, seria necessário recapitular as lições de economia política clássica de Adam Smith e promover um mercado global em que os bens e o capital tivessem trânsito livre, gerando uma interdependência entre as nações, no sentido de sua integração a um sistema mundial, e imbuindo-as de um poder relativo, de modo que nenhuma pudesse ter poder absoluto sobre o sistema. A cooperação econômica internacional seria, pois, a chave para o balanceamento dos poderes, prevenindo a guerra e mantendo a paz.<sup>54</sup>

Reunidos em uma conferência em Bretton Woods, no estado de New Hampshire nos EUA, em julho daquele mesmo ano, delegados das 44 nações aliadas e associadas concluíram que essa cooperação deveria ser regulada por instituições internacionais operando nos interesses gerais de maior estabilidade e previsibilidade. Nesse sentido, o acordo formalizado ao fim da conferência – cuja substância já havia sido previamente debatida e assentada pelos governos dos Estados Unidos e do Reino Unido durante os três anos anteriores à sua realização –, batizado com o nome da cidade em que sediada, previa a criação de duas instituições: o Fundo Monetário Internacional (FMI), responsável por manter a estabilidade cambial e auxiliar os países enfrentando crises na balança de pagamentos a superá-las através da concessão de empréstimos; e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), que juntamente com a Associação Internacional de Fomento e a Cooperação Financeira Internacional formam o chamado Grupo do Banco Mundial,<sup>55</sup> cujo mandato inicial era fornecer assistência financeira para as economias dos países europeus abalados pelas guerras, sendo posteriormente encarregado do fornecimento de empréstimos para países em desenvolvimento.<sup>56</sup>

Embora reconhecessem a necessidade de criação de um terceiro organismo destinado a regular as relações comerciais internacionais – a Organização Internacional do Comércio (OIC) –, os delegados participantes da conferência, em sua maioria especialistas em

---

<sup>53</sup> PEET, Richard. *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2009, p. 36.

<sup>54</sup> PEET, Richard. *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2009, p. 41-42. O autor faz interessante observação acerca da impropriedade da perspectiva liberal clássica, que assume que a dependência estabelecida através da cooperação econômica internacional seria mútua e de que a capacidade econômica, política e militar das nações seria recíproca e relativa, no contexto pós-guerra. Richard Peet nota que essas não eram as condições observáveis no período, marcado por desigualdade político-econômica, e que, nessas circunstâncias, o comércio internacional torna-se uma ferramenta de poder nacional, permitindo que países desenvolvidos utilizem-se do sistema para subordinar outras nações economicamente mais fracas.

<sup>55</sup> SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010, p.409.

<sup>56</sup> JAKOBSEN, Kjeld. *Comércio Internacional e Desenvolvimento. Do GATT à OMC: Discurso e Prática*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2005, p. 30-31.

finanças,<sup>57</sup> acreditaram ser mais apropriado tratar de questões comerciais em um momento futuro em que especialistas dos órgãos nacionais adequados pudessem tomar parte. Até mesmo porque não havia consenso quanto aos contornos do mandato a ser exercido pela instituição.<sup>58</sup>

As negociações para a criação do organismo internacional que seria incumbido de promover a liberalização comercial começaram em dezembro de 1945, sob a provocação dos EUA, grandes entusiastas da ideia. Outras quatro conferências foram realizadas entre 1946 e 1948 (Londres, 1946; Lake Success, 1947; Genebra, 1947; Havana, 1948), organizadas pelo Conselho Econômico e Social – conhecido por seu acrônimo em inglês, ECOSOC –, órgão subordinado à recém-estabelecida Organização das Nações Unidas (ONU), com o fim de esboçar os termos da carta constitutiva da OIC.<sup>59</sup>

Os maiores avanços foram feitos em Genebra, Suíça, em 1947, quando os países participantes da conferência além de progredirem na negociação dos termos do tratado instituidor da OIC e na preparação da agenda de redução tarifária, lograram concluir os

---

<sup>57</sup> Richard Peet alerta para a versão romantizada normalmente apresentada pelos doutrinadores quanto à Bretton Woods: “Henry Morgenthau, secretário do Tesouro dos EUA, esperava fazer de Bretton Woods uma conferência de alto nível que atrairia a participação de ministros da fazenda para dotar as recomendações finais de peso político. Mas devido ao contexto de guerra, e a outras preocupações políticas, apenas 15 governos (...) enviaram seus ministros da fazenda. Lord Keynes encabeçou a delegação britânica. M. S. Stepanov, vice-comissário de comércio exterior, conduziu a delegação soviética. Diplomatas seniores dos bancos centrais presidiram as delegações remanescentes. Ao lado dos economistas líderes da época, contudo, havia delegados do Poder Executivo com apenas algumas das qualificações necessárias para participar de uma conferência dessa magnitude. (...) Alguns dos delegados estavam bastante familiarizados com o documento a ser discutido. A maior parte deles conheceram seus termos somente durante a conferência. Além do mais, vários delegados não falavam inglês, o idioma oficial da conferência, e as questões sofisticadas em discussão permaneceram ininteligíveis para vários. ‘Em Bretton Woods, representantes de quatro e quatro delegações assinaram os acordos sem ter o tempo ou a oportunidade para lê-los’ (Van Dormael 1978: 226).” Conforme original em inglês: “*Henry Morgenthau, secretary of the US Treasury, hoped to make Bretton Woods a high-level conference attended by finance ministers to add political weight to the final recommendations. But owing to war conditions, and other political concerns, only fifteen governments (...) sent their finance ministers. Lord Keynes chaired the British delegation. M. S. Stepanov, deputy commissar of foreign trade, led the Soviet delegation. Senior diplomats from central banks chaired most of the remaining delegations. Alongside the leading economists of the time, however, were government delegates with few of the qualifications necessary for a conference of that significance. (...) Some of the delegates were well acquainted with the complex document to be discussed. Most learned of them only during the conference. Moreover, many delegates did not speak English, the official language of the conference, and the sophisticated issues discussed remained unintelligible to many. ‘At Bretton Woods, representatives of forty-four delegations signed the agreements without having the time or opportunity to read them’ (Van Dormael 1978: 226).*” In: PEET, Richard. *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2009, p. 49.

<sup>58</sup> JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 92.

<sup>59</sup> PEET, Richard. *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2009, p. 181.

termos de um acordo multilateral que definia os princípios gerais norteadores da liberalização comercial: o GATT.<sup>60</sup>

Como nos esclarece John J. Jackson, a ideia era que o GATT fosse um acordo especializado que integraria a estrutura legal da OIC, cuja carta constitutiva continuava em negociação, a qual daria o suporte institucional decisório, de resolução de controvérsias e definição de obrigações, necessário à implementação do acordo.<sup>61</sup>

Diante das pressões para que entrasse em vigor, o GATT foi adotado em caráter provisório por vinte e três países<sup>62</sup> por meio da assinatura de um protocolo que fixava sua vigência a partir de 1º de janeiro de 1948, antes mesmo da conclusão da carta constitutiva da OIC – a Carta de Havana –, finalizada durante a conferência realizada em Havana, Cuba, no mesmo ano.<sup>63</sup>

Embora fosse apenas um acordo, desprovido, portanto, do aparato institucional e do *status* legal de uma organização internacional, e vigesse tão somente em caráter provisório, o GATT tornou-se o regime multilateral de fato a regular as relações comerciais durante os quarenta e sete anos que se seguiram. Isso porque o Congresso dos EUA se recusava a ratificar a Carta de Havana, por entender que implicava a transferência de demasiados poderes para uma organização internacional, o que ameaçava os interesses nacionais. Ademais, diante do crescente poderio estadunidense, não havia interesse dos demais países de integrar uma organização internacional sem que os EUA dela fizessem parte. Dessa forma, a OIC, ironicamente idealizada pelos EUA, nunca chegou a existir.<sup>64</sup>

O GATT regulava o comércio de bens e tinha o propósito de eliminar o protecionismo, impedindo o recurso a medidas que restringissem ou desnaturassem o comércio internacional e garantindo às partes contratantes igualdade de acesso ao mercado, reciprocidade, não-discriminação e transparência, o que envolvia a redução das tarifas, a desregulamentação do

---

<sup>60</sup> MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 2.

<sup>61</sup> JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 93.

<sup>62</sup> Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Ceilão (atual Sri Lanka), Chile, China, Cuba, Estados Unidos da América, França, Índia, Líbano, Luxemburgo, Myanmar, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Países-Baixos, da Rodésia do Sul (atual Zimbábue), Reino-Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Síria, Tchecoslováquia e União Sul-Africana (atual África do Sul).

<sup>63</sup> HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Economics, and Politics*. Londres: Routledge, 2007, p. 8.

<sup>64</sup> JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 94.

comércio, a mutualidade das concessões tarifárias, o tratamento igualitário e justo de todas as partes contratantes e a clareza quanto as medidas não-tarifárias.<sup>65</sup>

Sob a égide do GATT foram realizadas oito rodadas de negociações comerciais multilaterais<sup>66</sup> – com uma agenda cada vez mais ampliada –, organizadas pela Comissão Interina para a OIC que se tornou o corpo administrativo que regulava o acordo ou o Secretariado do GATT, como era mais conhecido. A Rodada Uruguai é certamente a mais famosa delas por ter produzido uma série de acordos abrangendo uma variada gama de temáticas relacionadas à pauta comercial e ter finalmente institucionalizado o sistema multilateral de comércio por meio da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Esta rodada, iniciada em Puntadel Leste, em 1986, contou com a participação de 128 países e foi concluída em Marraqueche, no Marrocos, em 1994.

A respeito dos avanços alcançados na Rodada Uruguai, valiosos os comentários de John J. Jackson:

A Rodada Uruguai foi claramente a maior e mais complexa de todas as rodadas do GATT, e provavelmente a maior e mais complexa negociação econômica multilateral da história. Seu texto final continha aproximadamente 26.000 páginas. (...) Um resultado chave da rodada foi o estabelecimento de uma nova organização internacional, a OMC (Organização Mundial do Comércio) (...). Além da nova organização, a Rodada Uruguai introduziu pela primeira vez a temática da propriedade intelectual e do comércio de serviços no sistema de tratados comerciais. (...) Outros aspectos da Rodada Uruguai foram igualmente muito significantes. Por exemplo, os negociadores estabeleceram em Puntadel Leste que as negociações deveriam resultar em um tratado que deveria ser aceito em um compromisso único ou pacote único. Desta forma, todos os participantes da negociação que desejassem, ao final, tornar-se membros da nova organização deveriam aceitar todas as obrigações do massivo complexo legal.<sup>67</sup> [tradução livre]

<sup>65</sup> PEET, Richard. *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2009, p. 182.

<sup>66</sup> Genebra, 1947; Annecy, 1949; Torquay, 1950/1951; Genebra, 1955/1956; Dillon, 1960/1961; Kennedy, 1963/1967; Tóquio, 1976/1979; Uruguai, 1986/1994.

<sup>67</sup> “The UR was clearly the largest and most complex of all the GATT trade rounds, and probably the largest and most complex economic multilateral treaty negotiation in history. Its final text is approximately 26,000 pages long. (...) A key conclusion of the round was the establishment of a new international organization, the WTO (World Trade Organization) (...). Apart from the new WTO organization, the UR for the first time introduced intellectual property and services trade into the trade treaty system. (...) Certain other features of the UR were also highly significant. For example, the negotiators established at Punta del Este that the new UR negotiation should result in a treaty that would be a “single undertaking,” or “single package.” By that they meant that all participants in the negotiation who wished at the end to become members of the new organization, and thus participants in the UR treaty norms, would be required to accept all the obligations of the massive treaty complex.” In: JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 99-100.

A OMC representava a superação de vários dos entraves vivenciados ao longo da era GATT, mormente no que diz respeito à ausência de uma estrutura institucional, o que dificultava não só a continuidade e constância das negociações como também a resolução das controvérsias surgidas entre as partes contratantes.

Detentora de personalidade jurídica própria e de um mandato bem mais ampliado, a OMC iniciou suas funções em 01 de janeiro de 1995 e é estruturada em quatro órgãos. O primeiro e mais importante deles, a Conferência Ministerial, é composto por representantes de todos os Estados-membros e se reúne no mínimo uma vez a cada dois anos, sendo responsável por conduzir as negociações comerciais e decidir sobre qualquer dos assuntos compreendidos no âmbito dos acordos comerciais integrantes da estrutura legal da OMC.

O Conselho Geral é o segundo na hierarquia institucional, sendo composto por embaixadores comerciais e chefes de delegação, e reúne-se entre as sessões das Conferências Ministeriais, sendo responsável por desempenhar as funções da Conferência quando não estiver reunida. Paralelamente, o Conselho Geral se subdivide em dois órgãos abertos à participação dos Estados-membros que tenham interesse: o Órgão de Solução de Controvérsias, que tem a atribuição de dirimir eventuais litígios surgidos entre os Estados-membros da OMC; e o Órgão de Revisão de Política Comercial, incumbido de revisar periodicamente as políticas comerciais adotadas pelos Estados-membros da OMC.<sup>68</sup>

Além destes, há ainda três Conselhos especializados em Comércio de Bens, Comércio de Serviços e Aspectos Comerciais dos Direitos de Propriedade Intelectual. Ademais, há comissões permanentes e grupos de trabalhos especializados em temáticas reputadas de interesse pela Conferência Ministerial.<sup>69</sup> Todos estes conselhos e comissões estão vinculados ao Conselho Geral. Atualmente há ainda em funcionamento uma Comissão de Negociações Comerciais incumbida de conduzir os debates em torno da Agenda de Desenvolvimento da Rodada Doha, lançada em novembro de 2001 e em curso até o presente momento.

Finalmente, a OMC conta com um Secretariado incumbido das tarefas administrativas da organização e chefiado pelo diretor-geral, apontado pela Conferência Ministerial.

---

<sup>68</sup> MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 9-10.

<sup>69</sup> Além dos diversos Comitês estabelecidos pelos Conselhos especializados em Comércio de Bens, Comércio de Serviços e Aspectos Comerciais dos Direitos de Propriedade Intelectual, atualmente estão em funcionamento: o Comitê de Comércio e Meio Ambiente; Comitê de Comércio e Desenvolvimento; Subcomitê de Países Menos Desenvolvidos; Comitê de Acordo Comerciais Regionais; Comitê de Restrições à Balança de Pagamentos; e Comitê de Orçamento, Finança e Administração. Igualmente em operação estão os Grupos de Trabalho em: Comércio, Débito e Finanças; Comércio e Transferência de Tecnologia.

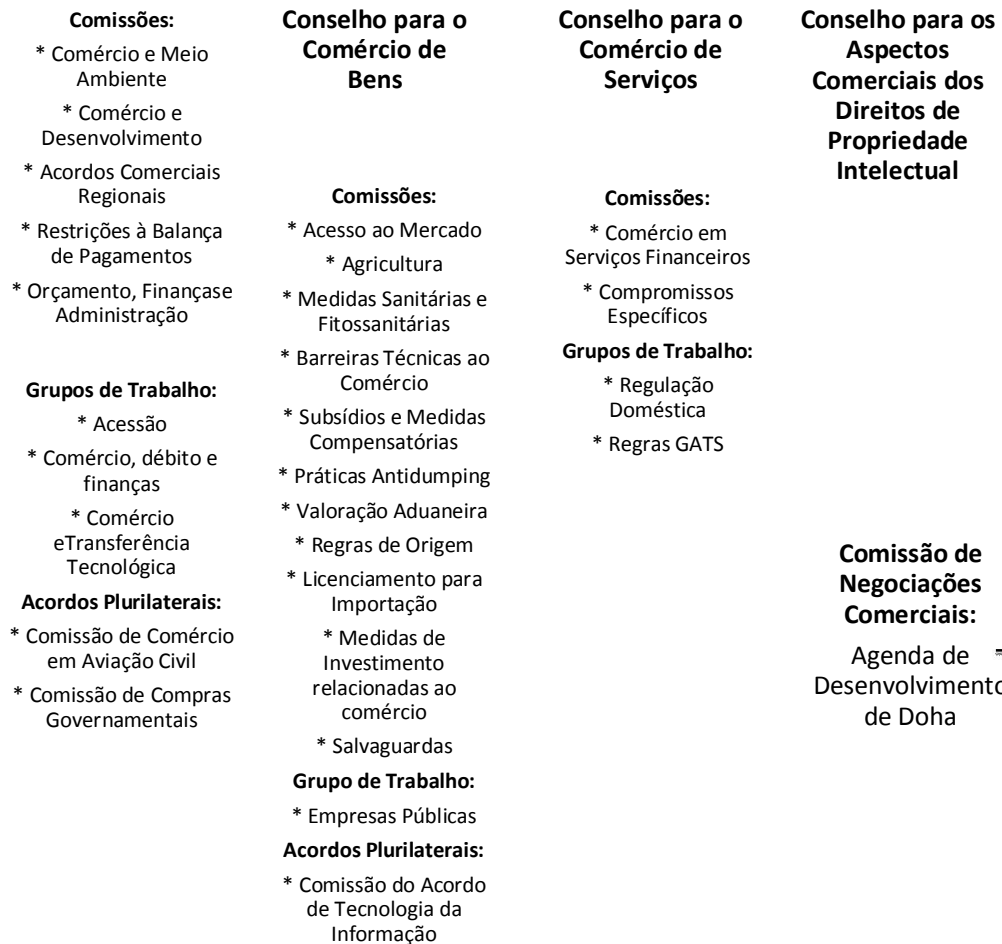
## Estrutura Organizacional da OMC

### Conferência Ministerial

Órgão de Solução  
de Controvérsias

Conselho  
Geral

Órgão de Revisão de  
Política Comercial



Organograma elaborado com base na Carta Organizacional da OMC. Disponível em: <[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/organigram\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/organigram_e.pdf)>. Acesso em 29/07/2013.

A estrutura legal básica da OMC é composta pelo pacote de acordos produzidos ao



longo da Rodada Uruguai que constitui um corpo legal único, o que significa que para se tornar membro da OMC é necessário aquiescer à integralidade dos acordos (*single undertaking*). Encabeçando a estrutura está o acordo constitutivo da organização ou Acordo de Marraqueche como é comumente designado. Nele estão definidos os objetivos que conduziram à criação do sistema multilateral do comércio, além de estabelecida a estrutura organizacional da OMC e os processos relativos ao seu funcionamento.

O GATT, celebrado em 1947, foi incorporado com emendas e adendos interpretativos ao arcabouço legal da OMC, sendo designado como GATT 1994. Ao seu lado, integrando o conjunto de Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens, onze tratados cobrindo áreas como agricultura, medidas sanitárias e fitossanitárias, barreiras técnicas ao comércio, antidumping, subsídios, salvaguardas, etc.; o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS); o Acordo sobre Aspectos Comerciais dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS); o Entendimento sobre Solução de Controvérsias; o Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais; e os Acordos Comerciais Plurilaterais, estes últimos de adesão opcional.

### **Estrutura Legal da OMC**

Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio

#### **Anexo 1**

Anexo 1A Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens

- **GATT 1994**
- **Agricultura**
- **Medidas Sanitárias e Fitosanitárias**
- **Barreiras Técnicas ao Comércio**
- **Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMs)**
- **Antidumping** (artigo VI, GATT)
- **Valoração Aduaneira** (artigo VII, GATT)
- **Inspeção Pré-embarque**
- **Regras de Origem**
- **Licenças de Importação**
- **Subsídios e Medidas Compensatórias**
- **Salvaguardas**

Anexo 1B Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS)

Anexo 1C Acordo sobre os Aspectos Comerciais dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS)

**Anexo 2 Entendimento sobre Solução de Controvérsias**

**Anexo 3 Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais**

**Anexo 4 Acordos Comerciais Plurilaterais**

- Anexo 4(a) Acordo sobre o Comércio em Aviação Civil
- Anexo 4(b) Acordo sobre Compras Governamentais

Tendo em vista o recorte proposto no presente trabalho, voltado para a investigação da

(i) legitimidade das medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental dos *produtos* internacionalmente comercializados, interessar-nos-á prosseguir na análise apenas de alguns dos Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Bens (anexo 1A), nomeadamente: o GATT, por ser o regime geral a versar sobre a eliminação das tarifas e barreiras ao comércio de bens, e o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), por regular as barreiras não-tarifárias, dentre as quais se enquadram algumas das medidas ora objeto de estudo.

Contudo, para que possamos compreender corretamente o escopo e abrangência de alguns dos artigos desses tratados que eventualmente sejam de interesse para o presente estudo é fundamental, em um primeiro momento, examinar a parte preambular do Acordo de Marraqueche, que define os objetivos subjacentes à OMC e contem disposições que orientam a interpretação de todos os tratados integrantes da estrutura legal da organização. O Preâmbulo do Acordo de Marraqueche será um instrumental valioso no traçar da linha divisória entre medidas que impliquem violações ilegítimas do GATT e medidas nacionais *per se* permissíveis.

### 3.2. Objetivos e princípios informativos

Os Estados-membros da OMC expuseram no preâmbulo do Acordo de Marraqueche os objetivos cuja consecução os impelia a criar o sistema multilateral de comércio. Assim, consignaram que:

Reconhecendo que as suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem objetivar a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico.

Reconhecendo ademais que é necessário realizar esforços positivos para que os países em desenvolvimento, especialmente os de menor desenvolvimento relativo, obtenham uma parte do incremento do comércio internacional que corresponda às necessidades de seu desenvolvimento econômico (...) [grifo nosso]

Igualmente, determinaram os meios pelos quais pretendiam alcançar tais objetivos:

Desejosas de contribuir para a consecução desses objetivos mediante a celebração de acordos destinados a obter, na base da reciprocidade e de vantagens mútuas, a redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio assim como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais.

Resolvidas, por conseguinte, a desenvolver um sistema multilateral de comércio integrado, mais viável e duradouro que compreenda o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, os resultados de esforços anteriores de liberalização do comércio e os resultados integrais das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguaí (...) [grifo nosso]

O objetivo-fim da OMC não é, portanto, liberalizar o comércio.<sup>70</sup> Aliás, a própria OMC não se descreve como uma instituição voltada para tal desiderato, preferindo ser identificada como “um sistema de regras dedicado a assegurar um modelo de concorrência aberta, justa e sem distorções”.<sup>71</sup> A liberalização do comércio é apenas a ferramenta eleita pelos membros para perseguir a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego, a elevação das receitas, o aumento da produção e do comércio, a *utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo do desenvolvimento sustentável e buscando preservar o meio ambiente*, o incremento do comércio internacional dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Estes, sim, são os reais e declarados objetivos a justificar a criação da OMC, a orientar sua atuação e a pautar a interpretação das obrigações assumidas através dos acordos integrantes de sua estrutura legal básica.<sup>72</sup>

Como revela a etimologia do termo *mediante*<sup>73</sup> utilizado no texto do preâmbulo<sup>74</sup>, a redução substancial das tarifas aduaneiras e dos demais obstáculos ao comércio, e a

<sup>70</sup> Na fundamentação da decisão do Painel no caso *Shrimp-Turtle*, os painelistas chegaram à conclusão parcialmente diversa: “Embora o Preâmbulo do Acordo da OMC confirme que as considerações ambientais são importantes para a interpretação do acordo, o foco central do acordo permanece sendo a promoção do desenvolvimento econômico através do mercado; e as disposições do GATT são essencialmente voltadas para a liberalização do acesso aos mercados de forma não-discriminatória.” Conforme original em inglês: “While the WTO Preamble confirms that environmental considerations are important for the interpretation of the WTO Agreement, the central focus of that agreement remains the promotion of economic development through trade; and the provisions of GATT are essentially turned toward liberalization of access to markets on a non-discriminatory basis.” In: *United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS 58), Relatório do Painel, adotado em 21/11/2001, § 7.42.

<sup>71</sup> OMC. *Trading into the future*. Genebra: Secretariado da OMC, 1998, apud RAO, P.K. *The World Trade Organization and the Environment*. Londres: Palgrave Macmillan, 2000, p.75.

<sup>72</sup> HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Economics, and Politics*. Londres: Routledge, 2007, p. 14. E ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 93. Em sentido contrário: MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 441.

<sup>73</sup> O termo deriva do latim *medius*, que significa meio, conceito que na linguagem é oposto à ideia de fim.

eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais seriam os meios pelos quais se buscaria realizar os objetivos-fim revelados nos parágrafos anteriores do preâmbulo do Acordo de Marraqueche. Isto é, seriam os princípios informativos do sistema multilateral de comércio<sup>75</sup>.

A confusão parece derivar do fato de que as obrigações contidas nos tratados integrantes da estrutura da OMC pretendem viabilizar esses meios; são como que suas derivações e traduções práticas. Com efeito, por trás de toda obrigação constante do arcabouço legal da OMC percebe-se a intenção de operacionalizá-los. No entanto, isso não os torna fins em si mesmos; pelo contrário, reforça ainda mais seu caráter instrumental, já que é a partir da implementação deles, na qualidade de princípios informativos do sistema multilateral de comércio, que a OMC pretende realizar seus objetivos-fim.

A instrumentalidade da liberalização comercial diante da persecução dos reais objetivos da OMC é igualmente evidente no que diz respeito especificamente ao regime de comércio de bens, como se apreende da leitura do preâmbulo do GATT que, aliás, serviu de base para a redação do preâmbulo do Acordo de Marraqueche:

Reconhecendo que suas relações no domínio comercial e econômico *devem ser orientadas no sentido de elevar os padrões de vida, de assegurar o emprego pleno e um alto e sempre crescente nível de rendimento real e de procura efetiva, para a mais ampla exploração dos recursos mundiais e a expansão da produção e das trocas de mercadorias;*

Almejando contribuir para a consecução desses objetivos, *mediante* a conclusão de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório, em matéria de comércio internacional (...) [grifo nosso]

---

<sup>74</sup> No inglês, idioma em que originalmente escrito o texto, há emprego do termo *by* que igualmente denota que a liberalização comercial seria apenas o meio através do qual seriam perseguidos os objetivos apontados no início do preâmbulo: “*Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements directed to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and to the elimination of discriminatory treatment in international trade relations (...)*”.

<sup>75</sup> Como esclarece Mitchel: “um objetivo é tipicamente compreendido como uma meta ou finalidade. Em contraste, um princípio pode ser entendido como o meio de se alcançar um objetivo ou uma pluralidade deles ao fornecer as bases para o desenvolvimento de uma série de normas mais detalhadas.” Conforme original em inglês: “*An objective is typically understood as an aim or goal. In contrast, a principle could be understood as referring to a means of achieving an objective or a number of objectives by providing the basis for a series of more detailed rules.*” In: MITCHELL, Andrew D. *Legal Principles in WTO Disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 36. A propósito, confira-se ainda: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. *Meio Ambiente e Desenvolvimento na Organização Mundial do Comércio*. São Paulo: Ed. IOB, 2006, p. 116.

Não obstante a infeliz redação da passagem que trata da “mais ampla exploração dos recursos mundiais”, transparecendo a falta de consciência ambiental da época em que celebrado o GATT 1947, mas que foi incisivamente corrigida pelo preâmbulo do Acordo de Marraqueche, responsável pela inserção de uma perspectiva sustentável ao sistema multilateral de comércio, resta patente da leitura do trecho acima que a redução das tarifas aduaneiras, das barreiras comerciais e a eliminação do tratamento discriminatório no comércio internacional de bens não são os objetivos-fim do GATT; mas estão a serviço de sua consecução.<sup>76</sup>

Está claro, portanto, que a liberalização comercial – e conseqüentemente seus princípios informativos de redução das tarifas e barreiras ao comércio e da não-discriminação – não deve ser buscada de forma absoluta, mas sim temperada, tendo em mente sua instrumentalidade diante dos objetivos subjacentes ao sistema multilateral de comércio, inscritos no preâmbulo do Acordo de Marraqueche.

---

<sup>76</sup> Pode-se dizer, em última análise, que a redução das tarifas e barreiras comerciais e a não-discriminação sejam os objetivos *imediatos* do acordo, isto é, aqueles que se pretende perseguir tão somente e na exata medida em que se prestam a alcançar os objetivos-fim (mediatos). Contudo, para evitar imbróglis terminológicos optou-se neste estudo pelo emprego dos termos *meios* ou *princípios* para designar os objetivos imediatos.

#### 4. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO NACIONAL: ART. III do GATT

A análise da conformação das medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental ao longo do ciclo de vida ao regramento estabelecido pela OMC quanto ao comércio internacional de bens parte necessariamente da verificação de sua adequação ao princípio da não-discriminação. Esse princípio é considerado o pilar fundamental do sistema multilateral de comércio por razões de cunho político e econômico.

A partir de uma perspectiva política, não há dúvidas quanto ao potencial que a adoção de uma postura discriminatória nas relações exteriores e, mais especificamente, nas relações comerciais tem para provocar tensões internacionais. A forte carga de injustiça intrínseca a ações que implicam no tratamento desigual de sujeitos iguais pode acirrar os ânimos e suscitar retaliações não necessariamente limitadas ao comércio que, levadas ao extremo, podem desencadear conflitos armados.<sup>77</sup>

Como abordado anteriormente, ao longo das décadas de 1920 e 1930 as políticas comerciais adotadas pelos países ao redor do mundo eram marcadamente discriminatórias e protecionistas. Muitos pesquisadores apontam essa característica das políticas comerciais como uma importante causa a contribuir para a crise econômica e política que resultou na Segunda Guerra Mundial.<sup>78</sup> E é exatamente na tentativa de se evitar a repetição do cenário bélico vivenciado no início do século XX que, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, ao reunirem-se para tratar da criação da OIC que, relembre-se, nunca chegou a existir, vários Estados assinaram o GATT e nele consignaram a não-discriminação como princípio basilar.

Sob o prisma econômico, o princípio da não-discriminação é um pressuposto da liberalização comercial que, como já mencionado, é o meio eleito para implementar os objetivos subjacentes ao sistema multilateral de comércio. Conforme argumenta Diebold, a não-discriminação é a base do liberalismo econômico como teorizado pelos economistas clássicos, na medida em que previne a adoção de medidas que visem proteger a indústria doméstica ou favorecer parceiros comerciais específicos, evitando assim distorções mercadológicas e a alocação ineficiente de recursos, permitindo um melhor aproveitamento das vantagens comparativas:

<sup>77</sup> DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 15.

<sup>78</sup> VAN DEN BOSSCHE, Peter. Principles of Non-Discrimination. In: \_\_\_\_\_. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, cap. 4, p. 369.

(...) o princípio da não-discriminação, como instrumento da liberalização comercial, busca prevenir ineficiências. De acordo com as teorias econômicas primeiramente desenvolvidas por *Smith* no seu trabalho *A Riqueza das Nações* (1776) e *Ricardo* nos *Princípios de Economia Política e Tributação* sobre a alocação eficiente dos recursos e as vantagens comparativas, a liberalização comercial permite que os países se especializem na produção e exportação de produtos e serviços nos quais gozem de vantagens comparativas e, por outro lado, importem produtos e serviços que podem ser produzidos e fornecidos de maneira mais eficiente em outro país. Seguindo essa lógica, a remoção de obstáculos comerciais beneficia todas as partes de um acordo. Não obstante, as relações comerciais entre países são governadas por direitos e obrigações que são negociadas bilateral ou multilateralmente e que são incorporadas em acordos comerciais. Desta forma, é necessário implementar teorias econômicas e comerciais, tais como a proteção das vantagens comparativas, em regras comerciais específicas. O princípio da não-discriminação constitui um dos principais instrumentos do direito internacional econômico desenvolvido para assegurar a liberalização comercial e garantir os compromissos comerciais. Ele previne a proteção discriminatória da indústria doméstica ou de parceiros comerciais específicos, deste modo evitando a alocação ineficiente de recursos e as distorções mercadológicas. Assim, a não-discriminação constitui um principal central do direito internacional do comércio e está inserido em virtualmente todos os acordo comerciais dentro e fora do contexto da OMC.<sup>79</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

No que diz respeito ao comércio de bens, o princípio da não-discriminação encontra-se insculpido em diversos dispositivos dos Acordos Multilaterais sobre Comércio de Bens,<sup>80</sup> mas os mais emblemáticos são certamente os artigos I e III do GATT, onde a vedação à discriminação com base no país de origem ou de destino de um produto desdobra-se no princípio da nação mais favorecida e do tratamento nacional.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> “(...) the principle of non-discrimination as an instrument of trade liberalization seeks to prevent inefficiencies. According to the economic theories first developed by Smith in his work *Wealth of Nations* (1776) and Ricardo in *Principles of Political Economy and Taxation* (1817) on the efficient allocation of resources and comparative advantage, trade liberalization allows countries to specialize in the production and exportation of products and services for which they enjoy a comparative advantage and, in turn, import products and services which can be produced and supplied more efficiently in another country. Following this rationale, the removal of trade obstacles benefits all parties to the agreement. Yet, trade relationships between countries are governed by legal rights and obligations that are negotiated bilaterally or multilaterally and embodied in trade agreements. Hence, it is necessary to implement economic trade theories, such as the protection of competitive advantages. An influential body of literature developed which cited unequal opportunity as one into specific trade rules. The principle of non-discrimination constitutes one of the main instruments of international economic law designed to secure trade liberalization and guarantee trade commitments. It prevents discriminatory protection of the domestic industry or of specific trading partners, thereby averting inefficient allocation of resources and market distortions. Thus, non-discrimination constitutes the core principle of international trade law and is embodied in virtually all trade agreements within and outside the WTO framework.” In: DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 16-17.

<sup>80</sup> Veja-se a propósito, art. 2.1 do TBT; e 2.3, do SPS.

<sup>81</sup> QIN, Julia Ya. Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 216.

Pelo primeiro, “qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma parte contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produto similar, originário do território de cada uma das outras partes contratantes ou ao mesmo destinado” (art. I.1, GATT).

Embora a nomenclatura atribuída ao princípio dê margem a interpretações equivocadas quanto ao seu significado, em verdade ele não atribui tratamento privilegiado a qualquer país; pelo contrário, ele proíbe a concessão de tratamento especial até mesmo para a nação com a qual um país mantenha seus laços mais próximos de amizade.<sup>82</sup>

Já o segundo princípio, do tratamento nacional, impõe que “os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais” (art. III.2, GATT). Outrossim, o princípio determina que “os produtos do território de uma parte contratante que entrem no território de outra parte contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno” (art. III.4, GATT).

Em linhas gerais, o propósito do princípio do tratamento nacional, encerrado no art. III do GATT, é assegurar que “produtos importados recebam o mesmo tratamento que produtos similares domésticos, no que diz respeito à taxação e regulamentação, uma vez que tenham passado pela alfândega”.<sup>83</sup> Essa é a principal disposição do GATT a regular a aplicação de políticas internas a produtos importados,<sup>84</sup> sejam elas de caráter fiscal ou regulamentar, portanto, a pretensão de responder à pergunta proposta no presente trabalho depende essencialmente da compreensão de seus exatos contornos, o que só será possível com o auxílio da doutrina e das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Preliminarmente, é interessante notar, como fazem Howse e Regan que, “embora uma gama infinita de políticas domésticas possa ter algum tipo de impacto nas oportunidades

---

<sup>82</sup> LAS DAS, Bhagirath. *The World Trade Organisation: A Guide to the Framework for International Trade*. Londres: Zed Books Ltd., 2000, p. 15. Note-se que o princípio da nação mais favorecida não é absoluto, de modo que o próprio art. I, em seus parágrafos, e o art. II, preveem hipóteses em que será tolerada a concessão de tratamento preferencial a determinados produtos e a determinados parceiros comerciais.

<sup>83</sup> TSAI, Edward S. ‘Like’ is a four-letter word – GATT article III’s ‘like product’ conundrum. *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, v. 17, 1999, p. 28.

<sup>84</sup> CHOI, Won Mog. Overcoming the “aim and effect” theory: interpretation of the “like product” in GATT article III.P. 107. *University of California Davis Journal of International Law & Policy*, Davis, v. 8, 2002, p. 107.



comerciais ou de acesso ao mercado, apenas aquelas que forem discriminatórias e, portanto, putativamente protecionistas, estarão sujeitas a proibição”.<sup>85</sup> Dessa forma, em princípio, as medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida serão reputadas conforme o sistema multilateral de comércio desde que sejam aplicadas a produtos domésticos e estrangeiros que sejam similares, sem dispensar aos últimos tratamento menos favorável que o conferido aos primeiros.

A verificação da conformidade de uma medida ao princípio da não-discriminação depende, pois, da comparação não só do tratamento que dispensa a produtos domésticos e importados, como também dos produtos a que se refere. Em última análise, a constatação da observância ao princípio da não-discriminação, mais especificamente ao princípio do tratamento nacional, depende da resposta a duas perguntas:

- a) A medida em questão implica em tratamento menos favorável do produto importado?
- b) Os produtos domésticos e importados em questão são similares?

A violação ao princípio da não-discriminação ocorreria tão somente caso ambas fossem respondidas positivamente. Não obstante sejam complementares e indispensáveis para a análise da conformação de uma medida ao princípio da não-discriminação, o foco central da doutrina e das decisões prolatadas sob os auspícios tanto do GATT como da OMC está há muito voltado para a resposta à última das questões, isto é, a perquirição da existência ou não de similaridade entre os produtos doméstico e importado.

Há uma tendência em considerar a resposta à pergunta acerca da similaridade entre os produtos domésticos e importados atingidos pela medida contestada sob o prisma do princípio da não-discriminação como pressuposto lógico da resposta à pergunta relativa à existência ou não de tratamento menos favorável dos produtos importados – análise *bottom-up*, conforme nomenclatura desenvolvida por Pauwelyn.<sup>86</sup> Por esse viés, mais importante do que demonstrar a disparidade no tratamento de dois dados produtos é fundamental provar que tais produtos

---

<sup>85</sup> “(...) although an almost infinite range of domestic policies may have some kind of impact on trading opportunities or market access, only those which are discriminatory, and therefore putatively protectionist, will be subject to prohibition.” In: HOWSE, Robert; REGAN, Donald. The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 11, n. 2, 2000, p. 253.

<sup>86</sup> PAUWELYN, Joost. The unberable lightness of likeness. In: PANIZZON, Marion; POHL, Nicole; SAUVÉ, Pierre. *GATS ans the Regulation of International Trade in Services*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 362.

são similares, a fim de aferir se uma medida implica em tratamento discriminatório e é, portanto, vedada segundo as regras da OMC.<sup>87</sup>

Identificar a disparidade de tratamento entre dois produtos não é uma tarefa problemática, já definir se dois produtos são similares é uma questão bem mais complexa. Como aponta Qin, quando surge uma controvérsia relativa à não-discriminação, a questão quase nunca se refere à indagação de se os produtos similares merecem o mesmo tratamento, mas sim se os produtos em questão devem ser considerados como similares:

Por trás do princípio da não-discriminação está a ideia de igualdade. Igualdade, contudo, nunca significou o mesmo tratamento para todos; pelo contrário, igualdade consiste em tratar igualmente os iguais. É um princípio moral profundamente arraigado na sociedade ocidental que determina que os iguais sejam tratados igualmente e que os desiguais o sejam desigualmente. Por conseguinte, a grande questão quase nunca está em se os semelhantes devem ser tratados de forma similar, mas sim em como classificar os iguais ou semelhantes.<sup>88</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

Não obstante seja peça fundamental na estruturação do sistema multilateral de comércio, não há, no texto do GATT ou sequer no dos demais acordos integrantes da estrutura legal da OMC dispositivo que conceitue similaridade ou que determine os critérios a serem utilizados na sua avaliação.

Em virtude da ausência de uma definição legal, a interpretação do termo e a identificação dos critérios a serem utilizados na sua delimitação ficaram a cargo da doutrina, dos Painéis instalados sob a égide do GATT 1947 e, posteriormente, do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC.

Embora a abrangência e definição do termo já tenha sido por diversas vezes discutida nesses fóruns, suas decisões não são dotadas de vinculatividade.<sup>89</sup> Ou seja, além de não haver uma definição legal, eventuais conclusões dos Painéis do GATT 1947 e do OSC quanto ao

<sup>87</sup> DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 65. No mesmo sentido: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 163.

<sup>88</sup> “Underlying nondiscrimination is the idea of equality. Equality, however, has never meant the same treatment for all; instead, equality consists in the like treatment of all similarly situated persons. It is a deeply-rooted moral principle in Western thought that it is just to treat the equals equally and to treat the unequals unequally. Accordingly, the question almost never rests in whether the similarly situated should be treated equally, but how to classify the equals or the similarly-situated.” In: QIN, Julia Ya. *Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization*. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 221-222.

<sup>89</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 169.

alcance do termo e seus critérios de avaliação valerão apenas para o caso concreto em questão, não formando precedentes vinculativos para casos futuros, inobstante sejam frequentemente rememoradas em suas fundamentações.

Tal fato somado ao exercício criativo da doutrina deu ensejo ao desenvolvimento de múltiplas abordagens. Diferenças a parte – a serem estudadas a seguir –, todas ocupam-se da identificação de quais características devem ser compartilhadas e, em última análise, quais critérios de comparação são relevantes, a fim de que dois produtos possam ser considerados similares dentro do propósito do princípio da não-discriminação.<sup>90</sup>

Essa árdua tarefa traz profundas implicações não só para o sistema multilateral de comércio como também para o âmbito de autonomia regulatória dos Estados-membros. Isso porque, caso os critérios de avaliação da similaridade eleitos sejam muito amplos, a aplicação do princípio da não-discriminação na prática pode tolher indevidamente o espaço onde decisões políticas racionais e legítimas são tomadas pelos governos nacionais, e implicar no escrutínio excessivo dos órgãos de adjudicação da OMC. Por outro lado, se os critérios forem muito limitados, a existência do sistema multilateral de comércio pode restar inviabilizada diante do favorecimento da multiplicação de medidas comercialmente restritivas.<sup>91</sup>

Sendo o controle de impacto ambiental, em princípio, um dos objetivos políticos que podem ser afetados conforme a amplitude conferida ao termo similaridade, interessa-nos investigar e compreender cada uma dessas abordagens, como pressuposto para enfrentar a questão central proposta no presente trabalho, qual seja, se as medidas fiscais e regulamentares associadas ao controle do impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida de um produto são ou não conforme o sistema multilateral de comércio.

---

<sup>90</sup> DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 72.

<sup>91</sup> DU, Michael Ming. *Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection Under the WTO Law: Rhetoric or Reality?*. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 13, n. 4, 2010, p. 1078. CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 168. DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 3.

## 4.1. Produtos Similares

### 4.1.1. Abordagem Objetiva

O incômodo gerado pela indefinição que cerca um termo tão elementar para o sistema multilateral de comércio não é fenômeno recente. Desde a assinatura do GATT, em 1947, várias controvérsias abordaram ou no mínimo tangenciaram a questão dos critérios para aferição da similaridade.<sup>92</sup> Sob a égide do referido acordo as partes contratantes estabeleceram a prática de determinar a similaridade entre dois produtos a partir das classificações tarifárias, isto é, dois produtos eram reputados similares e, portanto, deveriam sujeitar-se ao mesmo tratamento fiscal e regulamentar, desde que se enquadrassem na mesma classe dentro da tabela de classificação tarifária de um dado país.

A razão para utilização desse critério era óbvia. A grande preocupação das partes contratantes do GATT 1947 nos primeiros anos de sua existência eram as barreiras tarifárias. A intenção de liberalização comercial que propulsionava o acordo voltava-se em grande medida para a redução desses obstáculos. Ao aplicar o princípio da não-discriminação, as partes contratantes visavam, portanto, garantir que seus produtos não estivessem sujeitos a impostos e taxas que não incidissem sobre os produtos similares, quando importados por outros países. Nada mais lógico, pois, do que utilizar as classificações tarifárias como parâmetro para verificação do cumprimento desse compromisso de modo que, na medida em que fossem enquadrados na mesma classe de tarifas, os produtos seriam similares e, portanto, deveriam sujeitar-se a tratamento equivalente independentemente da origem.

Igualmente, era prática corrente entre as partes contratantes utilizar as características físicas como suplemento ao critério da classificação tarifária na definição da

---

<sup>92</sup> No Relatório do Órgão de Apelação no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products* (WT/DS135/AB/R), elaborado em 12/03/2001, há uma lista de todos os casos submetidos à apreciação do GATT e da OMC que veicularam questões afetas à definição do termo *produtos similares* no contexto de seus diversos empregos nos acordos integrantes da estrutura do sistema multilateral de comércio. Os mais conhecidos entre eles são: *Treatment by Germany of Imports of Sardines (Germany – Sardines)*, BISD 1S/53; *EEC – Measures on Animal Feed Proteins ("EEC – Animal Feed")*, BISD 25S/49; *Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee*, BISD 28S/102; *Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages ("1987 Japan – Alcoholic Beverages")*, BISD 34S/83; *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, BISD 39S/206; *United States – Taxes on Automobiles*, DS31/R; *United States – Gasoline*, WT/DS2/R; *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages ("Japan – Alcoholic Beverages")*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R; *Canada – Periodicals*, WT/DS31/R; *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages ("Korea – Alcoholic Beverages")*, WT/DS75/R, WT/DS84/R.

similaridade.<sup>93</sup>Sob a ótica dessa versão primitiva da abordagem objetiva, a similaridade estava, portanto, reduzida a uma questão física.

Esses dois elementos foram utilizados como os únicos fatores na definição da similaridade durante a primeira metade de vigência do GATT 1947. No entanto, esses critérios reduziam demasiadamente o âmbito das escolhas políticas nacionais, sujeitando as partes contratantes a reduzir seu escopo de regulamentação dos produtos a dois aspectos estritamente superficiais e formais, o que as impedia de perseguir objetivos legítimos – relacionados ao controle do impacto ambiental e dos riscos à saúde, por exemplo –, cujos efeitos reverberassem sobre o comércio internacional.

Com a proliferação do recurso às barreiras não-tarifárias, principalmente ao longo das décadas de 1960 e 1970,<sup>94</sup> as partes contratantes sentiram a necessidade de dar arestas mais delimitadas ao conceito de *similaridade* e a questão foi inserida na pauta de discussão do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários criado pelo Conselho do GATT em 1968.

No relatório adotado pelas partes contratantes em dezembro de 1970, após notar que o termo *productos similares* aparecia 16 vezes no GATT 1947, o Grupo de Trabalho afirmou que seu significado variava de uma disposição para outra, o que causava incerteza e demandava aperfeiçoamento, mas não fez propostas concretas. De forma paliativa, afirmou que o termo deveria ser interpretado em uma análise caso-a-caso e sugeriu que, na avaliação concreta da similaridade, fossem utilizados os seguintes critérios: os usos finais do produto em um dado mercado; a propriedade, a natureza e a qualidade do produto, ou seja, suas características físicas; e os hábitos e preferências dos consumidores, que variam de país para país.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Como aponta Conrad, a primeira vez que as características físicas foram utilizadas como critério suplementar à classificação tarifária na avaliação da similaridade foi no Painel *Spain – Unroasted Coffee*, adotado em 1981. In: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 175.

<sup>94</sup> PEET, Richard. *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2009, p. 184.

<sup>95</sup> “No que diz respeito à interpretação do termo ‘... produtos similares...’, que aparece dezesseis vezes ao longo do GATT, relembre-se que uma discussão considerável ocorreu no passado, tanto no contexto do GATT quanto de outros órgãos, mas nenhuma melhoria do termo foi alcançada. O Grupo de Trabalho concluiu que o problema decorrente da interpretação do termo deveria ser examinado numa análise caso-a-caso. Isso possibilitaria uma avaliação justa em cada caso dos diferentes elementos que constituem um produto ‘similar’. Alguns critérios foram sugeridos para a determinação, na análise em concreto, da existência de similaridade entre produtos: os usos finais de um produto em um dado mercado; os hábitos e preferências dos consumidores, que variam de país para país; as propriedades do produto, sua natureza e qualidade. Observou-se, contudo, que o termo ‘... produto similar...’ causa alguma incerteza e que seria desejável melhorá-lo; no entanto, nenhuma melhoria foi apresentada.” Conforme original em inglês: “*With regard to the interpretation of the term ‘... like or similar products ...’, which occurs some sixteen times throughout the General Agreement, it was recalled that considerable discussion had taken place in the past, both in GATT and in other bodies, but that no further improvement of the term had been achieved. The Working Party concluded that problems arising from the interpretation of the term should be examined on a case-by-case basis. This would allow a fair assessment in each case of the different elements that constitute a ‘similar’*”

Interessante notar que, embora tenha afirmado que o significado do termo era diverso conforme a disposição em que inserido, o Grupo de Trabalho sugeriu critérios de uso generalizado em qualquer dessas disposições. A constatação quanto à variação do significado do termo conforme a disposição em que inserido soa lógica e razoável, segundo nosso entendimento. De fato, somente diante do contexto do dispositivo é que se poderá ter indicação dos propósitos que conduzem à comparação dos produtos e, portanto, das características que devem ser compartilhadas para que sejam reputados similares.

Considerando que a avaliação da similaridade envolve a comparação de dois ou mais produtos, é pressuposto lógico e necessário para a identificação dos critérios pertinentes que se saiba o propósito específico da norma que demanda a comparação. “Nectarinas e pêsegos podem ser reputadas frutas similares quando comparadas a partir de suas formas, tamanhos, cores, texturas e sabores. Por outro lado, do ponto de vista linguístico, para a comparação dos nomes das frutas, esses parâmetros seriam irrelevantes”.<sup>96</sup> A incorreção parece, portanto, estar na sugestão de critérios generalizáveis.

No que diz respeito especificamente ao seu emprego para fins de avaliação da similaridade dentro do escopo do art. III do GATT, que trata do princípio do tratamento nacional, tema central do presente capítulo, parece-nos que os critérios são demasiadamente limitados e se distanciam do propósito central desses dispositivos, qual seja, a vedação do tratamento menos favorável dos produtos importados quando comparados entre si e com os produtos domésticos. Tal fato é, aliás, inevitável, visto que, como observado anteriormente, o Grupo de Trabalho sugeriu tais critérios a título generalizado e não à luz dos artigos em questão.

Por óbvio, há inúmeros outros critérios – além das características físicas, usos finais, classificações tarifárias e hábitos e preferências consumeristas – pelos quais um país pode se pautar para diferenciar produtos sem violar o princípio da não-discriminação. Em verdade, o

---

*product. Some criteria were suggested for determining, on a case-by-case basis, whether a product is 'similar': the product's end-uses in a given market; consumers' tastes and habits, which change from country to country; the product's properties, nature and quality. It was observed, however, that the term '... like or similar products ...' caused some uncertainty and that it would be desirable to improve on it; however, no improved term was arrived at." Report of the Working Party on Border Tax Adjustments (L/3464), adotado em 02 de dezembro de 1970. E ainda: HUDEC, Robert F. 'Like Product': The Differences in Meaning in GATT Articles I and III. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros (Eds.). *Regulatory barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 113.*

<sup>96</sup> “(...) most people would describe nectarines and peaches as similar fruits when they use shape, size, color, texture, and taste of fruits as standards of comparison. For a student of language wishing to compare the names of fruits, these standards would be irrelevant (...)” In: QIN, Julia Ya. *Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization*. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 223-224.

único critério de diferenciação ao qual um país não pode recorrer por força desse princípio é a origem.

De forma mais grave, os critérios sugeridos pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários não parecem ser alinhados ao objetivo-fim da OMC, declarado no preâmbulo do Acordo de Marraqueche, isto é, o fomento a um modelo de comércio internacional sustentável, já vez que obstam que políticas nacionais voltadas à persecução desse objetivo sejam implementadas.

A propósito, valioso o exemplo aventado por Reagan ao comparar uma embalagem de leite envasado em caixa de papelão biodegradável e uma de leite envasado em contêiner de plástico não-retornável. O leite contido em ambas tem as mesmas características físicas, comunga dos mesmos usos finais, e podem até mesmo ser perfeitamente substituíveis sob a ótica do consumidor. Embora preencham os critérios sugeridos pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários para que sejam definidos como similares, levando-se em consideração os objetivos que levaram à criação do sistema multilateral de comércio, esses produtos devem ser considerados similares e, portanto, merecer o mesmo tratamento fiscal e regulamentar?<sup>97</sup> Em nosso entender, é claro que não.

Sob o prisma tanto dos propósitos subjacentes ao princípio do tratamento nacional como dos objetivos que norteiam o sistema multilateral de comércio, os critérios objetivos são, portanto, inadequados vez que além de não servirem à elucidação de quais medidas implicam em tratamento menos favorável dos produtos importados, desconsideram aspectos que, apesar de não refletidos pelas características físicas, usos finais ou hábitos e preferências dos consumidores do produto, são de extrema relevância para a promoção dos fins buscados pelo sistema multilateral de comércio, como é o caso do impacto ambiental.<sup>98</sup>

Com efeito, tomando-se isoladamente o primeiro dos critérios como base, qual seja, os usos finais de um produto, em uma análise abstrata, as medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida não seriam legítimas perante o sistema multilateral de comércio. Isso porque podem implicar no tratamento

---

<sup>97</sup> “Donald Regan has provided a useful example of the likeness between milk contained in biodegradable cardboard cartons and milk contained in non-returnable plastic containers. The milk has the same physical characteristics and commonality of end-uses and competes in the marketplace. Thus, the product meets the conventional criteria of likeness. But these products may well be regulated for sale in very different ways. If environmental legislation favours all milk sold in biodegradable cartons, the regulation is origin neutral. But what if it is only milk in plastic containers that is imported? Are burdensome regulations relating to imported milk in plastic containers considered to be illegal within the context of national treatment?” In: SAMPSON, Gary P. *The WTO and Sustainable Development*. Hong Kong: UM University Press, 2005, p. 91-92.

<sup>98</sup> SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT’s Environmental Miranda: Are ‘Process Standards’ Getting ‘Due Process’?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 793.

diferenciado de produtos que sejam reputados similares por terem os mesmos usos finais, mas que, no entanto, exercem diferentes impactos ambientais. Assim, considerar exclusivamente os usos finais como critério na avaliação da similaridade redundaria em atestar que, independentemente do impacto ambiental exercido ao longo do ciclo de vida, dois produtos que tenham os mesmos usos finais devem ser considerados similares e, portanto, devem receber o mesmo tratamento do ponto de vista regulamentar, fiscal e alfandegário, sob pena de violação ao princípio da não-discriminação.

Quanto ao segundo dos critérios, relacionado às características físicas de um produto, somente as medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado pelos aspectos físicos de um produto, isto é, apenas aquelas relativas aos danos incorridos com seu consumo e descarte, passariam pelo crivo do princípio da não-discriminação e seriam legítimas. O critério de diferenciação eleito por tais medidas, qual seja, os aspectos fisicamente incorporados ao produto, corresponde ao segundo critério sugerido pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários para avaliação da similaridade, o que demonstra sua concordância com o sistema multilateral de comércio.

Por outro lado, as medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado pelos métodos de produção e processamento (PPMs), isto é, aquelas relativas aos danos ambientais gerados ao longo da extração dos insumos, passando pela produção e processamento até a comercialização, ofenderiam o princípio da não-discriminação por utilizar aspectos não fisicamente revelados pelo produto, portanto, não referentes às suas características físicas, como fator de diferenciação.

No que diz respeito ao terceiro critério sugerido, hábitos e preferências dos consumidores, a conformidade das medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida, em sua generalidade, só poderia ser avaliada em concreto, já que seria variável conforme o país instituidor da medida e dependeria do grau de conscientização ambiental dos consumidores em seu mercado doméstico.

Em um país com elevado grau de conscientização e disponibilidade de informação, as escolhas consumeristas tendem a ser pautadas por critérios que levam em consideração o impacto ambiental gerado pelo produto. Nesse caso, medidas fiscais e regulamentares que diferenciasssem produtos tomando o impacto ambiental como parâmetro seriam irretocáveis. Já no caso de países em que os consumidores ainda não utilizam o impacto ambiental de um produto como norte de suas escolhas, quer por desinformação ou por impossibilidade, tal impacto não poderia ser utilizado como base de diferenciação em uma medida fiscal e regulamentar.



Embora o terceiro critério seja o mais negligenciado dentre aqueles sugeridos pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários, diante da massiva preponderância dada aos usos finais e às características físicas dos produtos, a inserção dos hábitos e preferências dos consumidores como critério na avaliação da similaridade representa um passo muito importante e decisivo do ponto de vista do reconhecimento da legitimidade das medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida.

Como cediço, as decisões consumeristas não são norteadas unicamente por aspectos fisicamente revelados pelo produto. Com o crescente apelo dado à causa ambiental e à importância da adoção de hábitos sustentáveis, decorrente em grande parte da proliferação do marketing verde, que exalta produtos ecologicamente corretos – ou com a aparência de sê-lo – a fim de diferenciá-los de seus concorrentes, há uma tendência de que o impacto ambiental causado pelo produto tenha um peso cada vez maior nas escolhas consumeristas. Na medida em que os hábitos e preferências dos consumidores sejam utilizados como critério na avaliação da similaridade haverá, portanto, um espaço aberto para que o impacto ambiental do produto seja levado em consideração, ainda que indiretamente, na determinação da similaridade.

Outra grande deficiência da abordagem objetiva é dar demasiada ênfase à questão da definição da similaridade – comparação entre os produtos –, ao passo em que negligencia a resposta à indagação acerca da existência ou não de tratamento menos favorável dos produtos importados, comparativamente aos domésticos. Em verdade, a abordagem objetiva considera que a não conformação dos critérios utilizados pela medida interna aos critérios aventados pelo Grupo de Trabalho de 1970 implica *per se* em violação ao princípio do tratamento nacional, independentemente dos efeitos verificados na prática, o que é desproporcionalmente rigoroso conforme argumentam Porges e Trachtman:

Tratamento diferenciado – baseado em categorias regulatórias que distinguem entre produtos que de outro modo seriam reputados similares – não é suficiente ou sequer necessário para provar a existência de tratamento menos favorável. Assim, não basta que um único produto estrangeiro que seja tratado de forma diferente do produto similar doméstico. Toda a classe de produtos estrangeiros deve ser tratada de forma menos favorável que toda a classe de produtos domésticos. Para que isso ocorra, parece indispensável que o tratamento diferenciado decorrente da regulação seja influenciado, quer intencionalmente quer involuntariamente, pela origem do produto.<sup>99</sup>  
[tradução livre] [grifo nosso]

---

<sup>99</sup> “Different treatment—based on regulatory categories that distinguish between otherwise like products—is neither sufficient nor necessary to prove less favourable treatment. Thus, it is not enough to find a single

Apesar de sua insuficiência e caráter não-vinculativo e não-exaustivo, uma vez que foram elencados como meras sugestões, à mingua de outras orientações, os critérios apontados pelo Grupo de Trabalho tornaram-se pedra angular na avaliação da similaridade, sendo repetidos em diversas decisões não só sob o pálio do GATT, como igualmente sob os auspícios do OSC.

Igualmente repetida – e de forma exaustiva – é a assertiva contida no relatório do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários no sentido de que a interpretação do termo *productos similares* deveria ser relegada a uma análise caso-a-caso, que gera a falsa sensação de que o conceito é maleável até mesmo dentro de uma disposição específica do GATT e que, por conseguinte, aplicações *in concreto* do termo, inclusive sob a égide de uma mesma disposição, podem ser diferenciadas por razões desconhecidas.<sup>100</sup>

Essa compreensão parece derivar de uma interpretação mal conduzida do texto do relatório de 1970. Com efeito, o Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários afirma que o termo *productos similares* aparece inúmeras vezes ao longo do GATT e que seu significado varia conforme a disposição em que se insere. Diante do fracasso na proposição de melhorias ao termo, o Grupo de Trabalho conclui que sua interpretação deveria ser feita a partir de uma análise caso-a-caso. A necessidade de apreciação casual do termo não deriva, pois, da impossibilidade de determinação de seu significado em cada uma das disposições do GATT, mas sim da ausência de sugestões por parte dos membros do Grupo de Trabalho quanto a alternativas que viabilizassem uma melhor definição e interpretação do termo dentro de cada uma das diversas disposições.

De todo modo, a afirmação de que a similaridade só pode ser determinada em uma análise *in concreto* vem servindo de entrave ao desenvolvimento e à consolidação do significado do termo dentro do escopo do art. III do GATT, perpetuando o sentimento de insegurança quanto à abrangência e à interpretação de tais dispositivos, o que macula a tão cara previsibilidade do sistema multilateral de comércio.

---

*foreign like product that is treated differently from a domestic like product. The class of foreign like products must be treated less favourably than the class of domestic like products. In order for this to occur, it would seem necessary that the differential regulatory treatment be predicated, either intentionally or unintentionally, on the foreign character of the product.”* In: PORGES, Amelia; TRACHTMAN, Joel P. Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of Aim and Effects. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 37, n. 4, 2003, p. 796.

<sup>100</sup>HUDEEC, Robert F. ‘Like Product’: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros (Eds.). *Regulatory barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 114.

O curioso é que, não obstante insista em reproduzir essa assertiva do Grupo de Trabalho, o OSC continua a se valer dos critérios sugeridos no relatório de 1970 para definição da similaridade nas mais diversas situações e independentemente da disposição em questão, o que é, no mínimo, um indicativo do equívoco na interpretação do real significado do texto do relatório.<sup>101</sup>

Um dos casos que melhor permite visualizar a razão que permeia várias das críticas tecidas anteriormente quanto à abordagem objetiva à luz do objeto do presente trabalho é certamente a controvérsia denominada *Tuna-Dolphin I*. Embora outros casos anteriores tenham enfrentado a questão da definição do escopo do termo *productos similares*, inclusive aplicando a abordagem objetiva, o caso *Tuna-Dolphin I* foi o primeiro a tratar da legitimidade de uma medida que diferenciava produtos com base no impacto ambiental que geravam, sendo considerado um dos mais emblemáticos – senão o mais – no debate sobre o impacto comercial de medidas voltadas à preservação ambiental, tendo atraído a atenção não só de juristas e acadêmicos, como da sociedade civil em geral. Acreditamos que tais fatores o tornam digno de análise e referência nesse estudo, visando atender os objetivos propositivos deste trabalho, em que pese já ter sido detidamente examinado e profundamente debatido nas mais diversas searas.

---

<sup>101</sup> Interessante a respeito, a constatação de CONRAD, para quem “as decisões do GATT e da OMC sugerem que os critérios [desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho de 1970] são relevantes para avaliar a similaridade entre produtos em qualquer das disposições que fazem uso do termo. De forma geral, a abordagem do OSC parece indicar que todos os critérios tradicionais devem ser considerados, embora seja possível atribuir maior importância e peso a alguns aspectos em detrimento de outros, dependendo das características específicas de cada caso. Para os propósitos do presente trabalho é necessário notar que, ao contrário da crença popular, a abordagem do OSC não implica que diferenças físicas sejam suficientes para justificar a diferenciação de produtos e de seu tratamento. A importância das diferenças físicas deve ser avaliada de forma caso-a-caso. Embora não haja dúvida quanto à preponderância das diferenças físicas na determinação da similaridade, é igualmente claro que nenhum dos critérios que abre espaço para consideração de questões afetas a aspectos não fisicamente incorporados ao produto, tais como os hábitos e preferências do consumidor, estão excluídos da avaliação sob qualquer das disposições que faça menção ao termo “produtos similares.” Conforme original no inglês: “*In sum, the existing case law suggests that the same criteria are relevant for assessing the likeness of products under all provisions using the concept. Within the overall assessment to date, it then seems that the DSB approach holds that all traditional criteria need to be considered, although it would arguably be possible to attribute greater importance and weight to some evidence than to other evidence, depending on the particular characteristics of a case. For the purposes of this work it is important to note that, contrary to a popular belief, the DSB approach does not imply that any physical difference is sufficient to justify ‘unlikeness’ of products and differences in their treatment. Rather, the relevance of physical differences needs to be assessed on a case-by-case basis. While there is no doubt that physical differences are of great weight in the overall determination of likeness, it is also clear that none of the criteria which provide space for the consideration of NPAs, such as consumer tastes and habits, is excluded from the assessment under any provision using the ‘like products’ concept.*” In: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 177.

#### 4.1.1.1. US – Tuna-Dolphin I

O caso tem como antecedente fático a promulgação do Ato de Proteção aos Mamíferos Marinhos (MMPA – Marine Mammal Protection Act) pelos Estados Unidos da América (EUA), no ano de 1972, sob o pálio do qual foram estabelecidos limites toleráveis de mortalidade incidental de golfinhos como consequência da pesca de atum albacora<sup>102</sup>, além de imposta a obrigatoriedade de que as embarcações registradas em território estadunidense carregassem um observador para atestar o cumprimento da norma.

A regra decorria da constatação de que na região oriental do Oceano Pacífico, onde embarcações dos EUA costumam pescar, grupos de golfinhos e cardumes de atum albacora são espécies simbióticas e costumam nadar em bando. Consequentemente, o uso de determinadas técnicas de pesca na região, como a utilização de redes de arrastão, implicava que atuns e golfinhos fossem capturados indiscriminadamente, desencadeando uma grave externalidade negativa qual seja uma alta taxa de mortalidade dos golfinhos equivocadamente aprisionados.<sup>103</sup>

Em 1984, sob a Disposição de Embargo Direto (*Direct Embargo Provision*), os EUA proibiram a importação de atum albacora proveniente de países que também pescassem na região do Pacífico Oriental, mas que não mantivessem programas análogos de conservação de golfinho em suas práticas pesqueiras e não fossem capazes de demonstrar que sua taxa média de aprisionamento acidental de golfinhos em um dado período não excedia 1,25 vezes a taxa registrada pelos EUA no mesmo período.<sup>104</sup> Além do mais, sob a Disposição das Nações Intermediárias (*Intermediary Nation Provision*), os EUA requeriam que os terceiros exportadores, geralmente países responsáveis por enlatar o atum, demonstrassem que proibiam a importação de atum proveniente de países banidos sob a égide da Disposição de Embargo Direto, em virtude de suas práticas pesqueiras ambientalmente inadequadas.

---

<sup>102</sup> SCHWABACH, Aaron. *International Environmental Disputes: a reference book*. Santa Barbara: ABC Clio, 2006, p. 115.

<sup>103</sup> READ, Robert. Like Products, Health & Environmental Exceptions: The Interpretation of PPMs in Recent WTO Trade Dispute Cases. *The Estey Centre Journal of International and Trade Policy*, Saskatoon, v. 5, n. 2, 2004, p. 128. Estima-se que entre 1950 e 1994 cerca de 7 milhões de golfinhos tenham sido incidentalmente mortos em virtude da pesca de atum albacora na região oriental do Oceano Pacífico. In: SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT's Environmental Miranda: Are 'Process Standards' Getting 'Due Process'?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 783.

<sup>104</sup> PRICE, Kevin Ian. Linking Global Environmental Protection and International Trade: What are the options after the U.S.-Mexico GATT Panel Decision?. *University of British Columbia Law Review*, Vancouver, v. 27, 1993, p. 315. E ainda: KINGSBURY, Benedict. The Tuna-Dolphin Controversy. The World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law. *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, v. 5, 1994, p. 12.

No entanto, por razões de caráter político e comercial – já que nos anos que se seguiram à aprovação dessas medidas representantes do Poder Executivo dos EUA tentaram persuadir nações produtoras e intermediárias a seguir os padrões estadunidenses quanto à conservação de golfinhos na pesca de atum albacora –, tais Disposições ficaram em suspenso até 1990, quando, por força de ordem judicial obtida por uma coalisão de grupos ambientalistas, foram finalmente aplicadas na prática em conjunto com a lei então recém-aprovada de Informação ao Consumidor e Proteção aos Golfinhos, que estabelecia um esquema de certificação do atum pescado de forma não prejudicial aos golfinhos.<sup>105</sup> Como resultado, por não satisfazerem os requisitos do MMPA – isto é, por utilizarem métodos de pesca que implicavam a morte incidental de golfinhos acima da taxa tolerável ou por intermediarem a exportação de atum pescado em tais inadmissíveis circunstâncias –, os EUA impuseram embargos unilaterais às importações de atum proveniente de diversos países, dentre os quais, o México.

Em 05 de novembro de 1990, o México, um dos principais afetados pelo embargo, apresentou um pedido formal de consultas ao Conselho do GATT alegando que o art. III seria referente a taxas, leis, regulamentos e requisitos incidentes sobre *produtos* e não *produtores* e que, portanto, regulamentos internos referentes a produtores não poderiam ser impostos a produtos importados. Outrossim, sustentava que a medida adotada pelos EUA redundaria na aplicação extraterritorial do MMPA, além de implicar o tratamento diferenciado de produtos similares, argumentando que a similaridade não poderia ser definida por processos de produção que não alteram as características físicas de um produto.<sup>106</sup> No entender do México, o embargo constituía, portanto, uma barreira ao comércio incompatível com o GATT por violar seus arts. III (tratamento nacional), XI (eliminação das restrições quantitativas) e XIII (aplicação não discriminatória das restrições quantitativas) do GATT/47, e não se enquadrar nas exceções gerais previstas pelo art. XX do GATT.<sup>107</sup>

A seu turno, os EUA adotavam uma interpretação diferenciada de similaridade e sustentavam que o aspecto crucial do princípio da não-discriminação seria vedar o tratamento

---

<sup>105</sup> READ, Robert. Like Products, Health & Environmental Exceptions: The Interpretation of PPMs in Recent WTO Trade Dispute Cases. *The Estey Centre Journal of International and Trade Policy*, Saskatoon, v. 5, n. 2, 2004, p. 129.

<sup>106</sup> *United States – Restrictions on Import of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado, § 3.16-3.17.

<sup>107</sup> READ, Robert. Process and Production Methods and the Regulation of International Trade. In: PERDIKIS, Nicholas; READ, Robert (Ed.). *The WTO and the Regulation of International Trade: recent trade disputes between the European Union and the United States*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, cap. 11, p. 249.

protetivo e privilegiado dos produtos domésticos. Implícita nesse argumento estava a presunção de que a avaliação da similaridade não estava adstrita à verificação das características físicas e que as autoridades poderiam estabelecer parâmetros de categorização autônomos, desde que não fossem aplicados de forma discriminatória,<sup>108</sup> adotando um raciocínio alinhado à abordagem *aim-and-effects* que será objeto de estudo mais adiante.

No caso em questão, sustentavam os EUA, as categorias de produtos similares a serem comparados seriam o atum pescado por embarcações estadunidenses utilizando redes de arrastão e o atum pescado por embarcações estrangeiras utilizando o mesmo método de pesca (redes de arrastão). Sob esse fundamento, os EUA justificavam o embargo argumentando que os produtores domésticos estavam sujeitos à mesma legislação e que, portanto, estava sendo concedido ao produto importado o mesmo tratamento dado ao produto doméstico, o que tornava a medida restritiva legítima e conforme as disposições do GATT, principalmente os art. III.1 e III.4.<sup>109</sup> Finalmente, os EUA argumentavam que o embargo seria uma medida necessária para proteger a vida animal e conservar recursos naturais exauríveis, enquadrando-se, portanto, no escopo das exceções à vedação da adoção de medidas restritivas ao comércio inseridas nas alíneas *b* e *g* do art. XX do GATT. Este último argumento, contudo, será objeto de análise quando tratarmos especificamente do art. XX do GATT.

Considerando que as partes não lograram compor um consenso no interim de 60 dias previstos pelo GATT, um painel foi estabelecido em fevereiro de 1991. Em seu relatório, circulado em agosto de 1991, o Painel rejeitou o argumento dos EUA afirmando que o embargo violaria o princípio do tratamento nacional, tendo em vista que o MMPA dizia respeito às técnicas de pesca do atum, o que não afetava o atum como um produto. No entender do Painel, as únicas regulamentações permitidas pelo art. III do GATT seriam aquelas relacionadas aos produtos em si e não aos seus métodos de produção e processamento, e que, além disso, não encerrassem conteúdo discriminatório privilegiando produtos domésticos em detrimento dos importados.<sup>110</sup> Deste modo, sob as normas do GATT, os EUA deveriam conceder ao atum importado do México, como um produto, tratamento não

---

<sup>108</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado, § 3.19.

<sup>109</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado, § 3.20. E ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 180.

<sup>110</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado, § 5.11-5.15. Veja também: KENNEDY, Kevin C. The Illegality of Unilateral Trade Measures to Resolve Trade-Environment Disputes. *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, Williamsburg, v. 22, 1997-1998, p. 431.

menos favorável do que o dispensado ao atum doméstico, como um produto, independentemente do modo como pescado.

Outrossim, o Painel asseverou que a metodologia utilizada pelo MMPA para estabelecer a taxa tolerável de mortalidade de golfinhos em decorrência da pesca do atum albacora favorecia os produtores domésticos, corroborando a conclusão da violação do art. III do GATT. Isto porque, enquanto a taxa tolerável de morte incidental de golfinhos dos produtores domésticos era previamente determinada pelos órgãos competentes, a taxa a ser observada pelos produtores estrangeiros era calculada com base em um percentual do total de mortes verificado na prática entre os produtores domésticos durante a temporada específica de pesca. Isto significa que os produtores estrangeiros só tomavam conhecimento da taxa exata que deveriam observar após já terem pescado<sup>111</sup> – não obstante pudessem nortear-se preventivamente pelo parâmetro vigente para os produtores domésticos –. O Painel afirmou ainda que o embargo violava o art. XI.1 do GATT, que proíbe a adoção de medidas proibitivas ou restritivas de importações ou exportações, e que estaria fora do escopo do art. XX do GATT,<sup>112</sup> como se verá mais adiante.

Interessante notar que apesar de mencionar em sua fundamentação o Relatório do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários de 1970, o Painel não se valeu de todos os critérios sugeridos para avaliar a similaridade nesse caso, tendo desprezado, por exemplo, os hábitos e preferências do consumidor, optando por utilizar os critérios relacionados a aspectos superficiais do produto, como suas características físicas e seus usos finais. Essa priorização de alguns critérios em detrimento de outros – já ocorrida em casos anteriores<sup>113</sup> –, traz imprevisibilidade ao sistema multilateral de comércio, pois ao tornar variável o valor dos critérios, induz incerteza à decisão quanto a legitimidade das medidas nacionais que sejam eventualmente questionadas por eventual afronta ao princípio da não-discriminação.

Com efeito, sob a perspectiva das medidas fiscais e regulamentares de controle do impacto ambiental ao longo do ciclo de vida, os hábitos e preferências consumeristas são os mais relevantes dentre os critérios sugeridos pelo Grupo de Trabalho. Tivessem, pois, sido analisados no caso *Tuna-Dolphin*, muito provavelmente a conclusão alcançada seria diametralmente oposta.

---

<sup>111</sup> KENNEDY, Kevin C. The Illegality of Unilateral Trade Measures to Resolve Trade-Environment Disputes. *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, Williamsburg, v. 22, 1997-1998, p. 432.

<sup>112</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado, § 5.18 e 5.29.

<sup>113</sup> No caso *Japan – Alcoholic Beverages I*, o Painel opinou que “produtos não se tornam diferentes meramente por diferenças entre tradições e preferências de consumidores em um país” (§5.9 do relatório do Painel).

Embora o Painel não tenha sido adotado pelas partes contratantes do GATT, já que EUA e México decidiram compor-se bilateralmente através do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), o entendimento nele manifestado provocou calorosos debates, instigando uma série de atores – dos setores público, privado e do terceiro setor – a refletir sobre a correção/adequação das conclusões alcançadas pelo Painel e suas implicações práticas; reflexões de interesse para o presente trabalho na medida em que nos ajudam a compreender a importância do papel exercido pelas medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental ao longo do ciclo de vida na internalização dos custos ambientais no preço dos produtos e, em última análise, na promoção de um comércio internacional sustentável.

Não obstante o teor irrepreensível de algumas das argumentações externadas pelo Painel, como no que diz respeito à incoerência da metodologia empregada no cálculo da taxa de mortalidade tolerável a ser aplicada a produtores estrangeiros – que estava condicionada à verificação da taxa real de golfinhos incidentalmente mortos pelas embarcações estadunidenses<sup>114</sup> –, o fato de que tanto ambientalistas quanto economistas liberais tenham expressado seu descontentamento com o Painel já nos dá indícios do teor controvertido e questionável de suas conclusões.

De forma geral, ambientalistas consideravam a decisão como um revés ao objetivo de proteção dos ecossistemas ao redor do mundo e dos bens comuns e denominavam o sistema multilateral de comércio de GATTzilla.<sup>115</sup> Já os economistas dividiam-se entre os que previam que o Painel desencadearia um período de restrições veladas ao comércio e uma onda de protecionismo verde, e os que temiam que o Painel servisse de incentivo à competição desleal de paraísos poluidores, isto é de países que mantêm legislações ambientais pouco rigorosas com o fito de obter melhores condições de acesso ao mercado por meio da externalização dos custos ambientais. Estes últimos criticavam as conclusões lançadas na decisão e reivindicavam o “nivelamento do campo de jogo” (*leveltheplayingfield*) através do

---

<sup>114</sup> Snape propõe algumas alternativas para contornar esse pequeno lapso no MMPA: a) proibir de forma definitiva a venda de atum pescado com o uso de redes de arrastão, estabelecendo assim uma taxa de mortalidade tolerável igual a zero válida tanto para produtores domésticos, como para produtores estrangeiros; b) fixar uma taxa anual de mortalidade incidental tolerável aplicável irrestritamente à produtores domésticos e estrangeiros; c) redirecionar a proibição de importação de atum pescado sem a observância dos parâmetros de mortalidade fixados pela MMPA especificamente para as embarcações. In: SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT's Environmental Miranda: Are 'Process Standards' Getting 'Due Process'?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 784.

<sup>115</sup> RIETVELT, Marc. Multilateral Failure: a Comprehensive Analysis of the Shrimp/Turtle Decision. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 15, 2004-2005, p. 490.



reconhecimento da legitimidade da proibição das importações de países que se recusassem a adotar leis espelhando o rigor das exigências ambientais do país importador.<sup>116</sup>

A distinção *produtos-processos* criada pelo Painel foi severamente criticada pelos doutrinadores que argumentavam que a referência ao termo *produto* no texto do art. III do GATT indicava tão somente que o tratado em questão versava sobre bens de consumo, não implicando de forma alguma uma diferenciação do termo *produto* como oposição a *processo*.<sup>117</sup> Críticas essas que nos parecem fundadas, na medida em que ao adotar critérios tão superficiais para avaliar a similaridade entre dois produtos, sustentando que pelas regras do GATT os EUA estavam obrigados a prover ao atum mexicano, como um produto, tratamento não menos favorável do que o concedido ao atum estadunidense, igualmente como um produto, independentemente dos métodos utilizados na pesca, o Painel acabou por instituir um protecionismo às avessas, concedendo tratamento mais favorável ao produto importado.

Com efeito, ao conferir ao termo *similaridade* um escopo tão limitado, adstrito às características físicas do produto, desautorizando sua diferenciação com base em aspectos não fisicamente incorporados ou revelados e, conseqüentemente, declarar o embargo ilegal, equiparando o atum comercializado por produtores mexicanos ao atum produzido por empresas estadunidenses, o Painel sancionou ao México o direito de acesso ao mercado dos EUA em condições privilegiadas, eximindo-o dos custos incorridos pelos produtores domésticos com a adequação e o cumprimento da regulamentação.

Na base desse entendimento está a implícita autorização e legitimação do manejo das políticas ambientais nacionais como forma de obter vantagens comparativas, o que redundava no incentivo à adoção de legislações ambientais flexíveis e na conseqüente externalização dos custos ambientais a fim de baratear o preço do produto e ampliar a sua participação no mercado, quando seria de se esperar e desejar que esse fenômeno fosse resultado do emprego de inovações tecnológicas que propiciassem o uso ótimo dos recursos naturais. Isto é, ao invés de reforçar o princípio do poluidor-pagador<sup>118</sup>, pilar do Direito Internacional Ambiental, o

---

<sup>116</sup> MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 462.

<sup>117</sup> HOWSE, Robert; REGAN, Donald. The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 11, n. 2, 2000, p. 254. Confira ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 161.

<sup>118</sup> “O princípio do poluidor-pagador estabelece o requisito de que os custos da poluição sejam suportados pela pessoa responsável por causa-la.” In: SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 279-280.

Painel resolveu estabelecer um novo paradigma: a premiação do poluidor, o que traz inúmeras implicações.

Em teoria, a conformação a regulamentações ambientais mais severas é financeiramente dispendiosa e afeta a posição competitiva dos produtores sujeitos a esses regramentos, deixando-os em desvantagem comparativamente aos produtores submetidos a exigências ambientais mais flexíveis ou até mesmo inexistentes. Considerando uma situação hipotética e extrema em que o único fator determinante das vantagens comparativas fosse a legislação ambiental, as consequências do entendimento adotado pelo Painel poderiam ser desastrosas. Isto porque, produtores situados em países com elevados padrões de preservação ambiental seriam forçados a fechar seus empreendimentos ou a migrar para Estados com legislações menos restritivas, fenômeno que na doutrina se denomina de hipótese da fuga industrial. Consequentemente, os países detentores de sistemas bem estruturados de controle de degradação ambiental não teriam outra saída senão flexibilizar seus regramentos, a fim de manter a competitividade dos produtores situados em seu território, o que os doutrinadores designam como hipótese dos paraísos poluidores.<sup>119</sup>

Não obstante existam outros fatores determinantes das vantagens comparativas de um país – tais como os custos de capital, transporte, trabalho, para citar apenas alguns –, na medida em que o Painel considere as regulamentações ambientais como escolhas políticas imunes à contestação pelo sistema multilateral de comércio, estará ampliando sua suscetibilidade à manipulação pelos governos nacionais. E ainda que não existam dados empíricos disponíveis que comprovem as hipóteses da fuga industrial e dos paraísos poluidores, parece óbvio que, conforme os demais custos de produção tendam a se homogeneizar em decorrência da globalização, os custos incorridos com a observância de legislações ambientais se tornam cada vez mais determinantes na definição da estratégia concorrencial tanto de empresas quanto de governos.<sup>120</sup> Por óbvio, não é à toa que tantas etiquetas estampam os dizeres *made in China*.

Sob a escusa de defender o princípio do tratamento nacional, o Painel acabou por maculá-lo em sua essência, chancelando o tratamento discriminatório do produto doméstico

---

<sup>119</sup> PRICE, Kevin Ian. Linking Global Environmental Protection and International Trade: What are the options after the U.S.-Mexico GATT Panel Decision?. *University of British Columbia Law Review*, Vancouver, v. 27, 1993, p. 317-318.

<sup>120</sup> LEONARD, H. Jeffrey. *Pollution and the Struggle for World Product*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 231, *apud* PRICE, Kevin Ian. Linking Global Environmental Protection and International Trade: What are the options after the U.S.-Mexico GATT Panel Decision?. *University of British Columbia Law Review*, Vancouver, v. 27, 1993, p. 319.

esujeitando-o a regramento mais severo, em benefício do produto importado, exonerado do dever de observar a regulamentação, o que contraria o sistema multilateral de comércio e nulifica o esforço de preservação ambiental empreendido pelo país importador, além de ser absolutamente ilógico.

Saliente-se, no entanto, que apesar de seu teor contestável e recriminável, a decisão parece se conformar ao modelo de comércio internacional que se pretendia implementar por meio do GATT 1947, alheio ao esforço de preservação do meio ambiente e que, aliás, tinha como um de seus objetivos declarados no preâmbulo, a “mais ampla exploração dos recursos mundiais”. A grande questão era, então, a adequação deste modelo desenvolvido no pós-guerra ao contexto do final do século XX de formação e consolidação da conscientização ambiental.

Muito além de um marco na interpretação do termo similaridade, portanto, o caso *Tuna-Dolphin I* tornou-se uma referência na construção do sistema multilateral de comércio, trazendo à baila críticas, propostas de reinterpretação dos acordos e de reformas, e questionamentos quanto às bases sobre as quais seria estruturada a OMC, que à época começava a se delinear através de negociações, demonstrando o anseio da sociedade civil de conectar duas esferas que até então haviam se desenvolvido em grande medida isoladamente: comércio e meio ambiente.<sup>121</sup>

#### 4.1.2. Abordagem “*aim-and-effects*”

Críticos da abordagem puramente objetiva proposta pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários afirmam que sua aplicação conduz a um escrutínio demasiadamente rígido das regulamentações domésticas, confinando excessivamente o espaço para que os governantes possam fazer suas escolhas políticas e endereçar suas preocupações legítimas não relacionadas à temática comercial.<sup>122</sup> Ademais, opositores da abordagem objetiva se insurgem contra os efeitos práticos da repetição das conclusões do Grupo de Trabalho sobre Ajustes

---

<sup>121</sup> KINGSBURY, Benedict. The Tuna-Dolphin Controversy. The World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law. *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, v. 5, 1994, p. 2-3.

<sup>122</sup> COTTIER, Thomas; OESCH, Matthias. *International Trade Regulation. Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland*, 2005, apud CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 207.

Alfandegários, principalmente no que diz respeito à imprevisibilidade a que deu azo ao afirmar que a interpretação do termo *productos similares* deve ser feita caso-a-caso.

Em resposta a essa preocupação, desenvolveu-se uma abordagem alternativa que afirma que na avaliação da similaridade entre produtos, para fins de investigação da existência ou não de tratamento discriminatório, é fundamental recuperar os propósitos da norma que demanda a comparação dos produtos e perquirir os objetivos e efeitos da medida contestada.<sup>123</sup>

A lógica por trás da abordagem *aim-and-effects*, adotada pela primeira vez no caso *US – MaltBeverages*,<sup>124</sup> está em que, por sua própria natureza, como um termo que evoca comparação, a similaridade não deve ser definida de forma abstrata. Sob essa ótica, a interpretação do significado do termo *productos similares*, tal qual empregado no art. III do GATT, deve se pautar pelo propósito inserido na norma, qual seja, a vedação da concessão de privilégios com base na origem.

Ao avaliar a conformidade de uma determinada medida a esse dispositivo deveríamos, portanto, investigar se os critérios de diferenciação de produtos utilizados pela medida não objetivam ou implicam a proteção da indústria doméstica. É o que pondera Qin:

(...) o que o princípio da não-discriminação requer é que seja estendido tratamento igualitário aqueles que são semelhantes segundo o propósito de uma dada regra. Se as pessoas ou coisas são semelhantes/similares é uma questão que não pode ser resolvida de forma consistente a partir de critérios objetivos ou neutros. Pelo contrário, deve ser determinada por referência ao propósito da regra específica sob a qual a classificação é feita. (...) um

<sup>123</sup>CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 206.

<sup>124</sup>“O propósito do artigo III não é (...) evitar que as partes contratantes usem seu poder regulatório e fiscal para perseguir propósitos outros que não a proteção da indústria doméstica. Especificamente, o objetivo do artigo III não é prevenir que as partes contratantes diferenciem entre categorias diversas de produtos para perseguir propósitos que não estejam relacionados à proteção da produção doméstica. O Painel considerou que o propósito limitado do artigo III deveria ser levado em consideração quando da interpretação do termo ‘produtos similares’ conforme empregado nesse dispositivo. Conseqüentemente, na determinação da existência de similaridade entre dois produtos sujeitos a tratamento diferenciado, é necessário considerar se essa diferenciação está sendo feita com ‘a finalidade de conferir proteção à produção doméstica.’” Conforme original em inglês: “*The purpose of Article III is (...) not to prevent contracting parties from using their fiscal and regulatory powers for purposes other than to afford protection to domestic production. Specifically, the purpose of Article III is not to prevent contracting parties from differentiating between different product categories for policy purposes unrelated to the protection of domestic production. The Panel considered that the limited purpose of Article III has to be taken into account in interpreting the term “like products” in this Article. Consequently, in determining whether two products subject to different treatment are like products, it is necessary to consider whether such product differentiation is being made “so as to afford protection to domestic production.”*” In: *United States - Measures affecting alcoholic and malt beverages* (DS23/R, BISD), Relatório do Painel, adotado em 19/06/1992, § 2.6. Confira ainda: In: TSAI, Edward S. ‘Like’ is a four-letter word – GATT article III’s ‘like product’ conundrum. *Berkeley Journal of International Law*, Berkeley, v. 17, 1999, p. 33.

critério de classificação é relevante somente quando ele se presta a promover o objetivo de uma regra específica.<sup>125</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

No mesmo sentido, e com igual maestria, Diebold ressalta a impossibilidade de determinação abstrata dos critérios de comparação para fins de avaliação da similaridade:

Para uma interpretação própria da ‘similaridade’ (...) é primeiramente necessário determinar claramente qual o propósito geral de comparação para somente então identificar os fatores ou critérios específicos de comparação à luz do propósito geral. (...) É impossível fazer qualquer observação generalizável ou abstrata quanto à abrangência da ‘similaridade’ ou aos seus critérios sem saber qual o propósito da comparação.<sup>126</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

Sob essa perspectiva, a análise da similaridade não seria uma questão de definição dos critérios que são permitidos, mas sim de verificação de eventual recurso ainda que indireto ao único que é vedado pelo art. III do GATT, isto é a origem.<sup>127</sup> À luz, portanto, do propósito norteador da norma, os objetivos e efeitos práticos dos critérios adotados pela medida

<sup>125</sup> “(...) what nondiscrimination requires is that like treatment be extended to all that are similarly situated with respect to the purpose of a given rule. Whether persons or things are similarly situated cannot be determined meaningfully by neutral or “objective” standards. Instead, it must be determined by reference to the purpose of the particular rule under which a classification is made. (...) [A] criterion for classification is relevant only when it serves to further the goal of the particular rule.” In: QIN, Julia Ya. Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 224.

<sup>126</sup> “For a proper interpretation of the element of ‘likeness’ [i]t is first necessary to clearly determine the general purpose of the comparison in order to then identify specific factors or criteria of comparison in light of the overall purpose (...).It is impossible to make any generally valid or abstract statements as to the breadth of ‘likeness’ or the relevant criteria without knowing for what purposes the comparison is undertaken.” In: DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 69-70. Confira ainda: “Um argumento diferente a demonstrar a relevância de se inquirir o propósito da regulação é a natureza do termo ‘produtos similares’ como um conceito incluindo a ideia de comparação. Argumenta-se que simplesmente não há meios de se conferir sentido a esse termo sem remeter aos propósitos que orientam a comparação. Por certo, o fato de que igualdade – e o termo ‘produtos similares’ refere-se a um grau indeterminado de igualdade – é um conceito em si vazio que retira seu significado de padrões normativos que precisam ser estabelecidos pode ser denominado uma ‘verdade analítica’. Identificar o propósito da comparação é, portanto, indispensável para descobrir quais propriedades são relevantes na determinação da similaridade.” Conforme original em inglês: “A different argument for the relevance of regulatory purpose is the nature of the phrase ‘like products’ as a concept including a comparison. It has been argued that there would simply be no way to give content to this phrase without referring to the purpose of making the comparison. Indeed, the fact that equality – and the phrase ‘like products’ refers to an undetermined degree of equality – is in itself an empty concept which derives meaning only from normative standards which need to be defined has been called an ‘analytical truth’. Identifying the purpose of the comparison would therefore be indispensable in order to find out which properties matter for the determination of likeness.” In: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 209.

<sup>127</sup> PAUWELYN, Joost. The unberable lightness of likeness. In: PANIZZON, Marion; POHL, Nicole; SAUVÉ, Pierre. *GATS ans the Regulation of International Trade in Services*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 362.

contestada deveriam ser analisados e, caso não estivessem associados à pretensão de conferir tratamento privilegiado aos produtores domésticos, poderiam estar vinculados a quaisquer outros objetivos políticos (proteção do meio ambiente, da saúde, etc.).

Por conseguinte, não seria possível determinar critérios objetivos e generalizáveis para determinação da similaridade, uma vez que sua pertinência seria determinada pelo propósito específico perseguido pela medida interna. Seria necessária uma perquirição individualizada e concreta dos objetivos (*aims*) a que os critérios de diferenciação adotados pela medida servem, e dos efeitos práticos de sua aplicação (*effects*), que não poderiam jamais estar associados à proteção da indústria doméstica.<sup>128</sup>

Com efeito, não basta que a medida não pretenda declaradamente assegurar privilégios à indústria doméstica, é fundamental que sua aplicação não tenha tal efeito, i.e., é preciso que não tenha o caráter velado e o efeito concreto de conceder benefícios e imputar prejuízos com base na origem (*effects*), incorrendo em uma discriminação *de facto*.<sup>129</sup> Como bem esclarece Choi:

Essa abordagem sugere que uma medida pode ter o ‘objetivo’ protecionista se a análise das circunstâncias nas quais foi adotada, em particular dos instrumentos disponíveis para alcançar o objetivo político declarado, demonstrarem que a alteração das oportunidades concorrenciais em favor dos produtos domésticos era um resultado desejado e não uma mera consequência incidental da persecução do objetivo legítimo. O exame do ‘efeito’, de acordo com essa abordagem, deve focar nas alterações qualitativas das condições de concorrência, com destaque para o impacto nas importações e para eventuais evidências da elasticidade cruzada da demanda entre as categorias favorecidas e as prejudicadas.<sup>130</sup> [tradução livre]

É fundamental, portanto, que haja uma correspondência entre os objetivos declarados e os efeitos concretos da medida, além da existência de um equilíbrio entre o objetivo que

---

<sup>128</sup>COSSY, Mireille. Determining likeness under the GATS: squaring the circle?. *World Trade Organization Staff Working Paper ERSD-2006-08*, Genebra, p.25. DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 73.

<sup>129</sup>CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 208-209.

<sup>130</sup>“This view suggests that a measure could be said to have the “aim” of affording protection if the analysis of the circumstances in which it was adopted, in particular an analysis of the instruments available to achieve the declared policy goal, demonstrated that a change in competitive opportunities in favour of domestic products was a desired outcome and not merely an incidental consequence of the pursuit of a legitimate policy goal. The examination of the “effect,” according to this view, should focus on the qualitative alteration of the conditions of competition, such as the targeting of imports and any evidence of cross-elasticity of demand between the favoured and disfavoured categories.” In: CHOI, Won Mog. Overcoming the “aim and effect” theory: interpretation of the “like product” in GATT article III.P. 107. *University of California Davis Journal of International Law & Policy*, Davis, v. 8, 2002, p. 115.

pretende perseguir e o impacto comercial que ocasiona, o qual não pode ser responsável por alterar sobremaneira e desarrazoadamente as condições de concorrência.

A abordagem *aim-and-effects* adota, portanto, lógica diametralmente oposta à abordagem objetiva e empreende uma salutar alteração do foco de análise na investigação da conformidade de medidas internas que causem impactos comerciais indiretos ao sistema multilateral de comércio. O ponto de interesse não é mais a determinação dos critérios passíveis de serem utilizados para diferenciação de produtos – os quais podem, em tese, ser os mais plurais possíveis –. O que importa é verificar a existência ou não de tratamento menos favorável dos produtos importados,<sup>131</sup> a partir da identificação dos objetivos e efeitos por trás dos critérios utilizados na prática pela medida interna, que não podem estar atrelados à origem do produto, por força da vedação que norteia o propósito da comparação.

Saliente-se que “a linguagem dos artigos I e III não inclui nada que sugira que políticas regulatórias que não impliquem favorecimento ou protecionismo devam ser consideradas inadmissíveis”.<sup>132</sup> Por essa razão, a perspectiva teleológica imbuída na abordagem *aim-and-effects* parece dar uma resposta mais adequada à interpretação do termo *similaridade* comparativamente à abordagem objetiva apresentada anteriormente, não ampliando demasiadamente seu escopo – o que implicaria em confinamento do âmbito das escolhas políticas governamentais –, ou sequer restringindo-o em excesso – o que poderia desencadear efeitos comerciais indesejáveis e entravar o sistema multilateral de comércio.

De acordo com a abordagem *aim-and-effects*, as medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida do produto seriam absolutamente legítimas e se enquadrariam perfeitamente ao enunciado do art. III do GATT,

---

<sup>131</sup> No mesmo sentido, Porges e Trachtman: “a abordagem *aim-and-effects* não faz parte da determinação da ‘similaridade’ ou existência de ‘relação concorrencial direta ou de substituição’ entre os produtos nos termos do artigo III:2 ou III:4 (como sugerido pelo Órgão de Apelação na decisão do caso *EC – Asbestos*), mas integra a determinação da eventual existência da intenção da medida de proteger a indústria doméstica conforme a segunda parte do artigo III:2 e, como sugerido pela decisão no caso *EC – Asbestos*, pode fazer parte da verificação do ‘tratamento menos favorável’ nos termos do artigo III:4.” Conforme original em inglês: “(...) *aim and effects are not part of the determination of whether products are “like” or “directly competitive or substitutable” under Article III:2 or under Article III:4 (as suggested in the Appellate Body EC—Asbestos decision), but are part of the determination of whether the measure is applied “so as to afford protection” under Article III:2 (second sentence) and, as suggested in the EC—Asbestos decision, may be part of the determination of “less favourable treatment” under Article III:4.*” In: PORGES, Amelia; TRACHTMAN, Joel P. Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of Aim and Effects. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 37, n. 4, 2003, p. 796.

<sup>132</sup> HOWSE, Robert; REGAN, Donald. The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 11, n. 2, 2000, p. 262. Veja também: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 209.

uma vez que visassem realmente promover o objetivo ambiental que textualmente as justificam sem, na prática, conferir privilégios ou implicar prejuízos conforme a origem.

Embora seja promovida por boa parte da doutrina e tenha sido adotada em dois casos sob os auspícios do GATT – *US-MaltBeverages* e *US-Taxes onAutomobiles*, a ser estudado a seguir –, a abordagem *aim-and-effects* foi sumariamente rejeitada pelo OSC na primeira oportunidade em que analisou o princípio do tratamento nacional.<sup>133</sup> No caso *Japan-AlcoholicBeverages II*, o OSC declarou que tal abordagem empreende indesejável ampliação do art. III do GATT, utilizando critérios alegadamente subjetivos para determinar se dois produtos são similares, quando o certo seria que a similaridade fosse avaliada com base em critérios objetivos para garantir a previsibilidade de seu funcionamento.<sup>134</sup>

Apesar de concordarmos que a abordagem *aim-and-effects* merece aprimoramentos, mormente no que concerne à abrangência dos objetivos de política pública passíveis de promoção sem conseqüente violação do princípio do tratamento nacional, não nos parece que esse posicionamento mereça apoio. Primeiramente porque entendemos que a abordagem *aim-and-effects* não implica na adoção de parâmetros subjetivos para avaliação da similaridade.<sup>135</sup> Em verdade, essa abordagem decorre da interpretação do termo à luz dos propósitos informativos do dispositivo, recuperando sua teleologia, o que parece-nos absolutamente salutar e adequado.

Ao contrário do que afirmam os críticos, acreditamos que a verificação da conformidade de uma medida ao princípio da não discriminação sob a ótica da abordagem *aim-and-effects* não evoca o subjetivismo dos painelistas, podendo e devendo ser feita a partir de dados materiais e estatísticos capazes de revelar os reais objetivos e os efeitos práticos de uma medida.

Ademais, não concordamos com a afirmação de que a utilização de critérios objetivos conferiria maior previsibilidade às decisões do OSC. Diante da inexistência de consenso quanto aos critérios próprios para avaliação da similaridade ou sequer quanto ao valor de cada um deles – se equivalente ou escalonado –, a utilização de critérios objetivos pode

---

<sup>133</sup>VERHOUSEL, Gaëtan. *National Treatment and WTO Dispute Settlement*. Portland: Hart Publishing, 2002, p. 25.

<sup>134</sup>*Japan – AlcoholicBeverages II* (WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 04/10/1996, adotado em 01/11/1996, p. 25. Na doutrina, confira: DAVEY, William J.; PAUWELYN, Joost. MFN Unconditionality: A legal analysis of the concept in view of its evolution in the GATT/WTO jurisprudence with particular reference to the issue of ‘like products’. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros (Eds.). *Regulatory barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 38.

<sup>135</sup>No mesmo sentido: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 221.



desencadear resultados díspares diante de casos com substrato fático extremamente semelhante e, inclusive, em um mesmo caso. De fato, a seleção dos critérios a serem utilizados, ainda que objetivos, influi sobremaneira no resultado da análise.

Basta notar a observação feita nos comentários ao caso *Tuna-Dolphin I* quanto à possível alteração da conclusão alcançada pelo Painel caso os hábitos e preferências dos consumidores tivessem sido analisados, diante do alto grau de conscientização dos consumidores estadunidenses para a necessidade de preservação dos mamíferos marinhos. Embora fosse correntemente reconhecido como critério próprio para avaliação da similaridade desde a elaboração do Relatório do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários em 1970, os hábitos e preferências consumeristas foram negligenciados pelo Painel, que acabou utilizando apenas as características físicas e os usos finais como critérios para determinar se o atum pescado no México se equiparava ao atum pescado por embarcações dos EUA. Essa seleção dos critérios conduziu o Painel à conclusão de que o atum produzido em ambos os países deveria ser considerado um produto similar, não obstante fossem os métodos empregados na pesca nesses países bastante díspares, o que implicava num percentual de morte acidental de golfinhos igualmente diferenciado.

Ainda que assim não fosse e que, portanto, estivessem os críticos corretos quanto aos benefícios da abordagem objetiva, acreditamos que o eventual incremento de previsibilidade obtido com a adoção de critérios objetivos na avaliação da similaridade se daria às custas da perda do espaço nacional para realização de escolhas políticas legítimas, sujeitando-as ao escrutínio do OSC, o que não é nem devido, e nem desejável.

#### **4.1.2.1. US – Taxes on Automobiles**

Em 20 de maio de 1992, as Comunidades Europeias solicitaram a instalação de consultas formais com os Estados Unidos tendo como objeto três medidas aplicadas pelo último: a taxa sobre veículos luxuosos (*luxurytax*), contida na Lei Omnibus de Reconciliação Orçamentária de 1990; a taxa sobre veículos de alto consumo energético (*gasguzzlertax*), estabelecida pela Lei do Imposto sobre a Energia de 1978; e a norma de economia média de combustível por corporações (CAFE – acrônimo em inglês), fixada na Lei de Conservação e Política Energética de 1975.

A *luxurytax* era aplicada sobre veículos cujo preço no varejo fosse superior a US\$ 30.000,00 e correspondia a 10% do valor que excedesse esse limite.<sup>136</sup>

Já a *gasguzzlertax* incidia sobre a venda de certos modelos de veículos que não observassem os níveis de economia de combustível fixados pela Lei do Imposto sobre a Energia, estando isentos da taxa aqueles que tivessem um desempenho mínimo de 22.5 mpg (milhas por galão), ou 9,56 km/l. Em linhas gerais, a metodologia para cálculo da economia mínima de combustível, estabelecida pela Agência de Proteção Ambiental dos EUA, era baseada na segmentação dos modelos dos fabricantes em categorias a partir de características que influenciam na economia de combustível e que estão relacionadas ao tipo de motor (número de cilindros, tonelagem, sistema de injeção), câmbio (manual ou automático) e design.<sup>137</sup>

Por fim, a CAFE determinava que a economia média de combustível da frota de fabricantes e importadores de veículos deveria observar certos parâmetros mínimos.<sup>138</sup> A metodologia para o cálculo desses parâmetros era igualmente fixada pela Agência de Proteção Ambiental dos EUA, e observava essencialmente os mesmos critérios utilizados para o cálculo da *gasguzzlertax*. Os fabricantes que fossem ao mesmo tempo produtores domésticos e importadores deveriam calcular a economia média de cada uma dessas frotas separadamente, sendo que o veículo seria considerado doméstico se menos de 25% de seu valor agregado fosse importado. As empresas que não observassem os parâmetros mínimos estariam sujeitas ao pagamento de multa.<sup>139</sup>

No entender das Comunidades Europeias, todos os veículos, independentemente do preço de venda, devem ser considerados produtos similares, uma vez que servem aos mesmos usos, têm as mesmas características básicas e a mesma classificação tarifária. Desta forma, em sua generalidade, as taxas aplicadas pelos EUA violariam o art. III.2 do GATT, visto que o critério de diferenciação que utilizam não seria pautado por bases racionais ou diferenças objetivas entre os produtos, além de ter um claro efeito discriminatório, atingindo

---

<sup>136</sup>United States – Taxes onAutomobiles(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado,§ 2.2-2.4.

<sup>137</sup>United States – Taxes onAutomobiles(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado,§ 2.11.

<sup>138</sup>United States – Taxes onAutomobiles(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado,§ 2.14-2.15.

<sup>139</sup>United States – Taxes onAutomobiles(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado,§ 2.21-2.23; 5.39.

sobremaneira os veículos importados das Comunidades Europeias em benefício dos domésticos.<sup>140</sup>

Ademais, a CAFE ofenderia os arts. III.4 e III.5 do GATT, e não seria justificável pelo art. XX, alínea *d* ou *g*, do GATT, o mesmo ocorrendo com a *gasguzzlertax*, que igualmente não seria enquadrável nas exceções contidas nesse dispositivo.

Os Estados Unidos rejeitavam os argumentos das Comunidades Europeias e afirmavam que as medidas contestadas seriam neutras e aplicáveis igualmente a veículos domésticos e importados, não sendo permeadas do intuito de proteger a indústria doméstica.<sup>141</sup> Os objetivos subjacentes a cada uma delas seria: sobretaxar veículos de luxo, no caso da *luxurytax*; economizar combustíveis fósseis, incentivando a compra de veículos mais econômicos, no caso da *gasguzzlertax*; e estimular a produção de veículos econômicos, sujeitando os fabricantes que produzissem veículos com baixo desempenho de economia de combustível ao pagamento de uma multa, no caso da CAFE.<sup>142</sup> Considerando os objetivos que norteavam sua aplicação, no que diz respeito às duas últimas medidas, os EUA igualmente argumentavam que ainda não fossem reputadas conforme as obrigações assumidas por força do GATT, deveriam ser declaradas legítimas, visto que justificadas pelas exceções elencadas no art. XX do GATT.<sup>143</sup>

Adotando explicitamente a abordagem *aim-and-effects*, o Painel declarou que o art. III serve unicamente para proibir distinções regulatórias entre produtos aplicadas de modo a garantir proteção à produção doméstica não afetando distinções que tenham outros objetivos políticos. Prosseguindo, o Painel ponderou que políticas governamentais não-protetionistas poderiam ser pautadas em distinções regulatórias não baseadas em aspectos como os usos finais do produto em um dado mercado, os hábitos e preferências dos consumidores, e as propriedades, natureza e qualidade do produto, embora reconhecesse que na prática pretérita das partes contratantes do GATT esses eram os fatores utilizados para determinar a similaridade e averiguar a permissibilidade das distinções regulatórias sob o art. III. Observando que o propósito central do GATT é diminuir as barreiras entre os mercados, e não harmonizar o tratamento regulatório dos produtos entre eles, o Painel considerou que o art. III

---

<sup>140</sup>*United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.2; 5.19; 5.41.

<sup>141</sup>*United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.3; 5.20; 5.41.

<sup>142</sup>*United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.3; 5.24.

<sup>143</sup>*United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.56.

não poderia ser interpretado como se proibisse políticas que não tivessem o fim de conferir proteção à produção doméstica.<sup>144</sup> Com esses fundamentos, o Painel afastou as alegações das Comunidades Europeias no que diz respeito à ilegitimidade da *luxurytaxe* da *gasguzzlertax*, por entender que não tinham o objetivo ou sequer o efeito de conferir proteção à indústria doméstica.<sup>145</sup>

No que pertine à CAFE, o Painel entendeu que a obrigatoriedade de calcular a frota importada separadamente, no caso de fabricantes que produzem tanto veículos domésticos como importados, colocava produtos importados em condição menos vantajosa de competitividade se comparados aos similares de origem nacional.<sup>146</sup> Isso porque ao impedir que os fabricantes calculassem a economia média de combustível de sua frota computando tanto veículos domésticos como importados, a regulamentação prejudicava, por exemplo, empresas que fabricam grandes veículos importados e pequenos veículos domésticos, impossibilitando-as de compensar o maior consumo de combustível dos primeiros com a maior eficiência energética dos últimos.

Outrossim, o Painel julgou que a diferença de tratamento dispensada a produtos similares por meio da metodologia adotada pela CAFE estaria atrelada a fatores não diretamente relacionados ao produto em si, mas a aspectos relativos ao produtor, o que não seria possível dentro do escopo do art. III.4 do GATT, que seria o dispositivo correto a se considerar *in casu* tendo em vista que a medida não seria propriamente uma taxa, mas sim uma penalidade, o que afastaria sua subsunção ao art. III.2, como originalmente pretendido pelas Comunidades Europeias.<sup>147</sup>

Por conseguinte, o Painel considerou que a CAFE afrontaria o art. III.4 do GATT e, ademais, por entender que a metodologia eleita para calcular a média de economia de combustível do fabricante não teria como escopo primordial a conservação de recursos

---

<sup>144</sup> *United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.7-5.8. Confira ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 191.

<sup>145</sup> *United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.15. E ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 214-215.

<sup>146</sup> *United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.47.

<sup>147</sup> *United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.52-5.55

natuais, afirmou que a medida não poderia ser justificada pelas exceções do art. XX do GATT.<sup>148</sup>

O raciocínio tecido pelo Painel quanto à *gasguzzlertax* foi irrepreensível. A adoção da abordagem *aim-and-effects* permitiu que essa medida detentora do claro objetivo de reduzir os impactos ambientais da utilização de veículos automotores, a partir do incentivo à produção e compra daqueles com maior eficiência no consumo de combustível, fosse reputada conforme o sistema multilateral de comércio.

Embora a *gasguzzlertax* pertença ao grupo menos problemático de medidas associadas ao controle do impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida, já que atrelada a aspectos fisicamente incorporados ao produto, a lógica utilizada pelo Painel para fundamentar sua legitimidade é plenamente extensível a medidas desvinculadas dos aspectos físicos do produto.

Com efeito, pela abordagem *aim-and-effects*, uma medida fiscal ou regulamentar associada ao controle do impacto ambiental gerado por um produto ao longo dos processos de extração de seus insumos, produção, envasamento e transporte, por exemplo, seria perfeitamente legítima desde que não tivesse o objetivo e/ou o efeito prático de proteger a indústria doméstica. Isso porque, como já esclarecido anteriormente, a interpretação feita pelos adeptos dessa abordagem quanto ao escopo do art. III do GATT, é no sentido de que esse dispositivo não contém qualquer vedação quanto à utilização de critérios de diferenciação entre produtos, a não ser quanto à origem. Vale dizer: os critérios de diferenciação de produtos serão lícitos desde que não impliquem em privilégios conforme a origem, o que permite que objetivos políticos legítimos sejam perseguidos sem incompatibilização com as regras comerciais vigentes sob os auspícios da OMC.

Não obstante estivesse sua fundamentação permeada pela abordagem *aim-and-effects*, o Painel parece ter cometido um deslize ao analisar a legitimidade da CAFE, não pela conclusão alcançada, mas pelos argumentos utilizados para fundamentá-la. É que, ao reconhecer a ilegitimidade da medida, o Painel suscitou a mesma limitação do escopo do art. III do GATT, aventada no caso *Tuna-Dolphin I*, já objeto de análise, como se tal dispositivo se referisse unicamente a medidas relacionadas ao produto em si.<sup>149</sup>

Nas palavras do Painel:

---

<sup>148</sup> *United States – Taxes on Automobiles* (DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.61.

<sup>149</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 212.

(...) o art. III.4 não autoriza que um produto importado seja tratado de forma menos favorável que um produto similar de origem nacional baseado em fatores não diretamente relacionados ao produto em si. O Painel, portanto, concluiu que, na medida em que o tratamento dispensado pela CAFE era baseado em fatores relacionados ao controle e à propriedade dos produtores/importadores, suas disposições não poderiam estar de acordo com o art. III.4 e, ao mesmo tempo, implicar tratamento menos favorecido a produtos de origem estrangeira.<sup>150</sup>[tradução livre]

Como se nota do excerto, o Painel entendeu que a CAFE implicaria em afronta ao art. III.4 do GATT, visto que sua metodologia estaria associada a aspectos que dizem respeito ao produtor e não ao produto. Nesse ponto, o Painel se afastou por completo da abordagem *aim-and-effects*, e declarou a ilegitimidade da CAFE com base em argumentos absolutamente dissociados da lógica por trás da abordagem que, relembre-se, está preocupada com a identificação dos objetivos e efeitos da medida.

Tivesse o Painel sido fiel a essa abordagem, constataria que a ilegitimidade da CAFE não deriva da utilização de aspectos não relativos ao produto em si na metodologia de cálculo da economia média de combustível da frota de fabricantes e importadores, mas sim do fato de que a metodologia se pautava pelo único critério que lhe era vedado pelo art. III do GATT, qual seja, a origem. Com efeito, segundo a metodologia da CAFE, fabricantes que produzissem tanto veículos domésticos quanto importados deveriam calcular a média de economia de combustível de sua frota separadamente conforme a origem do veículo, o que implica uma violação *de iure* do princípio da não discriminação. Não fosse esse pequeno detalhe metodológico, a CAFE seria plenamente legítima perante as regras do sistema multilateral de comércio.

Repise-se, conforme já alertado quando da análise do caso *Tuna-Dolphin I*, que além de ser alheia à literalidade, sistematicidade e teleologia do art. III do GATT, essa limitação de seu escopo, como se apenas medidas referentes a aspectos fisicamente incorporados ao produto estivessem nele abrangidas, é altamente danosa para as medidas relacionadas ao

---

<sup>150</sup> “(...) Article III:4 does not permit treatment of an imported product less favourable than that accorded to a like domestic product, based on factors not directly relating to the product as such. The Panel found therefore that, to the extent that treatment under the CAFE measure was based on factors relating to the control or ownership of producers/importers, it could not in accordance with Article III:4 be applied in a manner that also accorded less favourable treatment to products of foreign origin.”. In: *United States – Taxes on Automobiles*(DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 11/10/1994, não adotado, § 5.54.

controle do impacto ambiental, na medida em que podem estar associadas a aspectos que apesar de não serem fisicamente revelados pelo produto, são de extremo interesse como mecanismo de fomento a um modelo de comércio internacional comprometido com a sustentabilidade.

Considerando-se, todavia, que a aplicação da abordagem *aim-and-effects* conduziria à mesma conclusão alcançada pelo Painel quanto à ilegitimidade da CAFE, não implicando, portanto, em alteração do resultado prático, pode-se afirmar que o saldo da decisão tenha sido positivo, representando um progresso no reconhecimento da legitimidade das medidas fiscais e regulamentares associadas ao controle do impacto ambiental ao longo do ciclo de vida.

Contudo, é importante notar que o Painel não foi adotado diante do voto contrário das Comunidades Europeias, já que pelas regras então em vigor (GAT 1947), era necessário um consenso positivo para que a decisão do Painel fosse adotada.<sup>151</sup> Se já não há força vinculante das decisões implementadas pelos membros, muito menos haverá daquelas que sequer foram adotadas. Apesar do progresso proporcionado pelo Painel, seu impacto prático ficou prejudicado pela postura das Comunidades Europeias.

#### **4.1.3. Abordagem econômica ou mercadológica**

Apesar dos avanços que em nosso entender proporcionou, principalmente sobre o ponto de vista do balanceamento entre as restrições incorridas por força das obrigações assumidas através das regras da OMC e a autonomia regulatória interna, a abordagem *aim-and-effects* não foi bem recebida pelos especialistas. Os painéis que a adotaram foram severamente criticados sob a alegação de que a interpretação que esposavam padecia de amparo legal. Ademais, argumentava-se que tal abordagem seria cercada de problemas de ordem prática quanto à identificação dos objetivos subjacentes à medida contestada.

Por outro lado, os críticos da abordagem *aim-and-effects* consideravam oportuna a proposta de retomada do propósito do dispositivo do GATT sob o escopo do qual se empreende a comparação dos produtos. Acreditavam, ademais, que o equívoco cometido pelos defensores da abordagem objetiva teria sido exatamente não considerar tal propósito.

---

<sup>151</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products (WT/DS135/R)*, Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.1. Confira ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 214-215.

Assim, parte da doutrina, movida pelas conclusões externadas pelo Órgão de Apelação no caso *Japan – Alcoholic Beverages II*, passou a defender que os critérios propostos pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários fossem aprimorados de modo a aproximá-los do propósito específico do art. III do GATT, qual seja, garantir que produtos importados estejam sujeitos a um tratamento não menos favorável do que o concedido aos produtos domésticos, evitando que medidas fiscais e regulamentares sejam aplicadas de maneira protecionista.

Recuperando esse propósito, os adeptos dessa abordagem partem da premissa de que só há protecionismo se houver relação concorrencial entre os produtos. Em seu entender, portanto, a questão central para determinação da similaridade conforme empregada no art. III do GATT, estaria atrelada à verificação da existência de relação concorrencial e de substituíbilidade entre os produtos e também entre os produtores.<sup>152</sup>

A substituíbilidade da demanda, ou entre os produtos, deveria ser aferida a partir da avaliação do grau em que o consumidor percebe o produto doméstico e o importado como funcionalmente equivalentes, mensurado pela sua propensão em substituir um pelo outro, o que é usualmente revelado pela extensão com que uma pequena alteração no preço afeta as preferências do consumidor.<sup>153</sup> Estão, portanto, fundidos no conceito de substituíbilidade da

---

<sup>152</sup> QIN, Julia Ya. Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 242. E ainda: VRANES, Erich. *Trade and the Environment. Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 191-193, *apud* CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 223.

<sup>153</sup> “Vários dos critérios de similaridade que foram aventados pelas discussões legais acerca do conceito de ‘produtos similares’ sob a égide do GATT podem ser vistos como variações sobrepostas da ideia de competitividade. Primeiramente, há a substituíbilidade – a extensão em que os consumidores percebem dois produtos como funcionalmente equivalentes, medida pela propensão do consumidor em substituir um pelo outro que, por sua vez, é usualmente medida através do efeito que pequenas mudanças no preço afetam as preferências consumeristas. Posteriormente, há o conceito de similaridade funcional, que é revelado pelo grau em que os dois produtos de fato desempenham as mesmas funções, como varrer a poeira. Finalmente, embora as disposições orientadas pelo produtor às vezes empreguem critérios de determinação da ‘similaridade’ que, estritamente falando, não estão relacionados à existência de relação concorrencial entre os bens em questão -, e.g., se os dois produtos foram manufaturados a partir dos mesmos insumos, no mesmo estabelecimento, pelo emprego dos mesmo bens de capital, ou pelos mesmos trabalhadores – os critérios concorrenciais são os primeiros e mais importantes fatores nas decisões de definição dos ‘produtos similares’.” Conforme original em inglês: “Many of the criteria of likeness that have been offered in GATT legal discussions of the “like product” concept can be viewed as overlapping variations on the idea of competitiveness. First, there is substitutability - the extent to which consumers perceive two products as functionally equivalent, measured by the consumer’s willingness to substitute one for the other, a willingness which in turn is usually measured by the extent to which relatively small changes in price affect consumer preferences for one or the other. Next, there is concept of functional likeness, the extent to which the two products do in fact perform the same function, like sweeping dirt. Finally, although the producer-oriented provisions sometimes do employ “likeness” criteria that do not, strictly speaking, relate to the competitiveness of the goods in question - e.g., the extent to which two products are made from the same raw materials, in the same establishments, by the



demanda, ao lado de aspectos como o preço, por exemplo, os critérios sugeridos pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários, ou seja, as características físicas, os usos finais e os hábitos e preferências do consumidor.<sup>154</sup> Sua utilização, contudo, não se dá de forma isolada, como ocorre na abordagem objetiva, mas inter-relacionada, como elementos integrantes de um conceito maior (substituibilidade), informados pelo propósito da norma que determina a comparação (não discriminação).

Já a substituibilidade da oferta, ou entre os produtores, trata da verificação da capacidade que outros fornecedores, que em princípio não oferecem o produto em questão, têm para reorientar seus recursos de forma a produzir tal produto sem incorrer em custos consideráveis.

As metodologias de cálculo do mercado relevante para fins de verificação de existência de relação concorrencial são variadas, mas todas se valem de dados econômicos estatísticos e pesquisas consumeristas, aproximando o processo de definição de similaridade de uma análise antitruste, e convergem para a afirmação de que, em virtude da transparência e complementaridade dos dados que utilizam, proporcionam concomitantemente uma análise mais coerente e apropriada da similaridade em vista do propósito da norma – i.e., assegurar igualdade de condições de concorrência –, e o aumento da previsibilidade e consistência do sistema.<sup>155</sup>

Segundo essa abordagem, na medida em que seja constatada a existência de relação concorrencial entre dois produtos, os concorrentes devem ter igual acesso a oportunidades no mercado como condição para evitar distorções mercadológicas e permitir que façam “uso de suas vantagens competitivas individuais adquiridas a partir dos usos mais eficientes dos recursos”.<sup>156</sup>

Pode ocorrer, contudo, que as intervenções governamentais por meio de medidas fiscais e regulamentares não tenham o objetivo de gerar distorções mercadológicas, mas sim de corrigir falhas existentes no mercado, como é o caso das medidas estudadas no presente

---

*same capital goods, or by the same workers - the competitiveness criteria are still the first and most important factor in the “like product” decisions.”* In: HUDEC, Robert F. ‘Like Product’: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros (Eds.). *Regulatory barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 115.

<sup>154</sup>DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 72.

<sup>155</sup>CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 223-226.

<sup>156</sup>DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 70.

trabalho. As vantagens que apontam para um dos concorrentes podem não decorrer da alocação eficiente dos fatores de produção, como presumido pelos defensores dessa abordagem, mas sim da externalização dos custos de produção. Nesse caso, impedir que as medidas nacionais diferenciem os produtos que se encontram em relação concorrencial graças às vantagens obtidas através de subterfúgios que implicam o compartilhamento dos custos de produção por toda a sociedade – ou uma parcela dela –, é o mesmo que inviabilizar a correção das falhas mercadológicas, chancelando a manipulação das condições de concorrência e premiando o mau comportamento.

Assim, embora represente um enorme avanço quando comparada à abordagem objetiva, na medida em que é consciente da imperatividade de se pautar pelo objetivo que permeia a norma que demanda a comparação, sem o que não se pode chegar a qualquer resultado minimamente conclusivo e coerente acerca da similaridade, a abordagem econômica peca por partir do pressuposto de que o mercado é capaz de se autorregular perfeitamente.

Considere-se, a propósito, o seguinte exemplo. Dois carros de modelos semelhantes detentores de mesma potência e preço, porém produzidos por fabricantes diferentes (um doméstico e o outro estrangeiro) e que têm um consumo médio de combustível também diferente, preencheriam os requisitos para ser classificados como similares em um determinado mercado sob a ótica da abordagem econômica, o que demandaria que recebessem o mesmo tratamento fiscal e regulamentar. No entanto, parece-nos que a diferença no consumo de combustível, fator que tem influência direta no nível de emissões de poluentes e, portanto, no impacto ambiental que geram, é fator suficiente para justificar o tratamento diferenciado desses produtos. Sob essa ótica, a adequação de uma lei que institui uma taxa sobre os veículos que não observam certos parâmetros mínimos de economia no consumo de combustível veicular é indiscutível, mormente diante da urgência de desenvolvimento e implementação de medidas de mitigação das mudanças climáticas.

O argumento que se pretende desenvolver, quanto à insuficiência e inadequação da abordagem econômica diante de falhas mercadológicas, fica ainda mais claro a partir da análise do caso *Asbestos* submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 1998, o qual passamos a estudar a seguir.

#### 4.1.3.1. EC – Asbestos(DS135)

O governo francês, visando prevenir e controlar os graves riscos à saúde resultantes da exposição humana ao amianto, substância sabidamente tóxica, porém de largo emprego na indústria em virtude de sua resistência a altas temperaturas, promulgou um decreto, em 1996, proibindo a manufatura, venda e importação da substância, bem como de produtos que a contivessem, previstas limitadas exceções quando não existissem produtos substitutos.<sup>157</sup>

Afetado pela medida, o Canadá, um dos maiores produtores de amianto do mundo, contestou a proibição solicitando a instauração de um Painel ao argumento de que o decreto francês violava os arts. III.4 e XI do GATT, além de outros dispositivos do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), tendo em vista que o banimento à importação de produtos confeccionados com fibra de amianto conferiria tratamento menos favorável aos seus produtos quando comparados com os similares utilizados como substitutos no mercado interno da França.<sup>158</sup>

No entender das Comunidades Europeias, contudo, o decreto francês não estaria acobertado pelo TBT – mas mesmo que estivesse, cumpria suas disposições –, e estaria enquadrado dentro do escopo do art. III.4 do GATT. Caso, contudo, o Painel assim não entendesse, as Comunidades Europeias argumentavam que os painelistas deveriam reconhecer, no mínimo, que o decreto era necessário para proteger a saúde humana, conformando-se, portanto, à exceção contida no art. XX, alínea g, do GATT, dado que sua natureza cancerígena era reconhecida por órgãos internacionais, como feito pela Organização Mundial de Saúde em 1977.<sup>159</sup>

O Painel declarou que a parte do decreto francês que continha a proibição à comercialização de produtos contendo amianto não seria uma regulação técnica e, portanto, não seria afeta ao TBT. Por outro lado, a parte do decreto que previa as exceções ao banimento da comercialização do amianto, elencando as circunstâncias em que o uso da

---

<sup>157</sup> SAMPSON, Gary P. *The WTO and Sustainable Development*. Hong Kong: UM University Press, 2005, p. 93.

<sup>158</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products (WT/DS135/R)*, Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.3-8.5.

<sup>159</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products (WT/DS135/R)*, Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.6-8.7. E ainda: SAMPSON, Gary P. *The WTO and Sustainable Development*. Hong Kong: UM University Press, 2005, p. 94.

substância estaria permitido, configuraria uma regulação técnica e, por conseguinte, deveria observar as disposições do TBT.<sup>160</sup>

Passando à análise da legitimidade do banimento à comercialização de produtos que contém fibra de amianto, o Painel entendeu que a medida seria uma regulamentação interna e não uma restrição quantitativa, rejeitando, assim, o argumento do Canadá de incidência do art. XI do GATT.<sup>161</sup> Mencionando expressamente os critérios apontados pelo Grupo de Trabalhos sobre Ajustes Alfandegários, o Painel passou a perquirir se o banimento francês implicaria em tratamento diferenciado de produtos similares, a fim de constatar eventual violação ao art. III do GATT.

Em sua avaliação, os painelistas entenderam por bem desconsiderar os hábitos e preferências dos consumidores, bem como as características físicas dos produtos, priorizando os usos finais e a classificação tarifária na avaliação da similaridade, e concluíram que produtos que contém amianto e produtos livres da substância são similares. Outrossim, declararam que os riscos à saúde não poderiam ser utilizados como critério para avaliação da similaridade sob pena de nulificação do enunciado do art. XX do GATT.<sup>162</sup> Tal conclusão os conduziu ao reconhecimento da existência de uma discriminação *de jure* no caso, vez que a

---

<sup>160</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.58; 8.63; 8.70; 8.72.

<sup>161</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.99.

<sup>162</sup> “Consideramos que a introdução de um critério relativo aos riscos do produto na análise da similaridade dentro do escopo do artigo III implicaria na nulificação dos efeitos do artigo XX(b). A proteção da saúde e vida humana é especificamente acobertada por este artigo. O artigo III, por outro lado, não se refere a essa questão. O ônus da prova não seria claramente alterado tendo em vista que as Comunidades Europeias ainda teriam que provar os riscos do produtos, aplicando o princípio da *probatio incumbi tejus que dixit*. No entanto, consideramos que outros aspectos que integram os direitos e obrigações negociados pelos membros seriam afetados. A introdução da proteção da saúde e vida humana como critério de definição da similaridade autorizaria o membro em questão a burlar as obrigações do artigo XX, particularmente as relacionadas ao teste de necessidade estabelecido pelo parágrafo (b) e ao controle exercido pelo *caput* do artigo XX relativo a qualquer abuso do artigo XX(b) quando da aplicação da medida. Como enfatizado pelo Órgão de Apelação em várias outras ocasiões, todas essas disposições do Acordo Constitutivo da OMC devem ter significado. A introdução de um critério de risco no exame da similaridade dentro do escopo do art. III seria contrária a esse princípio básico de interpretação.” Conforme original em inglês: “*We consider that introducing a criterion on the risk of a product into the analysis of likeness within the meaning of Article III would largely nullify the effect of Article XX(b). The protection of human health and life is specifically covered by this Article. Article III, on the other hand, does not refer to this. The burden of proof would not of course be greatly modified because the EC would still have to prove the risk of the product, applying the principle of probatio incumbitejusque dixit. We nevertheless consider that other aspects that form part of the rights and obligations negotiated by the Members would be affected. Introducing the protection of human health and life into the likeness criteria would allow the Member concerned to avoid the obligations in Article XX, particularly the test of necessity for the measure under paragraph (b) and the control exerted by the introductory clause to Article XX concerning any abuse of Article XX(b) when applying the measure. As the Appellate Body has emphasized on a number of occasions, all these provisions in the WTO Agreement must be given meaning. Introducing a risk criterion into the examination of likeness under Article III would be contrary to this basic principle of interpretation.*” In: *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products*(WT/DS135/R), Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.130.

violação ao art. III.4 do GATT, seria revelada expressamente pelo próprio enunciado do decreto.<sup>163</sup>

Não obstante encerrasse violação ao art. III.4 do GATT, no entender do Painel o decreto seria justificado pelo art. XX, alínea *b*, do GATT, uma vez que não implicava discriminação arbitrária ou restrição disfarçada ao comércio, além de visar prevenir riscos reais associados à exposição humana ao amianto, o que indicava a necessidade de sua adoção, diante da inexistência de alternativas aptas a perseguir o objetivo de proteção da saúde humana e que fossem ao mesmo tempo mais consistentes com as disposições do sistema multilateral de comércio.<sup>164</sup>

Como se pôde notar, valendo-se da abordagem objetiva, o Painel se preocupou unicamente com o julgamento da conformação do critério de diferenciação eleito pelo decreto, qual seja, a presença ou não de amianto na composição do produto, aos critérios sugeridos pelo Grupo de Trabalhos sobre Ajustes Alfandegários. Em momento algum o Painel se preocupou em perquirir quais os propósitos e efeitos práticos do banimento e se o critério de diferenciação pelo qual se pautava implicava ou não tratamento privilegiado da indústria doméstica, que é a pergunta central por trás do art. III do GATT.

Deve-se observar, como já feito anteriormente, que a similaridade entre dois produtos pode ser analisada por diversas perspectivas e depende intrinsecamente do propósito específico com o qual se empreende a comparação. Portanto, diante do objetivo subjacente ao decreto francês de proteção da saúde humana, a similaridade deveria ter sido analisada a partir da investigação da existência ou não de equivalência entre o nível de risco à saúde que produtos que contêm e produtos que são livres de amianto representam. Considerando ainda que esse objetivo não é permeado da intenção ou sequer do efeito de alterar as condições de competitividade em benefício dos produtos domésticos, a conclusão a ser alcançada seria da inexistência de similaridade entre os produtos em questão.

Perfilhando essa linha de argumentação, as Comunidades Europeias aviaram recurso dirigido ao Órgão de Apelação. Insurgindo-se contra as conclusões do Painel no que diz

---

<sup>163</sup>*European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products (WT/DS135/R)*, Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.112; 8.123; 8.130; 8.140; 8.144; 8.148; 8.150; 8.154-8.157.

<sup>164</sup>*European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products (WT/DS135/R)*, Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.188; 8.194; 8.222-8.223; 8.230; 8.240-8.241.

respeito a não aplicação do TBT ao caso e ainda à subsunção do decreto ao art. XX, alínea *b*, do GATT, igualmente o Canadá interpôs recurso.<sup>165</sup>

Felizmente o retrocesso empreendido pelo Painel quanto à interpretação do art. III do GATT foi revertido pelo Órgão de Apelação. Primeiramente, retomando trechos do relatório do caso *Japan – Alcoholic Beverages*, um dos precursores da abordagem econômica, o OA ponderou que o termo *similaridade* deve ser interpretado à luz do contexto, objeto e propósito da disposição na qual se insere, pois apenas esses aspectos serão capazes de revelar as características e qualidades que dois produtos devem compartilhar a fim de serem reputados similares.<sup>166</sup>

Considerando que o propósito do art. III do GATT, é evitar o protecionismo na aplicação de medidas regulatórias e fiscais internas, a similaridade deveria ser em seu seio delimitada a partir da verificação da existência e da extensão da relação concorrencial entre os produtos. No entanto, não bastaria que a medida diferenciasse produtos considerados similares a partir da análise da relação concorrencial existente entre ambos para que fosse reputada inconsistente com o art. III.4 do GATT. Seria necessário ainda que implicasse em tratamento discriminatório dos produtos importados, visando a proteção dos similares nacionais.<sup>167</sup>

Recapitulando o Relatório do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários, o OA pontuou que apesar de serem meras ferramentas não exaustivas para avaliação da similaridade, os critérios ali sugeridos são inter-relacionados, portanto, “o Painel deveria ter examinado cada um deles (...) e, em seguida, balanceado todas as evidências para fazer uma determinação geral acerca da possibilidade de caracterização dos produtos como similares”.<sup>168</sup> A conclusão alcançada pelo Painel após analisar apenas um dos critérios, qual seja, os usos finais, teria sido, pois, precipitada.

Igualmente, o Painel teria se equivocado ao excluir os riscos à saúde da avaliação da similaridade, na medida em que estes influenciam a relação de concorrência existente entre os

---

<sup>165</sup> READ, Robert. Process and Production Methods and the Regulation of International Trade. In: PERDIKIS, Nicholas; READ, Robert (Ed.). *The WTO and the Regulation of International Trade: recent trade disputes between the European Union and the United States*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, cap. 11, p. 258.

<sup>166</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 88-92.

<sup>167</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 97-100.

<sup>168</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 109.

produtos que contêm e os que são livres de amianto.<sup>169</sup> Por esta razão, tais riscos deveriam ter sido considerados dentro dos critérios das propriedades dos produtos e dos hábitos e preferências dos consumidores, destacando ainda que se a inclusão desses fatores dentro do escopo do art. III.4 do GATT implica um recurso menos frequente ao art. XX, alínea *b*, do GATT, isso de forma alguma significa que esse último dispositivo tenha sido nulificado.<sup>170</sup>

Notando que os produtos que contêm e os que são livres de amianto possuem uma substancial diferença física, o OA afirma que haveria um ônus maior sobre o Canadá para provar que, apesar da pronunciada diferença em sua composição, esses produtos deveriam ser considerados similares. Isso porque, segundo o OA, dentre os critérios previstos pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários, aqueles que mais interessam sob a ótica da verificação da existência de relação concorrencial são os usos finais – isto é, a capacidade dos produtos de desempenhar as mesmas ou similares funções – e os hábitos e preferências dos consumidores – ou seja, a propensão dos consumidores de considerar tais produtos como substitutos para desempenho dessas funções –.<sup>171</sup>

Assim, embora tenha corretamente mantido o entendimento do Painel quanto à conformidade do decreto às regras do sistema multilateral de comércio, pautando-se pela abordagem econômica, o OA ressaltou que os hábitos e preferências dos consumidores são certamente influenciados pelos internacionalmente reconhecidos riscos à saúde associados à presença de amianto na composição dos produtos, o que indiscutivelmente afeta a relação de concorrência existente entre os produtos que contêm e os que são livres da substância. Diante dessas ponderações e ainda da constatação de que o Canadá não teria se desincumbido do ônus de provar que os produtos em questão seriam similares, o OA concluiu que a similaridade estaria afastada, alterando o entendimento do Painel nesse ponto.<sup>172</sup>

Inobstante, o OA corroborou as conclusões do Painel quanto à conformação da medida ao art. XX, alínea *b*, do GATT, por ser necessária, no sentido de razoavelmente disponível, enfatizando que, havendo risco comprovado a qualquer dos bens elencados pelo dispositivo,

---

<sup>169</sup> EMCH, Adrian. Same Same But Different? Fiscal Discrimination in WTO Law and EU Law: What are 'Like' Products?. *Legal Issues of Economic Integration*, Alphen: Wolters Kluwer, v. 32, issue 1, 2005, p. 378.

<sup>170</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 113.

<sup>171</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 117-118.

<sup>172</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 122; 126; 139. Ver ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 177.

incumbe ao país escolher o nível de proteção que entende apropriado, sopesando a quantidade e qualidade do risco que deseja assumir.<sup>173</sup>

Embora a conclusão alcançada quanto à ausência de violação ao art. III do GATT, seja irretocável, as razões que conduziram a ela são questionáveis. O OA considerou que os produtos que contêm e os que são livres de amianto não seriam similares com base na pressuposição da preferência dos consumidores pelos últimos, diante dos riscos à saúde associados aos primeiros, o que afastaria a existência de relação concorrencial entre ambos.

Todavia, ainda que o comportamento do consumidor não fosse alterado pelos riscos à saúde e, portanto, ainda que os produtos que contêm e os que são livres de amianto estivessem em relação de concorrência direta, parece-nos absolutamente impróprio considerar que fossem similares e, por conseguinte, que a medida que os diferencia com base nesse aspecto (presença ou não de amianto em sua composição) seria violadora do princípio da não-discriminação. Nesse caso, a diferenciação atenderia a um objetivo de política pública inquestionavelmente legítimo.

Para que a abordagem econômica funcionasse perfeitamente seria necessário um contexto em que os concorrentes são completamente honestos e leais, computando no preço todos os custos incorridos na produção, e os consumidores são plenamente informados acerca de todas as implicações envolvidas e decorrentes da produção, consumo e descarte do produto, além de detentores de uma condição financeira estável, de modo a fazer uma escolha consciente e não pautada exclusivamente pelo preço, o que é irreal.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products (WT/DS135/R)*, Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 168. E ainda: MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 456.

<sup>174</sup> Sobre as falhas do pressuposto de informação perfeita frequentemente utilizado por modelos econômicos, confira Scorse: “Nos modelos econômicos de mercados em bom funcionamento, uma das suposições mais fortes é de que as partes envolvidas têm *informações perfeitas* sobre os produtos e serviços, inclusive sobre as consequências do consumo e produção desses bens. Não é necessário ser crítico de economia para perceber que essa suposição é muito forte e provavelmente não corresponde ao mundo real. Mesmo com profundos avanços científicos, nosso conhecimento acerca da interação de vários químicos de emprego industrial não é completa, assim como nossa compreensão de como os ecossistemas funcionam. Até mesmo o que sabemos é extremamente incompleto e fora do alcance de todos menos dos cientistas seniores. Produtores e consumidores de bens, portanto, devem sempre confiar em fontes externas para fazer decisões informadas sobre o que produzem e compram. O mercado possivelmente não fornecerá as informações necessárias para que as pessoas tomem decisões bem informadas. Florestas são cortadas e qual o impacto disso sobre as bacias hidrográficas e como essa informação é transmitida às pessoas que dependem delas? Como as municipalidades devem decidir se desejam aprovar o desenvolvimento de uma nova fábrica que emite algum quantidade de poluição de ar e água? Precisamente qual informação é necessária e qual a melhor forma de disponibilizá-la? Essas são questões difíceis mesmo quando se tem acesso à informação, mas quase impossíveis quando o acesso à informação é parco.” Conforme original em inglês: “*In economic models of well-functioning markets, one of the strongest assumptions is that the parties involved have perfect informations about products and services, including the consequences of the consumption and production of*



Na prática, a importação do raciocínio tecido pelo OA como meio de resposta à indagação acerca da legitimidade das medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental ao longo do ciclo de vida diante das disposições do sistema multilateral de comércio conduziria à conclusão de que sua legitimidade dependeria do contexto do país. Nos Estados com elevado grau de conscientização ambiental, onde o compromisso das empresas com a ecologia é levado em consideração nas escolhas consumeristas e, portanto, o impacto ambiental influi na substituíbilidade da demanda, as medidas que visassem diferenciar produtos com base nesse fator seriam conformes o regramento da OMC. Já naqueles países onde esse impacto não é levado em consideração pelos consumidores, e produtos altamente degradantes são concorrentes diretos de produtos ecologicamente corretos, a conclusão do OA parece conduzir ao reconhecimento de que o tratamento diferenciado dos produtos, nesse caso, implicaria tratamento discriminatório, com o que não podemos concordar.

Assim como é certo que a sociedade influencia as leis, já que essas deverão refletir os valores sociais a fim de que tenham uma mínima efetividade, é igualmente certo que as leis influenciam a sociedade, moldando seu comportamento. O papel educador exercido pelas leis ao premiar o bom comportamento e sancionar o mau é inegável e, por isso, acreditamos que a adoção de medidas fiscais e regulamentares que diferenciam produtos com base em objetivo legítimos que não visem proteger a indústria doméstica – como é o caso do controle do impacto ambiental –, devem ser reputadas idôneas, nos termos do arcabouço legal da OMC, também no contexto daqueles países em que ainda não se verifica uma consciência ambiental consumerista consolidada, até mesmo como uma ferramenta de promoção da educação para um consumo ambientalmente consciente.

Como bem ponderam Porges e Trachtman “a regulação, para alguns por definição, somente é necessária quando consumidores são incapazes de distinguir no mercado, ou seja,

---

*these goods. It doesn't take a critic of economics to realize that this assumption is very strong and is unlikely to be the case in the real world. Nowhere are the deviations from perfect information more prominent than in the environmental realm. Even with major scientific advances, our knowledge of the interaction of many industrial chemicals is still incomplete as is our understanding of how ecosystems function. Even what we do know is extremely complex and beyond the comprehension of anyone but the most senior scientists. Producers and consumers of goods, therefore, must often rely on outside sources to make informed decisions about what they produce and what they buy. The market itself is not likely to provide the necessary information for people to make well-informed decisions. As forests are cut down how does this impact the watersheds and how is this information conveyed to the people that rely on them? How are municipalities supposed to decide whether they want to approve the development of a new factory that emits some quantity of air and water pollution? Precisely what information is needed and what is the best way to provide it? These are difficult questions even with very good information, but almost impossibly difficult questions when the relevant information is poor.” In: SCORSE, Jason. *What environmentalists need to know about economics*. New York: Palgrave Macmillan, 2010, p. 10-11.*

quando o anseio por trás da regulação não é suficientemente refletido pelas escolhas consumeristas”<sup>175</sup>.

Reconhecida a legitimidade do recurso às medidas fiscais e regulamentares de controle do impacto ambiental ao longo do ciclo de vida, os consumidores seriam economicamente incentivados a pautar suas escolhas levando em conta o impacto ambiental causado pelo produto e, então, a OMC estaria efetivamente favorecendo a consecução dos objetivos declarados no seio do preâmbulo do Acordo de Marraqueche.

Embora represente um avanço sobre o ponto de vista técnico, vez que descarta o recurso preponderante a critérios puramente físicos em prol da utilização de critérios informados pelo propósito subjacente à norma que demanda a comparação, a abordagem econômica incorre, portanto, nos mesmos inconvenientes práticos quando comparada à abordagem objetiva.<sup>176</sup>

Desse modo, a observação que fizemos anteriormente quanto à concessão de tratamento privilegiado do produto importado em relação ao produto doméstico como decorrência da adoção da abordagem objetiva, é também válida para a abordagem econômica. Ao inviabilizar que o produto importado seja atingido por uma medida fiscal ou regulamentar que incide sobre o produto doméstico com o qual concorre no mercado, a abordagem econômica está chancelando o tratamento privilegiado do produto importado em detrimento do doméstico. Além de absurdo, esse resultado é absolutamente incongruente com a lógica que permeia a abordagem e que é exatamente de evitar distorções mercadológicas.

Ora, se temos dois produtos perfeitamente substituíveis no mercado, um deles doméstico e outro importado, e se por força da aplicação da abordagem econômica ao princípio do tratamento nacional um país é impedido de estender ao produto importado determinada regulamentação ou imposto que incide sobre o produto doméstico e que visa perseguir um objetivo político legítimo, estaremos em verdade criando distorções mercadológicas ao invés de evitá-las. Diante desse cenário, obviamente, para não prejudicar os produtores domésticos, o governo seria forçado a revogar a medida, preterindo o objetivo que a informava.

---

<sup>175</sup>“Regulation, to some by definition, is only needed where consumers are incapable of distinguishing in the market—where the regulatory concern is not sufficiently reflected in the choices of consumers. Therefore the regulatory likeness issue would not be expected to be reflected in the competitive likeness question.” In: PORGES, Amelia; TRACHTMAN, Joel P. Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of Aim and Effects. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 37, n. 4, 2003, p. 785.

<sup>176</sup> No mesmosentido: HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 515.

Ressalte-se que essa acentuada redução da esfera de autonomia dos Estados-membros somente não foi revelada no presente caso tendo em vista que os riscos à saúde, que correspondem ao anseio que a regulação francesa pretende endereçar, foram considerados como aspecto integrante do critério das propriedades físicas na avaliação da similaridade.<sup>177</sup>

Seja pela incongruência que encerra, seja por restringir a autonomia regulamentar interna, a nosso ver indevidamente, acreditamos que a abordagem econômica não é a mais alinhada aos fins que o sistema multilateral de comércio se propõe a perseguir. Assim, apesar de ser a abordagem mais utilizada nos últimos casos submetidos ao Órgão de Solução de Controvérsias, parece-nos que deva ser revista.

---

<sup>177</sup>PORGES, Amelia; TRACHTMAN, Joel P. Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of Aim and Effects. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 37, n. 4, 2003, p. 795.

## 5. EXCEÇÕES GERAIS: ART. XX do GATT

Embora uma leitura sistemática e teleológica do art. III do GATT evidencie não haver qualquer inconsistência entre a aplicação de medidas fiscais e regulamentares associadas ao controle do impacto ambiental ao longo do ciclo de vida a produtos importados e o princípio do tratamento nacional, as decisões do OSC demonstram uma tendência do órgão em reputá-las como violadoras desse dispositivo. Isso porque os critérios que pautam as abordagens às quais o OSC usualmente recorre na avaliação da existência de similaridade entre os produtos importados e os domésticos normalmente passam ao largo de questões relacionadas ao impacto ambiental, o que o leva a concluir que as medidas que diferenciam produtos com base nesse aspecto violam o princípio do tratamento nacional.

Nos casos que submeteram essa classe de medidas à análise do GATT e, posteriormente, do OSC – como, por exemplo, em *US-Tuna Dolphin I e II*, *US-Gasoline* e *US-Shrimp/Turtle* –, observa-se igualmente a tendência de, uma vez constatada a violação ao art. III do GATT, verificar o enquadramento da medida ao art. XX. O artigo em questão, enuncia hipóteses em que eventuais restrições ocasionadas aos fluxos comerciais internacionais deverão ser reputadas legítimas, dentre elas duas de interesse para o estudo ora desenvolvido:

### ARTIGO XX EXCEÇÕES GERAIS

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:

(...)

(b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais;

(...)

(g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais; (...) [grifo nosso]

As alíneas do supramencionado dispositivo remontam aos objetivos declarados no preâmbulo do Acordo de Marraqueche que norteiam o funcionamento da OMC e reforçam que a organização não tem na liberalização comercial seu fim último, mas mero meio de consecução da “elevação dos níveis de vida, [d]o pleno emprego (...), [d]o aumento da produção e do comércio de bens e de serviços, permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima

dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico”. Reconhecendo que tais objetivos só poderão ser alcançados uma vez que sejam atendidos certos anseios em paralelo à liberalização comercial, o art. XX do GATT, estabelece as circunstâncias em que as medidas que pretendam promovê-los deverão ser reputadas legítimas e, por conseguinte, eventuais efeitos restritivos ao comércio delas decorrentes deverão ser relevados.

Embora a *ratio* do dispositivo indique que este deve ser aplicado em paralelo aos demais artigos do GATT, orientando sua abrangência e incidência, na prática o art. XX vem sendo aplicado de forma condicionada, apenas nos casos em que reste constatada uma violação. Essa inclinação interpretativa do OSC é percebida também na doutrina e fica evidente através da afirmação de Charnovitz: “Se um governo tem uma boa razão para violar o princípio da nação mais favorecida, ou do tratamento nacional, ou ainda a proibição de banimento às importações (ou exportações), poderá defender sua medida qualificando-a para uma das exceções do art. XX do GATT”.<sup>178</sup>

O próprio enunciado da norma em questão revela que seu propósito não é servir de justificativa para medidas que foram reputadas violadoras de dispositivos do GATT, hipótese em que sua incidência se daria em um momento posterior a interpretação da obrigação supostamente descumprida. Ao estabelecer que “disposição alguma do presente capítulo será *interpretada* como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas (...)”, o art. XX deixa clara a necessidade de sua incidência concomitante à aplicação da norma tida por violada, de modo a influenciar sua interpretação e determinar seus contornos, garantindo o balanceamento dos interesses de liberalização comercial e de promoção dos valores não menos importantes elencados em suas alíneas.

No entanto, dentro da lógica vigente no OSC, uma vez constatado que as medidas fiscais e regulamentares de controle da pegada ecológica não são conforme o princípio do

---

<sup>178</sup> “Se um governo tem uma boa razão para violar o princípio da nação mais favorecida, ou a proibição de banir a importação (ou exportação), poderá defender a medida pela qualificação a uma das exceções no artigo XX do GATT.” Conforme original em inglês: “If a government has a good reason for violating MFN, national treatment, or the prohibition of import (or export) bans, the government may be able to defend its measure by qualifying for one of the exceptions in GATT Article XX.” In: CHARNOVITZ, Steve. A New Paradigm for Trade and the Environment. *Singapore YearBook of International Law and Contributors*, Singapura, 2007, p. 20.

tratamento nacional, tais medidas serão analisadas sob o ponto de vista de seu enquadramento às alíneas do art. XX do GATT, e, portanto, serão reputadas legítimas desde que sejam:

- a) *necessárias* à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais; ou
- b) *relativas* à conservação dos recursos naturais *esgotáveis*, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais.

A subsunção do aspecto material da medida a uma das alíneas, todavia, não é suficiente para assegurar sua legitimidade diante do arcabouço legal da OMC. Ainda sob a ótica do entendimento perfilhado pelo OSC, é necessário que, cumulativamente, o procedimento de sua aplicação obedeça à condicionante imposta pelo *caput* do artigo que visa prevenir o abuso às exceções que elenca, no sentido de que não constitua meio de discriminação *arbitrária* ou *injustificada* entre países onde existem as mesmas condições, tampouco configure restrição *disfarçada* ao comércio internacional.<sup>179</sup>

Contudo, o que era para ser um exercício fácil e lógico, já que a literalidade, teleologia e sistemática do artigo em questão apontavam para a conclusão do perfeito enquadramento das medidas objeto do presente estudo às suas alíneas, foi transformado em uma tarefa complexa e etimológica de resultados imprevisíveis. Ao ser aplicado na prática, tanto pelos Painéis estabelecidos sob o GATT como pelo OSC, o art. XX sujeitou-se a um acentuado apego formalista, centrado na determinação do significado a ser atribuído aos adjetivos empregados no texto do dispositivo, destacados no excerto acima, o que por vezes impede o intérprete de dar a devida atenção ao contexto em que inserida a norma.

Não bastasse, pois, a indevida redução da esfera de autonomia regulamentar interna dos Estados-membros, consequência da ampliação do escopo do termo *produtos similares*, conforme empregado no art. III do GATT, que enuncia o princípio do tratamento nacional, o OSC – e antes de sua criação os Painéis constituídos sob a égide do GATT – tem empreendido uma interpretação formalista e igualmente restritiva de alguns dos termos encerrados no texto do art. XX do GATT, tornando ainda mais seletivo o crivo que separa as medidas legítimas das violadoras do sistema multilateral de comércio, sujeitando-as a um escrutínio excessivo que praticamente inviabiliza sua legitimação.

---

<sup>179</sup> LIANG, Mark. Green Taxes and the WTO: Creating Certainty for the Future. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 10, n. 1, 2009-2010, p. 371.

### 5.1. Alínea *b*: “necessárias”

No que tange à alínea *b*, por exemplo, a grande questão está relacionada ao grau de rigor do teste de necessidade a que uma medida deve ser submetida para que seja considerada abrangida pelo dispositivo. No caso *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* (BISD 37S/200), um dos primeiros a enfrentar a questão, o termo *necessárias* foi interpretado pelo Painel como sinônimo de *menos restritiva possível*, isto é, de acordo com esse entendimento a medida interna com efeitos sobre o comércio só poderia ser considerada necessária, nos termos do art. XX, alínea *b*, “caso não houvesse alternativas consistentes ou menos inconsistentes com o GATT, às quais [a parte] poderia razoavelmente recorrer para alcançar seus objetivos”.<sup>180</sup>

Do mesmo modo, no caso *US – Tuna Dolphin I*, o Painel asseverou que para se enquadrar à alínea *b*, do art. XX do GATT, a parte deve demonstrar que “exauriu todas as opções razoavelmente disponíveis para perseguir seu objetivo (...) por meio de medidas consistentes com o GATT”.<sup>181</sup>

Corroborando esse posicionamento, Jackson alerta para a importância dessa limitação, a fim de que o art. XX não seja transmutado em lacuna autorizativa do recurso a medidas protecionistas:

(...) se há duas ou mais alternativas de que um governo pode se valer para proteger a vida ou a saúde humana, não é ‘necessário’ escolher aquela que causa mais restrições comerciais, na medida em que haja uma alternativa igualmente eficiente para proteger a saúde e a vida humana. Isto obviamente impõe algumas restrições na latitude que as nações, ou os governos dos Estados da federação têm para impor regulações com propósitos ambientais. Por outro lado, considera-se importante evitar que o artigo XX se transforme em uma grande brecha à qual os governos possam recorrer para justificar quase toda medida que seja motivada por considerações protecionistas.<sup>182</sup>  
[tradução livre]

<sup>180</sup> *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* (BISD 37S/200), Relatório do Painel, adotado em 20/02/1990, § 75.

<sup>181</sup> *United States – Restrictions on Importation of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado, § 5.28.

<sup>182</sup> “(...) if there are two or more alternatives that a government could use to protect human life or health, it is not “necessary” to choose the one that places more restrictions on trade, when an alternative that is equally efficient in protecting human life or health exists. This will obviously impose some restraint on the latitude that nations, or sub-federal governments have to impose regulations for environmental purposes. On the other hand, it is considered important to prevent Article XX from becoming a large loop hole that governments can use to justify almost any measures that are motivated by protectionist considerations.” In: JACKSON, John H. *World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?* *Washington & Lee Law Review*, Lexington, v. 49, 1992, p. 10.

Por outro lado, Du aponta que essa interpretação do termo *necessárias* deixa várias questões sem resposta e ainda ignora a adequabilidade da alternativa menos restritiva ao comércio ao contexto do país onde hipoteticamente seria aplicada:

Uma reflexão cautelosa acerca do teste de ‘menor restrição comercial’, revela que sua definição deixa várias questões críticas sem resposta. Precisamente como se determina se uma dada escolha regulatória é a alternativa menos restritiva? (...) E se a alternativa proposta implicar em maiores gastos de implementação para o membro da OMC? E se a alternativa sugerida, apesar de menos onerosa para o comércio, é menos efetiva em atender aos níveis de proteção que um membro reputa apropriados? A jurisprudência pretérita do GATT/OMC sobre o teste de ‘menor restrição comercial’ era frequentemente criticada por demonstrar um forte viés pró-comércio. O Painel parecia estar adstrito a buscar uma medida alternativa hipoteticamente disponível com efeitos comerciais menos adversos, enquanto negligenciava as prerrogativas regulatórias do membro da OMC defendente.<sup>183</sup> [tradução livre]

No caso *Korea – Beef*(WT/DS161 e DS169), o Órgão de Apelação pretendeu endereçar alguns desses anseios ao afirmar que a definição da necessidade da medida depende de um “processo de pesagem e balanceamento de uma série de fatores que proeminentemente incluem a verificação do papel da medida no cumprimento da lei ou regulação contestada, a importância do interesse comum ou dos valores protegidos pela lei ou regulação, e os impactos decorrentes da lei ou regulação sobre as importações e exportações”.<sup>184</sup> Em última análise, a medida deveria sujeitar-se a “um teste de necessidade relativa, que compara o grau de sua inconsistência com o GATT com o de outras alternativas razoavelmente disponíveis

---

<sup>183</sup> “A careful reflection of the LTR test (...) will reveal that its definition leaves many critical questions unanswered. Precisely how does one determine whether a given regulatory choice is a less restrictive alternative? (...) What if a proposed alternative may be somewhat more costly for a WTO Member to implement? What if the suggested alternative, although less burdensome on trade, is less effective at achieving a Member’s ALOP? In those circumstances, do those alternatives remain ‘reasonably available’ under Article XX? The earlier GATT/WTO jurisprudence on LTR test was frequently criticized as demonstrating a strong ‘pro-trade’ bias. The panel seemed to be bent on finding a hypothetically available alternative measure with less adverse trade effects, while neglecting the regulatory prerogatives of the defending WTO Member. Moreover, the panel was insensitive to the practical regulatory experiences of national governments and no consideration was given to whether alternatives were feasible in light of a Member’s particular social, political and economic conditions”. In: DU, Michael Ming. *Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection Under the WTO Law: Rhetoric or Reality?*. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 13, n. 4, 2010, p. 1091.

<sup>184</sup> *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*(WT/DS161 e DS169), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 10/01/2001, § 164, *apud* DU, Michael Ming. *Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection Under the WTO Law: Rhetoric or Reality?*. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 13, n. 4, 2010, p. 1092.



(...) [tomando] o nível de proteção eleito pelo país adotante da medida como padrão de teste das alternativas”<sup>185</sup>.

Essa linha de raciocínio foi endossada no caso já objeto de análise *EC – Asbestos*, oportunidade em que o OA foi adiante e consignou ser “incontroverso que os membros da OMC têm o direito de determinar o nível de proteção à saúde que consideram apropriado dadas as suas circunstâncias”<sup>186</sup>. Assim, contanto que o valor ou objetivo pretendido pela medida interna sobrepuje, em grau de importância, a liberalização comercial e desde que sua implementação não cause mais impactos negativos ao comércio do que o necessário para promover o patamar de proteção que o Estado julgue adequado, a medida deverá ser reputada legítima, conforme a interpretação da alínea *b* do art. XX do GATT, que vem se consolidando no OSC e que fica evidente a partir do caso *Brazil – Retreated Tyres*, o mais recente a tratar da questão, que será objeto de estudo a seguir.

#### **5.1.1. *Brazil – Retreated Tyres*(DS332)**

Em 17 de novembro de 2005, após infrutíferas consultas formais, a União Europeia solicitou instalação de um Painel para tratar de uma série de medidas impostas pelo Brasil que estavam adversamente afetando a exportação de pneus usados e recauchutados dos países europeus para o mercado brasileiro, com especial enfoque para a proibição da concessão de licença à importação de pneus usados e reformados e a imposição de multa aos infratores. Imputava-se violação ao art. XI do GATT, que veda o uso de restrições quantitativas à importação.<sup>187</sup>

O Brasil alega que, embora seja *prima facie* inconsistente com o art. XI do GATT, a proibição à importação de pneus reformados é justificada pelo art. XX, alínea *b*, por ser necessária à proteção da saúde humana e do meio ambiente contra os riscos decorrentes da

---

<sup>185</sup> Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 287.

<sup>186</sup> *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 12/03/2001, § 168.

<sup>187</sup> *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*(WT/DS332/R), Relatório do Painel, elaborado em 12/06/2007, § 2.5.

acumulação de pneus inservíveis, como a proliferação dos vetores de doenças tropicais virais como a dengue, a partir do acúmulo da água parada nos pneus.<sup>188</sup>

Em sua decisão, o Painel declarou que o banimento à importação dos pneus produzidos pela União Europeia seria uma violação ao art. XI do GATT e, ao passar à análise do enquadramento da medida ao art. XX, fez as seguintes considerações acerca da definição do significado do termo *necessárias* empregado na alínea *b*:

Havendo determinado que a proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal contra os riscos associados à acumulação de pneus inservíveis constitui um objetivo político que se enquadra no escopo do parágrafo *b* do artigo XX, devemos passar à determinação de se a medida em questão é *necessária* dentro do significado atribuído ao termo no mesmo parágrafo. (...) A necessidade de uma medida deve ser determinada através de um “processo de pesagem e balanceamento de uma série de fatores”, que usualmente incluem a avaliação de três aspectos: a importância relativa dos interesses ou valores promovidos pela medida contestada, a contribuição da medida para a realização dos fins que persegue e o impacto restritivo que a medida exerce sobre o comércio internacional.<sup>189</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

A aplicação dessa lógica ao caso em questão conduziu o Painel à conclusão de que o banimento estaria acobertado pela alínea *b* do art. XX do GATT, por ser *necessário* à persecução dos fins a que se propõe:

Nós determinamos que o objetivo de proteger a saúde e vida humana é vital e importante no mais alto grau e o objetivo de proteger a vida e saúde dos animais e vegetais pode igualmente ser considerado importante. Nós também observamos que a medida desafiada, um banimento completo à importação, é particularmente restritiva ao comércio, mas é capaz de contribuir para o objetivo perseguido, uma vez que pode conduzir à redução do número total de pneus inservíveis gerados no Brasil, o que a seu turno pode reduzir o potencial da exposição aos riscos específicos à saúde e vida humana, animal e vegetal que o Brasil pretende evitar. (...) [Ademais], o Brasil demonstrou satisfatoriamente que as medidas alternativas identificadas pelas

<sup>188</sup> *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres*(WT/DS332/R), Relatório do Painel, elaborado em 12/06/2007, § 7.2 e 7.60. E ainda: CHARNOVITZ, Steve. *A New Paradigm for Trade and the Environment*. *Singapore YearBook of International Law and Contributors*, Singapura, 2007, p. 22.

<sup>189</sup>“Having determined that the protection of human, animal or plant life or health against risks arising from the accumulation of waste tyres constitutes a policy that falls within the scope of paragraph (b) of Article XX, we must now determine whether the specific measure at issue is *necessary* within the meaning of the same paragraph. (...) the necessity of a measure should be determined through “a process of weighing and balancing a series of factors”, which usually includes the assessment of the following three factors: the relative importance of the interests or values furthered by the challenged measure, the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it and the restrictive impact of the measure on international commerce.” In: *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreated Tyres* (WT/DS332/R), Relatório do Painel, elaborado em 12/06/2007, § 7.103.

Comunidades Europeias para evitar a geração de lixo não constituem alternativas que poderiam ser aplicadas como *substitutos para* o banimento à importação de pneus recauchutados para alcançar o objetivo de evitar ao máximo a geração de pneus inservíveis.<sup>190</sup> [tradução livre]

Embora estivesse materialmente conformada à hipótese contida no art. XX, alínea *b*, do GATT, sob a ótica do seu processo de implementação, o banimento não passaria pelo crivo do *caput*, por ter caráter injustificadamente discriminatório já que, por força de laudo arbitral exarado pelos árbitros *ad hoc* do Mercosul, os pneus recauchutados oriundos de países membros do bloco estavam excluídos do embargo à importação.<sup>191</sup>

Tanto a União Europeia como o Brasil apelaram. A primeira por julgar que o Painel teria se equivocado em seu juízo quanto à necessidade do banimento para a persecução dos fins pretendidos pelo Brasil, argumentando que haveria alternativas menos inconsistentes com o GATT. O segundo por acreditar que o banimento não encerrava discriminação arbitrária ou injustificável e, portanto, desejar ver a decisão do Painel revertida nesse ponto. O OA manteve as conclusões do Painel, fazendo apenas algumas alterações quanto às razões que conduziram ao reconhecimento da ilegitimidade do banimento perante as regras do sistema multilateral de comércio.<sup>192</sup>

Quanto à interpretação do termo *necessária a*, empregado no texto da alínea *b*, do artigo XX do GATT, o OA manteve o entendimento do Painel e ainda acrescentou que “a capacidade de um país de implementar medidas corretivas que sejam particularmente custosas, ou que demandem tecnologias avançadas, é relevante para avaliar se essas medidas ou práticas estão razoavelmente disponíveis como alternativas a medidas

---

<sup>190</sup> “(...) we have determined above that the objective of protecting human health and life is both vital and important in the highest degree and the objective of protection of animal and plant life and health can also be considered important. We have also observed that the challenged measure, a complete import ban, is particularly restrictive of trade, but also that it is capable of contributing to the objective pursued, in that it can lead to a reduction in the overall number of waste tyres generated in Brazil, which in turn can reduce the potential for exposure to the specific risks to human, animal, plant life and health that Brazil seeks to address. (...) Brazil has successfully demonstrated that the alternative measures identified by the European Communities to avoid the generation of waste do not constitute alternatives that could apply as a substitute for the import ban on retreaded tyres to achieve its goal of preventing the generation of waste tyres to the maximum extent possible.” In: *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*(WT/DS332/R), Relatório do Painel, elaborado em 12/06/2007, § 7.151-7.152.

<sup>191</sup> *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*(WT/DS332/R), Relatório do Painel, elaborado em 12/06/2007, § 7.306.

<sup>192</sup> *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*(WT/DS332/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 03/12/2007, § 258.

preventivas”.<sup>193</sup> Segundo Conrad, essa observação foi fundamental por exaltar a relevância de se levar em conta as diferenças entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.<sup>194</sup>

De fato, ao averiguar a adequação das medidas sugeridas pela União Europeia como alternativa ao banimento, ao invés de puramente investigar se haviam alternativas disponíveis, o OA optou pelo caminho mais coerente existente dentro da lógica que perfilhou – de aplicação do art. XX apenas após a constatação de uma violação a outra disposição do GATT.

No entanto, ainda assim os inconvenientes da adoção dessa linha interpretativa são evidentes, sendo um deles a sua incapacidade de amenizar a incerteza quanto à forma como as variáveis do teste de balanceamento para aferição do grau de necessidade da medida serão avaliadas umas em relação às outras.<sup>195</sup> Na prática, a questão fica relegada à discricionariedade do OSC.

## 5.2. Alínea g: “relativas a”; “recursos naturais esgotáveis”; “conjuntamente com”

A celeuma interpretativa em torno da alínea g atinge proporções bem maiores que a instalada quanto à alínea b. Quase todos os termos empregados no enunciado desse dispositivo suscitaram discussões em casos submetidos ao GATT e ao OSC. O termo *relativa*, por exemplo, o menos controverso dentre eles, já foi objeto de análise nos casos *Canada – Herring and Salmon*, *US – Tuna-Dolphin I*, *US – Gasoline*, a ser analisado a seguir, e *US – Shrimp-Turtle*, convergindo todas as decisões para sua definição como sinônimo de “primeiramente destinada a”. Substituindo-o no texto do artigo teríamos que para que fosse legítima, a medida deveria ser primeiramente destinada à conservação dos recursos naturais esgotáveis, o que implica uma maior flexibilidade comparativamente ao termo *necessárias* empregado na alínea b:

Note-se que o artigo XX (g) usa o termo “relativa a”, ao passo que o artigo XX (b) usa o termo “necessária a”. De acordo com a decisão do painel no caso *Argentina-Measure Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, o padrão “necessária a” requer que a medida contestada enderece um problema urgente que requer uma remediação imediata. O

<sup>193</sup> *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (WT/DS332/AB/R)*, Relatório do Órgão de Apelação, elaborado em 03/12/2007, § 171.

<sup>194</sup> Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 287.

<sup>195</sup> DU, Michael Ming. *Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection Under the WTO Law: Rhetoric or Reality?*. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 13, n. 4, 2010, p. 1095.

Estado requerido deverá desincumbir-se do ônus de provar que não há medidas alternativas disponíveis que não violariam as disposições do GATT. Por contraste, no caso *US-Autos*, o Painel distinguiu o termo “relativa a” como um padrão mais flexível quando comparado ao “necessária a”. Tudo o que o Estado membro requerido deve provar para satisfazer o padrão “relativa a” ao invocar a defesa do artigo XX (g) é que a medida contestada é “primeiramente destinada a” resolução do problema ambiental, que não precisa ser urgente, não havendo necessidade de comprovação da inexistência de outras alternativas que não violem as disposições do GATT.<sup>196</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

O primeiro ponto de dissenso na interpretação da alínea g é quanto à classificação de quais recursos naturais poderiam ser qualificados como esgotáveis ou exauríveis. Há aqueles que adotam uma postura conservadora, buscando recuperar o significado atribuído ao termo quando da celebração do GATT, nos idos de 1947,<sup>197</sup> o que nos parece um tanto desarrazoado e, obviamente, descontextualizado. Essa leitura, como nos alerta Charnovitz, conduziria à conclusão de que apenas matérias-primas ou minerais seriam abarcados pelo termo: “recursos naturais exauríveis era sinônimo de recursos minerais, como os metais, em contraposição aos renováveis como os animais, plantas, solo, e água.”<sup>198</sup>

Por outro lado, há os que adotam uma perspectiva evolucionista, e que tentam identificar o significado atribuído ao termo na contemporaneidade, levando ainda em consideração o contexto sistêmico em que se insere no arcabouço legal da OMC e, mormente, os objetivos e princípios informativos do sistema multilateral de comércio, conforme elencados no preâmbulo do Acordo de Marraqueche.<sup>199</sup> As decisões do Órgão de Apelação

---

<sup>196</sup>“Note that Article XX(g) uses the language “relating to,” while Article XX(b) uses the language “necessary to.” According to the panel decision in *Argentina-Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, the “necessary to” standard requires that the defendant state’s disputed policy address an urgent problem requiring immediate remedy. The defendant state must meet the burden of proving that no alternative policy measures, which would not violate other GATT provisions, are feasible. By contrast, in *US-Autos*, the Dispute Panel distinguished “relating to” as a more relaxed standard when compared to the “necessary to” standard. All that is required to satisfy the “relating to” standard is for the member state asserting an XX(g) affirmative defense to prove the disputed policy is “primarily aimed” at resolving the environmental problem. The environmental problem addressed by the tax need not be urgent and it is immaterial whether alternative policy remedies that do not violate other GATT provisions are feasible.” In: LIANG, Mark. Green Taxes and the WTO: Creating Certainty for the Future. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 10, n. 1, 2009-2010, p. 372.

<sup>197</sup> KELLY, J. Patrick. The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 38, 2005, p. 465.

<sup>198</sup> CHARNOVITZ, Steve. Exploring the environmental exceptions in GATT article XX. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 25, n. 5, 1991, p. 44.

<sup>199</sup> HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 512.

seguem essa linha e tendem a considerar que tanto recursos naturais vivos como inanimados estão acobertados pela alínea g.<sup>200</sup>

O termo *conjuntamente com* também não foi poupado do escrutínio. Em algumas ocasiões foi praticamente equiparado ao princípio do tratamento nacional, como que exigindo que produtos importados e domésticos recebessem o mesmo tratamento,<sup>201</sup> o que é inadmissível diante da própria lógica adotada pelo OSC, que afirma que o art. XX é uma exceção às disposições do GATT, dentre elas a do tratamento nacional. Em outras, mereceu maior flexibilidade, como se impusesse certo grau de imparcialidade na aplicação da medida comercialmente restritiva e ambientalmente motivada, de modo a atingir não só produtos importados como também os domésticos.<sup>202</sup>

Algumas dessas divergências e minúcias são bem ilustradas pelo caso *US – ShrimpTurtle*, do qual passamos a tratar.

### 5.2.1. *US – Shrimp Turtle (DS58 e DS61)*

À semelhança da controvérsia que anos antes levara México e EUA a compor um Painel perante o GATT, no caso conhecido como *ShrimpTurtle*, submetido ao OSC em 1997, Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia contestavam medida unilateral adotada pelos EUA de banimento à importação de certas espécies de camarão e de produtos derivados de camarão pescados em determinadas regiões sabidamente habitadas por tartarugas marinhas sem a utilização de dispositivos nas redes de pesca que permitissem que as tartarugas eventualmente capturadas escapassem.<sup>203</sup> Os reclamantes alegavam que o embargo implicava violação ao art. XI do GATT, que prevê o compromisso de eliminação geral das restrições quantitativas, e não estaria acobertado pelas exceções contidas no art. XX do GATT, uma vez que implicava na aplicação extraterritorial da legislação ambiental doméstica estadunidense.

---

<sup>200</sup>CONDON, Bradley J. *Trade, Environment and Sovereignty: Developing Coherence Between WTO Law, International Environmental Law and General International Law*. Tese (PhD em Direito), Bond University, Queensland, 2004, p. 74.

<sup>201</sup>*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2)*, Relatório do Painel, adotado em 20/05/1996, § 6.40.

<sup>202</sup>*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2)*, Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 20/05/1996, p. 20-21.

<sup>203</sup>SAMPSON, Gary P. *The WTO and Sustainable Development*. Hong Kong: UM University Press, 2005, p. 99.

O embargo à importação do camarão oriundo dos Estados asiáticos estava atrelado à implementação da Lei sobre Espécies em Extinção de 1973, que listava cinco espécies de tartarugas marinhas como ameaçadas de extinção e proibia sua caça, pesca e perseguição nos EUA, em seu mar territorial e em alto mar. Nos termos da lei, as embarcações estadunidenses especializadas na pesca de camarão deveriam utilizar um “dispositivo excludente de tartarugas” (*turtleexcluderdevice*) sempre que pescassem em áreas onde houvesse alta probabilidade de captura incidental de alguma das espécies de tartaruga protegidas. Essa lei foi emendada em 1989 (*Section 609*) a fim de vedar a importação de camarão pescado com o uso de tecnologias que pudessem afetar negativamente as espécies de tartaruga protegidas pelo texto original, a menos que a nação exportadora fosse certificada por manter um programa regulatório similar ao implementado pelos EUA e fosse capaz de demonstrar que a taxa de captura incidental de tartarugas de suas embarcações era comparável àquela das embarcações estadunidenses ou que seu ambiente de pesca não representasse um perigo às espécies protegidas.<sup>204</sup>

Adotando estratégia diferente da perfilhada no caso *Tuna-Dolphin*, os EUA decidiram não pautar sua defesa pela tese da diferenciação de produtos produzidos a partir de diferentes métodos de produção e processamento. Desta feita, os EUA justificavam o embargo unicamente argumentando que a medida era necessária à proteção de animais e estava relacionada à conservação de recursos naturais exauríveis, subsumindo-se, portanto, a exceção elencada pelo art. XX, alínea g, do GATT. Para fundamentar sua tese, os EUA invocavam evidências científicas que apontavam que as perdas anuais mundiais decorrentes da captura incidental de tartarugas marinhas eram estimadas em 150.000 exemplares, quantidade suficiente para recomendar a inclusão de todas as espécies de tartaruga marinha na lista mais protetiva da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Silvestres Ameaçadas de Extinção (CITES – *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*).<sup>205</sup>

O Painel considerou que a medida unilateral adotada pelos EUA violava o art. XI do GATT e não passava pelo crivo das condições estabelecidas no *caput* do art. XX, o que inviabilizaria a averiguação de sua conformação às alíneas deste dispositivo. No entender do

---

<sup>204</sup> KENNEDY, Kevin C. The Illegality of Unilateral Trade Measures to Resolve Trade-Environment Disputes. *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, Williamsburg, v. 22, 1997-1998, p. 461-462.

<sup>205</sup> RIETVELT, Marc. Multilateral Failure: a Comprehensive Analysis of the Shrimp/Turtle Decision. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 15, 2004-2005, p. 477.

Painel o embargo implicaria uma discriminação injustificada do camarão importado e sua manutenção colocaria a operação do sistema multilateral de comércio em risco:

Se a interpretação do *caput* do art. XX autorizasse um Membro a adotar medidas condicionando o acesso de um determinado produto ao seu mercado à adoção pelo Membro exportador de certas políticas, inclusive relativas à conservação, o GATT 1994 e o Acordo Constitutivo da OMC não mais serviriam como um sistema multilateral de comércio entre os Estados-membros, uma vez que a segurança e a previsibilidade faz relações comerciais estariam seriamente comprometidas.<sup>206</sup> [tradução livre]

O caso foi levado à apreciação do Órgão de Apelação por provocação dos EUA. Adotando abordagem contrastante àquela perfilhada pelo Painel quanto à verificação da subsunção das restrições comerciais às exceções do art. XX do GATT, o OA afirmou que a estrutura e lógica do mencionado dispositivo requer que primeiramente seja feita a análise da qualificação da medida contestada às exceções específicas contidas nas alíneas para somente então se passar à aferição do enquadramento da medida às condicionantes expostas pelo *caput* do artigo.<sup>207</sup>

Passando à análise da subsunção da medida à alínea g, deixando expressa a sua opção por uma linha interpretativa evolucionista – atenta ao caráter dinâmico do significado das palavras –, o OA afirmou que tartarugas marinhas seriam passíveis de classificação como recursos naturais exauríveis, fazendo as seguintes observações de interesse:

Textualmente, o artigo XX(g) não está limitado à conservação de recursos naturais ‘minerais’ ou ‘não-vivos’. O argumento principal das partes requerentes está atrelado à noção de que recursos naturais ‘vivos’ são ‘renováveis’ e, portanto, não podem ser classificados como recursos naturais ‘exauríveis’. Não acreditamos que recursos naturais ‘exauríveis’ e recursos naturais ‘renováveis’ sejam mutuamente excludentes. Uma lição que a ciência biológica moderna nos ensina é que espécies vivas, ainda que em princípio, capazes de reprodução e, nesse sentido, ‘renováveis’, são em

<sup>206</sup> “In our view, if an interpretation of the chapeau of article XX were to be followed which would allow a Member to adopt measures conditioning access to its market for a given product upon the adoption by the exporting Members of certain policies, including conservation policies, GATT 1994 and the WTO Agreement could no longer serve as a multilateral framework for trade among Members as security and predictability of trade relations under those agreements would be threatened.”. In: *United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS 58), Relatório do Painel, adotado em 21/11/2001, §7.45. Confira ainda: KENNEDY, Kevin C. The Illegality of Unilateral Trade Measures to Resolve Trade-Environment Disputes. *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, Williamsburg, v. 22, 1997-1998, p. 463.

<sup>207</sup> HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 498. E ainda: RIETVELT, Marc. Multilateral Failure: a Comprehensive Analysis of the Shrimp/Turtle Decision. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 15, 2004-2005, p. 484.



algumas circunstâncias suscetíveis de esgotamento, exaustão e extinção, frequentemente como consequência de atividades humanas. Recursos vivos são tão 'finitos' quanto o petróleo, o ferro e outros recursos não-vivos.<sup>208</sup>  
[tradução livre] [grifo nosso]

Ademais, o OA consignou que o embargo em questão seria *relativo a*, no sentido de *primeiramente destinado a*, conservação de recursos naturais exauríveis e ressaltou que era extensível aos produtos domésticos, atendendo portanto à determinação de aplicação conjunta a restrições à produção doméstica.<sup>209</sup>

Assim, mantendo a linha de argumentação esposada quando do julgamento dos DS2 e DS4 (Gasolina Reformulada e Convencional), o OA concluiu que a medida unilateral dos EUA poderia ser enquadrada na justificava contida na alínea *g* do art. XX do GATT, todavia falharia em atender os requisitos previstos pelo *caput* do dispositivo, que expunha condicionantes às exceções inscritas nas alíneas exatamente para evitar que fossem utilizadas de forma abusiva ou inadequada.<sup>210</sup>

Embora tenha consignado que o condicionamento do acesso ao mercado à observância de determinadas prescrições impostas pelo país importador é, em certa medida, aspecto comum das medidas que se enquadram nas alíneas do art. XX do GATT e que, portanto, tais medidas essencialmente contêm caráter extraterritorial – o que implicitamente significa que medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado ao longo da cadeia produtiva são *prima facie* legítimas – o OA entendeu que, no caso, estaria configurada discriminação injustificada e arbitrária, o que seria vedado pelo *caput*. Isto porque, embora se assemelhasse ao aplicado aos produtos domésticos, o programa regulatório imposto pelos EUA aos produtos importados retirava dos Estados exportadores o mínimo grau de flexibilidade para se conformar às exigências, impondo-lhes o uso dos dispositivos excludentes de tartaruga como condição para que seus programas de conservação fossem

---

<sup>208</sup> “Textually, Article XX(g) is not limited to the conservation of “mineral” or “non-living” natural resources. The complainants’ principal argument is rooted in the notion that “living” natural resources are “renewable” and therefore cannot be “exhaustible” natural resources. We do not believe that “exhaustible” natural resources and “renewable” natural resources are mutually exclusive. One lesson that modern biological sciences teach us is that living species, though in principle, capable of reproduction and, in that sense, “renewable”, are in certain circumstances indeed susceptible of depletion, exhaustion and extinction, frequently because of human activities. Living resources are just as “finite” as petroleum, iron ore and other non-living resources.” In: *United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS 58 Implementation)*, Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 21/11/2001, § 128.

<sup>209</sup> *United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (WT/DS 58 Implementation)*, Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 21/11/2001, § 135 e 145.

<sup>210</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 19.

certificados e, portanto, o camarão que exportavam fosse considerado apto a entrar em seu mercado interno.

Ademais, ao implementar a medida, os EUA teriam negligenciado sua adequação à realidade dos Estados exportadores, além de terem estabelecido distinção entre eles, concedendo àqueles localizados no hemisfério ocidental, principalmente na região do Caribe, assistência técnica e financeira, bem como períodos de transição mais longos para que seus pescadores atendessem às exigências de pesca do camarão com dispositivos que não implicassem na captura de tartarugas marinhas.<sup>211</sup> Tal discriminação desrespeitava padrões básicos de justiça e devido processo no que diz respeito ao aviso prévio, a produção de provas, e a oportunidade de ampla defesa.<sup>212</sup>

Assim, não obstante tenha implicitamente reconhecido que medidas associadas ao controle de qualidade e aos métodos de produção e processamento de um produto se enquadram no escopo das alíneas *b* e *g* do art. XX do GATT, o OA afirmou que a regulação dos efeitos ambientais do processo produtivo no território do país exportador seria controvertida e, na medida em que aumentasse os custos de produção em países em desenvolvimento, diminuindo suas vantagens comparativas e, por conseguinte, prejudicando seu desenvolvimento econômico, deveriam ser reputadas ilegítimas por redundar em uma

<sup>211</sup> MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 455.

<sup>212</sup> “O que devemos decidir nesse recursos é simplesmente isso: embora a medida dos Estados Unidos em disputa nessa apelação sirva a um objetivo ambiental que é reconhecido como legítimo nos termos do parágrafo (g) do artigo XX do GATT 1994, essa medida foi aplicada pelos Estados Unidos de forma que constitui uma discriminação arbitrária e injustificada entre os membros da OMC, contrária aos requisitos do *caput* do artigo XX. Por todas as razões específicas delineadas nesse relatório, essa medida não qualifica para a exceção que o artigo XX do GATT 1994 confere às medidas que servem a certos propósitos ambientais legítimos e reconhecidos mas que, ao mesmo tempo, não aplicadas de forma a constituir discriminação arbitrária ou injustificada entre países onde as mesmas condições prevalecem ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Como enfatizamos no caso *US – Gasoline* [adotado em 20 de maio de 1996, WT/DS2/AB/R, p. 30], os membros da OMC são livre para adotar suas próprias políticas voltadas ao objetivo de proteger o meio ambiente desde que, ao fazê-lo, cumpram suas obrigações e respeitem os direitos dos outros membros nos termos do Acordo Constitutivo da OMC.” Conforme original em inglês: “*What we have decided in this appeal is simply this: although the measure of the United States in dispute in this appeal serves an environmental objective that is recognized as legitimate under paragraph (g) of Article XX of the GATT 1994, this measure has been applied by the United States in a manner which constitutes arbitrary and unjustifiable discrimination between Members of the WTO, contrary to the requirements of the chapeau of Article XX. For all of the specific reasons outlined in this Report, this measure does not qualify for the exemption that Article XX of the GATT 1994 affords to measures which serve certain recognized, legitimate environmental purposes but which, at the same time, are not applied in a manner that constitutes a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade. As we emphasized in United States — Gasoline [adopted 20 May 1996, WT/DS2/AB/R, p. 30], WTO Members are free to adopt their own policies aimed at protecting the environment as long as, in so doing, they fulfil their obligations and respect the rights of other Members under the WTO Agreement.*” In: *United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS 58 Implementation), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 21/11/2001, §186.

discriminação injustificada ao forçá-los a se conformar a escolhas políticas de países desenvolvidos como forma de ter acesso ao seu mercado interno.<sup>213</sup>

Por fim, o OA entendeu que a regulamentação seria injustificada porque os EUA não haviam empreendido esforços de negociação com alguns dos países mais afetados pela medida na tentativa de estabelecer um acordo que visasse à preservação das tartarugas marinhas, reputando que tal matéria demandava cooperação internacional.<sup>214</sup> Haveria, pois, um curso de ação mais razoável que não requeria a tomada de medidas tão graves e danosas. O OA, na decisão adotada em novembro de 1998, não considerou a medida ilegal pelo fato de ser unilateral, mas asseverou que seu caráter unilateral acentuou a influência discriminatória da proibição à importação e enfatizou sua carência de justificação.<sup>215</sup> Vale dizer: o OA em momento algum afirmou que medidas unilaterais estão proibidas pelo regramento da OMC, apenas afirmou que devem ser evitadas, na medida do possível.<sup>216</sup>

A conclusão do OA vai ao encontro do Princípio 15 da Declaração do Rio, que afirma que “as medidas unilaterais relacionadas a impactos ambientais gerados fora da jurisdição do Estado importador devem ser evitadas, e medidas relacionadas a problemas ambientais globais ou transfronteiriços devem, tanto quanto possível, ser baseadas no consenso internacional”. Embora as soluções multilateralmente acordadas sejam indiscutivelmente preferíveis e os inconvenientes da adoção de medidas unilaterais sejam *prima facie* incontestáveis, entendemos que em um contexto internacional de total apatia e descaso com a questão ambiental, há circunstâncias em que a ausência de soluções multilaterais não deixa outra alternativa senão que se lance mão de um curso de ação unilateral.

O esforço de promoção de acordos internacionais relacionados à proteção e preservação do meio ambiente produziu inúmeras declarações de intenções, porém pouquíssimos compromissos e metas concretas. Não se pode tolerar que aguardemos uma mobilização e um consenso internacional para que, só então, as medidas nacionais sejam

---

<sup>213</sup> KELLY, J. Patrick. The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 38, 2005, p. 461.

<sup>214</sup> *United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS 58 Implementation), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 21/11/2001, §142.

<sup>215</sup> MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 456.

<sup>216</sup> SAMPSON, Gary P. *The WTO and Sustainable Development*. Hong Kong: UM University Press, 2005, p. 100. E ainda: HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 510.

autorizadas, mesmo porque, a esse ponto o dano pode ser irreversível.<sup>217</sup> Assim, inobstante concordemos com o OA quanto à necessidade de que se busquem soluções multilateralmente acordadas, não só por serem inerentemente consentâneas com o sistema *multilateral* de comércio, mas por uma questão de agir conforme o princípio da boa fé, acreditamos que se algum condicionamento há entre a negociação de acordos internacionais e as medidas unilaterais, na prática, ele se dá tendo o progresso dos acordos internacionais como resultado da adoção de medidas unilaterais e não o contrário.<sup>218</sup>

Interessante notar que, diferentemente da abordagem empreendida pelo Painel do GATT no caso *US – Tuna Dolphin I*, o OA não se ateve à delimitação territorial dos recursos naturais exauríveis cuja preservação era pretendida pela medida unilateral contestada. Com efeito, a medida unilateral adotada pelos EUA foi reputada inconsistente com o GATT não por pretender preservar recursos naturais para além da extensão territorial do Estado que a instituiu, ou porque fazia distinção de produtos destinados ao mesmo uso final, mas porque resultava no tratamento discriminatório de membros da OMC, além de ser, no entender do OA, desproporcionalmente gravosa diante da realidade concreta dos Estados atingidos e da inexistência de esforços preliminares no sentido da elaboração de um tratado de cooperação internacional visando à preservação das tartarugas marinhas.

O reconhecimento, ainda que implícito, da inexistência de delimitação territorial do escopo do art. XX, alínea g, do GATT representa, certamente, um passo adiante na conciliação das políticas ambientais e comerciais e um estímulo às vantagens comparativas atreladas às inovações e ao uso eficiente dos recursos naturais.

Kelly, contudo, vê com desconfiança o uso de uma interpretação evolucionária dos termos dos acordos da OMC, que esteja comprometida não com o significado de

---

<sup>217</sup> No mesmo sentido: RIETVELT, Marc. Multilateral Failure: a Comprehensive Analysis of the Shrimp/Turtle Decision. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 15, 2004-2005, p. 494-495.

<sup>218</sup> Válido, a propósito, o comentário de Howse: “(...) em um mundo onde a barganha impõe custos de transação, soluções cooperativas são afetadas por normas vigentes que estabeleçam direitos e prerrogativas com as quais as partes possam contar na ausência de uma solução negociada. Assim, é possível que uma regra que seja altamente restritiva à adoção de medidas comerciais unilaterais para proteger o meio ambiente conduza a um tipo de comportamento estratégico, e exacerbe discordâncias, desta forma aumentando os custos de transação e reduzindo a probabilidade de que soluções cooperativas sejam alcançadas para problemas ambientais globais.” Conforme original em inglês: “(...) in a world where bargaining imposes transaction costs, cooperative solutions will be affected by background legal rules that establish rights or entitlements on which the parties can rely in the absence of negotiated agreement. It is possible that a rule that is highly restrictive of unilateral trade measures to protect the environment will lead to strategic behavior, and exacerbate hold-out problems, thereby increasing transaction costs and reducing the likelihood of cooperative solutions to global environmental problems.” In: HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 492.

determinados termos quando da celebração dos acordos, mas com a percepção de seu sentido conforme as preocupações contemporâneas da comunidade internacional. O autor acredita que a decisão do OA é um exemplo notório de ativismo judicial, constituído pela transferência forçada do poder fundamental dos Estados-Membros de fazer suas escolhas políticas para o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Argumenta, ainda, que tartarugas não se enquadrariam no conceito de recursos naturais exauríveis utilizado pelo art. XX, alínea g, do GATT e, por fim, sustenta que permitir que os países regulem unilateralmente como os bens serão produzidos em outros países como condição de entrada em seu mercado interno configura uma ameaça ao direito fundamental das nações de fazer suas escolhas políticas.<sup>219</sup>

Furtando-nos do debate infrutífero iniciado pelo autor quanto ao enquadramento das tartarugas marinhas como recursos naturais exauríveis, uma vez que ainda que não se conformem a essa classificação sua proteção estaria autorizada pela alínea b do mesmo art. XX do GATT, entendemos que Kelly adota uma perspectiva um tanto ao quanto enviesada que não lhe permite observar que o direito que um país tem de definir como os produtos serão produzidos em seu território não é maior que o direito que outro país tem de determinar quais os parâmetros mínimos um produto deve observar para que possa ser comercializado em seu território.

A conciliação desses direitos equivalentes não pode se dar de outra forma que não por meio do reconhecimento de que se um Estado tem liberdade para definir seus regramentos relativos aos métodos de produção e processamento dos bens produzidos em seu território, outro Estado deverá ter necessária e igualmente a liberdade de definir os parâmetros para que os bens sejam reputados adequados para o consumo em seu território, do que deriva o direito de vedar a entrada daqueles produtos que não se conformem às suas exigências. Desde que os parâmetros e as restrições sejam aplicados de igual maneira a produtores domésticos e estrangeiros e, portanto, não impliquem em tratamento discriminatório, não há razões para crer que sejam vedadas pelo sistema multilateral de comércio.

A decisão adotada pelo OA suscita ainda questão interessante referente à adequabilidade do tratamento homogêneo de países em diferentes graus de desenvolvimento. Por certo, não se justifica que, com o afã de promover a preservação ambiental, países em desenvolvimento tenham seus produtos alijados do comércio internacional por não terem acesso à tecnologia que lhes permita atender a padrões de preservação ambiental

---

<sup>219</sup> KELLY, J. Patrick. The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 38, 2005, p. 460-464.

estabelecidos por países desenvolvidos. Isso exponenciaria o hiato existente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, gerando problemas de ordem social, aspecto igualmente integrado à ideia de desenvolvimento sustentável que se pretende inculir no sistema multilateral de comércio por força do preâmbulo do Acordo de Marraqueche.

Acreditamos, contudo, que este inconveniente seja em grande parte fruto da resistência dos países desenvolvidos em cumprir o compromisso que assumiram quando da assinatura dos acordos da Rodada Uruguai, mais especificamente através do art. 66.2<sup>220</sup> do Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual (TRIPS), quanto ao incentivo à transferência tecnológica. Estivesse tal compromisso sendo cumprido, países em desenvolvimento não precisariam se valer de legislações ambientais flexíveis, externalizando os custos ambientais como forma de atrair investimentos e tornar seus produtos atrativos no mercado internacional. Se lhes fosse franqueado um mínimo acesso à tecnologia, certamente as condições de concorrência entre produtores de países desenvolvidos e produtores de países em desenvolvimento não seriam tão díspares e, portanto, não se precisaria assegurar que fossem tratados de forma diferenciada e adequada aos seus respectivos graus de desenvolvimento.

Além de promover um comércio internacional sustentável, é necessário que os Estados-membros da OMC estejam comprometidos com o fomento de um sistema multilateral de comércio que seja capaz de gerar vantagens mútuas, o que, aliás, também é um de seus objetivos, e não uma liberalização comercial que atenda unicamente aos interesses de grandes corporações.

### 5.3. Extraterritorialidade

O grande ponto de contenda na interpretação do art. XX do GATT, e que tem especial interesse para o presente estudo, diz respeito à existência ou não de um elemento jurisdicional de delimitação geográfica do escopo de suas alíneas, o que implicaria a circunscrição de sua abrangência apenas as medidas ambientais “que objetivem proteger os animais e recursos naturais esgotáveis localizados no Estado que tenha adotado a medida”,<sup>221</sup> ou que visem

---

<sup>220</sup> Art. 66.2 Os países desenvolvidos Membros concederão incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo Membros, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

<sup>221</sup> VOON, Tania. Sizing Up the WTO: Trade-Environment Conflict and the Kyoto Protocol. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, v. 10, 2000-2001, p. 81.

monitorar/controlar/alterar o comportamento igualmente de entes em sua jurisdição, ficando excluídas aquelas classificadas como detentoras de efeitos extraterritoriais.

A importância dessa definição para fins do presente estudo resulta do fato de que as medidas fiscais e regulamentares de controle da pegada ecológica “podem ter a intenção de proteger valores dentro ou fora do território do Estado que as adota, mas inerentemente referem-se a circunstâncias ou comportamentos verificáveis no exterior quando aplicadas a produtos importados”.<sup>222</sup> A partir dessa constatação parte da doutrina argumenta que faltaria ao Estado que impõe a medida jurisdição legislativa sobre o comportamento ou as circunstâncias que pretende influenciar, e que, portanto, tais medidas não seriam abarcadas pelas alíneas do art. XX do GATT.

Foi o que decidiu o Painel do GATT no caso *Tuna-Dolphin I*, único a enfrentar verdadeiramente a questão, e que, embora já tenha sido objeto de análise em tópico anterior, merece ser novamente abordado com novo enfoque por ter chegado a conclusão com a qual não podemos concordar.

### 5.3.1. *US – Tuna-Dolphin I*

Complementando sua defesa principal, baseada na adoção de uma interpretação do termo *produtos similares* pautada por critérios que iam além da mera comparação das características físicas e usos finais dos produtos, os EUA sustentavam que, caso *ad argumentandum tantum* seu embargo à importação de atum proveniente de países que não observassem patamares análogos aos implementados pelo MMPA quanto à taxa tolerável de mortalidade de golfinhos fosse reputado discriminatório, ainda assim deveria ser considerado consistente com as disposições do GATT por enquadrar-se nas exceções gerais contidas em seu art. XX.

Esse argumento era rejeitado pelo México e foi igualmente rechaçado pelo Painel que afirmou que o embargo estaria fora do escopo do art. XX do GATT, visto que não seria uma medida necessária, diante da existência de alternativas mais razoáveis e consistentes com a multilateralidade do GATT, como a tentativa de negociação de um acordo internacional. Segundo o painel, não obstante fosse assegurado às partes contratantes o direito de adotar

---

<sup>222</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 282.

medidas inconsistentes com o GATT com o intuito de proteger o meio ambiente ou conservar recursos naturais exauríveis, não estava claramente definido nas alíneas *b* e *g* do art. XX do GATT se os recursos a serem protegidos poderiam situar-se fora da jurisdição da parte adotante da medida.<sup>223</sup>

Investigando a lógica e a intenção das partes quando da elaboração do GATT, o Painel reputou que se fosse admitida a aplicação extraterritorial de regulamentações nacionais, um país A poderia impor unilateralmente a qualquer outro país suas próprias medidas de segurança e sanitárias, as quais as demais partes contratantes não poderiam cumprir sem prejudicar os direitos que lhe são garantidos pelo GATT. Deste modo, os painelistas concluíram que o embargo seria ilegítimo por referir-se a recursos naturais situados além da extensão territorial do país adotante da medida – o que não seria admissível por ferir a lógica do sistema –, e ter como objetivo velado forçar alterações legislativas em outro país.<sup>224</sup>

Generalizando-se as conclusões alcançadas pelo Painel e considerando que apenas aspectos fisicamente incorporados ao produto são capazes de gerar danos no território do país importador – durante o consumo ou descarte –, apenas as medidas associadas a esse tipo de impacto estariam acobertadas pelas exceções previstas pelas alíneas *b* e *g* do art. XX do GATT. As medidas fiscais e regulamentares associadas ao impacto ambiental gerado pelos métodos de produção e processamento (PPMs), isto é, aquelas relativas aos danos ambientais gerados ao longo da extração dos insumos, passando pela produção e processamento até a comercialização, por estarem atreladas a impactos causados além da esfera jurisdicional do

---

<sup>223</sup> SAMPSON, Gary P. *The WTO and Sustainable Development*. Hong Kong: UM University Press, 2005, p. 98-99. E ainda: PRICE, Kevin Ian. Linking Global Environmental Protection and International Trade: What are the options after the U.S.-Mexico GATT Panel Decision?. *University of British Columbia Law Review*, Vancouver, v. 27, 1993, p. 316.

<sup>224</sup> “Um país pode controlar efetivamente a produção ou consumo de uma recursos natural exaurível somente na medida em que a produção ou o consumo esteja dentro de sua jurisdição. Isso sugere que o artigo XX(g) tenha a intenção de permitir que as partes contratantes tomam medidas primeiramente voltadas a tornar as restrições na produção ou consumo efetivas dentro de sua jurisdição. (...) O Painel considerou que se a interpretação extrajurisdicional do artigo XX(g) sugerida pelos Estados Unidos fosse aceita, cada parte contratante poderia unilateralmente determinar as políticas de conservação das quais as partes contratantes não poderiam se afastar sem violar seus direitos sob os auspícios do GATT. As considerações que conduziram o Painel a rejeitar a aplicação extraterritorial do artigo XX(b) dessa forma são extensíveis ao artigo XX(g).” Conforme original em inglês: “*A country can effectively control the production or consumption of an exhaustible natural resource only to the extent that the production or consumption is under its jurisdiction. This suggests that Article XX(g) was intended to permit contracting parties to take trade measures primarily aimed at rendering effective restrictions on production or consumption within their jurisdiction. (...) The Panel considered that if the extrajurisdictional interpretation of Article XX(g) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the conservation policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement. The considerations that led the Panel to reject an extrajurisdictional application of Article XX(b) therefore apply also to Article XX(g).*” In: *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado, § 5.32-5.33.



país importador, estariam fora do escopo do art. XX do GATT e, por conseguinte, sua adoção por uma parte contratante implicaria afronta ao sistema multilateral de comércio.<sup>225</sup>

No entanto, a interpretação restritiva levada a efeito pelo Painel quanto à delimitação territorial dos animais e recursos naturais exauríveis mencionados pelo art. XX, alíneas *beg*, do GATT, como se somente pudessem estar localizados dentro dos confins do Estado adotante da medida que os pretenda conservar, conduz à descabida concessão de tratamento mais favorável ao produto importado. Se os recursos naturais exauríveis afetados pelas medidas de conservação ambiental só pudessem estar localizados no território do Estado que impõe a medida, produtores estrangeiros estariam sempre exonerados do ônus de se conformar à regulamentação do país importador, o que lhes asseguraria sempre posição mais vantajosa no mercado comparativamente aos produtores domésticos.

Note-se que o art. XX do GATT contém hipóteses que autorizam excepcionalmente restrições ao comércio internacional, desde que atendidas certas diretrizes elencadas no *caput* do dispositivo, a fim de promover certos objetivos legítimos. Qual seria o interesse de uma parte contratante de recorrer ao art. XX, alíneas *be g*, do GATT, caso o recurso a essa norma redundasse na garantia de tratamento privilegiado aos produtos importados? Nesse caso, não só o objetivo legítimo que o Estado pretendia fomentar com a medida estaria enfraquecido como também seus produtores domésticos seriam prejudicados. Ou seja, o dispositivo teria seu sentido completamente esvaziado.

A impropriedade do raciocínio tecido pelo Painel pode ser constatada de forma ainda mais óbvia pela simples leitura do art. XX, alínea *g*, do GATT. O dispositivo reza que estão autorizadas as medidas “relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, *se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais*”. Ora, se o dispositivo trata da restrição *conjunta* à produção ou ao consumo doméstico é porque seu escopo não é limitado ao território do Estado que adota a medida; pelo contrário, engloba também os Estados que com ele venham a estabelecer relações comerciais. Deste modo, os recursos naturais elegíveis para a adoção de medidas de conservação não são apenas aqueles confinados no território do Estado importador, podendo

---

<sup>225</sup> PRICE nota que o raciocínio tecido pelo Painel tornaria legítimas também as medidas fiscais e regulamentares relativas a aspectos não fisicamente incorporados ao produto desde que estivessem associadas a impactos ambientais transfronteiriços, como é o caso da poluição por clorofluorcarbonetos que destroem a camada de ozônio, sabidamente um bem comum. Não obstante, o autor pondera que esse tipo de impacto é de difícil prova. In: PRICE, Kevin Ian. Linking Global Environmental Protection and International Trade: What are the options after the U.S.-Mexico GATT Panel Decision?. *University of British Columbia Law Review*, Vancouver, v. 27, 1993, p. 321.

perfeitamente estar localizados no território do Estado exportador. É o que nos informa a simples leitura do art. XX do GATT que não comporta, pois a injustificável restrição empreendida pelo Painel no caso *Tuna-Dolphin I.*<sup>226</sup>Válidas a esse respeito, as reflexões de Howse:

Uma vez que tenha sido estabelecido que o Estado adotando a medida ambiental com efeitos comerciais impôs restrições equivalentes aos seus produtores e/ou consumidores, por que haveria necessidade de identificar se as espécies sendo protegidas são encontradas em seu território? O propósito do nexa territorial é prevenir um Estado que não tenha objetivos legítimos de usar um problema ambiental como pretexto para adotar medidas intervencionistas protecionistas. Desta forma, soa suficiente, como requerido pelo texto do artigo XX, alínea g, que a medida dos EUA fosse equânime, impondo um ônus de conservação em seus próprios produtores e consumidores, e não meramente tentando externalizar os custos de proteção ambiental para os produtores de outros países.<sup>227</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

E nem se diga que a interpretação ora defendida do art. XX do GATT, implicaria em ingerência do país importador nos assuntos internos e nas escolhas legislativas e políticas do país exportador, perpetrando uma ofensa à sua soberania. Como cediço, a soberania é uma via de mão dupla. Assim, tomando-se o caso concreto em análise, se a soberania do México seria afetada pela imposição de certos métodos de produção pelos EUA, do mesmo modo e na mesma medida a soberania dos EUA seria ultrajada pela decisão do Painel impondo-lhe a aceitação de produtos em seu mercado interno independentemente de seu impacto ambiental, dever que não se encontra inscrito em qualquer das obrigações constantes do texto do GATT 1947 – e, portanto, com o qual os EUA não assentiu.<sup>228</sup> Soa razoável que o México não deseje efetuar as alterações legislativas que os EUA reputa adequadas; assim como soa absolutamente razoável que os EUA tenham o direito de definir o padrão de conservação

<sup>226</sup> No mesmo sentido: HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 517.

<sup>227</sup> “Once it has been established that the state taking the environmental trade measures is equivalent to restrictions on its own producers and/or consumers, why should it be necessary to identify whether the species being protected is itself sometimes to be found within the state’s territory? The purpose of a territorial nexus is to prevent a state that lacks legitimate concern from using a global environmental problem as a pretext for protectionist interventionism. Therefore, it should be sufficient, as required by the text of Article XX(g), that the U.S. measure was even-handed, imposing a conservation burden on its own producers and consumers, and not merely attempting to externalize the costs of environmental protection to the producers of other countries.” In: HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 504.

<sup>228</sup> SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT’s Environmental Miranda: Are ‘Process Standards’ Getting ‘Due Process’?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 783.

ambiental que os produtos a serem disponibilizados no seu mercado doméstico devem seguir.

Ademais, deve-se ter em mente que, se para os Estados fronteiras territoriais são elementos naturais, para o meio ambiente não passam de algo artificial<sup>229</sup>, pelo que inexistente razão lógica a justificar a imposição de limitação territorial aos recursos naturais que podem ser atingidos pelas medidas autorizadas pelo art. XX do GATT.

Por ser um todo intrinsecamente interconectado, impactos ambientais gerados em um Estado, mais cedo ou mais tarde serão sentidos pela coletividade; são transfronteiriços por natureza. Assim, desde que não sejam mais restritivas do que o necessário e que incidam também sobre os produtores domésticos, a fim de garantir que os princípios norteadores do comércio internacional sejam igualmente respeitados, não deveria, pois, haver qualquer entrave à aplicação de medidas que visem à conservação de recursos naturais, onde quer que se situem, mormente em se tratando de bens comuns, como o ar e os oceanos. Em última análise, considerando a interdependência entre os ecossistemas, o Estado estaria protegendo o “seu” meio ambiente.

Além de óbvio e decorrente da literalidade do dispositivo, este entendimento é, por conseguinte, consentâneo à observação de que impactos ambientais são essencialmente transfronteiriços, o que afasta o uso da soberania como um escudo para a perpetração de danos ambientais.

### 5.3.2. *US – Tuna-Dolphin II*

O questionamento acerca da existência de uma limitação jurisdicional do art. XX foi novamente veiculado no caso *Tuna-Dolphin II*, que tem substrato fático idêntico ao caso homônimo anteriormente objeto de estudo, havendo alteração apenas quanto às partes que solicitaram a instauração do Painel. Entendendo-se irregularmente prejudicadas pelo embargo levado a efeito pelos EUA, que impedia a exportação do atum processado e enlatado por

---

<sup>229</sup> “Territórios são uma imposição artificial e irracional na estrutura dos ecossistemas, e a divisão do mundo em Estados autônomos é um sério obstáculo ao desenvolvimento de políticas ambientais globais e requer reformas urgentes. A economia globalizada está além do controle dos Estados ou de qualquer outra estrutura autoritária, e está causando a destruição do meio ambiente.” Conforme original em inglês: “*Territorial states are an artificial and irrational imposition on the structure of ecosystems, and the division of the world into self-regarding states is a serious obstacle to global environmental policy-making and requires urgent reform. The globalized economy is beyond the control of states or any other authority structure, and is wreaking environmental destruction.*” In: KINGSBURY, Benedict. *The Tuna-Dolphin Controversy. The World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law. Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, v. 5, 1994, p. 3-4.

nações intermediárias que não exigissem das nações fornecedoras a observância de parâmetros equivalentes aos estadunidenses quanto à morte incidental de golfinhos por decorrência da pesca de atum albacora, as Comunidades Europeias e os Países Baixos apresentaram um pedido formal de consultas com os EUA perante o Conselho do GATT.<sup>230</sup>

O novo Painel igualmente condenou o embargo. Assim como no primeiro, asseverou-se que a medida adotada pelos EUA implicaria em discriminação ao atum mexicano, uma vez que os métodos de pesca não alterariam as características do atum como um produto e, portanto, não seriam passíveis de ser utilizados como critérios de diferenciação. Não obstante tenha declarado que o embargo fugiria ao escopo do art. XX do GATT, por não ser necessário no sentido de indispensável ou inevitável, observou-se o esboço de um avanço, visto que, desta feita, entendeu o Painel que não haveria razão válida a respaldar a conclusão anterior no sentido de que as disposições do art. XX, alínea g, do GATT se aplicariam apenas à conservação de recursos naturais exauríveis localizados no interior do território da parte contratante invocando o dispositivo.<sup>231</sup>

No entanto, o que poderia ser um grande avanço demonstrou-se em verdade ser um progresso tímido, já que o Painel concluiu seu raciocínio afirmando que os governos das partes contratantes somente poderiam aplicar o art. XX, alínea g, do GATT extraterritorialmente contra seus próprios nacionais.<sup>232</sup> Ou seja, o Painel no caso *Tuna-Dolphin II* apenas alterou o critério utilizado para delimitar a aplicação do supramencionado dispositivo, rejeitando o aspecto territorial adotado anteriormente, e implementando a circunscrição por nacionalidade.

Embora este Painel igualmente não tenha sido adotado, já que sob as regras vigentes antes da criação da OMC, para adoção de um painel era necessário o consenso positivo dos membros, o qual não foi alcançado devido à discordância dos EUA, as conclusões nele contidas sujeitam-se às mesmas críticas externadas quanto ao Painel do caso *Tuna-Dolphin I*.

Assim como seu antecessor, este Painel cometeu o equívoco de cancelar tratamento privilegiado ao produto importado produzido por empresas estrangeiras, demonstrando-se

---

<sup>230</sup> KINGSBURY, Benedict. The Tuna-Dolphin Controversy. The World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law. *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, v. 5, 1994, p. 12.

<sup>231</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna (DS29/R)*, Relatório do Painel, elaborado em 16/06/1994, não adotado, § 5.15. Confira ainda: SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT's Environmental Miranda: Are 'Process Standards' Getting 'Due Process'?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 786-787.

<sup>232</sup> *United States – Restrictions on Imports of Tuna (DS29/R)*, Relatório do Painel, elaborado em 16/06/1994, não adotado, § 5.17.

conivente à geração de uma vantagem comparativa decorrente da falha na internalização dos custos ambientais incorridos na produção. Além de reprovável do ponto de vista ambiental, este entendimento não parece derivar da interpretação mais adequada das obrigações assumidas através do GATT 1947, como apontam Snape e Lefkowitz:

Embora o suposto objetivo do GATT seja desencorajar o protecionismo e encorajar o acesso livre aos mercados, não há qualquer disposição ordenando que um país abra suas fronteiras para qualquer produto independentemente das consequências ambientais que encerre. Examinados sob essa luz, ambos os painéis do caso *Tuna-Dolphins* não tratam apenas de direitos de acesso ao mercado, mas também da capacidade soberana de um Estado de implementar equitativamente uma legislação de conservação ambiental conforme os anseios de seus cidadãos.<sup>233</sup> [tradução livre]

Por mais que tenha alterado o parâmetro utilizado para delimitar o escopo da alínea g do art. XX do GATT, essa alteração não foi capaz de corrigir o tratamento privilegiado conferido aos produtores estrangeiros, exonerando-os do cumprimento da norma e, conseqüentemente, isentando-os dos custos incorridos com a sua conformação.

Esclareça-se que não se pretende aqui defender incondicionalmente os meios eleitos pelos EUA para implementar sua política de proteção de mamíferos marinhos. Mesmo porque o fato de que tenham adotado uma restrição quantitativa direcionada a determinados Estados, banindo a importação de quaisquer produtores que estivessem neles localizados, inclusive aqueles que eventualmente atendessem aos requisitos da MMPA, torna o embargo no mínimo questionável.<sup>234</sup> Especificamente nesse ponto, concordamos que a medida poderia, em tese e hipoteticamente, ser reputada discriminatória, na medida em que houvesse produtores estrangeiros cumprindo voluntariamente a taxa de mortalidade incidental de golfinhos fixada pelas autoridades estadunidenses e tivessem seus produtos privados do acesso ao mercado interno dos EUA em virtude da aplicação do embargo generalizado. Não obstante, não parece ter sido esse o caso.

Mais correto seria então que os EUA tivessem direcionado a restrição à entrada ao seu

---

<sup>233</sup> “While the supposed objective of the GATT is to discourage protectionism and to encourage open access to markets, there is no provision mandating that a country must open its border to any product regardless of its environmental consequences. Examined under this light, both tuna/dolphin panels are not solely about rights of market access, but they are also about a sovereign country's ability to implement even-handedly a conservation law in accordance with its citizens' desires.” In: SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT's Environmental Miranda: Are 'Process Standards' Getting 'Due Process'?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, 1994, p. 788.

<sup>234</sup> HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, 2002, p. 512.

mercado interno apenas àqueles produtores que não se conformassem com suas exigências no que diz respeito à taxa de mortalidade incidental de golfinhos.

Outrossim, seria interessante que os parâmetros utilizados para fixar a taxa de mortalidade incidental tolerável não fossem unilaterais, mas sim respaldados por informações disponibilizadas por órgãos internacionais. Preenchidos esses requisitos, entende-se que não haveria qualquer restrição legal contida no GATT 1947 que impedisse o recurso à imposição de restrições à importação de atum produzido por empresas estrangeiras que se recusassem a observar as diretrizes estabelecidas pelos EUA quanto à conservação de golfinhos durante o procedimento de pesca. Pelo contrário, tal restrição seria recomendável como meio de nivelar o campo de jogo entre os concorrentes e forçar a internalização dos custos ambientais corrigindo falhas mercadológicas.

#### **5.4. *Caput*: “discriminação arbitrária ou injustificada” e “restrição disfarçada”**

Como já destacado anteriormente, segundo o entendimento usualmente aplicado pelo OSC, as alíneas do art. XX do GATT, elencam determinadas situações excepcionais em que os membros estão dispensados de cumprir as obrigações assumidas através do acordo,<sup>235</sup> dentre as quais o princípio do tratamento nacional. Ainda por força da interpretação correntemente atribuída ao *caput* do art. XX, uma vez que se enquadre materialmente a uma dessas alíneas e atenda aos seus requisitos, a medida interna será ainda analisada em seu aspecto procedimental, isto é, quanto à sua implementação, para verificar se não constitui um meio de discriminação arbitrária ou injustificada ou uma restrição disfarçada ao comércio.

Argumenta-se que o *caput* conteria um teste necessário para evitar o abuso do recurso as justificativas materiais elencadas nas alíneas do dispositivo, assegurando que sejam utilizadas somente diante de interesses nacionais importantes e urgentes e prevenindo que cerceiem outras disposições do GATT.<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> SCHEFER, Krista Nadakavukaren. Dancing with the Devil: a Heretic's View of Protectionism in the WTO Legal System. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Taipei, v. 4, 2009, p. 435.

<sup>236</sup> Confira a propósito, McRae: “[O *caput*] requer que as medidas ambientais sejam aplicadas de forma a não implicar em discriminação arbitrária ou injustificada e que não constitua uma restrição disfarçada ao comércio internacional. O significado desses termos é de difícil determinação, e o Órgão de Apelação não foi capaz de fornecer maior precisão na sua interpretação ou aplicação. O objetivo das disposições é prevenir o abuso do direito de se afastar das obrigações comerciais, isto é, evitar o uso de uma desculpa ambiental por uma medida que essencialmente provê proteção à indústria doméstica.” Conforme original no inglês: “[*The chapeau*] requires that environmental measures are to be applied in a manner that is not arbitrary or

Contudo, considerando os termos vagos empregados na redação do *caput* do artigo XX do GATT, o OSC tem ampla margem de discricionariedade para estabelecer o equilíbrio entre os interesses comerciais disseminados no acordo e os não-comerciais elencados nas alíneas do dispositivo em comento, mormente tendo em vista que se vale de um método de interpretação formalista apegado à determinação minuciosa e isolada de cada um dos termos utilizados:

O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC interpretou o *caput* do artigo XX como uma limitação a aplicação das medidas ambientais com impactos comerciais. O *caput* foi desenvolvido para equilibrar o direito dos Estados-membros provenientes das disposições substanciais do GATT com o direito de invocar exceções sob o artigo XX, do qual também são detentores. A ampla discricção conferida ao Órgão de Solução de Controvérsias em definir esse equilíbrio que o *caput* demanda é demonstrada pelos seus termos decididamente vagos. De acordo com o *caput*, a discriminação entre países onde prevalecem as mesmas condições é aceitável, desde que as medidas discriminatórias não sejam ‘arbitrárias’ ou ‘injustificáveis’. A avaliação do conteúdo arbitrário ou injustificável de uma discriminação dependerá, por óbvio, do entendimento que o avaliador tem sobre comércio, meio ambiente, e sobre como lidar com o conflito entre eles.<sup>237</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

No entanto, normalmente, a verificação da conformidade da medida com a vedação de discriminação arbitrária ou injustificável se dá observando a seguinte lógica e tendo em vista a atribuição dos seguintes significados aos termos empregados no dispositivo:

O primeiro passo do teste de discriminação é avaliar o rigor da discriminação. O quesito da arbitrariedade avalia a discriminação procedimental. A imposição de uma taxa resulta em discriminação arbitrária se lhe falta transparência ou observância do devido processo. (...) O quesito

---

*unjustifiably discriminatory and that they are not to constitute a disguised restriction on international trade. The meaning of these terms is difficult to ascertain, and the Appellate Body has not been able to provide much precision in its interpretation or application. The objective of the provisions is to prevent abuse of the right to deviate from trade obligations, that is, to prevent the use of an environmental pretence for a measure that is essentially providing protection to domestic industry.”* In: McRAE, Donald. Trade and the Environment: Competition, Cooperation of Confusion?. *Alberta Law Review*, Alberta, v. 41, 2003-2004, p. 754. No mesmo sentido: LIANG, Mark. Green Taxes and the WTO: Creating Certainty for the Future. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 10, n. 1, 2009-2010, p. 373.

<sup>237</sup> “GATT/WTO dispute settlement bodies have also interpreted the Article XX chapeau to limit the application of environmental trade measures. The chapeau is designed to balance the rights of states parties under the substantive provisions of the GATT with those of states parties to invoke exceptions under Article XX. The wide discretion given to the GATT/WTO dispute settlement bodies in deciding the “balance” required by the chapeau is demonstrated by its decidedly vague terms. According to the chapeau, discrimination between countries where the same conditions prevail is acceptable, provided that the discriminatory measures are not “arbitrary” or “unjustifiable”. An assessment of whether discrimination is arbitrary or unjustifiable will depend, of course, on the assessor’s views about trade, the environment and how best to deal with the conflict between them.” In: VOON, Tania. Sizing Up the WTO: Trade-Environment Conflict and the Kyoto Protocol. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, v. 10, 2000-2001, p. 81.

da ausência de justificação avalia a discriminação substancial. Uma medida ou taxa é injustificável se é coerciva, unilateral, rígida e inflexível. Esses adjetivos sugerem que a discriminação injustificável refere-se a um grau severo de efeito discriminatório, maior do que o exigido para a verificação de uma violação ao art. III:2. (...)

O segundo passo do teste de discriminação é determinar se a discriminação se aplica a “países onde prevalecem as mesmas condições” (...), isto é, a nação que promulga a medida deve levar em consideração as circunstâncias e posições dos demais Estados-membros que possam ser atingidos pela medida.<sup>238</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

Para que passe pelo teste do *caput* do art. XX, a medida deverá ainda se abster de constituir uma *restrição disfarçada ao comércio*, o que significa que não pode conter caráter protecionista.<sup>239</sup>

Uma observação minimamente atenta desse raciocínio permite constatar que encerra uma patente incongruência. Isto porque, segundo o entendimento do OSC, a aplicação do art. XX se dá em caráter condicional, caso verificada a violação de alguma das disposições do GATT, o que significa que serão analisadas sob sua égide medidas que tenham, por exemplo, descumprido o princípio do tratamento nacional (art. III) e que, portanto, concedam tratamento privilegiado à indústria doméstica. Ora, como uma norma que visa excepcionar disposições como a do tratamento nacional pode ser interpretada como reafirmando a vedação ao tratamento discriminatório do produto importado? Colocada a questão em termos ainda mais diretos: como uma norma que visa autorizar, em circunstâncias excepcionais, o tratamento discriminatório pode elencar como uma das condições de sua aplicação a inexistência de tratamento discriminatório? É absolutamente inaceitável e ininteligível.

Diante da lógica adotada pelo OSC, se uma medida de controle da pegada ecológica está sendo submetida ao exame de seu enquadramento ao art. XX é porque foi constatado, em um momento anterior, seu caráter discriminatório. Interpretar o *caput* do art. XX como se

---

<sup>238</sup> “The first step of the discrimination test evaluates the severity of the discrimination. The arbitrary prong evaluates procedural discrimination. A tax results in arbitrary discrimination if, as implemented, the tax lacks transparency or due process. (...)The “unjustifiable in character” prong of step one evaluates substantive discrimination. A policy or tax measure is unjustifiable if it is coercive, unilateral, rigid, and inflexible. These adjectives suggest that unjustifiable discrimination refers to a severe level of discriminatory effect, greater than that required for a finding of an Article III:2 violation. (...) The second step of the discrimination test is to determine if the discrimination applies to “countries where the same conditions prevail.” (...)That is, the promulgating nation must account for the circumstances and views of other member states that may be discriminated against by the policy.” In: LIANG, Mark. Green Taxes and the WTO: Creating Certainty for the Future. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 10, n. 1, 2009-2010, p. 373-374.

<sup>239</sup> LIANG, Mark. Green Taxes and the WTO: Creating Certainty for the Future. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 10, n. 1, 2009-2010, p. 374.



vedasse a discriminação dos produtos importados seria o mesmo que privar as exceções elencadas no dispositivo de qualquer utilidade prática, transformando-o em letra morta.<sup>240</sup>

Ou bem o art. XX do GATT, é aplicável em situações em que se verificou o tratamento discriminatório do produto importado, o que força uma alteração da interpretação conferida ao *caput*, ou bem o artigo reforça a vedação do tratamento discriminatório e tem escopo diferente do que lhe é correntemente atribuído, hipótese que achamos mais coerente e mais consentânea aos objetivos perseguidos pelo sistema multilateral de comércio.

A reflexão acerca das questões suscitadas quanto à interpretação do *caput* do art. XX é melhor empreendida à luz de um estudo de caso e o *US – Gasoline* oferece o substrato adequado para alimentar esse debate.

#### 5.4.1. *US – Gasoline* (DS2 e DS4)

Um dos primeiros casos submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias da então recém-criada OMC, ainda em seus primeiros dias de vida em janeiro de 1995, foi apresentado pela Venezuela (DS2), com posterior adesão do Brasil (DS4), que solicitava consultas formais com os EUA, sob a alegação de que estava aplicando regras que discriminavam a gasolina importada, sujeitando-a a tratamento mais severo do que o dispensado à gasolina doméstica, e que eram, portanto, inconsistentes com o art. III do GATT, além de não serem justificadas

---

<sup>240</sup> Ao analisar as decisões do Órgão de Apelação sobre o art. XX, Schefer faz comentário interessante a respeito da interpretação usualmente conferida ao *caput* e chega a conclusão semelhante à hora externada: “Com a extensão dos elementos do *caput* de comparação de tratamento entre os membros, bem como dos membros, o Órgão de Apelação indiretamente inseriu o protecionismo em sua análise. Esse limite de protecionismo baseado no *caput* pode ser igualmente consistente com o que os negociadores pretendiam (embora isto seja uma qualificação conforme as regras costumeiras de interpretação de direito internacional), mas o resultado do foco do Órgão de Apelação no efeito protecionista bem como na intenção protecionista na implementação limita severamente disponibilidade das exceções na prática. Assim, as regulações ambientais, que apoiariam a conservação de espécies ameaçadas de extinção pode ser classificada como uma violação das disposições do GATT mesmo que os termos da legislação sejam estreitamente projetados para atender aos objetivos reconhecidos pelo GATT de proteção da vida ou saúde desses animais.” Conforme original no inglês: “*With the extension of the chapeau elements to comparisons of treatment between Members as well as among Members, the Appellate Body indirectly inserts the protectionism issue into their analysis. This Chapeau-based limit on protectionism may well be consistent with what the drafters intended (even though that is a qualification in customary international law rules on interpretation), but the result of the Appellate Body's focus on protectionist effect as well as on protectionist intent in implementation severely limits the availability of the exceptions in practice. Thus, environmental regulations that would support the conservation of endangered species can be determined to be violations of the GATT's rules even where the terms of the legislation are narrowly tailored to the GATT-recognized goals of protecting the life or health of such animals.*” In: SCHEFER, Krista Nadakavukaren. *Dancing with the Devil: a Heretic's View of Protectionism in the WTO Legal System. Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Taipei, v. 4, 2009, p. 435.

pelas exceções contidas no art. XX do mesmo diploma, criando um obstáculo desnecessário ao comércio internacional.

O caso tem como antecedente fático a edição, em 1990, da Regra da Gasolina pela Agência de Proteção Ambiental (EPA) dos EUA, a partir de uma emenda à Lei do Ar Limpo (*Clean Air Act*), originalmente promulgada em 1963, por meio da qual o Congresso determinava à EPA que estabelecesse uma regulamentação a fim de melhorar a qualidade do ar através da redução das emissões veiculares de gases tóxicos e compostos voláteis que degradam a camada de ozônio. Pela Regra da Gasolina, que começou a vigor em janeiro de 1995, nas áreas mais poluídas dos EUA somente estaria autorizada a venda de gasolina reformulada, sujeita a parâmetros severos relativos à sua composição e às emissões de poluentes resultantes de sua combustão. A gasolina reformulada, por exemplo, deveria ter em sua composição no mínimo 2% de oxigênio, relativamente a seu peso, e no máximo 1% de benzeno, relativamente a seu volume, além de ser livre de metais pesados, inclusive chumbo e manganês; e seu desempenho deveria apresentar uma redução de no mínimo 15% nas emissões de poluentes e compostos orgânicos voláteis.<sup>241</sup> Nas demais áreas do país, além da gasolina reformulada, igualmente a gasolina denominada convencional, isto é, aquela de qualidade igual ou superior à vendida no ano base de 1990, em termos de composição e emissões, poderia ser vendida.<sup>242</sup>

A regra, aplicável a refinarias, misturadoras e importadores de gasolina, fixava, contudo, diferentes padrões de referência. Refinarias domésticas que estivessem em operação por pelo menos 6 meses em 1990, estariam sujeitas a um padrão de referência individualizado equivalente à média específica de qualidade da gasolina que produziam em 1990, a qual poderia ser calculada por três métodos diferentes. Já as empresas importadoras de gasolina que não fossem capazes de calcular a qualidade da gasolina que produziam em 1990 com base em um método específico e compulsório fixado pela EPA, bem como as refinarias domésticas e importadoras que tivessem entrado em operação em período posterior a 1990 e igualmente aquelas que não dispusessem de dados confiáveis, estariam sujeitas a um padrão de referência legalmente determinado, que representaria a qualidade média da gasolina vendida nos EUA em 1990.<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2), Relatório do Painel, adotado em 20/05/1996, § 2.1-2.4.

<sup>242</sup> WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H.; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie (Eds.). *Reconciling Environment and Trade*. 2ª ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 167.

<sup>243</sup> READ, Robert. Process and Production Methods and the Regulation of International Trade. In: PERDIKIS, Nicholas; READ, Robert (Ed.). *The WTO and the Regulation of International Trade: recent trade disputes*

No entender dos EUA a regra era consistente com o art. I do GATT por ser neutra aplicando-se a toda gasolina importada independentemente da origem. Ademais, suas disposições não violariam o art. III do GATT, tendo em vista que refinarias domésticas e empresas importadoras de gasolina estavam sujeitas a parâmetros equiparáveis, e, por fim, os EUA argumentavam que, ainda que o conteúdo da Regra da Gasolina ofendesse o princípio do tratamento nacional, seria legítimo por enquadrar-se nas exceções contidas no art. XX, alíneas *b*, *d* e *g*, do GATT.<sup>244</sup>

Todavia, estes argumentos foram afastados pelo Painel, que entendeu que a gasolina importada da Venezuela e do Brasil pelos EUA era similar à gasolina doméstica e que o tratamento dispensado à gasolina importada era menos favorável, uma vez que importadores estariam sujeitos à observância de um padrão médio de referência que não guardava qualquer conexão com a gasolina que produziam, ao passo que refinarias domésticas deveriam atender a padrões relacionados ao seu próprio produto, o que implicaria violação ao art. III do GATT.<sup>245</sup>

Embora à época de sua elaboração já tivesse sido desenvolvida a abordagem *aim-and-effects* relativa à aferição da similaridade, para fundamentar sua conclusão quanto ao tratamento menos favorável, o Painel invocou os critérios sugeridos pelo relatório do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários de 1970, e consignou que “as gasolinas importada e doméstica que sejam quimicamente iguais, por definição, têm as mesmas características físicas, usos finais, classificação tarifária, e são perfeitamente substituíveis (...) [sendo, portanto], produtos similares nos termos do art. III.4”.<sup>246</sup>

O Painel, cujo relatório foi adotado em janeiro de 1996, rejeitou ainda a aplicação do art. XX do GATT ao caso, afirmando que: *(i)* embora fosse voltada à proteção da saúde humana, a regra não seria *necessária* para perseguir este objetivo, uma vez que havia alternativas mais consistentes com as disposições do GATT das quais os EUA poderiam ter se valido, o que afastava seu enquadramento à alínea *b*<sup>247</sup>; *(ii)* inobstante o ar fosse um recurso natural passível de exaustão – caso medidas de controle de poluição não fossem adotadas – a

---

*between the European Union and the United States*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, cap. 11, p. 255.

<sup>244</sup> KENNEDY, Kevin C. The Illegality of Unilateral Trade Measures to Resolve Trade-Environment Disputes. *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, Williamsburg, v. 22, 1997-1998, p. 437.

<sup>245</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2)*, Relatório do Painel, adotado em 20/05/1996, § 6.10.

<sup>246</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2)*, Relatório do Painel, adotado em 20/05/1996, § 6.9.

<sup>247</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (WT/DS2)*, Relatório do Painel, adotado em 20/05/1996, § 6.20-6.25.

regra aplicada pelos EUA não seria relacionada à (no sentido de primeiramente destinada a), conservação de recursos naturais exauríveis, já que implicava tratamento discriminatório da gasolina importada quimicamente idêntica a sua concorrente doméstica, não se subsumindo, pois, à alínea g.<sup>248</sup>

Irresignados com o entendimento adotado pelo Painel, os EUA levaram o caso ao Órgão de Apelação, devolvendo à sua apreciação apenas a questão relativa à subsunção da Regra da Gasolina às exceções do art. XX do GATT. Não obstante tenha mantido a conclusão alcançada pelo Painel, por entender haver tratamento discriminatório injustificado da gasolina importada, o OA fez algumas ponderações dignas de nota acerca da interpretação desse dispositivo, criticando a fundamentação do Painel ao sustentar, após analisar a metodologia utilizada pelos EUA para fixar os parâmetros de composição e emissões de gases tóxicos toleráveis, que a Regra da Gasolina era sim *relativa à* conservação de recursos naturais exauríveis, estando, portanto, *prima facie* dentro do escopo da alínea g do art. XX do GATT.<sup>249</sup>

O OA notou ainda que a referida alínea não impõe a necessidade de que produtores domésticos e importadores estejam sujeitos exatamente ao mesmo grau e gênero de restrições, mas tão somente demanda que as restrições sejam equânimes, isto é, impostas tanto a produtores importadores como a produtores domésticos. Se o dispositivo exigisse tratamento igualitário perderia sua razão de ser, visto que, nesse caso, as medidas que se enquadrassem a ele já seriam conformes ao art. III do GATT, não havendo a necessidade de se qualificarem para tratamento excepcional. No entanto, segundo o OA, apesar de adequada em sua substância, a medida não poderia ser justificada pelo art. XX, pois a sua aplicação prática desatenderia os comandos do *caput* do dispositivo por conter aspecto discriminatório injustificado, uma vez que não haveria razão a justificar a utilização de bases de referência diferenciadas para a gasolina importada em comparação à doméstica.<sup>250</sup>

Embora o Painel já tivesse concluído que a Regra da Gasolina continha caráter discriminatório e não obstante tenha sido essa a exata razão que conduziu à perquirição do enquadramento da medida ao art. XX, o OA condicionou a aplicação do indigitado dispositivo à verificação de inexistência de caráter discriminatório. Tal entendimento torna impraticável a

---

<sup>248</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2), Relatório do Painel, adotado em 20/05/1996, § 6.36-6.40.

<sup>249</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 20/05/1996, 20-21.

<sup>250</sup> *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 20/05/1996, p. 22-29.

aplicação desse dispositivo, tornando inviável a adoção de medidas que visem promover os objetivos elencados em suas alíneas como legítimos. Além de ilógico, esse raciocínio traz consequências danosas para o sistema multilateral de comércio, obstruindo a implementação de medidas necessária à persecução dos objetivos que nortearam sua criação.

O relatório da decisão do OA foi adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias em maio de 1996 e os EUA se comprometeram a emendar sua legislação para conformá-la à decisão, o que foi feito em Agosto de 1997.

Embora o enfoque que se pretende dar ao presente caso seja quanto às conclusões alcançadas pelo OSC no que diz respeito ao art. XX do GATT, é imperativo notar, preliminarmente, que ao analisar a consistência da Regra da Gasolina com as disposições do art. III do GATT, o Painel negligenciou os avanços feitos em decisões anteriores quanto à abordagem utilizada na avaliação da similaridade, e recorreu aos critérios sugeridos pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários, os quais, como já argumentado anteriormente, são insuficientes para determinar a similaridade de forma consentânea aos objetivos intrínsecos à OMC. Ao fazê-lo o Painel empreendeu verdadeiro retrocesso, colaborando para a perpetuação da incerteza quanto à definição do termo *productos similares* tão prejudicial para a segurança e previsibilidade do sistema multilateral de comércio.

Destaque-se, inobstante, que de fato havia tratamento discriminatório da gasolina importada que estava sujeita a um método diferenciado de cálculo da base de referência quanto à sua composição e emissão de poluentes. Não fosse tal deslize, isto é, caso fosse aplicada imparcialmente a produtores domésticos e importadores, entendemos que a Regra da Gasolina, que fixa parâmetros de composição e emissões de gases tóxicos toleráveis, seria perfeitamente lúdica e estaria em estreita observância do princípio do tratamento nacional.

Outrossim, embora não concordemos com qualquer interpretação que considere os artigos III e XX do GATT, como mutuamente exclusivos, como se a incidência de um fosse condicionada à não aplicabilidade do outro, acreditamos que a adoção desse raciocínio impõe, por força da lógica, que se adote a interpretação do termo *conjuntamente com* perfilhada pelo OA no caso. Afirmar que o art. XX do GATT, seria uma regra que autorizaria, a título excepcional, o descumprimento de obrigações assumidas através do referido acordo, dentre as quais a do tratamento nacional, e ao mesmo tempo sustentar que o termo *conjuntamente com* impõe a aplicação imparcial da medida tanto a produtos domésticos como a importados é uma incongruência inaceitável, fruto do recurso cego ao preciosismo, que nulifica o art. XX do GATT.

## 6. ACORDO SOBRE BARREIRAS TÉCNICAS AO COMÉRCIO (TBT)

Até o presente momento este trabalho esteve focado na análise da legitimidade da aplicação das medidas fiscais e regulamentares de controle da pegada ecológica aos produtos importados sob o ponto de vista do regramento geral aplicável ao comércio de bens, atendendo-se, por conseguinte, às disposições do GATT. Ocorre que, conforme noticiado anteriormente, outros acordos integrantes da estrutura legal da OMC cobrem temáticas específicas dentro da grande área do comércio de bens. Dentre eles, o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, ou simplesmente TBT (*Technical Barriersto Trade*), de especial interesse para esse estudo na medida em que algumas das medidas ora objeto de análise inserem-se no escopo das regulações abrangidas por esse acordo.<sup>251</sup>

Fruto das negociações da Rodada Uruguai, o TBT tem a intenção de mitigar eventuais efeitos anticomerciais decorrentes da adoção de normas e regulamentos técnicos sabidamente necessários para assegurar que determinados padrões de segurança e qualidade sejam atendidos.<sup>252</sup> Diante da ausência de harmonização internacional, as regulações técnicas têm o potencial de se transformar em consideráveis barreiras não-tarifárias ao comércio, donde a importância de que certos parâmetros relativos a transparência em sua implementação e à delimitação de seu conteúdo material sejam fixados. Importância que cresce na medida em que aumenta o recurso às regulações técnicas como consequência da redução das barreiras aduaneiras desde a assinatura do GATT 1947, e que resta evidenciado pelas 1770 novas regulações notificadas à OMC em 2011 e pelas mais de 2000 noticiadas em 2012.<sup>253</sup>

Atentos, pois, aos inconvenientes decorrentes da adoção de padrões díspares – tais como os custos incorridos com a adequação às exigências internas de cada país –, os membros da OMC inseriram no texto do TBT disposição que impõe a necessidade de que as regulações

---

<sup>251</sup> Dentre as barreiras técnicas, aquelas relacionadas a questões sanitárias ou fitossanitárias são excluídas do escopo do TBT, tendo em vista que se sujeitam ao regramento especial do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS). Contudo, as especificidades dessas medidas fogem aos contornos do presente trabalho, que tem a intenção de verificar a legitimidade da aplicação das medidas de controle da pegada ecológica aos produtos importados compreendidas em sua generalidade.

<sup>252</sup> CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 375.

<sup>253</sup> MARCEAU, Gabrielle. The new TBT jurisprudence in US – Clove Cigarettes, WTO US – Tuna II, and US – COOL. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Taipei City, v. 8, 2013, p.3.

técnicas observem, na medida do possível, as normas internacionais pertinentes eventualmente existentes (art.2.4 do TBT<sup>254</sup>).

Claramente, caso existam normas internacionais tratando da questão a ser objeto do regulamento técnico, seu enunciado deve ser privilegiado e tanto quanto possível refletido pela regulação, até por uma questão de boa fé. Isso sem contar que as normas internacionais técnicas são normalmente produzidas a partir de estudos aprofundados envolvendo equipes multidisciplinares e de diferentes nacionalidades fornecendo, portanto, parâmetros na maioria das vezes mais apropriados do que os internamente desenvolvidos. Contudo, isso não significa que os Estados-membros não possam fixar parâmetros diferenciados caso entendam que aqueles estabelecidos pela norma internacional não são adequados à sua realidade. Ademais, deve-se ter em mente que praticamente inexistem padrões internacionais relacionados à seara ambiental, por exemplo, à exceção daqueles formulados pela Organização Internacional de Padronização (ISO – *International Standards Organization*), portanto, os Estados-membros não raro devem produzir seus padrões internos à míngua de referências internacionais.

Outrossim, o TBT preza pela transparência (art. 2.11<sup>255</sup>), e visa evitar que a falta de publicidade quanto às regulações técnicas possa servir de entrave aos fluxos comerciais internacionais. Com efeito, não apenas os critérios eventualmente estabelecidos pelo regulamento técnico podem restringir o comércio internacional, como igualmente a burocracia. A dificuldade do acesso às exigências técnicas internas pode inviabilizar que produtos importados que atendam aos parâmetros tenham acesso ao mercado. Assim, é de sumária importância que os membros deem publicidade aos regulamentos que produzam.

Mas o que exatamente é objeto do TBT? De acordo com o preâmbulo do acordo, são acobertados pelo acordo “os regulamentos técnicos e as normas, inclusive requisitos para embalagem, marcação e rotulagem, e procedimentos para avaliação de conformidade com regulamentos técnicos e normas”. O Anexo 1.1 do acordo esclarece que por regulamento técnico entende-se o:

---

<sup>254</sup> Art. 2.4 Quando forem necessários regulamentos técnicos e existam normas internacionais pertinentes ou sua formulação definitiva for iminente, os Membros utilizarão estas normas, ou seus elementos pertinentes, como base de seus regulamentos técnicos, exceto quando tais normas internacionais ou seus elementos pertinentes sejam um meio inadequado ou ineficaz para a realização dos objetivos legítimos perseguidos, por exemplo, devido a fatores geográficos ou climáticos fundamentais ou problemas tecnológicos fundamentais.

<sup>255</sup> 2.11 Os membros assegurarão que todos os regulamentos técnicos que tenham sido adotados sejam prontamente publicados ou colocados à disposição de outra forma, de modo a permitir que, em outros Membros, as partes interessadas tomem conhecimento dos mesmos.

(...) documento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a ele relacionados, incluídas as disposições administrativas aplicáveis, cujo cumprimento é obrigatório. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção.

Ainda segundo as definições contidas no Anexo 1.2, por norma compreende-se:

Documento aprovado por uma instituição reconhecida que fornece, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para produtos ou processos e métodos de produção conexos, cujo cumprimento não é obrigatório. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção.

Diante desses esclarecimentos, é fácil notar que dentre o universo de possíveis medidas regulamentares de controle do impacto ambiental ao longo da cadeia produtiva há o potencial para que algumas se enquadrem como regulações técnicas, uma vez que tenham caráter compulsório e sejam atreladas quer às características de um produto quer aos seus métodos de produção e processamento (PPMs) e, portanto, estejam sujeitas ao regramento do TBT.

Embora não haja qualquer delimitação no texto do acordo, há divergência na doutrina quanto aos tipos de PPMs que estariam abrangidos pelo TBT. Não obstante haja consenso de que os PPMs que resultem em alterações físicas do produto final estão acobertados pelo acordo, há dissenso quanto à inserção ou não dos PPMs não relacionados ao produto, isto é, que não interferem nas características e propriedades do produto, no escopo do TBT.<sup>256</sup> São exemplos dessas medidas os regulamentos que impõem sistemas de rotulagem (*ecolabel*) para dar publicidade ao uso de métodos de produção ecologicamente corretos e a proibição do uso de determinadas fontes de energia ambientalmente poluentes na produção de certos tipos de produtos.

Esse debate parece ser derivado da (indevida) dicotomia, já noticiada anteriormente, que foi estabelecida por alguns Painéis do GATT ao analisar a conformidade de medidas fiscais e regulamentares ao art. III do GATT, quando as medidas relacionadas aos produtos eram diferenciadas das medidas referentes aos processos, presumindo-se serem as últimas

---

<sup>256</sup>VAN DEN BOSSCHE, Peter; PRÉVOST, Denise; MATTHEE, Mariëlle. *WTO Rules on Technical Barriers to Trade*. Maastricht Faculty of Law Working Paper 2005/6. Maastricht, outubro de 2005, p. 7. E ainda: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 376.



ilegítimas devido ao apego ao preciosismo terminológico na interpretação do enunciado do dispositivo.

No caso do TBT, a questão dos PPMs ainda não foi enfrentada pelo OSC de forma conclusiva<sup>257</sup> e, em razão dessa ausência de definição, paira prejudicial incerteza quanto ao regramento a que as medidas associadas aos PPMs não relacionados ao produto devem se submeter. Movidos pelo ideal de previsibilidade e coerência, acreditamos ser recomendável que as medidas associadas aos PPMs, quer relacionados ou não ao produto final, e que sejam enquadradas na definição de regulamento técnico, sejam acobertadas pelo TBT. O caráter especial do acordo, comparativamente às disposições de aspecto geral do GATT, parece-nos amoldar-se de forma mais adequada às especificidades desse tipo de medida.<sup>258</sup>

Note-se que, assim como o GATT, o TBT tem como princípio fundante a não-discriminação, restando enunciado em seu art. 2.1 que:

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

Não surpreendentemente, para avaliação da conformidade de uma medida regulamentar técnica hipoteticamente contestada à referida disposição será primeiramente necessário determinar se os produtos importados atingidos pela medida são similares aos produtos de origem nacional que supostamente mereceram tratamento privilegiado. Novamente, o conceito de similaridade torna-se peça chave nessa avaliação e não menos previsivelmente, inexiste no TBT disposição a elucidar seu significado e abrangência.

---

<sup>257</sup> No caso *EC – Asbestos*, o Painel tangenciou a questão: “O Painel nota primeiramente que a definição de ‘regulação técnica’ está relacionada às características do produto ou a seus métodos de produção e processamento. O Painel nota que a definição usa a palavra *produto*. Aplicando o princípio da efetividade, devemos assumir que há um propósito específico por trás do uso da palavra ‘produto’ na definição do Anexo 1.1 do Acordo TBT e que ela não foi empregada por acaso.” Conforme original em inglês: “*The Panel notes first of all that the definition of “technical regulation” relates to the characteristics of a product or its processes or production methods. The Panel notes that the definition uses the word product. Applying the principle of effectiveness, we must assume that there was a specific purpose underlying the use of the word “product” in the definition in Annex 1.1 to the TBT Agreement and that it does not appear by chance.*” In: *European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products* (WT/DS135/R), Relatório do Painel, elaborado em 18/09/2000, § 8.36.

<sup>258</sup> Conrad manifesta posição diversa e afirma que o uso do adjetivo “relacionado” no texto do art. 2.1 atuaria como um delimitador dos tipos de PPMs abarcados pelo dispositivo – “documento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a ele relacionados” –. In: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 381.

No entanto, diferentemente da situação que se verifica relativamente à disposição análoga do GATT (art. III),<sup>259</sup> pouquíssimos casos foram levados ao OSC demandando a definição do conceito de similaridade conforme empregado no art. 2.1 do TBT. Até a presente data, apenas dois casos enfrentaram a questão<sup>260</sup>: *US – COOL* (DS 384) e *US – Clove Cigarettes* (DS 406). Nesse último – que foi o primeiro a interpretar o conceito de produtos similares no contexto do TBT –, o Painel propõe uma perspectiva para a avaliação da similaridade que em muito se aproxima da abordagem *aim-and-effects*, objeto de estudo em capítulo anterior, e que se pauta por uma leitura contextualizada do art. 2.1 recuperando a relação entre referido dispositivo, o preâmbulo do acordo e o art. 2.2 do TBT, que respectivamente enunciam:

(...) Reconhecendo que não se deve impedir nenhum país de tomar medidas necessárias a assegurar a qualidade de suas exportações ou para a proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal, do meio ambiente ou para a prevenção de práticas enganosas nos níveis que considere apropriados, à condição que não sejam aplicadas de maneira que constitua discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde prevaleçam as mesmas condições ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional e que estejam no mais de acordo com as disposições deste Acordo;

(...)

Art. 2.2. Os Membros assegurarão que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional. Para este fim, os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo tendo em conta os riscos que a

<sup>259</sup> Como observa Marceau, “Sob o art. 2.1, as regulações técnicas devem conferir ‘tratamento não menos favorável ao dispensado aos produtos similares de origem nacional e aos produtos similares originários de qualquer outro país’. O art. 2.2 proíbe restrições comerciais resultantes das regulações técnicas na medida em que sejam maiores do que o ‘necessário para atender a um objetivo legítimo’. Esses requisitos praticamente espelham a linguagem do GATT, que impede ‘o tratamento menos favorável’ a ‘produtos similares’ com base nos artigos I:1 e III:4, e que autoriza exceções gerais sob o art. XX para medidas que sejam necessárias para atender a certos objetivos de política pública.” Conforme original no inglês: “Under Article 2.1, technical regulations must accord ‘treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country’. Article 2.2 prohibits trade-restrictiveness in technical regulations to the degree that it is more than ‘necessary to fulfil a legitimate objective’. These requirements closely mirror language taken from the GATT, which prevents ‘less favourable treatment’ to ‘like products’ in Articles I:1 and III:4, and which allows general exceptions under Article XX for measures that are ‘necessary’ to certain policy objectives.” In: MARCEAU, Gabrielle. The new TBT jurisprudence in *US – Clove Cigarettes*, *WTO US – Tuna II*, and *US – COOL*. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Taipei City, v. 8, 2013, p.3-4.

<sup>260</sup> Há atualmente 4 casos em fase de consulta na OMC que versam sobre o art. 2.1 do TBT, quais sejam: *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products* (DS 401); *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging* (DS 434); *European Union and Certain Member States – Certain Measures on the Importation and Marketing of Biodiesel and Measures Supporting the Biodiesel Industry* (DS 459); e *Russian Federation – Recycling Fee on Motor Vehicles* (DS 463).

não realização criaria. Tais objetivos legítimos são, *inter alia*, imperativos de segurança nacional, a prevenção de práticas enganosas, a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal ou do meio ambiente. Ao avaliar tais riscos, os elementos pertinentes a serem levados em consideração são, *inter alia*, a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento conexa ou os usos finais a que se destinam os produtos.<sup>261</sup>[grifo nosso]

Muito embora tenha sido rechaçada pelo Órgão de Apelação, a abordagem desenvolvida pelo Painel no caso *US – CloveCigarettes* oferece uma alternativa para a avaliação da similaridade comprometida com a manutenção da autonomia dos Estados-membros da OMC de perseguir certos objetivos legítimos sem, contudo, se distanciar do anseio de liberalização comercial, e é a nos ver passível de reprodução no contexto do GATT, merecendo, pois, um estudo detido a ser empreendido a seguir.

### 6.1. *US – CloveCigarettes* (DS 406)

A contenda tem suas origens na promulgação pelos EUA de uma emenda à Lei Federal sobre Cosméticos, Medicamentos e Alimentos, que passou a vigorar em 22 de junho de 2009 e inseriu uma disposição vedando a adição de flavorizantes naturais ou artificiais, ervas ou temperos no cigarro ou em qualquer de seus componentes (inclusive o tabaco, filtro ou papel) à exceção do mentol.<sup>262</sup>

De acordo com o relatório preparado pela Comissão de Comércio e Energia da Câmara dos Deputados dos EUA, o objetivo da emenda é proteger a saúde pública e reduzir o número de indivíduos menores de 18 anos que usam produtos à base de tabaco através da proibição da manufatura e venda de cigarros que contêm certos flavorizantes apelativos à juventude.<sup>263</sup>

Sentindo-se indevidamente prejudicada pela medida, a Indonésia recorreu ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC alegando que a emenda constituía um regulamento técnico, submetendo-se, por conseguinte, ao TBT, e que violaria o art. 2.1 do acordo dentre

<sup>261</sup> Como se pode perceber o sexto parágrafo do preâmbulo e o art. 2.2 do TBT, contêm enunciado que se aproxima do texto do art. XX do GATT, reconhecendo a legitimidade da adoção de regulamentos técnicos voltados à persecução de certos objetivos, dentre os quais a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal ou do meio ambiente.

<sup>262</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 77-78.

<sup>263</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 79.

outros dispositivos, visto que conferia aos cigarros de cravo, principalmente importados da Indonésia, tratamento menos favorável do que o concedido aos cigarros de mentol, em sua grande maioria produzidos pela indústria doméstica dos EUA, argumentando que ambos os tipos de cigarros são produtos similares.<sup>264</sup>

Embora reconhecesse a natureza da medida, os EUA refutavam a afirmação de que seu teor implicasse violação ao TBT, alegando que os produtos em questão não seriam similares, diante da inexistência de relação de concorrência no mercado.<sup>265</sup>

Ao analisar os fundamentos erigidos pelas partes, o Painel acolheu as alegações da Indonésia classificando a emenda como uma regulação técnica nos termos do Anexo 1.1 do TBT, e afirmando que seria inconsistente com o art. 2.1 do referido acordo por discriminar entre produtos similares domésticos e importados em detrimento dos últimos, sem que tal tratamento prejudicial decorresse de um objetivo legítimo.<sup>266</sup>

Os experts notaram que não seria apropriado transpor automaticamente a abordagem econômica, baseada em uma análise concorrencial, utilizada para definição do termo similaridade conforme empregado pelo art. III do GATT para a análise do art. 2.1 do TBT, tendo em vista a diferença de escopo dos dispositivos.<sup>267</sup> Optando por uma análise teleológica, que em muita se aproxima da abordagem *aim-and-effects*— embora não tenha expressamente declarado recorrer a ela —, o Painel valeu-se dos objetivos e propósitos do acordo conforme estabelecidos no preâmbulo, e invocou o art. 2.2 do TBT, para afirmar que o direito do membro de perseguir certos objetivos legítimos, tais como a proteção da saúde pública, deveria justificar uma interpretação diferenciada de similaridade conforme empregada no art. 2.1 do TBT.<sup>268</sup>

Merece destaque, o seguinte trecho:

Não acreditamos que a interpretação do artigo 2.1 do TBT, nas circunstâncias específicas desse caso em que estamos lidando com uma regulação técnica que tem um objetivo legítimo de saúde pública, deveria ser conduzida primeiramente a partir de uma perspectiva concorrencial. De

---

<sup>264</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.42.

<sup>265</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.58.

<sup>266</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.248 e 7.292.

<sup>267</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.99 e 7.105-7.106.

<sup>268</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.109-7.119.

outro modo, acreditamos que a consideração das evidências relacionadas à similaridade deve ser influenciada pelo fato de que a emenda é uma regulação técnica que tem o objetivo imediato de regular os cigarros que contenham certos flavorizantes característicos por razões de saúde pública. Como explicado anteriormente, devemos dar atenção especial à importância do objetivo de saúde pública de uma regulação técnica e ao modo como certas peculiaridades dos produtos, seus usos finais, bem como a percepção que os consumidores têm a seu respeito, devem ser avaliadas à luz desse objetivo. No presente caso, o objetivo legítimo de saúde pública declarado da emenda 907(a)(1)(A), qual seja, a redução do consumo de cigarro entre jovens, deve permear e informar nossa avaliação de similaridade.<sup>269</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

Assim, recorrendo aos critérios do Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários mesclados com uma nada velada influência da abordagem *aim-and-effects*, o Painel entendeu que os cigarros de mentol, produzidos pela indústria doméstica dos EUA, e os de cravo, produzidos principalmente pela Indonésia: seriam fisicamente similares, uma vez que “comungam dos mesmos traços como cigarros, isto é, contêm tabaco como ingrediente principal, e um aditivo que lhes confere um sabor e aroma característicos”,<sup>270</sup> estariam classificados dentro da mesma subcategoria tarifária;<sup>271</sup> teriam o mesmo uso final (servir ao fumo);<sup>272</sup> e, sob o ponto de vista do grupo de consumidores relevantes visados pela emenda promulgada pelos EUA, os produtos seriam perfeitamente substituíveis já que igualmente apelativos para os jovens diante da presença de aditivos que lhes dão um sabor que mascara o gosto desagradável do tabaco.<sup>273</sup>

Ao comparar o tratamento conferido aos cigarros de mentol produzido domesticamente por empresas estadunidenses e o dispensado aos cigarros de cravo importado

---

<sup>269</sup>“(…) we do not believe that the interpretation of Article 2.1 of the TBT Agreement, in the circumstances of this case where we are dealing with a technical regulation which has a legitimate public health objective, should be approached primarily from a competition perspective. We rather think that the weighing of the evidence relating to the likeness criteria should be influenced by the fact that Section 907(a)(1)(A) is a technical regulation having the immediate purpose of regulating cigarettes with a characterizing flavour for public health reasons. As explained above, we must pay special notice to the significance of the public health objective of a technical regulation and how certain features of the relevant products, their end-uses as well as the perception consumers have about them, must be evaluated in light of that objective. In the present case, the declared legitimate public health objective of Section 907(a)(1)(A), i.e., the reduction of youth smoking, must permeate and inform our likeness analysis.” In: *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.119.

<sup>270</sup>*United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.187.

<sup>271</sup>*United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.239.

<sup>272</sup>*United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.199 e 7.231.

<sup>273</sup>*United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.217 e 7.232.

da Indonésia, produtos reputados similares, o Painel concluiu que seria dispensado aos últimos, banidos, tratamento menos favorável do que o conferido aos primeiros, cuja venda continuava permitida, ponderando ainda que o impacto prejudicial gerado pela emenda sobre os produtos indonésios não decorreria da implementação de objetivos legítimos, mas sim da intenção de privilegiar a indústria doméstica.<sup>274</sup> Isso porque, tendo em vista o objetivo declarado da medida de reduzir o consumo de cigarro entre os jovens, a venda de cigarros de mentol, tão apelativos ao público jovem quanto os de cravo, em virtude da adição de flavorizantes, deveria ter sido igualmente proibida.<sup>275</sup>

Os EUA discordaram das conclusões do Painel e provocaram o Órgão de Apelação argumentando que os produtos não seriam similares, uma vez que o cigarro de mentol seria utilizado para satisfazer o vício em nicotina do fumante ao passo em que o cigarro de cravo seria geralmente usado em experimentações sociais de jovens.<sup>276</sup> Além do mais, os EUA sustentavam que o Painel havia empreendido indevida delimitação do público consumidor quando da avaliação dos hábitos e preferências consumeristas e afirmavam que o comportamento dos fumantes adultos, mais adeptos do fumo do cigarro de mentol, também deveria ter sido considerado.<sup>277</sup> Outrossim, ponderavam não haver tratamento menos favorável do produto importado, argumentando que eventuais efeitos prejudiciais causados aos produtores indonésios não estariam associados à origem do produto.<sup>278</sup>

Antes de adentrar o mérito da disputa, o OA fez algumas observações de relevo acerca da importância da consideração do contexto do TBT, mormente de seu preâmbulo, na interpretação de suas disposições. Contudo, discordou do Painel quanto à impossibilidade de adoção de uma perspectiva concorrencialmente orientada para abordar o conceito de produtos similares no art. 2.1 do TBT, e afirmou que “o equilíbrio que o preâmbulo do TBT estabelece entre, de um lado, a liberalização comercial e, de outro, o direito dos membros de regular, não é, em princípio, diferente do equilíbrio existente entre a obrigação de tratamento nacional do

---

<sup>274</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.279-7.281.

<sup>275</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.286-7.291.

<sup>276</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotadoem 24/04/2012, § 123.

<sup>277</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotadoem 24/04/2012, § 134-135.

<sup>278</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotadoem 24/04/2012, § 166.

art. III e a exceção geral estabelecida pelo art. XX do GATT 1994”.<sup>279</sup> Desse modo, concluiu que a definição da similaridade, seja sob a égide do art. III do GATT ou do art. 2.1 do TBT, é uma questão de avaliação da natureza e extensão da relação concorrencial entre produtos, reputando indevida a interpretação do termo a partir do foco nos eventuais propósitos e objetivos legítimos de uma regulação técnica.<sup>280</sup> Esses só poderiam ser considerados uma vez que impactassem a relação comercial entre os produtos comparados.<sup>281</sup>

Empreendendo uma análise concorrencial, embora tenha concordado com os EUA quanto à existência de usos mais específicos para os produtos além de servir ao fumo, os quais no seu entender deveriam ter sido necessariamente considerados pelo Painel na avaliação da similaridade entre o cigarro de mentol e o de cravo, o OA concluiu que ambos teriam a capacidade de desempenhar os mesmos usos finais, afirmando que:

Ambos os tipos de cigarros são capazes de desempenhar uma função social e de experimentação e, assim, servem ao uso de “criar uma experiência prazerosa associada com o sabor do cigarro e o aroma da fumaça”. Ao mesmo tempo, tanto o cigarro de cravo como o de mentol são capazes de desempenhar a função de “satisfazer o vício em nicotina”, considerando que ambos contêm a substância, cuja capacidade de gerar dependência está cientificamente provada. O fato de que mais “viciados” fumam cigarro de mentol do que de cravo não significa que os cigarros de cravo não possam ser fumados para “satisfazer o vício em nicotina”. Como observamos anteriormente, o que importa na determinação do uso final de um produto é a sua capacidade de desempenhar uma dada função, e não que determinado uso final corresponda ao seu uso principal ou mais comum.<sup>282</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

No que tange aos hábitos e preferências consumeristas, o OA afirmou que é o mercado que determina qual o escopo dos consumidores cujas preferências são relevantes e, portanto, considerou que o Painel havia se equivocado ao restringir sua análise ao público jovem ainda

<sup>279</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 108-109.

<sup>280</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 111-112.

<sup>281</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 119-120.

<sup>282</sup> “Both types of cigarettes are capable of performing a social/experimentation function and, thus, share the end-use of “creating a pleasurable experience associated with the taste of the cigarette and the aroma of the smoke”. At the same time, both clove and menthol cigarettes are capable of performing the function of “satisfying an addiction to nicotine”, considering that both types of cigarettes contain nicotine, whose addictiveness is scientifically proven. The fact that more “addicts” smoke menthol than clove cigarettes does not mean that clove cigarettes cannot be smoked to “satisfy an addiction to nicotine”. As we have observed above, what matters in determining a product’s end-use is that a product is capable of performing it, not that such end-use represents the principal or the most common end-use of that product.” In: *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 131.

que com base no objetivo legítimo declarado pela emenda, qual seja, diminuir o consumo de cigarros entre os jovens. Contudo, o OA asseverou que tal falha não invalidaria a constatação de que há um grau suficiente de substituíbilidade entre os cigarros de mentol e de cravo a autorizar que sejam, no geral, reputados similares para fins do art. 2.1 do TBT:

As considerações do Painel quanto aos hábitos e preferências dos consumidores foram extremamente limitadas. Ao mesmo tempo, o mero fato de que os cigarros de cravo são fumados em sua esmagadora maioria por adolescentes, ao passo em que os cigarros de mentol são fumados mais frequentemente por jovens e adultos não necessariamente afeta o grau de substituíbilidade entre ambos. O Painel concluiu, a partir da perspectiva de fumantes adolescentes em concreto e em potencial, que os cigarros com sabor de cravo e os com sabor de mentol são similares para o propósito de iniciação do hábito de fumar. Nós compreendemos tal fato como a constatação de que os fumantes adolescentes em concreto e em potencial percebem ambos os produtos como suficientemente substituíveis. Isto, a seu turno, é suficiente para apoiar a conclusão do Painel de que são produtos similares dentro do significado atribuído ao termo pelo art. 2.1 do TBT, mesmo que o grau de substituíbilidade não seja o mesmo para fumantes adultos.<sup>283</sup> [tradução livre]

Dessa forma, apesar de embasado em razões diversas, o OA manteve a conclusão alcançada pelo Painel ao reputar os cigarros de mentol e de cravo como similares dentro do escopo do art. 2.1 do TBT.

Outrossim, o OA corroborou as conclusões do Painel quanto à existência de tratamento menos favorável do produto importado da Indonésia, esclarecendo que o impacto prejudicial da emenda sobre as oportunidades mercadológicas dos cigarros de cravo importados não derivariam de uma distinção regulatória legítima. Considerando que o objetivo declarado da emenda seria reduzir o consumo de cigarro entre os jovens, e tendo em vista que uma das características particulares dos cigarros com flavorizantes é o seu apelo aos jovens, característica esta presente tanto nos cigarros de cravo quanto nos de mentol, entendeu

---

<sup>283</sup> “The Panel’s consideration of consumer tastes and habits was too limited. At the same time, the mere fact that clove cigarettes are smoked disproportionately by youth, while menthol cigarettes are smoked more evenly by young and adult smokers does not necessarily affect the degree of substitutability between clove and menthol cigarettes. The Panel found that, from the perspective of young and potential young smokers, clove-flavoured cigarettes and menthol-flavoured cigarettes are similar for purposes of starting to smoke. We understand this as a finding that young and potential young smokers perceive clove and menthol cigarettes as sufficiently substitutable. This, in turn, is sufficient to support the Panel’s finding that those products are like within the meaning of Article 2.1 of the TBT Agreement, even if the degree of substitutability is not the same for all adult smokers.” In: *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 144.



que não haveria razão a justificar a autorização da venda dos últimos diante da proibição da venda dos primeiros.<sup>284</sup>

Com essas ponderações, o OA recomendou que os EUA conformassem a medida com as obrigações assumidas através do TBT. O relatório do OA foi adotado em 24 de abril de 2012 e, diante da manifestação dos EUA de sua intenção de fazer as adequações necessárias em sua legislação, a fim de torná-la compatível com o regramento da OMC, as partes da disputa acordaram que o prazo de 15 meses seria razoável para implementação das devidas alterações. Tal prazo expirou em 24 de julho de 2013, e até o presente momento os EUA não prestaram esclarecimentos à OMC quanto às medidas eventualmente tomadas para conformação da legislação contestada. Diante desse silêncio, a Indonésia já estuda a possibilidade de aplicação de medidas retaliatórias.<sup>285</sup>

Não obstante tenha corretamente confirmado as conclusões do Painel, o OA fez alterações em nosso entendimento impróprias quanto aos fundamentos que conduziram à afirmação de que os cigarros de cravo e de mentol seriam similares, e alinhou-se à abordagem econômica, pela qual nutrimos enorme desconfiança diante da sua insensibilidade às medidas voltadas para a correção de falhas mercadológicas, como é o caso das medidas em estudo, conforme já explanado em maior detalhe anteriormente.

O raciocínio manifestado pelo Painel é a nosso ver irrepreensível e puramente baseado na lógica, e dá um passo adiante no aperfeiçoamento da abordagem *aim-and-effects*, objeto de estudo em capítulo anterior, uma vez que analisa o termo *produtos similares* não só a partir da verificação da utilização de eventuais critérios pela medida contestada que tenham o objetivo ou efeito de conceder privilégios com base na origem, o que é expressamente vedado pelo princípio do tratamento nacional, como vai além ao igualmente considerar a pertinência desses critérios diante do objetivo perseguido pela medida, que haverá de ser legítimo. É o que fica evidente a partir do trecho a seguir:

Entendemos que os cigarros de cravo e os cigarros de mentol podem ser considerados “similares” em certos contextos, mas não em outros. Por exemplo, esses dois tipos de cigarros podem não ser considerados “similares” no contexto de uma medida hipotética que regula os produtos a partir de características que os cigarros de cravo e os de mentol não compartilham, por exemplo, a utilização de eugenol em sua composição (os

<sup>284</sup> *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 24/04/2012, § 225.

<sup>285</sup> YULISMAN, Linda. Deadline near for US clove cigarette action. *The Jakarta Post*. Jakarta, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.thejakartapost.com/news/2013/06/27/deadline-nears-us-clove-cigarette-action.html>>. Acesso em 01/08/2013.

cigarros de cravo contêm e os de mentol não). Da mesma forma, esses produtos podem não ser considerados “similares” no contexto de uma medida fiscal ou taxa hipotética baseada no tipo de tabaco utilizado em sua confecção (os cigarros de cravo normalmente são produzidos a partir do tabaco curado ao sol de Java, e os de mentol não). No entanto, esses mesmos produtos podem ser considerados “similares” no contexto de outras medidas que regulem produtos a partir de características que tanto os cigarros de cravo como os mentol possuem, por exemplo, uma medida hipotética que diferencie vários produtos que contêm tabaco com base em sua carcinogenicidade (característica que ambos comungam).<sup>286</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

No caso em questão, a emenda contestada voltava-se para o controle de cigarros que contêm aditivos naturais ou artificiais capazes de lhes conferir um sabor característico considerado apelativo aos jovens. Somente depois de reconhecer esse objetivo é que se faz possível analisar se os cigarros importados atingidos pela medida e os domésticos supostamente privilegiados são similares e se o eventual tratamento menos favorável dos primeiros decorre da intenção velada de proteger a indústria doméstica, o que é vedado pelo princípio do tratamento nacional.

Assim, diante da legitimidade do objetivo da emenda, de proteção da saúde pública, e do compartilhamento da característica que visava (uso de flavorizantes) pelos cigarros de cravo importados e os de mentol internamente produzidos, resulta incontestável a conclusão alcançada pelo Painel quanto à existência de similaridade entre ambos<sup>287</sup> a conduzir ao

---

<sup>286</sup>“We think that clove cigarettes and menthol cigarettes may be considered “like” in certain contexts but not in others. For example, these two kinds of cigarettes might not be considered “like” in the context of a hypothetical measure regulating products on the basis of characteristics that clove cigarettes and menthol cigarettes do not have in common, for example whether they contain eugenol (clove cigarettes do, and most menthol cigarettes do not). Along the same lines, they might not be considered “like” in the context of a hypothetical tax or fiscal measure based on the type of tobacco they contain (clove cigarettes tend to contain Java sun-cured tobacco, menthol cigarettes do not). However, these same two types of cigarettes might be considered “like” in the context of other measures that regulate products on the basis of characteristics that clove and menthol cigarettes do have in common, for example a hypothetical measure distinguishing between various tobacco products on the basis of whether or not those products are carcinogenic (which clove cigarettes and menthol cigarettes both are).” In: *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circuladoem 02/09/2011, § 7.246.

<sup>287</sup> Confira-se, a propósito, o seguinte trecho: “A medida em questão nesse caso claramente regula os cigarros com base nas características que os cigarros de cravo e de mentol têm em comum, que nos termos da Seção 907(a)(1)(A), corresponde ao compartilhamento da característica de que ‘contêm, como um constitutivo ... ou aditivo, um sabor artificial ou natural... ou uma erva ou tempero... que lhe confere um sabor característico’. No contexto dessa medida particular, que regula os produtos de tabaco com base nessa característica particular – que pode ser considerada talvez como o traço distintivo de cada tipo de produto – acreditamos ser bastante difícil compreender como os cigarros de cravo e de mentol poderiam não ser considerados similares.” Conforme original no inglês: “*The measure at issue in this case plainly regulates cigarettes on the basis of a characteristic that clove cigarettes and menthol cigarettes have in common, which in the words of Section 907(a)(1)(A), is the shared characteristic that they “contain, as a constituent ... or additive, an artificial or natural flavor ... or an herb or spice ... that is a characterizing flavor”. In the context of this particular measure, which regulates tobacco products on the basis of this particular characteristic – which*

reconhecimento da violação do art. 2.1 do TBT, pelos EUA, uma vez que a venda dos primeiros foi proibida ao passo em que os segundos continuaram a ser comercializados.

Contrariando, pois, a praxe instalada no OSC quanto à interpretação do GATT, o Painel no caso *US – Clove Cigarettes* recorreu às disposições do TBT que asseguram o direito do Estado-membro de implementar medidas voltadas à persecução de certos objetivos legítimos não para buscar uma justificativa após constatar que a medida contestada implicava em tratamento prejudicial ao produto importado, mas como ferramenta na própria interpretação do conceito de *productos similares*, conforme enunciado no art. 2.1 do TBT. O Painel parecia consciente de que só se pode avaliar a similaridade entre dois bens à luz do objetivo por trás da comparação. Morangos e cenouras podem ser reputados similares em um exercício comparativo que pretende selecionar produtos orgânicos. Contudo, pertencerão a categorias distintas caso o critério seja alterado para a seleção exclusivamente de frutas.

Dessa maneira, a proposta de utilização do objetivo que permeia o regulamento técnico – uma vez constatada sua legitimidade – como instrumento de avaliação da similaridade soa lúcida e consentânea aos objetivos perseguidos pelo sistema multilateral de comércio, merecendo e podendo ser replicada no contexto do GATT. Assim como procedeu o Painel no caso em questão, utilizando o objetivo do regulamento técnico, reconhecidamente legítimo por seu enquadramento ao art. 2.2 do TBT, como instrumento para avaliar a similaridade entre o produto importado e o doméstico supostamente beneficiado, acreditamos ser imperativo o recurso ao art. XX no momento da avaliação da similaridade dentro do escopo do art. III, e não como mera justificativa quando constatada violação ao princípio do tratamento nacional.

---

*may be regarded as perhaps the defining feature of each type of product – we find it very difficult to see how clove cigarettes and menthol cigarettes would not be considered to be "like".* In: *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/R), Relatório do Painel, circulado em 02/09/2011, § 7.247.

## 7. CONCLUSÃO

A legitimidade da aplicação de medidas fiscais e regulamentares de controle do impacto ambiental ao longo do ciclo de vida ao produto importado segundo as regras do sistema multilateral de comércio depende fundamentalmente de sua conformação ao art. III do GATT, ou ao art. 2.1 do TBT, no caso dos regulamentos técnicos. Os dispositivos em questão impõem ao Estado-membro a obrigação de conceder aos produtos importados tratamento não menos favorável do que o dispensado aos produtos similares domésticos no que diz respeito à taxação e regulamentação, no caso do art. III do GATT, e apenas à regulamentação, no caso do art. 2.1 do TBT.

Na prática do OSC e igualmente em sede doutrinária, há a tendência de conduzir o processo de verificação da conformação de uma medida ao princípio do tratamento nacional, a partir da avaliação da existência de similaridade entre os produtos importados e domésticos afetados pela medida. Ocorre que não há nos acordos constitutivos do aparato legal da OMC qualquer disposição que indique os critérios a serem utilizados no exercício comparativo que a similaridade pressupõe.

Não obstante essa questão já tenha sido enfrentada por diversos painéis sob a égide do GATT 1947 e, posteriormente, do OSC, múltiplas foram as abordagens adotadas, que conduzem a posicionamentos distintos sobre o que determina a existência de similaridade entre os produtos.

Toda vez que um tribunal da OMC decide algo relativo à discriminação está fazendo uma determinação, explícita ou implícita a respeito da similaridade ou semelhança entre produtos, serviços ou nacionais do Estado membro. Mesmo assim, a questão de como a similaridade deve ser determinada nunca foi respondida coerentemente. Embora o conceito de produtos similares tenha gerado um corpo denso de jurisprudência sob a égide do GATT e da OMC, ainda não é claro quando o tribunal deve usar um fator particular para definir a similaridade. Na verdade, o Órgão de Apelação sugeriu que o que constitui produtos similares só pode ser determinado em uma análise caso a caso, sujeita ao entendimento individual e discricionário do intérprete do tratado, e que nenhuma abordagem ao exercício desse juízo seria apropriada para todos os casos.<sup>288</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

<sup>288</sup> “As a conceptual matter, whenever a WTO tribunal makes a finding on discrimination, it has also made a determination, explicitly or implicitly, on the likeness or similarity between products, services, or nationals of the Members. Yet, the question of how likeness or similarity should be determined has never been answered coherently. Although the concept of “like products” has generated a substantial body of GATT/WTO jurisprudence, it remains unclear when the tribunals should use a particular factor to define likeness. In fact, the AB has suggested that what constitute “like products” can only be determined on a case-by-case basis, subject to the individual, discretionary judgment of the treaty interpreter, and that no one

Essa falta de coerência, que alguns imputam à ausência da doutrina do *staredecisis* na OMC<sup>289</sup>, é nociva ao sistema por minar sua previsibilidade. “Os membros são virtualmente deixados no escuro ao formular novos compromissos e limitações. Assim, mais clareza é necessária a fim de que os Membros possam propriamente avaliar seus riscos e benefícios para se engajar em compromissos futuros”.<sup>290</sup>

Há, contudo, uma preponderância da filiação do OSC à abordagem econômica, com mesclas da abordagem objetiva, isto é, a similaridade é correntemente avaliada a partir da verificação da existência de relação concorrencial entre os produtos atingidos pela medida interna contestada, o que depende em grande parte da apuração da substituibilidade da demanda, a seu turno revelada pela conjugação dos critérios desenvolvidos pela abordagem objetiva (características físicas, usos finais e hábitos e preferências do consumidor) juntamente a outros elementos.

Como decorrência da preferência por essas abordagens, e diante das decisões dos poucos casos levados ao OSC que compreendiam a análise de medidas fiscais e regulamentares de controle do impacto ambiental, criou-se o senso comum de que a aplicação dessas medidas aos produtos importados seria ilegítima, porquanto violaria quer o art. III do GATT, quer o art. 2.1 do TBT, uma vez que pautadas por critérios de diferenciação entre os

---

*approach to exercising that judgment will be appropriate for all cases.”* In: QIN, Julia Ya. Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 219.

<sup>289</sup> Note-se, a propósito, os comentários de Conrad: “Apesar da ausência da doutrina do *staredecisis*, os relatórios adotados pelo GATT e pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC são de sumária importância no direito da OMC. Os órgãos adjudicatórios da OMC frequentemente tratam seus relatórios prévios como precedentes citando-os meticulosamente. A enorme importância dos relatórios sob a égide do GATT 1947 integra o acervo do GATT 1947 como definido pelo artigo XVI do Acordo de Marraqueche, e foi reconhecida como fonte de orientação para a OMC. Mas não são apenas os órgãos da OMC que dão atenção considerável às decisões do Órgão de Apelação, mas igualmente o setor privado. A abordagem dos órgãos de adjudicação pode ser considerada como uma opinião prevalecente e, desta forma, ser apresentada como um ponto de partida para a consideração de possíveis abordagens alternativas.” Conforme original no inglês: “*Despite the absence of the doctrine of stare decisis in WTO law, reports adopted in GATT and WTO dispute settlement are of paramount importance in WTO law. The WTO adjudicatory bodies treat their previous reports themselves often just as precedents by meticulously citing relevant prior decisions. The great importance of reports under the GATT 1947 forms part of the GATT 1947 acquis as defined under Article XVI of the Marrakesh Agreement, and has been recognized as providing guidance to the WTO. But it is not only WTO bodies who pay considerable attention to decisions of the Appellate Body, but also the private sector. The approach of the adjudicating bodies can be regarded as prevailing opinion and is therefore presented as a starting point for considering possible alternative approaches.*” In: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 169.

<sup>290</sup> DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 5.

produtos que, na maioria das vezes, não eram relevantes sob o ponto de vista das relações concorrenciais.<sup>291</sup>

Observe-se que, por força desse raciocínio, que torna inviáveis as intervenções governamentais voltadas para a correção de falhas mercadológicas – como as resultantes da externalização dos custos ambientais –, o princípio do tratamento nacional, que veda a concessão de tratamento menos favorável aos produtos importados, é transmutado em uma disposição que assegura tratamento mais favorável aos produtos importados, na medida em que os exonera da obrigação de se conformar a determinados regulamentos e de quitar determinados impostos que incidem sobre os produtos domésticos que com eles concorrem no mercado.

Alheios a essa incongruência, no que diz respeito às medidas internas de controle da pegada ecológica sujeitas ao regramento geral do GATT, tanto o OSC quanto a maior parte da doutrina enfocam a análise da legitimidade de sua aplicação aos produtos importados partindo da pressuposição de que estas constituem violação ao princípio do tratamento nacional e, portanto, consideram que sua conformidade ao sistema multilateral de comércio estaria condicionada a sua subsunção a uma das exceções previstas pelo art. XX do GATT.

Não bastasse essa indevida limitação da autonomia dos governos para eleger os objetivos políticos legítimos que poderiam perseguir, que é fruto de uma interpretação que confere contornos superficiais ao princípio do tratamento nacional, o OSC historicamente restringiu a interpretação de alguns dos termos empregados no texto das alíneas e do *caput* do art. XX do GATT, tornando ainda mais estreito o crivo que determina a legitimidade das medidas internas.

O caso, contudo, é de urgente reavaliação desse posicionamento, que decorre de uma interpretação insular e formalista dos dispositivos integrantes da estrutura legal da OMC, que

---

<sup>291</sup> “É difundida a crença de que os Painéis e o Órgão de Apelação tenham consistentemente decidido que medidas comerciais baseadas em NPAs e PPMs são ilegais. Um olhar mais zeloso, contudo, permite constatar que essa interpretação simples dos vários relatórios está equivocada. Pelo contrário, os painéis e o Órgão de Apelação não parecem ter desenvolvido uma abordagem coerente para as questões legais referentes a essas medidas.” Conforme original no inglês: “*Panels and the Appellate Body are widely believed to have ruled consistently that trade measures based on NPAs and PPMs are illegal. Taking a closer look, however, this simple interpretation of the various reports is wrong. Instead, panels and the Appellate Body do not seem to have developed a coherent approach to the legal issues pertaining to such measures.*” In: CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 169.

se distancia dos objetivos que o sistema multilateral de comércio se propõe a perseguir e acirra o embate entre interesse comerciais e não-comerciais.<sup>292</sup>

Deve-se lembrar que, nos termos do preâmbulo do Acordo de Marraqueche, a liberalização comercial é mero instrumento a serviço da elevação dos níveis de vida e das receitas, da promoção do pleno emprego, do aumento da produção e do comércio, da utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo do desenvolvimento sustentável e buscando preservar o meio ambiente, e do incremento do comércio internacional dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, estes sim os reais objetivos que a OMC pretende alcançar.

É exatamente diante da recuperação desses objetivos que não podemos concordar com decisões e argumentações que conduzam à conclusão de que medidas fiscais e regulamentares que pretendam controlar o impacto ambiental gerado ao longo do ciclo de vida do produto sem a intenção ou sequer o efeito prático de proteger a indústria doméstica afrontam o art. III do GATT, ou o art. 2.1 do TBT, no caso das regulações técnicas. Para que se avance nesse respeito, faz-se mister, primordialmente, revisitar as abordagens que se propõe a elucidar o conceito de similaridade.

Apesar das reservas já externadas quanto à abordagem objetiva, não podemos deixar de concordar com a conclusão apresentada pelo Grupo de Trabalho sobre Ajustes Alfandegários de 1970 quanto à necessidade de análise *in concreto* da similaridade. Mas isso não decorre da impossibilidade de determinação do significado desse conceito dentro de uma disposição específica, como se fosse flexível e variável, mas sim da indispensabilidade da apuração dos objetivos que informam a medida contestada e de sua comparação com os propósitos específicos da norma que fundamenta a alegação de violação às regras da OMC, o que só pode ser apurado na prática.

---

<sup>292</sup> “A inclusão de exceções enumeradas às regras do GATT indica que os negociadores do tratado estavam no mínimo atentos ao potencial embate entre as regras de comércio internacional e os valores públicos não-econômicos, tais como as considerações de direitos humanos ou de conservação ambiental. Os painéis do GATT e da OMC, contudo, vem interpretando o artigo XX de forma tão restritiva a ponto de quase anular seu texto, dessa forma aumentando ainda mais o hiato entre questões não-comerciais e o regime de comércio internacional.” Conforme original no inglês: “*The inclusion of enumerated exceptions to the GATT rules indicates that the treaty’s drafters were at least aware of the potential clash between international trade rules and noneconomic public values, such as human rights considerations or environmental conservation. GATT and WTO panels, however, have construed Article XX ‘so restrictively as to almost read it out of text’ thus further increasing the gulf between noncommercial issues and the international trade regime.*” In: KARBOWSKI, Jessica. Grocery Store Activism: a WTO Compliant Means to Incentivize Social Responsibility. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 49, 2008-2009, p. 767.

Com efeito, na medida em que a similaridade pressupõe uma comparação entre os produtos, só se poderá alcançar qualquer conclusão a seu respeito à luz dos propósitos que permeiam a norma que demanda a comparação, pois somente eles poderão indicar quais aspectos são relevantes e devem ser compartilhados.

O conceito de similaridade implica que dois ou mais objetos estão sendo comparados por meio de um padrão comum e julgados como indistinguíveis em aspectos relevantes. Embora o conceito de similaridade pressuponha um padrão de comparação, ele em si não prescreve um padrão particular. Ao invés disso, ele opera por referência ao padrão que seja apropriado ou relevante para o propósito em questão. Um padrão relevante para um propósito pode ser irrelevante para outro. (...) A chave no conceito de similaridade, desta forma, encontra-se nos critérios pertinentes de comparação. (...) Um critério é pertinente quando ele é ‘condutível, útil ou instrumental para promover um estado das coisas que se deseja alcançar’. Se um critério é capaz de promover um determinado objetivo e, portanto, é pertinente, é uma questão primordialmente fática, ao passo que definir se algo deve ser um objetivo é uma questão de decisão normativa.<sup>293</sup> [tradução livre] [grifo nosso]

O propósito subjacente ao princípio do tratamento nacional deixa claro, portanto, que a questão da definição da similaridade é muito mais de reconhecimento do critério que seria vedado, do que de identificação dos critérios que seriam permitidos. Sob essa perspectiva, o correto exercício a ser feito não é de desenvolvimento de critérios abstratos que possam servir de parâmetro de verificação da adequação dos critérios concretos utilizados pela medida interna contestada, mas de apuração dos critérios que pautam a medida com vistas a constatar se objetivam ou tem o efeito de proteger a indústria doméstica. O raciocínio parece, portanto, ser no sentido diametralmente oposto ao correntemente tecido pelo OSC.

Nesse sentido, a abordagem *aim-and-effects* parece ser a mais adequada dentre as alternativas já aventadas por ser fiel à teleologia do princípio do tratamento nacional.<sup>294</sup> Todavia, é impossível não refletir acerca das severas críticas de que é alvo, uma

<sup>293</sup> “The concept of similarity implies that two or more objects are being compared by a common standard and judged as indistinguishable in relevant respects. Although the concept of similarity presupposes a standard of comparison, it does not itself prescribe particular standards. Instead, it operates by reference to whatever standard is appropriate or relevant to the purpose at hand. A relevant standard for one purpose may be irrelevant for another. (...) The key to the concept of similarity, therefore, lies in the relevant criteria for comparison. (...) A criterion is suitable when it is ‘conducive to or useful or instrumental in furthering some state of affairs one wishes to bring about.’ Whether a particular consideration furthers a given goal, and hence is relevant, is mostly a matter of factual evaluation, whereas whether something ought to be a goal is a matter of normative decision.” In: QIN, Julia Ya. Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 223-224.

<sup>294</sup> Nas palavras de Porges e Trachtman: “A trajetória do teste de objetivos e efeitos é uma boa referência para a jurisprudência da OMC porque ela indica a disposição dos tribunais de ir além do formalismo, de engajar



das quais guarda sua parcela de correção. Ponderam seus críticos que ao assegurar ampla margem de autonomia para persecução de políticas públicas internas, a abordagem *aim-and-effects* minaria as obrigações estabelecidas pelo sistema multilateral de comércio.

De fato, a autorização da adoção ilimitada de medidas que visem perseguir objetivos políticos internos, ainda que sem a intenção ou o efeito de proteger a indústria doméstica, pode gerar efeitos comerciais nocivos e enfraquecer os compromissos de liberalização dos mercados voluntariamente assumidos pelos membros da OMC a ponto de até mesmo inviabilizar a existência do sistema multilateral de comércio. Levada ao extremo, a abordagem *aim-and-effects* poderia conduzir a esse cenário, o que foi em grande medida responsável pelo seu descrédito.<sup>295</sup> Indiscutível, pois, que se deve buscar um meio termo e revisitar o modo de aplicação da abordagem.

A chave para o balanceamento entre o espaço de autonomia política interna e as obrigações decorrentes do regramento da OMC se encontra mais perto do que se possa imaginar e não demanda prospectos irrealistas como alterações nos acordos existentes ou sequer a negociação de novos compromissos. O próprio sistema já contém disposições capazes de delimitar onde autonomia e obrigação se encontram.

No caso das medidas sujeitas ao regramento geral do GATT, a solução é apresentada pelo art. XX. Apesar da interpretação que lhe é usualmente conferida, como se visasse, em

---

com a substância da matéria em questão, e de levar em consideração os propósitos substantivos do artigo III: proteger regulações domésticas ou taxas internas de boa fé ao passo em que derruba regulações domésticas ou taxas internas que tenham caráter protecionista.” Conforme original no inglês: “*The trajectory of the aim and effects test is a good gauge for WTO jurisprudence because it indicates the willingness of the tribunals to go beyond formalism, engage with the substance of the matter at issue, and take into account the substantive purpose of Article III: to protect bona fide domestic regulation or internal taxes while striking down domestic regulation or internal taxes that is “protectionist”.*” In: PORGES, Amélia; TRACHTMAN, Joel P. Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of Aim and Effects. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 37, n. 4, 2003, p. 784.

<sup>295</sup> Confirma-se a propósito os comentários de Cossy acerca do caso *US – Taxes on Automobiles* quando a abordagem foi explicitamente aplicada pelo Painel do GATT: “o grande problema da abordagem *aim-and-effects* como aplicada pelo Painel no caso *US – Taxes on Automobiles*, não é o fato de que os governos deveriam estar autorizados a definir a similaridade a partir de certos objetivos regulatórios de sua escolha. Mas sim o fato de que, na disputa, o Painel abriu as portas para todos os tipos de barreiras mercadológicas ao se recusar a examinar a eficiência da medida, e ao introduzir um teste de ‘inerência’ autorizando a facilmente rechaçar acusações de que os produtos importados estão sujeitos a um maior ônus fiscal. Essa fraqueza na aplicação da abordagem *aim-and-effects* com certeza contribuiu para o seu descrédito.” Conforme original no inglês: “*(...) the main problem with aim and effect as applied by the panel on US – Taxes on Automobiles, is not the fact that governments should be allowed to define likeness on the basis of certain regulatory objectives of their choice. It is rather that, in this dispute, the panel opened the door to all kinds of market barriers by refusing to examine the efficiency of the measure, and by introducing an “inherency” test allowing to easily dismiss claims that imported products bore a heavier burden of the tax. These weaknesses in the application of aim and effect no doubt contributed to discredit it.*” COSSY, Mireille. Determining likeness under the GATS: squaring the circle?. *World Trade Organization Staff Working Paper ERSD-2006-08*, Genebra, p. 41.

casos excepcionais, autorizar a proteção da produção nacional e, portanto, fosse aplicável apenas uma vez que restasse constatada a violação a alguma das disposições do acordo, o art. XX do GATT, em verdade parece ter escopo distinto. Uma leitura menos insular e mais sistêmica do acordo evidencia que a não-discriminação, que toma a forma de cláusula do tratamento nacional no art. III, é um de seus princípios informativos – e de todos os demais acordos integrantes do arcabouço legal da OMC –, sendo reiterado inclusive no *caput* do próprio art. XX do GATT:

ARTIGO XX  
*EXCEÇÕES GERAIS*

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas (...).

Princípios não estão sujeitos a exceções; são a própria justificação da norma, seus fins. Interpretar, portanto, o art. XX do GATT, como se o uso dos termos *arbitrária* ou *injustificada* no *caput* do dispositivo fossem qualificadores da discriminação – e como se existisse algum tipo de discriminação que não fosse *arbitrária* ou *injustificada* –, é abusar do preciosismo terminológico para ver além do que de fato está expresso na norma e pior, é negligenciar toda a sistemática do acordo.

Ora, a discriminação é em si uma arbitrariedade, e uma arbitrariedade não tolerada pelo sistema multilateral de comércio, que visa garantir aos competidores, independentemente de sua nacionalidade, igualdade de condições de concorrência no mercado. Dessa forma, entendemos que o art. XX do GATT, não tem a intenção ou a pretensão de excepcionar hipóteses em que a discriminação estaria autorizada, mas sim de reiterar a impossibilidade do recurso a ela como subterfúgio para conceder tratamento privilegiado aos produtos domésticos, o que, aliás, fica evidente pela própria literalidade da primeira parte do *caput* do artigo: “Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional (...).”

É de se estranhar que embora esteja sempre tão preocupado em interpretar minuciosamente os termos utilizados na redação do art. XX do GATT, o OSC não tenha dado a devida atenção ao emprego do termo *interpretada* na parte final do *caput* desse dispositivo: “disposição alguma do presente capítulo será *interpretada* como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas (...)”. Claro está, portanto, da própria

literalidade do texto, que ao invés de ser aplicado *a posteriori*, quando já interpretado o dispositivo que contem a obrigação supostamente descumprida e já constatada a sua violação, como vem fazendo o OSC, o art. XX deve ser aplicado *in paralelo* à disposição pertinente, orientando sua abrangência e incidência. Isto é, a aplicação do art. XX não exclui a aplicação de outros dispositivos, pelo contrário, ela os complementa.

Há que se ter em mente que o propósito do dispositivo é ressaltar a legitimidade da aplicação de medidas voltadas à persecução de determinados objetivos, elencados em suas alíneas, reconhecidos como tão relevantes e lúdicos a ponto de justificar que sejam tolerados eventuais efeitos restritivos sobre o comércio que deles possam indiretamente decorrer.

Em última análise, portanto, reconhecendo a importância da implementação de medidas que pretendam promover os objetivos elencados no art. XX do GATT, sem as quais não se poderia atender aos próprios objetivos do sistema multilateral de comércio (conforme declarados no preâmbulo do Acordo de Marraqueche), os membros deixaram claro, que a liberalização comercial deveria ceder em prol de sua preponderância. E para que tais objetivos sejam de fato promovidos, a aplicação do art. XX não pode ser dar após constatada a violação de uma disposição do GATT, devendo, pelo contrário, ser concomitante, de modo a servir de guia no momento da aplicação das demais disposições do GATT.

Foi o que propôs o Painel no caso *US – CloveCigarettes*(DS 406), ao defender que o objetivo perseguido pela medida, reconhecidamente legítimo nos termos do art. 2.2 do TBT, deveria orientar a definição da similaridade, notando que dois produtos poderiam ser reputados similares em determinadas circunstâncias e não em outras, donde a importância de que essa análise seja empreendida à luz dos objetivos visados pela medida.

Em se tratando das medidas sujeitas ao regramento especial do TBT, a solução parece, pois, estar na utilização do art. 2.2, que por sinal contém enunciado análogo ao do art. XX do GATT, quando da avaliação da similaridade dentro do escopo do art. 2.1 do TBT.

Nesse ponto, interessante retomar uma lúcida reflexão de Qin, reproduzida anteriormente, quando afirma que “se um critério é capaz de promover um determinado objetivo e, portanto, é pertinente, é uma questão primordialmente fática, ao passo que definir se algo deve ser um objetivo é uma questão de decisão normativa”.<sup>296</sup> Por certo, só se poderá averiguar a pertinência dos critérios de diferenciação de produtos utilizados por uma medida interna à luz dos objetivos que norteiam a implementação da medida, o que é um exercício

---

<sup>296</sup> QIN, Julia Ya. Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, 2005, p. 223.

eminentemente fático. No entanto, se tais objetivos são pertinentes é uma questão que depende de sua conformação às escolhas normativas dos Estados. Uma vez que os Estados-membros da OMC aderiram voluntariamente ao regramento da organização, deverão sujeitar-se aos ônus e bônus que decorrem dessa adesão.

Assim, por entenderem que a liberalização comercial seria a ferramenta central – mas não a única – na promoção dos objetivos que se propuseram a perseguir através da OMC, os membros concordaram em delimitar sua esfera de autonomia, comprometendo a se abster do recurso a medidas que obstruam o livre fluxo comercial internacional. No entanto, considerando os próprios objetivos eleitos para compor a missão da OMC, os membros igualmente concordaram que a liberalização do comércio não poderia ser buscada de forma absoluta. Pelo contrário, deveria ser conjugada com outros meios, reconhecidos como necessários à promoção dos fins do sistema multilateral de comércio.

Não é surpresa alguma constatar que tais meios estão inscritos no art. XX do GATT, e no art. 2.2 do TBT que, despidos do preciosismo terminológico, asseguram ampla margem de autonomia política aos membros, reconhecendo a necessidade de que promovam, dentre outros, os objetivos de “proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais” e a “conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais”, de especial interesse para o presente estudo.

Essas reflexões nos conduzem a conclusão de que, embora seja a alternativa mais adequada existente para aferição do cumprimento do princípio da não-discriminação, conforme estabelecido pelo art. III do GATT e art. 2.1 do TBT, por ser a única comprometida com a teleologia da norma, a abordagem *aim-and-effects* deveria ser revista, nos moldes do Painel no caso *US – Clove Cigarettes* (DS 406), a fim de que fossem estabelecidos contornos mais limitados para os objetivos que integram a esfera de autonomia política dos membros, como forma de garantir que os efeitos sobre os produtores estrangeiros não seja desproporcional.<sup>297</sup>

Retomando, pois, a pergunta que norteia o presente trabalho, quanto à (i)legitimidade da aplicação das medidas de controle do impacto ambiental aos produtos importados concluímos que, embora não haja dispositivo nos acordos integrantes da estrutura legal da OMC que restrinja a aplicação dessas medidas unicamente aos produtos domésticos, a

---

<sup>297</sup> COSSY, Mireille. Determining likeness under the GATS: squaring the circle?. *World Trade Organization Staff Working Paper ERSD-2006-08*, Genebra, p. 39.

abordagem econômica atualmente perfilhada pelo OSC na interpretação do conceito de ‘produtos similares’, conforme empregado no art. III do GATT, inviabiliza que produtos que se encontram em situação de concorrência no mercado sejam tratados de forma diferenciada, por mais que sejam detentores de pegadas ecológicas absolutamente díspares. Essa interpretação restritiva não raro conduz à conclusão de que a aplicação das medidas de controle do impacto ambiental aos produtos importados implica em violação ao princípio do tratamento nacional e que, portanto, sua legitimidade dependeria de seu enquadramento a uma das alíneas do art. XX do GATT.

Contudo, ao contrário do que vem entendendo o OSC, acreditamos que há circunstâncias em que é necessário distinguir entre dois produtos que *a priori* são concorrentes no mercado como meio de promover determinados objetivos.<sup>298</sup> Mas somos da opinião de que para que sejam legítimos, uma vez que causem restrições ao comércio, tais objetivos devem estar inseridos dentre aqueles reconhecidos pelo sistema multilateral de comércio.

Assim como superamos a ideia retrograda e contestável de similaridade que diferenciava os indivíduos entre aqueles que eram naturalmente livres e os que eram naturalmente escravos, e que justificou por muitos anos instituições reprováveis como a escravidão e a servidão,<sup>299</sup> espera-se que a OMC possa, no limiar de sua recém-completa maioria, igualmente superar de forma definitiva abordagens que conferem ao conceito de similaridade um significado superficial, equiparando produtos causadores de elevado impacto ambiental a produtos produzidos de forma ambientalmente correta, incentivando a externalização dos custos ambientais e, em última análise, o uso ineficiente e descomprometido dos recursos naturais.

Mantendo, pois, a virtude da abordagem *aim-and-effects*, de recuperação da teleologia da norma, e dotando-a da indispensável perspectiva sistêmica, propomos sua reformulação de modo que na avaliação da conformação das medidas internas ao princípio da não discriminação, conforme inscrito nos arts. III do GATT e 2.1 do TBT, sejam consideradas como legítimas apenas aquelas que não tenham a intenção ou o efeito de proteger a indústria doméstica e desde que, cumulativamente, a razão a justificá-las esteja contemplada respectivamente nas alíneas do art. XX do GATT, e no art. 2.2 do TBT.

---

<sup>298</sup> COSSY, Mireille. Determining likeness under the GATS: squaring the circle?. *World Trade Organization Staff Working Paper ERSD-2006-08*, Genebra, p. 39.

<sup>299</sup> DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 65-66.

No caso das medidas sujeitas ao regramento geral do GATT, alguns podem se perguntar qual a vantagem da abordagem reformulada ora proposta se, no fim das contas, para que sejam legítimas as medidas de controle da pegada ecológica teriam de toda forma que se sujeitar ao crivo do art. XX do GATT. E, nesse ponto, duas observações devem ser feitas.

A primeira é que, ao vislumbrar uma aplicação conjunta dos artigos III e XX do GATT, como método de verificação da conformação das medidas de controle da pegada ecológica ao princípio do tratamento nacional, a proposta faz clara opção por uma linha interpretativa teleológica e sistêmica, livrando-se das amarras do preciosismo terminológico e do formalismo para privilegiar o contexto e os propósitos do GATT e da estrutura legal do sistema multilateral de comércio em sua generalidade. Descartando, portanto, digressões inócuas acerca de minúcias textuais dos enunciados normativos, que dão margem à discricionariedade na interpretação dos termos, a proposta visa recuperar o sentido do todo e manter-se fiel aos objetivos que permeiam as obrigações assumidas pelos membros da OMC. Assim, embora igualmente evoque o crivo do art. XX do GATT, a proposta que ora se defende o faz sob um enfoque conciliador absolutamente diferente do vigente.

A segunda, de caráter principiológico, é no sentido de que a presente proposta volta-se para a correção de uma incongruência intolerável no sistema multilateral de comércio decorrente da utilização das abordagens objetiva e econômica para interpretação do art. III do GATT, e que culmina na conclusão quase que inevitável de que medidas de controle do impacto ambiental que tenham impacto restritivo sobre o comércio internacional são *per se* contrárias ao regramento da OMC, sendo algumas delas toleradas em caráter excepcional sob a égide do art. XX do GATT.

Tal lógica é inadmissível diante dos objetivos que norteiam o sistema multilateral de comércio, já exaustivamente repetidos nesse trabalho, e fomenta o estigma do embate entre os interesses ambientais e comerciais.

A superação desse paradigma é impositiva e urgente, e por isso acreditamos – embora certos da necessidade de análise mais aprofundada da proposta e de suas possíveis implicações – que a adoção da versão reformulada da abordagem *aim-and-effects* na interpretação do princípio do tratamento nacional, conforme insculpido no art. III do GATT, seja o primeiro e mais viável passo – dentre tantos ainda a serem dado – para a maturação da OMC como ente que efetivamente promova um comércio internacional que não seja só livre, mas igualmente justo e sustentável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Casos:

*Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes* (BISD 37S/200), Relatório do Painel adotado em 20/02/1990.

*United States – Restrictions on Imports of Tuna* (DS21/R – 39S/155), Relatório do Painel, elaborado em 03/09/1991, não adotado.

*United States - Measures affecting alcoholic and malt beverages* (DS23/R, BISD), Relatório do Painel adotado em 19/06/1992.

*United States – Restrictions on Imports of Tuna* (DS29/R), Relatório do Painel, elaborado em 16/06/1994, não adotado.

*United States – Taxes on Automobiles* (DS31/R – 39S/155), Relatório do Painel elaborado em 11/10/1994, não adotado.

*United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 20/05/1996.

*United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS 58), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 21/11/2001.

*Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* (WT/DS161 e DS169), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 10/01/2001.

*United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes* (WT/DS406/AB/R), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 24/04/2012.

*Japan – Alcoholic Beverages II* (WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 01/11/1996.

### Artigos em periódicos:

AHN, Dukgeun. Environmental Disputes in the GATT/WTO: Before and After US-Shrimp Case. *Michigan Journal of International Law*, Michigan, Ann Arbor, v. 20, p. 819-870, 1998-1999.

BARTENHAGEN, Erik P. The Intersection of Trade and the Environment: an Examination of the Impact of the TBT Agreement on Ecolabeling Programs. *Virginia Environmental Law Journal*, Charlottesville, v. 17, p. 51-82, 1997-1998.

BENOIT, Charles. Picking tariff winners: non-product related PPMs and DSB interpretations of ‘unconditionally’ within article I:1. *Georgetown Journal of International Law*, Washington D.C., v. 42, p. 583-604, 2010-2011.

BIVONA, Beth Ann. What Price Are We Willing to Pay for Our Environment?. *Journal of International Law & Practice*, Washington D.C., v. 5, p. 161-186, 1996.

BLOMQUIST, Robert F. Globoecopragmatism: How to Think (and How Not to Think) About Trade and the Environment. *University of Kansas Law Review*, Lawrence, v. 55, p.129-188, 2006-2007.

BOGARDUS, John. The GATT and the Environment: Irreconcilable Differences? *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Halifax, v. 5, p.237-254, 1996.

BRIESE, Robyn. Precaution and Cooperation in the World Trade Organization: An Environmental Perspective. *Australian Yearbook of International Law*, Camberra, v. 22, p. 113-158, 2002.

BROOKS, Gerald. Environmental Economics and International Trade: An Adaptive Approach. *Georgetown International Environmental Law Review*, Washington D.C., v. 5, p. 277-312, 1992-1993.

BRUNNER, Annick Emmenegger. Conflicts Between International Trade and Multilateral Environmental Agreements. *Annual Survey of International & Comparative Law*, São Francisco, v. 4, p. 74-102, 1997.

CALDERIN, Carlos A. The Emergence of a Responsible Green World Trade Organization: Why Creating a World Environment Organization Would Hinder This Goal. *University of California Davis Journal of International Law & Policy*, Davis, v. 8, p. 35-72, 2002.

CARLARNE, Cinnamon. The Kyoto Protocol and the WTO: Reconciling Tensions Between Free Trade and Environmental Objectives. *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, Boulder, v. 17, p. 45-90, 2005-2006.

CHARNOVITZ, Steve. A New Paradigm for Trade and the Environment. *Singapore YearBook of International Law and Contributors*, Singapura, p. 15-40, 2007.

\_\_\_\_\_, Steve A Taxonomy of Environmental Trade Measures. *Georgetown International Environmental Law Review*, Washington D.C., v. 6, p. 1-46, 1993-1994.

\_\_\_\_\_, Steve. Environmental Trade Sanctions and the GATT: An Analysis of the Pelly Amendment on Foreign Environmental Practices. *American University Journal of International Law & Policy*, Wshington D.C., v. 9, p. 751-808, 1993-1994.

\_\_\_\_\_, Steve. Exploring the environmental exceptions in GATT article XX. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 25, n. 5, p. 41-52, 1991.

\_\_\_\_\_, Steve. Free Trade, Fair Trade, Green Trade: Defogging the Debate. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, p. 459-526, 1994.

\_\_\_\_\_, Steve. The Law of Environmental 'PPMs' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality. *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 27, p. 59-110, 2002.



CHERRY, Christopher A. Environmental Regulation within the GATT Regime: a New Definition of "Product". *University of California in Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 40, p. 1061-1100, 1992-1993.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, 1960.

CONCA, Ken. Rethinking the Ecology-Sovereignty Debate. *Millennium Journal of International Studies*, Londres, v. 23, p. 701-711, 1994.

COPELAND, Brian R. Trade and Environment: Policy Linkages. *Environment and Development Economics*, Cambridge, v. 5, p. 405-432, 2000.

COSSY, Mireille. Determining likeness under the GATS: squaring the circle?. World Trade Organization: Economic Research and Statistics Division. *Staff Working Paper ERSD-2006-08*, Geneva, p. 1-54, 2006.

COTTIER, Thomas. From Progressive Liberalization to Progressive Regulation in WTO Law. *Journal of International Economic Law*. Oxford, v. 9, n. 4, p. 779-821, 2006.

DAS, Kasturi. Can Border Carbon Adjustments be WTO-Legal? *Manchester Journal of International Economic Law*, Manchester, v. 8, p. 65-97, 2011.

DiMATTEO, Larry A. et al. The Doha Declaration and Beyond: Giving a Voice to Non-Trade Concerns Within the WTO Trade Regime. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, v. 36, p. 95-160, 2003.

DU, Michael Ming. Autonomy in Setting Appropriate Level of Protection Under the WTO Law: Rhetoric or Reality?. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 13, n. 4, p. 1107-1102, 2010.

EDERINGTON, Josh. Should Trade Agreements Include Environmental Policy?. *Review of Environmental Economics and Policy*, Oxford, v. 4, n. 1, inverno 2010, p. 84-102, 2010.

EMCH, Adrian. Same Same But Different? Fiscal Discrimination in WTO Law and EU Law: What are 'Like' Products?. *Legal Issues of Economic Integration*, Alphen: Wolters Kluwer, v. 32, issue 1, p. 369-415, 2005.

EMMERT, Frank. Labor, Environmental Standards and World Trade Law. *University of California Davis Journal of International Law & Policy*, Davis, v. 10, p. 75-168, 2003-2004.

ESTY, Daniel C.; GERADIN, Damien. Market Access, Competitiveness, and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreements. *Harvard Environmental Law Review*, Cambridge, v. 21, p. 265-336, 1997.

\_\_\_\_\_, Daniel C.; MOFFA, Anthony L. I. Why Climate Change Collective ACTION Has Failed and What Needs to be Done Within and Without the Trade Regime. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 15, n. 3, p. 777-791.

FISCHER, Carolyn. Does Trade Help or Hinder the Conservation of Natural Resources?. *Review of Environmental Economics and Policy*, Oxford, v. 4, p. 103-121, 2010.

GARCIA, Frank J. Trade and Justice: Linking the Trade Linkage Debates. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Philadelphia, v. 19, p. 391-434, 1998.

GENTILE, Dominic. International Trade and the Environment: What is the Role of the WTO? *Fordham Environmental Law Review*, Nova Iorque, v. 19, p.195-230, 2009.

GREEN, Andrew; EPPS, Tracey. Is There a Role for Trade Measures in Addressing Climate Change?. *University of California Davis International Law & Policy*, Davis, v. 15, p. 1-30, 2008-2009.

HANDL, Gunther. Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution. *The American Journal of International Law*, Washington D.C., v. 69, n. 1, p. 50-76, 1975.

HAWKINS, Slayde. Skirting Protectionism: A GHG-Based Trade Restriction Under the WTO. *Georgetown International Environmental Law Review*, Washington D.C., v. 20, p. 427-450, 2007-2008.

HEYES, Anthony. Implementing Environmental Regulation: Enforcement and Compliance. *Journal of Regulatory Economics*, Amsterdã, v. 17, n. 2, p. 107-129, 2000.

HEYVAERT, Veerle. Regulatory Competition – Accounting For the Transnational Dimension of Environmental Regulation. *Journal of Environmental Law*, Oxford, v. 25, n. 1, p. 1-31, 2013.

HOEL, Michael. Coordination of Environmental Policy for Transboundary Environmental Problems? *Journal of Public Economics*, Philadelphia, v. 66, p. 199-224, 1997.

HOUSMAN, Robert; ZEALKE, Durwood. Trade, Environment, and Sustainable Development: a Primer. *Hastings International & Comparative Law Review*, São Francisco, v. 15, p.535-612, 1991-1992.

HOWSE, Robert. The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate. *Columbia Journal of Environmental Law*, Washington D.C., v. 27, p. 491-522, 2002.

\_\_\_\_\_, Robert; REGAN, Donald. The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining ‘Unilateralism’ in Trade Policy. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 11, n. 2, p. 249-289, 2000.

JACKSON, John H. World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict? *Washington & Lee Law Review*, Lexington, v. 49, p. 1-44, 1992.

KAPANEM, Bob. The EC Proposal to Modify the GATT/Environment Interface. *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Halifax, v. 3, p.217-230, 1994.

KARBOWSKI, Jessica. Grocery Store Activism: a WTO Compliant Means to Incentivize Social Responsibility. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 49, p.717-788, 2008-2009.

KELLY, J. Patrick. The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 38, p. 459-491, 2005.

KENNEDY, Kevin C. The Illegality of Unilateral Trade Measures to Resolve Trade-Environment Disputes. *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, Williamsburg, v. 22, p. 375-506, 1997-1998.

KINGSBURY, Benedict. The Tuna-Dolphin Controversy. The World Trade Organization, and the Liberal Project to Reconceptualize International Law. *Yearbook of International Environmental Law*, Oxford, v. 5, p. 1-40, 1994.

KISSINGER, Meidad; REES, William E.; TIMMER, Vanessa. Interregional Sustainability: Governance and Policy in an Ecologically Interdependent World. *Environmental Science & Policy*, Philadelphia, v. 14, p. 965-976, 2011.

KYSAR, Douglas A. Preferences for Process: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 118, p. 526-642, 2004-2005.

LAPAN, Harvey E.; SIKDAR, Shiva. Strategic Environmental Policy Under Free Trade with Transboundary Pollution. *Review of Development Economics*, Malden, v. 15, n. 1, p. 1-18, 2011.

LAS DAS, Bhagirath. *The World Trade Organisation: A Guide to the Framework for International Trade*. Londres: Zed Books Ltd., 2000, 452 p.

LIANG, Mark. Green Taxes and the WTO: Creating Certainty for the Future. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 10, n. 1, p.359-388, 2009-2010.

MARCEAU, Gabrielle. The new TBT jurisprudence in US – Clove Cigarettes, WTO US – Tuna II, and US – COOL. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Taipei City, v. 8, p 1-39, 2013.

MARUYAMA, Warren H. A new pillar of the WTO: Sound Science. *The International Lawyer*, Washington, v. 32, p.651-678, 1998.

McLURE JR., Charles E. The GATT-Legality of Border Adjustments for Carbon Taxes and the Cost of Emissions Permits: a Riddle, Wrapped in a Mystery, Inside na Enigma. *Florida Tax Review*, Gainesville, v. 11, n. 4, p. 221-294, 2011.

McRAE, Donald. Trade and the Environment: Competition, Cooperation of Confusion?. *Alberta Law Review*, Alberta, v. 41, p. 745-760, 2003-2004.

MORRIS, David F. Economics and the Environment: Can the Spoils of Success Be Controlled? *Wayne Law Review*, Detroit, v. 19, p. 181-220, 1972-1973.

OESTERLE, Dale Arthur. The WTO Reaches Out to the Environmentalists: Is It Too Little, Too Late? *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, Boulder, v. 11, p. 1-32, 2000.

OGUS, A.I.; RICHARDSON, G.M. Economics and the Environment: a Study of Private Nuisance. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 36, n. 2, p. 284-325, 1977.

PEARSON, Charles S. Testing the System: GATT + PPP = ?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, p. 553-576, 1994.

PERRINGS, Charles. Introduction: Linking Trade and the Environment. *Environment and Development Economics*, Cambridge, v. 5, n. 4, p. 483-529, 2000.

PORGES, Amelia; TRACHTMAN, Joel P. Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of Aim and Effects. *Journal of World Trade*, Alphen, v. 37, n. 4, p. 783-799, 2003.

PORTER, Michael E.; VAN DER LINDE, Claas. Green and Competitive: Ending the Stalemate. *Journal of Business Administration and Policy Analysis*, Vancouver, ano 1999, p. 215-230, 1999.

PRICE, Kevin Ian. Linking Global Environmental Protection and International Trade: What are the options after the U.S.-Mexico GATT Panel Decision?. *University of British Columbia Law Review*, Vancouver, v. 27, p. 313-338, 1993.

QIN, Julia Ya. Defining Nondiscrimination under the law of the World Trade Organization. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 23, p.215-297, 2005.

QUICK, Reinhard; LAU, Christian. Environmentally Motivated Tax Distinctions and WTO Law: The European Commission's Green Paper on Integrated Policy in Light of the 'Like Product' and 'PPM' Debates. *Journal of International Economic Law*, Oxford, v. 6, n. 2, p. 429-458, 2003.

READ, Robert. Like Products, Health & Environmental Exceptions: The Interpretation of PPMs in Recent WTO Trade Dispute Cases. *The Estey Centre Journal of International and Trade Policy*, Saskatoon, v. 5, n. 2, p. 123-146, 2004.

RICH, Andy J. International Trade and the Environment: A Seething Antagonism? *Currents International Trade Law Journal*, Houston, v. 12, p. 17-23, 2003.

RIETVELT, Marc. Multilateral Failure: a Comprehensive Analysis of the Shrimp/Turtle Decision. *Indiana International & Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 15, p. 473-500, 2004-2005.

ROONEY, Robert F. Environmental Economics. *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, Los Angeles, v. 1, p. 47-70, 1980-1981.

SCHEFER, Krista Nadakavukaren. Dancing with the Devil: a Heretic's View of Protectionism in the WTO Legal System. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Taipei, v. 4, p. 423-444, 2009.

SCHOENBAUM, Thomas J. International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation. *American Journal of International Law*, Washington D.C., v. 91, p. 268-313, 1997.

SCHULTZ, Jenny; BALL, Rachel. Trade as a Weapon? The WTO and Human Rights-Based Trade Measures. *Deakin Law Review*, Vitória, v. 12, p.41-80, 2007.

SKEEN, Richard. Will the WTO Turn Green? The Implications of Injecting Environmental Issues Into the Multilateral Trading System. *Georgetown International Environmental Law Review*, Washington D.C., v. 17, p. 161-200, 2004-2005.

SNAPE, William J.; LEFKOVITZ, Naomi B. Searching for GATT's Environmental Miranda: Are 'Process Standards' Getting 'Due Process'?. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 27, p. 777-816, 1994.

STRAUSS, Andrew L. From Gattzilla to the Green Giant: Winning the Environmental Battle for the Soul of the World Trade Organization. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Philadelphia, v. 19, p.769-822, 1998.

STROM, Torsten H. Another Kick at the Can: Tuna/Dolphin II. *Canadian Yearbook of International Law*, Vancouver, v. 33, p. 149-184, 1995.

SWITZER, Stephanie. International Trade Law and the Environment: Designing a Legal Framework to Curtail the Import of Unsustainably Produced Biofuel. *University College Dublin Law Review*, Dublin, v. 7, p. 1-28, 2007.

TIETENBERG, T.H. Economic Instruments for Environmental Regulation. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 6, n. 1, p. 17-33, 1990.

TRACHTMAN, Joel P. International Trade as a Vector in Domestic Regulatory Reform: Discrimination, Cost-Benefit Analysis, and Negotiations. *Fordham International Law Journal*, Nova Iorque, v. 24, p.726-743, 2000-2001.

VAN DEN BOSSCHE, Peter; PRÉVOST, Denise; MATTHEE, Mariëlle. WTO Rules on Technical Barriers to Trade. *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, Maastricht, 2005/6, outubro de 2005, p. 1-82.

VERRILL JR., Charles Owen. Maximum Carbon Intensity Limitations and the Agreement on Technical Barriers to Trade. *Carbon & Climate Law Review*, Berlin, v. 1/2008, p.43-53, 2008.

ZIEGLER, Andreas R. Is the World Trade Organization in Need of Ecological Reform? – A Close Look at the Existing Proposals by the European Parliament. *European Journal of Law Reform*, Utrecht, v. 1, p.137-152, 1999.

VOON, Tania. Sizing Up the WTO: Trade-Environment Conflict and the Kyoto Protocol. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, v. 10, p. 71-108, 2000-2001.

WHITE, Gillian. The 'Greening' of International Trade Law: Realistic Aim or Lost Cause?. *University of Tasmania Law Review*, Sandy Bay, v. 16, p. 266-289, 1997.

**Livros, monografias e relatórios no todo:**

ASAFU-ADJAYE, John. *Environmental Economics for Non-Economists: Techniques and Policies for Sustainable Development*. 2ª ed. London: World Scientific Publishing Co., 2000, 321 p.

BARACAT, Fabiano Augusto Piazza. *Barreiras ambientais ao comércio e sustentabilidade* [dissertação de mestrado]. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2010, 151 p.

CHOI, E. Kwan; HARTIGAN, James C. (Eds.). *Handbook of International Trade: Economic and Legal Analyses of Trade Policy and Institutions*. v. 2. Oxford: Blackwell Publishing Ltd., 2004, 575 p.

CONDON, Bradly J. *Trade, Environment and Sovereignty: Developing Coherence Between WTO Law, International Environmental Law and General International Law*. 2004, 342 p. Tese (PhD em Direito), Bond University, Queensland, 2004.

CONRAD, Christiane R. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 537 p.

COTTIER, Thomas; ELSIG, Manfred (Eds.). *Governing the World Trade Organization: Past, present and beyond Doha*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 348 p.

\_\_\_\_\_, Thomas; NARTOVA, Olga; BIGDELI, Sadeq Z. (Eds.). *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 437 p.

DALY, Herman. *Beyond Growth: The Economics of Sustainable Development*. Boston: Beacon Press, 1996, 253 p.

DIEBOLD, Nicolas F. *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, 390 p.

DiMENTO, Joseph F. C. *The Global Environment and International Law*. Austin: University of Texas Press, 2003, 261 p.

DUNN JR., Robert M.; MUTTI, John H. *International Economics*, 6ª ed., New York: Routledge, 2004, 518 p.

ESTY, Daniel C. *Greening the GATT*. Washington D.C.: Institute for International Economics, 1994, 319 p.

FRANKEL, Jeffrey. *Kyoto and Geneva: Linkage of the Climate Change Regime and the Trade Regime*. Cambridge: Harvard University John Kennedy School of Government Research Working Paper Series 04-042, outubro 2004.

\_\_\_\_\_, Jeffrey. *The Environment and Globalization*. Cambridge: Harvard University Weatherhead Center for International Affairs Working Paper Series, paper 03-02, maio 2003.

FURTADO, José I.; BELT, Tamara (Eds.). *Economic Development and Environmental Sustainability*. Washington D.C.: World Bank Institute, 2000, 125 p.

GALLAGHER, Kevin P. *Handbook on Trade and the Environment*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2008, 346 p.

GRAFTON, R. Quetin et al. *The Economics of the Environment and Natural Resources*. Oxford: Blackwell Publishing, 2004, 503 p.

HOEKMAN, Bernard M.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Economics, and Politics*. Londres: Routledge, 2007, 143 p.

IIEP. *The Environmental Impacts of Trade Liberalisation and Potential Flanking Measures*. Londres: IIEP, 2005, 159 p.

IISD. *Global Green Standards: ISSO 14000 and Sustainable Development*. Montreal: IISD, 1996, 106 p.

IISD; UNEP. *Environment and Trade: A Handbook*. 2 ed. Montreal, 2005, 139 p.

JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 361 p.

JAKOBSEN, Kjeld. *Comércio Internacional e Desenvolvimento. Do GATT à OMC: Discurso e Prática*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2005, 110 p.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to International Environmental Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 313 p.

KRUGMAN, Paul. R. OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional: Teoria e Política*. 5ª ed. São Paulo: Makron Books, 2001, 797 p.

LOUKA, Elli. *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 518 p.

LOW, Patrick. *International Trade and the Environment*. Washington D.C.: The World Bank, 1992, 375 p.

MARKANDYA, Anil et al. *Dictionary of Environmental Economics*. London: Earthscan Publications, 2002, 196 p.

MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006, 989 p.

MITCHELL, Andrew D. *Legal Principles in WTO Disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 308 p.

NAJAM, Adil; HALLE, Mark; MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo (Eds.). *Trade and Environment: a Resource Book*. Geneva: ICTSD, IISD, The Ring, 2007, 270 p.

OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. *Meio Ambiente e Desenvolvimento na Organização Mundial do Comércio*. São Paulo: Ed. IOB, 2006, 359 p.

PAUWELYN, Joost (Ed.). *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy, and the Environment*. Geneva: The Graduate Institute Centre for Trade and Economic Integration, 2010, 233 p.

PEET, Richard. *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*. 2ª ed. Londres: Zed Books, 2009, 290 p.

RAO, P.K. *The World Trade Organization and the Environment*. Londres: Palgrave Macmillan, 2000, 185 p.

REVESZ, Richard L.; SANDS, Philippe; STEWART, Richard B (Eds.). *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development: the United States, the European Union and the International Community*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 437 p.

SAMPSON, Gary P. *The WTO and Sustainable Development*. Hong Kong: UM University Press, 2005, 315 p.

\_\_\_\_\_, Gary P. (Eds.) *The Role of the World Trade Organization in Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, 298 p.

SANDS, Philippe. *Principles of International Environmental Law*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 1116 p.

SCHWABACH, Aaron. *International Environmental Disputes: a reference book*. Santa Barbara: ABC Clio, 2006, 341 p.

SCORSE, Jason. *What environmentalists need to know about economics*. New York: Palgrave Macmillan, 2010, 226 p.

SIEBERT, Horst. *Economics of the Environment: Theory and Policy*. 7ª ed. Berlim: Springer, 2008, 333 p.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 4ª ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010, 528 p.

STEGER, Debra P. (Ed.). *Redesigning the World Trade Organization for the twenty-first century*. Ottawa: CIGI e Wilfrid Laurier University Press, 2009, 488 p.



STONE, Christopher D. *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*. 3<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, 258 p.

TIETENBERG, Tom; LEWIS, Lynne. *Environmental and Natural Resource Economics*. 9<sup>a</sup> ed. Boston: Pearson, 2012, 666 p.

TISDELL, Clement A. *Economics of Environmental Conservation*. 2<sup>a</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2005, 288 p.

TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. *The Regulation of International Trade*. 2<sup>a</sup> ed. Londres: Routledge, 1995, 608 p.

UNEP. *The trade and Environmental Effects of Ecolabels: Assessment and Response*. Genebra, 2005, 44 p.

VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). *Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009, 302 p.

VERHOOSSEL, Gaëtan. *National Treatment and WTO Dispute Settlement*. Portland: Hart Publishing, 2002, 136 p.

VOIGT, Christina. *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*. Legal Aspects of Sustainable Development, v. 2, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 450 p.

VON MOLTKE, Konrad. *Whither MEAs? The Role of International Environmental Management in the Trade and Environment Agenda*. Montreal: IISD, 2001, 48 p.

WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H.; BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie (Eds.). *Reconciling Environment and Trade*. 2<sup>a</sup> ed. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 716 p.

WOERDMAN, Edwin. *The Institutional Economics of Market-Based Climate Policy*. Developments in Environmental Economics 7. Amsterdam: Elsevier B. V., 2004, 326 p.

### **Partes de livros, monografias:**

CHARNOVITZ, Steve. Environmental Harmonization and Trade Policy. In: ZAELKE, Durwood; ORBUCH, Paul; HOUSMAN, Rob (Ed.). *Trade and the Environment: Law, Economics and Policy*. Washington D.C.: Island Press, 1993, p. 267-286.

HUDEC, Robert F. 'Like Product': The Differences in Meaning in GATT Articles I and III. In: COTTIER, Thomas; MAVROIDIS, Petros (Eds.). *Regulatory barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, p. 101-123.

PAUWELYN, Joost. The unberable lightness of likeness. In: PANIZZON, Marion; POHL, Nicole; SAUVÉ, Pierre. *GATS and the Regulation of International Trade in Services*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 358-369.

PEREZ, Oren. International Trade Law and the Environment. In: RICHARDSON, Benjamin; WOOD, Stepan. *Environmental Law for Sustainability*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 381-413.

READ, Robert. Process and Production Methods and the Regulation of International Trade. In: PERDIKIS, Nicholas; READ, Robert (Ed.). *The WTO and the Regulation of International Trade: recent trade disputes between the European Union and the United States*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, cap. 11.

SINDEN, Amy. The 'Preference for Pollution' and Other Fallacies, or Why Free Trade Isn't Progress. In: MILLER, Russell A.; BRATSPIES, Rebecca M. (Eds.). *Progress in International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 771-792.

STEINBERG, Richard H. Power and Cooperation in International Environmental Law. In: GUZMAN, Andrew T.; SYKES, Alan O. (Ed.). *Research Handbook in International Economic Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007, cap. 12, p. 485-532.

UNCTAD. Technical Barriers to Trade. In: UNCTAD. *Dispute Settlement: World Trade Organization*. Nova Iorque: United Nations Press, 2003, cap. 3.10, p. 1-47.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. Principles of Non-Discrimination. In: \_\_\_\_\_. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, cap. 4, p. 369-443.

#### **Livros, monografias no todo em meio eletrônico:**

OMC. *World Trade Report 2008: Trade in a Globalizing World*. Genebra: OMC, 2008, p. 15. Disponível em: [http://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/world\\_trade\\_report08\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report08_e.pdf). Acesso em 02 mai. 2013.

POTTS, Jason. *The legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*. Winnipeg: IISD, 2008. Disponível em: [http://www.iisd.org/pdf/2007/ppms\\_gatt.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/ppms_gatt.pdf). Acesso em 07 abr. 2013.

#### **Artigos em periódicos eletrônicos:**

MACHADO DE ALMEIDA, Laíla. O Sistema de Comércio da OMC e o Regime Multilateral Ambiental: coexistência e conflito entre as duas esferas de regulação internacional. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, Belo Horizonte: CEDIN, v.9, 2º semestre de 2011, p.300-341. Disponível em: [http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume9/arquivos\\_pdf/sumario/Laila%20Machado.PDF](http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume9/arquivos_pdf/sumario/Laila%20Machado.PDF). Acesso em 10 mar. 2013.

MOÏSÉ, Evdokia; STEENBLIK, Ronald. Trade-Related Measures Based on Process and Production Methods in the Context of Climate Change Mitigation. *OECD Trade and Environment Working Papers*, n. 2011/04, 41 p. Disponível em: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kg6xssz26jg.pdf?expires=1365431354&id=id&accname=guest&checksum=B715E6BDA5BD08258BE3B7309AB2333F>>. Acesso em 20 mar. 2013.