

O *AMICUS CURIAE* E SUA PARTICIPAÇÃO NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Bruno Colodetti

Mestre em Direito pela
Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.
Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

Rubens Campana Tristão

Mestre em Direito pela
Universidade Federal do Estado do Espírito Santo.
Advogado.

RESUMO: Este breve ensaio visa, partindo de uma abordagem sobre a figura do *amicus curiae*, demonstrar como ocorreu o surgimento desse tipo de intervenção de terceiro, principalmente no que concerne ao direito internacional, para ao depois destacar, dentro do sistema de resolução de conflitos da Organização Mundial do Comércio, os aspectos negativos e positivos da utilização do instituto. A relevância da abordagem justifica-se diante dos conflitos surgidos dentro da Organização Mundial do Comércio, que cada vez mais necessitam de conhecimentos técnicos específicos para serem entendidos e debatidos pelos membros do Órgão de Solução de Conflitos daquela Organização, o que traz à tona o debate acerca da possibilidade deste tipo de intervenção naquele procedimento extrajudicial de solução de conflitos patrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus Curiae* – Organização Mundial do Comércio – Solução Extrajudicial de Conflitos Patrimoniais – Participação

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O *amicus curiae* e sua configuração no ordenamento jurídico brasileiro e no direito internacional. 3. A Organização Mundial do Comércio

e seu modelo para solução de conflitos patrimoniais. 4. A participação do *amicus curiae* no órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com o crescimento verificado em tempos recentes nas relações negociais entre os países, aliado ao conseqüente incremento do processo de globalização de capitais, mercadorias e da própria produção, tornou-se comum o surgimento de conflitos comerciais entre os Estados, os quais devem ser solucionados de bom modo e até evitados, a fim de não potencializar as questões políticas que muitas vezes estão subjacentes.

É diante dessa realidade que organismos internacionais, capazes de regulamentar as disparidades decorrentes dessas relações internacionais, bem como solucionar eventuais desentendimentos, tornaram-se de suma importância para a convivência harmônica e estável dos países no campo comercial.

Um dos principais atores desse cenário é a Organização Mundial do Comércio (OMC), organismo internacional cujo objetivo primordial é a construção, defesa e desenvolvimento do sistema mundial do comércio.

Apesar de não possuir caráter judicial, a OMC funciona, em *ultima ratio*, como um verdadeiro tribunal para a solução dos conflitos advindos do comércio internacional, por intermédio da atuação de seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

O sistema de solução de controvérsias adotado pela OMC não visa a estimular a litigiosidade de seus membros. Pelo contrário, seu objetivo maior é a observância, por parte de seus Estados membros, dos termos previstos nos acordos firmados em seu âmbito, solucionando os impasses surgidos preferencialmente de forma negociada.

Reflexo disso é que sistema de solução de controvérsia da OMC manteve o caráter estatal dos entes habilitados para atuar em seu procedimento. Assim, seja como parte reclamante ou reclamada, seja como terceiro interessado, as previsões do Dispute Settlement Understanding (DSU) centram-se nos Estados soberanos.

Vale dizer, apenas possuem legitimidade para participar do procedimento de solução de controvérsia os Estados membros da OMC, não podendo

ser partes nessa relação os demais entes, públicos ou privados, mesmo que direta ou indiretamente afetados pelas deliberações tomadas por aquele Órgão.

Todavia, à medida que a OMC adquire maior influência nas políticas comerciais e interfere nos sistemas de produção dos países e das empresas transnacionais, percebe-se um maior interesse por parte de grupos não-estatais atingidos pelos acordos celebrados em seu âmbito e, sobremaneira, pelas decisões de seu Órgão de Solução de Controvérsias. Surge, então, a necessidade de maior democratização e transparência da OMC, a partir de uma maior participação de atores sociais interessados, sejam eles membros ou não.

Soma-se a isso o fato de que os conflitos surgidos cada vez mais necessitam de conhecimentos técnicos específicos para serem inteiramente compreendidos e debatidos pelos componentes do Órgão de Solução de Controvérsias. Desse modo, a participação de entidades capazes de fornecer melhores esclarecimentos e subsídios passa a ser fundamental para um atuar legítimo do mencionado Órgão.

Nesse novel contexto é que surge a discussão acerca da forma de intervenção e do modo de participação do *amicus curiae* no procedimento do OSC da Organização Mundial do Comércio, como terceiro que, mesmo não sendo parte no procedimento de solução de controvérsias, intervém para prestar informações sobre a matéria objeto da controvérsia, a fim de enriquecer e democratizar os debates ali havidos.

Porém um estudo da participação do *amicus curiae* no âmbito da OMC deve ser, antes de tudo, um estudo de casos. Com efeito, a possibilidade e os limites da atuação do *amicus curiae* nessa seara é resultado de uma lenta e progressiva evolução do entendimento da OSC esposados em casos concretos, que, diga-se de passagem, parece ainda não ter terminado.

Não por outro motivo que o ponto central deste ensaio será a análise dos casos nos quais a atuação dessa figura jurídica entrou em pauta, sem prejuízo, todavia, do necessário estudo de outras premissas teóricas que são necessárias ao esboço enfrentamento do tema.

2. AMICUS CURIAE E SUA CONFIGURAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NO DIREITO INTERNACIONAL

Instituto que tem origens remotas no direito romano⁵, a figura do *amicus curiae* teve seu desenvolvimento em momento posterior no direito penal inglês medieval. Contudo, foi no sistema jurídico norte-americano que o instituto alcançou seu ápice, principalmente a partir da metade do século passado⁶.

Em termos jurídicos⁷, o instituto é definido como o terceiro que atua no processo para prestar ao magistrado informações ou esclarecer questões técnicas, inclusive jurídicas, que interessam estritamente à resolução da causa, no intuito de auxiliar, com suas ponderações, a construção de uma decisão justa.

Das premissas que compõem a supracitada definição, colhe-se que o modelo teórico do instituto em apreço prevê uma figura de relevante participação no iter processual, haja vista que não atua em razão dos interesses das partes que compõem a lide ou em seu próprio interesse, mas

⁵ Cássio Scarpinella Bueno, citando historiadores de escol, como Elisabetta Silvestri e Giovanni Criscuoli, explica que o juiz romano poderia requisitar informações e complementar seu conhecimento jurídico para decidir uma *actio* com o auxílio do *consilium*, órgão composto por renomados sábios de diversas áreas do conhecimento humano, como política, financeira, religiosa, administrativa, militar, legislativa e até mesmo judiciária. A utilização das informações dos *consiliaris*, informa, foi muito comum em todo o período do direito romano, da era arcaica e ao longo de todo o império. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.88)

⁶ Caso célebre que exemplifica a intervenção do *amicus curiae* na justiça norte-americana foi o *Gideon vs Wainwright*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 18 de março de 1963. Em suma, Clarence Earl Gideon foi julgado e condenado pela justiça Estadual da Flórida por um crime de invasão de domicílio, sem que um advogado participasse da sua defesa. A justiça estadual, com base na legislação local, justificou seu entendimento sob o fundamento de que a lei somente previa a nomeação de advogado dativo para crimes passíveis de pena capital, o que não era o caso. O réu recorreu à Suprema Corte por meio de um *habeas corpus*. Nessa esteira, ingressaram como *amicus curiae* no processo várias entidades de defesa dos direitos humanos, como a *American Civil Liberties Union*, além de famosos juristas da época, os quais fornecerem pareceres contendo informações vitais à decisão da Suprema Corte. Ao analisar o processo, o juiz Hugo Black, verificou a existência de precedentes jurisprudenciais trazidos aos autos pelos terceiros intervenientes, entendeu que em todo e qualquer julgamento criminal a presença de advogado era necessidade e não superfluidade, reformando a decisão recorrida. Para maiores detalhes, consultar o brilhante artigo de Adhemar Ferreira Maciel: *Amicus Curiae, um instituto democrático*. Repró n.º 106, abril-junho de 2002. p. 281/284.

⁷ SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 104.

sim no elevado intuito de concretizar o próprio exercício da cidadania e a preservação dos princípios gerais do direito.

No âmbito do direito brasileiro, a discussão sobre a natureza jurídica do “amigo da Corte” há muito se impõe. Há quem o defina como verdadeiro auxiliar da justiça⁸. Outra parcela defende que o instituto configura um tipo de intervenção de terceiro. Porém, nem mesmo os Tribunais Superiores não firmaram conclusão acerca de sua natureza jurídica⁹.

Pensamos, todavia, que qualificar o *amicus curiae* como auxiliar do juízo não é a forma mais correta para se entender a natureza desse instituto no ordenamento brasileiro, haja vista que, por expressa dicção legal, não se enquadraria na definição trazida pelo Código de Processo para tanto.¹⁰

Decerto também que, dadas as suas peculiaridades e características, o instituto não guarda identidade ou semelhança com quaisquer das hipóteses de intervenção de terceiro previstas no Código de Processo Civil, quais sejam, assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia à lide e chamamento ao processo. Isso porque esses institutos possuem conceitos bem diversos das notas essenciais verificadas no *amicus curiae*, os quais são bem resumidos por Athos Gusmão Carneiro na seguinte passagem¹¹:

⁸ Nesse sentido, o entendimento de Carlos Rodrigues Del Prá, justificando que a função do *amicus curiae* dentro do processo nada mais é do que auxiliar o juízo, da mesma forma como o perito judicial. (DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus Curiae - Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007. *passim*.).

⁹ “Até a presente data, poucas foram as manifestações dos Tribunais Superiores acerca da disciplina do *amicus curiae*. Em sua jurisprudência, todavia, já se reconheceu a importância política do instituto. De maneira geral, a abordagem do instituto cinge-se a aspectos procedimentais, como a qualificação do amigo da Corte como parte ou terceiro, bem como questões de competência e sobre a possibilidade de sustentação oral durante a sessão de julgamento. [...] Por outro lado, o STF demonstra-se vacilante na conceituação jurídica do *amicus curiae*, por vezes afirmando ser modalidade de intervenção de terceiros, por outras negando-lhe esta condição, ora admitindo não integrar o *amicus curiae* a relação processual, outras vezes afirmando sua inserção. (CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Repro n.º 117. setembro-outubro, 2004. p. 37)

¹⁰ Nesse mister, o artigo 139 do CPC define que são auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 53-56.

Assistência. O assistente ingressa no processo não como parte, mas apenas como coadjuvante da parte (é “parte secundária”, segundo alguns), isto é, buscando auxiliar a defesa dos interesses do seu “assistido”, que tanto pode ser o demandante como o demandado. [...] Oposição. O oponente ingressa no processo pendente, apresentando uma “pretensão própria” sobre a coisa ou o direito objeto da lide; busca fazer com que sua pretensão, dele oponente, prevaleça sobre as pretensões tanto do autor quanto do réu. [...] Denúnciação da lide. Mediante o instituto da “denúnciação da lide” uma das partes (mais freqüentemente o réu) como “denunciante”, promove no mesmo processo uma “ação regressiva” contra terceiro – o “denunciado”. Citado, o terceiro torna-se réu na ação de denúnciação. [...] Chamamento ao processo. Pelo instituto do “chamamento ao processo”, o réu B tem a faculdade de fazer citar um terceiro, para que ele ingresse no processo como seu litisconsorte. Amplia-se, assim, pela vontade de B, o pólo passivo da relação processual.

Ante tal ponderação, vê-se claramente que as intervenções denominadas oposição, denúnciação a lide e chamamento ao processo, por definição, sempre possuem o condão de alterar subjetivamente a relação processual, seja para substituir, alterar ou integrar novos sujeitos aos pólos da demanda já existente, o que não ocorre, a toda evidência, na intervenção processual do *amicus curiae*, que não pode ser considerado parte no processo.

Embora com mais dificuldade, a mesma conclusão se chega quanto à figura da Assistência, que, tanto na modalidade simples quanto na modalidade litisconsorcial, depende, para sua caracterização, da existência de relação jurídica havida entre o Assistente e uma das partes, que será afetada pela decisão meritória a ser dimanada no processo¹². Tal

¹² “Na assistência simples, definida pelo art. 50 do CPC, temos como elemento caracterizador o fato de que o assistente intervém no processo para ajudar o assistido a fim de que a sentença lhe

circunstância distancia essa figura processual do *amicus curiae*, na medida em que este não precisa manter relação jurídica com qualquer das partes, nem sequer terá de suportar os efeitos do julgamento, inclusive da coisa julgada.

Não se pode olvidar, sobremais, que as típicas intervenções de terceiro exigem dos interessados a demonstração de interesse jurídico¹³ na demanda, o que não ocorre com o *amicus curiae*, o qual, para ingressar no processo, basta demonstrar interesse político¹⁴ para o desfecho da lide.

Diante dessas considerações, pensamos ser o instituto do amigo da Corte uma modalidade atípica de intervenção de terceiros¹⁵, quando se tem em conta as figuras comumente previstas nos códigos processuais, pois, teoricamente, sua participação no processo possui natureza meramente informativa, consultiva. Nesse sentido é a lição de Antônio do Passo Cabral¹⁶:

Entendemos que, diante do conceito de terceiro e da etimologia da palavra intervenção, deve ser considerada a manifestação do *amicus curiae* como intervenção de terceiros. Mas as semelhanças

seja favorável. Isto porque, reflexamente, a esfera jurídica do assistente será afetada com a sentença proferida no processo em que ele visa ingressar como interveniente. Há, pois, relação jurídica entre o assistido e o assistente, que, reflexa e juridicamente, será atingida pela sentença”. [...] “A assistência litisconsorcial, prevista no art. 54 do CPC, caracteriza-se pelo fato de que existe uma relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido e, mais ainda, que a coisa julgada proferida no processo em que ingressará o assistente irá afetar diretamente a sua esfera jurídica, e, de modo idêntico, à afetação do assistido”. (RODRIGUES, Abelha Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 1., p. 302-305).

¹³ No abalizado entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, o interesse jurídico é representado pelos reflexos jurídicos que os resultados do processo possam projetar sobre a esfera de direitos do terceiro. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.386).

¹⁴ “O *amicus curiae* não precisa demonstrar interesse jurídico. Sua atuação decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por meio do processo. A importância de sua intervenção é política e seu interesse é ideológico, de exercer parcela de participação manifestando-se nos autos”. (CABRAL, Antônio do Passo. op. cit. p. 19).

¹⁵ Até por conta da amplitude do conceito processual de terceiros, que engloba inclusive os sujeitos que são totalmente indiferentes à sentença proferida em processo alheio. (Cf. RODRIGUES, Abelha Marcelo. op. cit. p. 301).

¹⁶ Idem. Ibidem. p. 17.

terminam por aí. Esta modalidade de intervenção guarda características próprias que a diferencia das formas clássicas de ingresso de sujeitos estranhos ao processo previstas no Código de Processo Civil e que ganham similares em inúmeros ordenamentos estrangeiros. O amigo da Corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional) e sua intervenção pode ser classificada como atípica.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁷, em brilhante obra sobre o tema, destaca que não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma referência legislativa que empregue expressamente o termo *amicus curiae*, apesar de ser exatamente essa a figura que se amolda perfeitamente em algumas situações jurídicas descritas pela legislação¹⁸. O citado jurista traz exemplos do que no seu entendimento seriam normas que se traduzem em “referenciais do *amicus curiae* no direito brasileiro”.

Seguindo, pois, essa abalizada doutrina, a primeira norma com essa natureza está contida na Lei n.º 6.385/1976, que criou no país a Comissão de Valores Mobiliários, uma entidade autárquica vinculada ao Ministério da Economia. Seu artigo 31 prevê que tal comissão atuará como um verdadeiro *amicus curiae* nos processos judiciais que tiverem por objeto matéria incluída no rol de sua competência, interpretando e esclarecendo fatos inerentes ao mercado de capitais para o Poder Judiciário poder embasar com dados técnicos suas decisões.

A doutrina¹⁹, aliás, justifica a relevância de tal intervenção nesses casos:

Não é fácil entender o mecanismo do Mercado de Capitais. São freqüentes os ligeiros artifícios,

¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit. *passim*.

¹⁸ Registra-se, por oportuno, que o único ato normativo que utiliza a expressão *amicus curiae* é o art. 23, §1º da Resolução n.º 390 do Conselho da Justiça Federal, ao tratar da possibilidade de apresentação de memoriais e oferta de sustentação oral por terceiros interessados nas sessões de julgamento da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

¹⁹ TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como “amicus curiae”*. Revista dos Tribunais. Abril de 1993. Vol. 690. p. 286/287.

visando a resultado rendoso e muito se implica na investigação restrospectiva dos fatos. Nos negócios de Bolsa de Valores, ou mesmo no mercado de balcão (over-the-counter-market), aparece a blandícia vulpiana, o enredo sutil, a aracnídea urdidura, tudo sob o império vigilante do jogo da inteligência. O juiz, pela própria natureza de sua formação profissional, não está em condições de resolver todos os problemas que se apresentam à sua apreciação. Depende, portanto, dos esclarecimentos que lhe são fornecidos pelos técnicos da CVM. Assim, a Comissão de Valores Mobiliários deverá traduzir para o juiz aquelas impressões e conclusões que colheram no exame dos fatos do processo, tornando acessível ao conhecimento do magistrado aquilo que normalmente ele não poderia conseguir sozinho, ou somente o conseguiria, após um ingente esforço. Embora não fique o juiz adstrito ao parecer e aos esclarecimentos da CVM, podendo dela divergir, o certo é que a opinião do técnico do Mercado de Capitais é essencial ao esclarecimento dos fatos e forma um contingente imprescindível para a boa compreensão das questões postas em debate.

Tem-se, no mesmo prisma, a Lei n.º 8.884/1994, que ao transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, previu em seu art. 89 que esse Órgão deverá ser intimado para intervir nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da referida Lei. Nesse mesmo sentido há o Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994), que, nos termos do parágrafo único de seu art. 49, autoriza os Presidentes dos Conselhos e das Subseções a intervir nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.

Também a Lei n.º 9.279/1996, ao regular direitos e obrigações sobre a propriedade industrial, traz a possibilidade do Instituto Nacional da Propriedade Industrial intervir nos processos que versarem sobre marcas

e patentes. Já a Lei n.º 9.469/97, previu em seu art. 5º, parágrafo único a possibilidade de intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta.

Da mesma forma, a Lei n.º 9.868/1999, ao tratar sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, passou a admitir essa intervenção nessas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade, como bem determina o parágrafo 2º de seu art. 7º²⁰.

De qualquer sorte, é válido ressaltar que, considerando o procedimento previsto e os limites de atuação, tem entendido a jurisprudência que tais hipóteses, acima versadas, efetivamente configuram exemplos que exprimem a existência do *amicus curiae* no processo civil brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, aliás, reconhece expressamente que a legislação viabiliza a utilização do instituto²¹.

Certo é que, apesar da possibilidade dessa modalidade de intervenção de terceiros ocorrer no direito nacional, o instituto ainda não se encontra tão desenvolvido no Brasil e nem é tão utilizado como acontece em outros países, especialmente, nos Estados Unidos da América²².

²⁰ Note-se que o *caput* do art. 7º da Lei n.º 9.868/1999, ao proibir a intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, faz referência, por óbvio, às intervenções de terceiros previstas no Código de Processo Civil.

²¹ “[...] O *amicus curiae* poderá atuar na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de Lei Federal. O escopo da edição da norma legal viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” é o de permitir ao julgador maiores elementos para a solução do conflito, que envolve, de regra, a defesa de matéria considerada de relevante interesse social. Intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, a presença do *amicus curiae* no feito não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à ordem constitucional. [...]” (STF, ADI-ED 2591/DF, Rel. Ministro EROS GRAU, DJ 13-04-2007 PP-00083). No mesmo sentido, em outra oportunidade, aquela Excelsa Corte manifestou o entendimento de que a intervenção do *amicus curiae*: “[...] qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais ou relevantes de grupos, classes ou estratos sociais” (STF, ADIn 2.130-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática publicada no DJU de 02.02.01).

²² “O direito anglo-americano, como se sabe, não é, como o nosso (romano-germânico), um direito legal. É um direito judicial (*judge-made law*). Assim, as decisões dos tribunais, por causa dos precedentes (*stare decisis*), é que vão dizer o que a lei significa, trate-se de *common law*, *equity*,

Na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros verifica-se que o amigo da Corte possui ampla aplicabilidade, notadamente nos países que adotam como tradição jurídica o sistema da common law. Nesse ponto, além dos ordenamentos jurídicos norte- americano²³ e inglês, no direito de países como Canadá, Austrália e Hong Kong, o instituto tem também grande expressão, conforme expõe Cássio Scarpinella Bueno²⁴:

No Canadá, a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* é expressamente prevista na Rule 92, das Rules of the Supreme Court of Canada. De acordo com a regra, “The Court or a judge may appoint an *amicus curiae* in an appeal.” De sua parte, a Rule 13.02 das Rules of Civil Procedure de Ontário tem a seguinte redação: “Any person may, with leave of a judge or at the invitation of the presiding judge or master, and without becoming a party to the proceeding, intervene as a friend of the court for the purpose of rendering assistance to the court by way of argument”. A regra, de sua parte, é complementada pelas de n. 13.03 (1) e 13.03 (2), que disciplinam o órgão competente para a autorização do ingresso do *amicus curiae* perante o primeiro grau e perante o segundo grau de jurisdição, respectivamente. Segundo Antônio do Passo Cabral, a aplicação do instituto na Austrália dá-se pela praxe judiciária, mas ainda não há sistematização legal sobre o assunto. O autor, contudo, faz menção expressa à Order 11 Rule 22 e à Order 17 Rule 1, que tratariam do tema. Em Hong Kong, segundo nos dá notícia Johannes Chan, a

act, ordinance ou mesmo *by-law*. No Brasil, salvo as causas julgadas abstratamente (controle concentrado), as decisões judiciais valem para as partes, não tendo força *erga omnes*.”(MACIEL, Adhemar Ferreira. op. cit. p. 281).

²³ A Rule 37 do Regimento Interno da Suprema Corte dos Estados Unidos dispõe expressamente seis itens e sub-itens sobre o denominado *brief for an Amicus Curiae* naquele Tribunal, delineando os requisitos e pressupostos para que possa ocorrer a intervenção deste terceiro nos casos analisados por aquela Corte.

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. op. cit. p. 108-109.

prática judiciária segue, basicamente, a inglesa. Não obstante, é bastante reduzido o número de *amicus curiae*. De 1942 a 1997, apenas 31 casos de *amicus* são relatados, enquanto, no mesmo período, 874 casos se verificaram na Inglaterra.

Todavia, a figura do *amicus curiae* também está presente em ordenamentos de países estrangeiros que, assim como o Brasil, tem por tradição jurídica o sistema do civil law. Cássio Scarpinella Bueno²⁵ ressalta que no direito francês, à falta de expressa previsão legal, os juristas e doutrinadores daquele país tem entendido que a utilização do instituto decorre basicamente de derivação das regras de produção de prova, que, em última análise, conferem ao magistrado a possibilidade de colher todos os elementos possíveis para a formação de seu convencimento. Fundamentam esse entendimento também no fato de que a manifestação do *amicus curiae* representa a incidência dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Nessa mesma linha, o citado doutrinador²⁶ nos noticia que o mesmo fenômeno ocorre nos ordenamentos jurídicos italiano e argentino, que apesar de não possuírem expressa previsão legal para a intervenção do amigo da Corte, cada vez mais tem admitido a participação de tal figura no procedimento, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade. Ante tais constatações, conclui o jurista²⁷:

O que nos parece digno de nota, contudo, é que, no âmbito do direito internacional, a participação do *amicus* deve ser enaltecida justamente – como ocorria nas suas origens mais remotas – para que o magistrado possa reunir o maior número de informações possível, de fato e de direito, para, “bem” julgar, já que é muitas vezes pela atividade daquele interveniente que ele reunirá condições para melhor entender o contexto adequado da

²⁵ Idem. Ibidem. p. 110.

²⁶ Idem. Ibidem. p. 112-118.

²⁷ Idem. Ibidem. p. 123-124.

aplicação da regra.

Feitas essas ponderações, claro se demonstra que a intervenção do *amicus curiae* nos processos e sua contribuição para as decisões judiciais é fenômeno corrente, servindo, inclusive, como fator de legitimação e fundamento para as decisões. No entender de Milton Luiz Pereira²⁸, isso se justifica pelo fato de que as relações processuais não podem mais ficar submissas ao tecnicismo exacerbado ou retilíneo, devendo movimentar-se na direção do dinamismo social reinante incorporado à extensão econômica, cultural, política e social instalada pela globalização.

3. A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E SEU MODELO PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O Direito Internacional Público sempre se embasou nas regras trazidas por Tratados e costumes, ou seja, sempre se lastrou em normas de reconhecimento de direitos e deveres de um Estado para com outro. Todavia, essas regras de conduta raramente previam um modelo para solucionar eventual inobservância, por um dos entes políticos, dos acordos firmados. Os países, pois, ficavam na dependência da habilidade de seus diplomatas para solucionar as controvérsias eventualmente surgidas no campo das relações internacionais.

Na área da economia que, historicamente, sempre foi fator determinante de conflitos entre os Estados²⁹, a situação nunca se mostrou diferente e, dada a evolução do comércio mundial pós-segunda Guerra, no sentido da maior abertura dos mercados de bens, serviços e capitais, apenas os

²⁸ PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae*: intervenção de terceiros. Repro n.º 109. Janeiro-março, 2003. p. 41.

²⁹ “De uma certa forma, o comércio internacional esteve por trás das grandes guerras modernas. Todas as guerras por fronteiras e território trazem motivo econômico, ligado também ao comércio. Além disso, práticas muito comuns até então, que hoje seriam consideradas desleais (diplomacia secreta, favorecimentos bilaterais), diminuía as expectativas dos países na economia internacional, e o clima de receio disso advindo mostrou-se propício a conflitos. A consciência de que a economia podia gerar conflitos, se não fosse baseada num padrão minimamente confiável, aliada à nova idéia de paz, traz o tema de uma Ordem Econômica Internacional” (GATTEI, Marília Machado. *A importância da jurisdicionalização dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC*. in Direito do Comércio Internacional. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira: 2002. p. 111-112)

Tratados e costumes não se mostravam mais suficientes para harmonizar ditas relações econômicas internacionais. Como bem constata a Doutrina³⁰:

A transformação da economia mundial é um dado incontestável: países que até recentemente estavam fechados para investimentos estrangeiros e, mais ainda, para a concorrência de empresas estrangeiras vêm progressivamente admitindo a entrada do capital estrangeiro, assim como vem aumentando o número de empresas que passaram a atuar internacionalmente, expandindo suas atividades. Como consequência, mercados de bens e de serviços, que também eram reconhecidos tradicionalmente como nacionais, passaram a apresentar-se como regionais e, em muitos casos, como internacionais.

Foi a partir da Conferência de Bretton Woods, realizada em 1944, que esse panorama começou a mudar. Iniciou-se, desde então, um longo e árduo processo de acordos formalizados entre os Estados, que visavam reconstruir a ordem financeira, econômica e política internacional. Como bem explica Welber Barral³¹:

A partir daquele encontro histórico, firmaram-se as bases para a estruturação de uma ordem jurídica internacional, calcada na criação de instituições internacionais com poder regulatório, destinadas a evitar crises econômicas do período entre guerras. Daquela reunião surgiram os projetos para a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), e para a criação de uma

³⁰ SANTOS, Maria Cecília de Andrade. A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais. Abril-junho de 2001. p. 228-229.

³¹ BARRAL, Welber. *Organização Mundial do Comércio*. in *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004. p. 31

Organização Internacional do Comércio (OIC). Os dois primeiros projetos tiveram melhor sorte, mas a OIC nunca se concretizou, fundamentalmente em razão da oposição do senado norte-americano. Em seu lugar, entrou provisoriamente em vigor o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), cujo objetivo primordial era servir como o foro de negociação para a redução de barreiras tarifárias.

Foi a partir desse Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) que os países passaram a realizar diversas negociações (chamadas de rodadas), para elaboração de um verdadeiro órgão internacional que pudesse reger as normas de comércio mundial. Isso porque o GATT não se demonstrava apto e suficiente para tanto, porquanto ainda apresentava diversas falhas, tais como a pouca transparência de procedimento e a grande pressão e manipulação dos governos dos Estados mais poderosos sobre os membros de seus Órgãos administrativos.

De fato, foi na rodada do Uruguai, iniciada em 1986, que se chegou a um acordo final para a ampla liberalização do comércio de produtos e serviços, regido por um organismo internacional. Todavia, a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) apenas foi efetivada na cidade de Marrakesh, em 15 de abril de 1994, vigorando a partir de 1º de janeiro de 1995.

A OMC surge, então, como um organismo multilateral, internacional, para construção, defesa e desenvolvimento do sistema mundial do comércio³². É, pois, independente, tanto orgânica quanto funcionalmente, estabelecido por iniciativa de seus próprios membros, por meio de um acordo constitutivo. É de se notar que a OMC englobou e aperfeiçoou

³² “A OMC representou, com sua criação, algo novo, inerente ao mundo pós-Guerra Fria e à lógica da globalização: a aceitação praticamente *erga omnes* de uma visão gattiana ampliada – GATT *plus* – de organização da economia mundial. Esta universalização de uma visão, cujas pujança e hegemonia econômica eram indiscutíveis – (pujança que resultava da abertura do espaço inter-estadual, por vários tipos de mecanismos, a uma circulação bastante livre de recursos como mercadorias, serviços, tecnologia, investimentos, num processo conduzido pelos estados e por atores privados e estimulado pelos descobrimentos técnicos que reduziam o tempo e o custo dos transportes e das comunicações) – traduziu-se, no campo econômico, para recorrer a uma fórmula de Raymond Aron, à passagem de um *sistema internacional heterogêneo* (de valores contrapostos) para um *sistema internacional homogêneo, de uma visão compartilhada*.” (LAFFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.108).

as regras fixadas pelo antigo GATT, incluindo em sua estrutura também as modificações decorrentes de posteriores acordos firmados entre os membros, no intuito de estabilizar as relações comerciais em nível mundial. Eis o que diz a doutrina quanto a esse aspecto³³:

A OMC aprimorou esta estabilização incorporando as regras de conduta do GATT e reforçando-lhe o sistema de exigibilidade das mesmas. O novo sistema aumenta a confiabilidade do comércio internacional, não só pela obrigatoriedade de prerrogativas recíprocas e legitimidade que busca na negociação de regras, no incentivo de acordos; mas, principalmente, pela fiscalização dessas regras e instrumentos para fazer cumprir acordos e decisões.

Welber Barral³⁴ explica que a OMC surge com os objetivos primordiais de administrar o sistema de solução de controvérsias, implementar os acordos firmados, servir como foro de negociações e monitorar as políticas comerciais dos seus membros. Assim, em última análise, o que se pode concluir é que a organização visa a aplicar os princípios que objetivam conferir igualdade às relações comerciais havidas entre os países, consubstanciando os ideários do livre comércio. Como afirma José Cretella Neto: *Livre comércio, livre concorrência, não discriminação. Sobre esses três pilares se assenta a Organização Mundial do Comércio – OMC -, a mais importante entidade destinada a regular as trocas internacionais de bens materiais e imateriais.*³⁵

A estrutura da OMC é detalhada no Artigo IV do Tratado de Marrakesh. Válido ressaltar, aqui, que o órgão máximo da Organização é o Conselho Ministerial, composto por representantes de todos os países membros. Esse órgão se reúne, no mínimo, a cada dois anos. Possui competência para

³³ GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 112.

³⁴ BARRAL, Welber. op. cit. p.34.

³⁵ CRETELLA NETO, José. *Mecanismo processual de solução de controvérsia da Organização Mundial do Comércio – OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional*. Revista Forense, vol. 365. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

decidir acerca de todas as matérias dentro de qualquer acordo multilateral, sendo integrado por Ministros de Relações Exteriores ou Ministros de Comércio Externo dos países membros.

Logo abaixo na estrutura hierárquica da OMC está o denominado Conselho Geral. Constituindo-se como órgão diretivo da OMC, é também composto por representantes de todos os membros, normalmente pelos embaixadores das nações.

Há, ainda, o chamado Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)³⁶, criado como um mecanismo para solucionar os conflitos de interesses surgidos nas relações comerciais havidas entre os países membros. O papel desse órgão é de fundamental importância para a força institucional da OMC, como salienta a seguinte passagem doutrinária³⁷:

Podemos dizer que o sistema anterior perfazia as características de institucionalização e cambaleante procedimentalização e universalização. O sistema OMC reforça a institucionalização (o acordo vira Organização Internacional), estabelece definitivamente a procedimentalização e universalização (muitos países se juntaram ao Acordo na Rodada Uruguai) e traz jurisdicionalização até então desconhecida. Especialistas são unânimes em afirmar que a maior conquista da Rodada do Uruguai foi o sistema de solução de controvérsias, com previsão de mais normas de adjudicação que o fazem cada vez menos depender do voluntarismo estatal para sua efetivação, claro sinal de aumento da jurisdicionalidade. Isso colabora para a previsibilidade do sistema, evitando sua erosão. Essa tendência pode ser sentida nas mudanças percebidas do cotejo entre os dois sistemas.”

Deve ser ressaltado que, desde o início das discussões levantadas na rodada do Uruguai, um dos temas mais relevantes postos à negociação entre

³⁶ *Dispute Settlement Body*, em inglês.

³⁷ GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 116.

os países era a criação de um modelo, baseado em regras e procedimentos fixos, para solucionar os impasses surgidos, haja vista que um grupo de países ainda defendia a idéia de que os conflitos deveriam ser solucionados apenas entre os dois Estados envolvidos, diplomaticamente ou não, sem a necessidade interventiva de uma outra entidade estranha aos litigantes. O resultado desses debates foi a elaboração do acordo denominado Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC), obrigatório³⁸ a todos os membros da OMC, donde advém as diretrizes do agir do Órgão de Solução de Controvérsias.

Dessa forma, previsto no Anexo 2 do Tratado de Marrakesh, o procedimento³⁹ a ser observado para a solução de controvérsias está dividido em quatro fases: consultas, painéis, apelação e implementação da decisão.

No que cerne às consultas, tem-se que essa fase está prevista no artigo 4º do ESC, e configura o início do procedimento de solução de controvérsias, por meio do qual o membro demandante, por escrito, comunica ao outro (ou outros) sobre uma possível não observância ou sobre a interpretação divergente que este esteja conferido a um acordo da OMC. A parte demandante deverá, também, informar de forma confidencial ao OSC sobre a consulta formulada e sobre a possibilidade de disputa. A parte demandada, por sua vez, deve responder ao pedido em dez dias e, ainda, formular consultas ao membro demandante no prazo de trinta, a fim de

³⁸ “A primeira observação a ser feita sobre o sistema de solução de controvérsias da OMC, é a de que, enquanto expressão de codificação e desenvolvimento progressivo do GATT, não é mero fruto de prática e interpretação. É uma obrigação, de outra hierarquia jurídica, posto que contemplada pelo próprio tratado constitutivo da OMC e enquanto tal obriga a todos os estados-membros e deve ser cumprida de boa-fé (cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – art. 26). Em outras palavras, é parte do quadro constitutivo de uma nova organização – ela própria dotada de subjetividade internacional especializada, distinta dos seus membros – o que não acontecia com o GATT – que era de natureza contratual” (LAFFER, Celso. op. cit. p. 121)

³⁹ “O exame da estrutura do Anexo 2, verdadeiro Código de Processo da OMC, permite compreender melhor o mecanismo quase-jurisdicional empregado na Organização Mundial de Comércio para a solução de controvérsias entre seus Membros. O referido Anexo 2 cria as condições para o funcionamento de um sistema mais próximo de um mecanismo obrigatório e de tipo arbitral, que sobre a competência de atuação por via normativa derivada conferida aos órgãos da instituição. O mecanismo incorpora elementos de procedimento judiciário internacional, bilateralismo e multilateralismo, automatismo legal e controle organizacional em um conjunto que busca conciliar a flexibilidade requerida no ajuste econômico com a necessidade de respeitar a norma jurídica.” (CRETELLA NETO, José. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio – OMC: causuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 76)

se chegar a uma solução satisfatória aos interesses de ambas as partes. Todavia, caso a parte demandada se mantenha inerte ou caso os membros não conciliem, é possível ao demandante pleitear o estabelecimento de um painel ao OSC para solucionar o impasse.

Essa segunda fase (a dos painéis), com previsão nos artigos 6º a 16 do ESC, funciona de forma similar a um tribunal, sendo considerada a primeira instância do OSC. Forma-se um grupo especial, composto por três e, excepcionalmente, por cinco especialistas selecionados para o caso. As partes envolvidas na controvérsia é que devem indicar, de comum acordo, com base em nomes sugeridos pelo Secretariado, os seus componentes. Uma vez estabelecido o grupo, seus componentes, após avaliarem os argumentos expendidos na inicial e na contestação, possuem o prazo de seis meses para apresentar o relatório final⁴⁰. Esse relatório, após ser submetido ao exame de todos os membros da OMC, será apreciado pelos membros do OSC. Nessa sessão, os membros devem adotar o relatório como solução para a controvérsia trazida à análise. Isso não ocorrerá, todavia, se um dos membros comunicar que pretende apelar da conclusão versada no relatório. Nessa hipótese, a controvérsia é levada ao conhecimento do Órgão de Apelação.

Regrado expressamente pelos artigos 17 a 20 do ESC, o Órgão de Apelação é composto por sete membros, pessoas estas que não podem possuir qualquer vínculo com nenhum governo, além de possuírem reconhecida competência, grande experiência em direito, comércio internacional e nos acordos abordadas pela OMC. Em cada caso, serão escolhidos, alternadamente, três membros para compor o Órgão de Apelação. A análise do recurso de apelação se restringe apenas às questões de direito tratadas e debatidas pelo painel e nas possíveis interpretações desenvolvidas, não sendo autorizado determinar ou solicitar, por exemplo, a produção de novas provas. Após analisado o recurso, o Órgão de Apelação profere um relatório, contendo conclusões e recomendações, discordando ou não do pronunciamento do painel.

Na forma do art. 21 do ESC, a conclusão do relatório do Órgão de

⁴⁰ Segundo o artigo 11 do ESC, os grupos especiais devem analisar objetivamente os fatos, provas e argumentos levantados pelos membros litigantes, avaliar a aplicação dos acordos aplicáveis à hipótese, realizar consultas junto aos membros envolvidos na controvérsia, a fim de que esses participem da construção da solução a ser adotada a com o objetivo de formular conclusões para que o OSC possa fazer recomendações ou emitir decisão sobre o caso.

Apelação deve ser informada ao OSC, o qual confere prazo de trinta dias, ou um prazo razoável, dependendo das peculiaridades do caso, para que os membros adotem as condutas previstas naquela deliberação. A prioridade nesse estágio é a modificação na conduta daquele membro que perdeu a disputa, a fim de que este atenda as regras e recomendações do OSC. Todavia, caso o membro assim não atue, poderá sofrer sanções no âmbito da competência da OMC⁴¹.

Oportuno ressaltar, contudo, que o sistema adotado pelo Órgão não visa estimular a litigiosidade e por isso as soluções mutuamente consentidas pelas partes são preferíveis, desde que não contrariem nenhum acordo firmado entre os demais membros da OMC⁴². Nesse sentido existem outras formas de solução de controvérsias que não necessitem de recursos para o painel e para o Órgão de Apelação. São os chamados bons serviços, a conciliação e a mediação, que podem ser requeridos a qualquer tempo do processo por quaisquer das partes. Também se prevê a possibilidade de arbitragem como forma alternativa para a solução de controvérsias.

De qualquer sorte, como se pode observar, o Órgão de Solução de Controvérsias se constitui, em verdade, no mais importante da OMC, servindo suas decisões como orientações aos membros de como devem ser interpretar os termos dos Acordos firmados no âmbito da organização⁴³.

⁴¹ “Se o país não cumpre satisfatoriamente a decisão, se demora mais que o razoável com as compensações, ou se, de início, revela intenção de não seguir a recomendação do OSC, cabe o último recurso, a retaliação. (...) A retaliação consiste na suspensão de todas as concessões e obrigações advindas pelo Tratado comercial pelo país que se sente lesado em relação ao país entendido como violador do acordo. Tradicionalmente, a retaliação era deixada a cargo dos próprios países que resolvessem aplicá-la, de maneira análoga a como ainda hoje são aplicadas as medidas anti-dumping e contra subsídios, por exemplo, entendida como legítima defesa econômica dos países (daí a grande liberdade na aplicação. Com a OMC, porém, determina-se que ela, preferencialmente, deve se dar no mesmo campo em que ocorreu o ilícito, e deve sempre ser equilibrada em relação à perda sofrida com ele.” (GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 117)

⁴² “A finalidade desses processos, mais que punir, é educar. O acordo sempre é preferido ao painel, além de o anteceder, mesmo no desenrolar deste pode ser proposto a qualquer momento. O processo prefere mudar a política do país vencido a puni-lo com reataliações: estas são o último recurso, quando o país expressamente se recusa a cumprir o aconselhado pela OMC. Tudo isso porque interessa mais vencer a todos da necessidade e benefícios advindos com a liberalização mútua do comércio internacional.” (GATTEI, Marília Machado. op. cit. p. 118).

⁴³ A doutrina estrangeira chega a definir o Órgão de Solução de Controvérsias como um fórum internacional para a elaboração e consolidação de políticas comerciais. Nesse sentido: “*This is a forum where, increasingly, legal interpretation of GATT rules is consistently being produced. Thus, the dispute settlement process has become a policy-making process. Unless a country is able*

Entretanto, deve ficar registrado que apenas poderão participar do mencionado procedimento de solução de controvérsias os Estados Membros da OMC. Terceiros interessados, que não sejam países, não possuem legitimidade para tanto, apenas poderão oferecer suas peças por intermédio de seu próprio governo. Como bem explica Welber Barral:

[...] o sistema de solução de controvérsias manteve o caráter estatal quanto à capacidade para intervir no procedimento. Seja como parte reclamante ou reclamada, seja como terceiro interessado, as previsões do ESC centram-se nas figuras dos Estados soberanos e territórios aduaneiros. Entretanto, um tema crescente debatido se refere à intervenção de entidades não governamentais. [...] Apesar desses interesses das empresas, o ESC não contempla nenhuma oportunidade específica para sua atuação no procedimento, sem sequer as reconhecerem como partes legítimas para qualquer tipo de ato procedimental. Na prática, essas respectivas empresas poderão auxiliar seus respectivos governos a preparar a reclamação, ou contratam advogados especializados para a elaboração dos documentos necessários, que serão, posteriormente, apresentados pelos governos à OMC.

Certo é que a OMC possui a estrutura clássica de uma organização internacional⁴⁴, onde a posição dos Estados que a constituem é privilegiada no sistema de decisões e negociações. Porém, considerando que cada vez mais as controvérsias internacionais surgidas necessitam de conhecimentos

actively to engage in this process, it is unable to influence the shape of policy which may affect in the medium to long term.”(CHAYTOR, Beatrice. *Dispute settlement under the GATT/WTO: the experience of developing nations*. in *Dispute resolutions in the World Trade Organization*. Orgs. James Cameron and Karen Campbell. 1 ed. London: Cameron May, 1998. p. 267)

⁴⁴ “As organizações internacionais de caráter intragovernamental têm, como uma de suas características clássicas, a participação exclusiva de Estados soberanos como Membros. Na teoria clássica do direito internacional, os Estados é que detêm a personalidade jurídica, o pressuposto para ser sujeito de direitos e obrigações no plano internacional.”. (BARRAL, Welber. op. cit. p. 39)

específicos, bem como a inegável repercussão que as decisões proferidas naquela sede possuem na sociedade civil, inclusive de outros países não envolvidos diretamente nas questões debatidas, a atuação de atores não-estatais no bojo do procedimento de solução de controvérsias da OMC é crescente e cada vez mais organizada. É exatamente nesse contexto que se insere o instituto do *amicus curiae*.

4. A INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Como dito no tópico predecessor, o sistema de solução de controvérsia da OMC manteve o caráter estatal dos entes habilitados para atuar em seu procedimento. Assim, seja como parte reclamante ou parte reclamada, seja ainda como terceiro interessado, as previsões do DSU centram-se nos agir dos Estados soberanos.

Esse panorama é descrito com precisão por Brigitte Stern, que também avança no assunto para dar conta do esboroamento das condições fático-jurídicas que propiciavam essa prática restritiva por parte da OMC. Veja-se⁴⁵:

Nos tempos do GATT, certos documentos de “amigos da Corte” foram endereçados, pelas ONGs, ao Secretariado, mas nunca foram levados em consideração pelos membros dos painéis, em aplicação ao princípio segundo o qual o sistema de resolução dos conflitos, colocado em prática no GATT, era estritamente intergovernamental. A mesma solução foi adotada, originalmente, no âmbito da OMC. Mas a evolução da sociedade internacional foi tal que esta solução de abstenção seria dificilmente perpretada.

Com efeito, passando a OMC a adquirir maior influência nas políticas comerciais e a interferir, via de consequência, nos sistemas produtivos de

⁴⁵ STERN, Brigitte. O ingresso da sociedade civil na arbitragem entre estado e investidor. In Revista de Arbitragem e mediação. Ano 1. Coord. Arnaldo Wald. Editora: Revista dos Tribunais, janeiro-abril de 2004. p. 103.

países e de empresas transnacionais, percebe-se um maior interesse por parte de grupos não-estatais atingidos pelos acordos celebrados em seu âmbito e, sobremaneira, pelas decisões de seu Órgão de Solução de Controvérsias⁴⁶. Identifica-se, também, que as questões econômicas surgidas entre os Estados membros da OMC, principalmente aquelas geradoras de reflexos no meio-ambiente e na saúde humana, passaram a ser objeto da atuação crescente das denominadas organizações não-governamentais (ONGs), chamando, portanto, a atenção da sociedade civil⁴⁷.

Soma-se a esses fatores exógenos a circunstância de que os conflitos surgidos na atualidade cada vez mais necessitam de conhecimentos técnicos específicos, para serem inteiramente compreendidos e debatidos pelos componentes do Órgão de Solução de Controvérsias. Desse modo, a participação de entidades capazes de fornecer melhores esclarecimentos e subsídios passa a ser fundamental para um atuar legítimo do mencionado órgão, em face da complexidade e novidade de algumas questões a ele trazidas.

Surge, então, a necessidade de maior legitimidade e transparência da OMC na resolução dos litígios ocorridos em seu âmbito de atuação, a partir de uma maior participação dos atores sociais interessados, sejam eles membros ou não. Movimento esse que foi matizado, sobremaneira, por uma nova idéia de democracia, baseada num discurso/debate, racional e inclusivo, entre todos os possíveis interessados pelas decisões a serem tomadas, de modo a atribuir legitimidade ao seu processo de formação^{48, 49}.

⁴⁶ ROCHA, Mariana Machado. *Organização mundial do comércio e sociedade civil: o caso amicus curiae*. In Revista ius gentium: teoria e comércio no direito internacional, n.º 1, jul. 2008, passim.

⁴⁷ Durante a vigência exclusiva do GATT, a influência das ONG's na OMC podia ser observada apenas a partir da realização de consultas informais. Entretanto, não é possível mensurar como e até que ponto isso ocorreu, pois muitas dessas reuniões foram realizadas sem registro formal.

⁴⁸ “À vista de que exclusivamente sob pontos de vista morais as normas que são igualmente boas para todos ganham reconhecimento, o discurso racional se oferece como o processo apropriado para a solução de conflitos, porque representa um procedimento que assegura a inclusão de todos os envolvidos e a consideração equitativa de todos os interesses aludidos”. (HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 64-65).

⁴⁹ “Existem idéias extremamente diferentes de democracia. O princípio do discurso exige a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil. Nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta. A democracia deliberativa pressupõe, desse modo, a possibilidade de racionalidade discursiva”. (ALEXY, Robert. *A institucionalização da*

Welber Barral apresenta também essa idéia⁵⁰:

A constatação de que os acordos da OMC vão muito além dos temas clássicos de direito internacional vem suscitando o debate e a mobilização de empresas, organizações não governamentais e, em casos mais raros, de cientistas. A primeira situação mencionada se refere ao impacto das decisões da OMC para os interesses de empresas privadas, sobretudo de empresas transnacionais. Em muitos casos, a decisão adotada pelo OSC tem impacto relevante para a competitividade dessas empresas no mercado internacional ou mesmo para sua atuação nos mercados internos, quando a OMC decide, por exemplo, que uma determinada medida de defesa comercial é ilegal e deve ser retirada.

Foi assim que algumas incitativas levadas a cabo logo após a criação da OMC demonstraram maior receptividade e abertura dessa organização para a interação com a sociedade civil. Nesse sentido foi elaborado o Guia para o Estabelecimento de Relações com ONGs, fruto de uma decisão adotado pelo Conselho Geral da OMC em 18 de julho de 1996. Segundo esse ato, a OMC reconhece, com fundamento no próprio Tratado de Marrakesh, que um contato maior com as ONG's serve para conscientizar a sociedade civil a respeito das atividades da organização, bem como confere uma maior riqueza e exatidão ao debate público, assumindo, por conta disso, o compromisso de colocar à disposição na rede mundial de computadores documentos oficiais da entidade de forma rápida e eficiente.

O documento reiterou, contudo, o caráter intergovernamental da organização e a impossibilidade das ONG's participarem diretamente nos trabalhos ou decisões da OMC⁵¹. Entendimento que só veio a ser

razão. In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 35).

⁵⁰ BARRAL, Welber. *Op. cit.* p.44.

⁵¹ Eis o inteiro teor do documento: “I. Under Article V:2 of the Marrakesh Agreement establishing the WTO ‘the General Council may make appropriate arrangements for consultation and cooperation with non-governmental organizations concerned with matters related to those of the

abrandado mais tarde, no enfrentamento dos casos específicos abaixo tratados.

A solução de diferenças no âmbito da OMC está a cargo de seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que é integrado por todos os membros de tal instituição, ali representados geralmente por embaixadores ou funcionários estatais de grau equivalente. Esse órgão, nos termos do Art. 2:1 do ESC, tem a competência exclusiva para: estabelecer os grupos especiais (painéis), a fim de examinar as diferenças comerciais existentes entre os seus Estados componentes; aceitar ou rechaçar as conclusões dimanadas pelos painéis ou pelo Órgão de Apelação; supervisionar a aplicação das decisões e recomendações; e autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordos abrangidos⁵².

Por sua vez, tem-se que as regras orientadoras do sistema de solução de controvérsias, que regulam, via de consequência, a atuação do OSC, constam

WTO'. II. In deciding on these guidelines for arrangements on relations with non-governmental organizations, Members recognize the role NGOs can play to increase the awareness of the public in respect of WTO activities and agree in this regard to improve transparency and develop communication with NGOs. III. To contribute to achieve greater transparency Members will ensure more information about WTO activities in particular by making available documents which would be derestricted more promptly than in the past. To enhance this process the Secretariat will make available on on-line computer network the material which is accessible to the public, including derestricted documents. IV. The Secretariat should play a more active role in its direct contacts with NGOs who, as a valuable resource, can contribute to the accuracy and richness of the public debate. This interaction with NGOs should be developed through various means such as inter alia the organization on an ad hoc basis of symposia on specific WTO-related issues, informal arrangements to receive the information NGOs may wish to make available for consultation by interested delegations and the continuation of past practice of responding to requests for general information and briefings about the WTO. V. If chairpersons of WTO councils and committees participate in discussions or meetings with NGOs it shall be in their personal capacity unless that particular council or committee decides otherwise. VI. Members have pointed to the special character of the WTO, which is both a legally binding intergovernmental treaty of rights and obligations among its Members and a forum for negotiations. As a result of extensive discussions, there is currently a broadly held view that it would not be possible for NGOs to be directly involved in the work of the WTO or its meetings. Closer consultation and cooperation with NGOs can also be met constructively through appropriate processes at the national level where lies primary responsibility for taking into account the different elements of public interest which are brought to bear on trade policy-making".

⁵² Que são, em termos gerais, os seguintes: Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio, Acordos Comerciais Multilaterais e Acordos Comerciais Plurilaterais.

do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC)⁵³, ⁵⁴. Entretanto, importa dizer, para os fins do presente ensaio, que esse conjunto normativo não veicula maiores detalhamentos acerca da produção de provas.

Nada obstante a essa situação, no ESC encontram-se positivadas duas regras de insofismável importância para a instrução dos procedimentos sob sua égide.

A primeira é a possibilidade genérica de o painel (grupo especial) buscar informações e dados reputados relevantes para o deslinde da controvérsia posta sob seu crivo. Vale dizer, o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias confere poder ao OSC para fazer descobertas de forma autônoma, desde que auxiliem na elaboração das recomendações. Assim preceitua o art. 13 do ESC:

ART.13

1 - Todo grupo especial terá direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente. Contudo, antes de procurar informação ou assessoramento técnico de pessoa ou entidade submetida à jurisdição de um Membro o grupo especial deverá informar as autoridades de tal Membro. O Membro deverá dar resposta rápida e completa a toda solicitação de informação que um grupo especial considere necessária e pertinente. A informação confidencial fornecida não será divulgada sem autorização formal da pessoa, entidade ou autoridade que a proporcionou.

2 - Os grupos especiais poderão buscar informação

⁵³ “As regras inscritas no ESC se revestem de um caráter de jurisdição, submetendo as partes ao “*due process*” dos “*panels*” e do Órgão de Apelação”.

⁵⁴ “En el antiguo GATT existía ya un procedimiento de solución de diferencias, pero no preveía plazos fijos, era más fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente. El Acuerdo de la Ronda Uruguay estableció un procedimiento más estructurado, con etapas más claramente definidas”. (Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/displ_s.htm>, acessado em 12/09/2010)

em qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obter sua opinião sobre determinados aspectos de uma questão. Com relação a um aspecto concreto de uma questão de caráter científico ou técnico trazido à controvérsia por uma parte, o grupo especial poderá requerer um relatório escrito a um grupo consultivo de peritos. As normas para estabelecimento de tal grupo e seus procedimentos constam do Apêndice 4.

A segunda é a maleabilidade que os grupos especiais detêm quanto ao estabelecimento do próprio estabelecimento do procedimento a ser adotado no enfrentamento de uma determinada contenda. É o que consta de seu art. 12:

ART.12

1 - Os grupos especiais seguirão os Procedimentos de Trabalho do Apêndice 3, salvo decisão em contrário do grupo especial após consulta com as partes em controvérsia.

2 - Os procedimentos do grupo especial deverão ser suficientemente flexíveis para assegurar a qualidade de seus relatórios, sem atrasar indevidamente os trabalhos do grupo especial.

Interpretadas de forma ampla, essas prerrogativas conferem aos painéis e, por extensão, ao Órgão de Apelação a possibilidade de analisar diversos aspectos de uma disputa e considerar qualquer informação que lhe possa parecer relevante para o caso, de modo que informações não fornecidas pelas partes e advindas de outra fonte passam a produzir conseqüências jurídicas para o caso sob exame.

É justamente nesse ponto que reside a principal abertura para a atuação dos *amicus curiae* no procedimento de solução de controvérsias da OMC.

Durante a vigência do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), tanto os memorandos não solicitados quanto às considerações feitas por membros da organização

estranhos à controvérsia só eram considerados pelo painel à medida que eram formalmente adotados pelas partes.

Contudo, iniciou-se, em razão dos fatores acima apontados, um processo visando a uma maior participação de não-membros no bojo do processo de solução de controvérsias capitaneado pela OMC.

A bem da verdade, a reivindicação pela possibilidade de terceiros (não-membros) fornecerem informações para a resolução de disputas comerciais entre Estados começou antes mesmo do pleno funcionamento da OMC.

De fato, em 1991, no caso Atum/Golfinho, que discutia a legitimidade do embargo promovido pelos Estados Unidos à importação de atum do México⁵⁵, iniciou-se, com mais visibilidade, o questionamento das organizações não-governamentais acerca da legitimidade dos órgãos, componentes de sistemas de resolução de controvérsias de organizações internacionais, para decidir isoladamente questões com grandes conseqüências em áreas não-comerciais (notadamente causas ambientais).

A demanda por um canal de acesso direto para os terceiros não-membros (especialmente, as ONGs) só foi atendida, porém, em 1998, no caso Camarões/Tartarugas.

O caso Camarões/Tartarugas foi iniciado em 1997, quando Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia denunciaram os Estados Unidos perante o OSC devido à política de importação por ele adotada para certos tipos de camarões e produtos relacionados, de modo que foi instaurado um grupo especial para examinar tais reclamações.

Na hipótese, os Estados Unidos exigiam uma certificação especial conferida ao país exportador, pela qual se atestava a utilização de redes de pesca específicas para a proteção de tartarugas marinhas, conduta que era exigida internamente em tal país, por força de um regulamento específico de 1987. Embora essa exigência infringisse a regra de não-discriminação do GATT, os Estados Unidos justificaram a medida no artigo XX desse mesmo acordo, que autorizava a existência de discriminação e criação de restrições, desde que estas tenham o escopo de proteger a vida humana,

⁵⁵ Ato adotado com fundamento em razões ambientais. Alegou-se, naquela ocasião, que os atuns exportados pelo México eram capturados por redes que causavam a morte de golfinhos.

animal ou vegetal⁵⁶.

O caso gerou interesse de ONGs ambientalistas, que apresentaram memorandos *amicus curiae*. Precisamente, tem-se que durante o procedimento, o respectivo grupo especial recebeu, em julho e setembro de 1997, memorandos provenientes dessas organizações, que também foram enviados às respectivas partes componentes da controvérsia.

Na ocasião, a Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia solicitaram que tais alegações não fossem examinadas pelo Grupo Especial. Diversamente, os Estados Unidos instaram o referido órgão da OMC a aproveitar de quaisquer informações pertinentes contidas nas citadas alegações ou em qualquer outro documento similar.

Acontece que esses documentos foram rejeitados pelo painel instaurado, com base na alegação de que (i) o recebimento de informações por parte de organizações não-governamentais é incompatível com as disposições do ESC e que (ii) os painéis seriam obrigados a aceitar somente as informações solicitadas por eles próprios ou fornecidas pelas partes ou por terceiros interessados (que configuram membros da OMC ou territórios aduaneiros). Eis o que foi expressamente decidido no pormenor⁵⁷:

Nosotros no habíamos solicitado la información contenida en los documentos mencionados. Observamos que, de conformidad con el artículo 13 del ESD, la iniciativa de recabar información y seleccionar la fuente de información corresponde al Grupo Especial. En cualquier otra situación, solamente las partes y los terceros están autorizados a presentar información directamente al Grupo Especial. El hecho de aceptar información no solicitada de fuentes no gubernamentales sería, a nuestro juicio, incompatible con las disposiciones del ESD tal como se aplican actualmente. Por consiguiente, informamos a las partes que no era

⁵⁶ Segundo tal regra, nada no acordo deve impedir a adoção de medidas para proteger a moral pública e a saúde humana, animal ou vegetal, o comércio de ouro e prata; a proteção de patentes, marcas e direitos do autor; tesouros artísticos e históricos; recursos naturais exauríveis e garantias de bens essenciais.

⁵⁷ Segundo Relatório do Grupo Especial (parágrafo 7.8).

nuestra intención tomar en consideración estos documentos. Además, observamos que dado que conforme a la práctica habitual las partes podían presentar cualesquiera documentos que consideraran pertinentes en apoyo de sus argumentos, si una de las partes en la presente diferencia deseaba presentar los documentos mencionados, o partes de los mismos, como parte de sus propias comunicaciones al Grupo Especial, estaría facultada para hacerlo. Si éste era el caso, las demás partes tendrían dos semanas para responder a ese material adicional. Observamos que los Estados Unidos aprovecharon esta oportunidad designando la sección III del documento presentado por el Centro de Conservación Marina y el Centro de Derecho Ambiental Internacional como un anexo de su segunda comunicación al Grupo Especial.

Malgrado isso, a mencionada decisão, como se pode notar, reconheceu a possibilidade de as partes incluírem nas suas alegações o conteúdo dos memorandos apresentados por terceiros não-membros, o que, a toda evidência, não representou avanço no entendimento acerca da questão.

Ocorreu que, diante da possibilidade das informações prestadas pelas ONGs não serem analisadas na referida disputa, os Estados Unidos anexaram tais textos em sua defesa e contestaram no Órgão de Apelação a decisão de não-recebimento do painel. Essa pretensão foi fundamentada na constatação de que não há nada no ESC que proíba os grupos especiais de examinar determinada informação simplesmente porque não fora formalmente solicitada. Sustentou-se, igualmente, que o artigo 13:2 do ESC (acima transcrito) conferiria liberdade aos painéis para buscar informações sobre a disputa em qualquer fonte relevante, bem como para consultar expertos sobre questões específicas, de modo que qualquer outra conclusão limitaria indevidamente a discricão conferida aos grupos especiais para eleger as suas fontes de informação.

O Órgão de Apelação, então, analisou a sobredita questão, posta pelos Estados Unidos, sob dois aspectos distintos; a saber: (i) quanto à

admissibilidade da atuação do *amicus curiae* pelos painéis; e (ii) quanto à admissibilidade da específica manifestação apresentada no caso.

Quanto ao primeiro aspecto, o Órgão de Apelação refutou a interpretação do painel que pugnava a impossibilidade de admissão dos memorandos apresentados por “amigos da corte” sob a justificativa da inexistência de disposições no ESC relativas à matéria.

Com efeito, sob o pálio do conteúdo prescritivo do artigo 13:2 do DSU, notadamente da interpretação extensiva conferida à palavra “obter”⁵⁸ ali veiculada, reconheceu-se a autoridade dos painéis para buscar informação de qualquer forma e fonte que julgar pertinente, como também para decidir, por outro lado, se aceita ou rejeita a informação prestada por terceiros, a partir da análise da aceitabilidade e relevância dela para o deslinde da controvérsia.

Ficou, assim, expressamente registrado que a competência do grupo especial compreende a faculdade de determinar a necessidade de informação e assessoramento em um caso concreto, de estabelecer a aceitabilidade e pertinência da informação ou do assessoramento recebido, como também de decidir que peso atribuir a eles, inclusive a fim de concluir que não deva conferir nenhuma importância ao material recebido.

A par disso, tal decisão arrimou-se igualmente no parágrafo 2 do art. 12 do ESC, que determina que o procedimento dos grupos especiais deve ser flexível o suficiente para garantir a qualidade dos relatórios, de modo que não se mostraria necessário que tal órgão da OMC somente aceite as informações que venha a solicitar formalmente (lembre-se que, no caso, os memorandos foram apresentados sem qualquer solicitação por parte do painel).

Enfim, entendeu o Órgão de Apelação, no caso em disquisição, que o conjunto dos arts. 12 e 13 do ESC⁵⁹ conferem aos grupos especiais faculdades amplas para controlar o processo mediante o qual recebem

⁵⁸ “*Seek*” (em inglês) ou “*recabar*” (em espanhol).

⁵⁹ “A participação de atores não-estatais no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pode ocorrer apenas quando o grupo especial requerer informações ou assessoramento técnico a esses atores, com base no art. 13 do ESC. O art. 13 do ESC garante, no entanto, que quando a entidade à qual o grupo especial pretende solicitar auxílio técnico e estiver sediada em um dos países membros, as autoridades desse país devem ser informadas com antecedência.” (SANCHEZ, Michelle Ratton. Atores não-estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio. in *Direito do Comércio Internacional*. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira: 2002. p. 163)

informações, tanto sobre os fatos pertinentes à controvérsia quanto sobre as normas e princípios jurídicos aplicáveis a tais fatos.

Já sobre a admissibilidade dos memorandos *amicus curiae* apresentados no caso em tela, tem-se que o enfretamento desse ponto foi coartado. Tal ocorreu devido à incorporação dos textos produzidos pelas ONGs pelos Estados Unidos em suas alegações.

Por conta disso, a principal questão imposta foi saber quais seriam os limites da incorporação promovida na hipótese. Foi assim que o Órgão de Apelação, em sede preliminar, questionou os Estados Unidos sobre em que medida adotava as alegações das organizações privadas⁶⁰. Como resposta, esse país afirmou a independência das concepções veiculadas nos memorandos *amicus curiae* apresentados em relação às suas próprias alegações, de modo que não as acolhia incondicionalmente. Admitiram, contudo, a concordância com os argumentos legais apresentados, à medida que convergissem com as alegações feitas na defesa principal do membro. Enfim, os EUA esclareceram que não adotavam as alegações como questões independentes em relação àquelas que já tinham levantado.

Nesse contexto, o Órgão de Apelação considerou que, a partir do momento em que um memorando for anexado às alegações do apelante ou do apelado, as informações nele contidas passam a integrar o corpo das alegações independentemente de sua fonte, ao menos a priori. Foi observado também, na ocasião, que a liberdade das partes de uma disputa para escolher o conteúdo de suas alegações não exclui a responsabilidade do membro pelo conteúdo das informações prestadas, inclusive com relação aos anexos apresentados.

Apesar de ter aberto o importante precedente do OSC para a admissão de memorandos *amicus curiae*, no caso Camarões/Tartarugas essa prerrogativa não foi cabalmente aplicada, em função da adoção dos memorandos na defesa dos Estados Unidos, como visto. Sobremais, não ficaram claros na decisão os critérios utilizados para o recebimento e análise das informações

⁶⁰ Eis o que constava literalmente do mencionado questionamento: “¿En qué medida concuerdan con o adoptan ustedes alguno o varios de los argumentos jurídicos expuestos en los tres alegatos preparados por las organizaciones no gubernamentales que se adjuntan como documentos de prueba a la comunicación del apelante por ustedes presentada? En particular, ¿adoptan ustedes los argumentos jurídicos en ellos formulados con respecto a los párrafos b) y g) y del preámbulo del artículo XX del GATT de 1994?”.

prestada a esse título, como, por exemplo, qual tipo de organização pode participar, entre outros pormenores.

Mais adiante, com o caso Carbono/Aço, a controvérsia acerca da participação de *amicus curiae* no OSC foi retomada, a partir da interposição de memorandos a esse título perante o Órgão de Apelação por parte da American Iron and Steel Institute e Specialty Steel Industry of North América.

Nessa controvérsia, a Comunidade Européia acusava os Estados Unidos pela imposição de medidas excessivamente onerosas (medidas compensatórias) à importação de barras de chumbo procedentes do Reino Unido, utilizadas para a produção de aço, tendo sido instalado o respectivo grupo especial para enfrentar a questão em 1999.

Em fevereiro de 2000, o Órgão de Apelação recebeu os sobreditos documentos, intitulados de “comunicações *amicus curiae*”. Ato contínuo, as Comunidades Européias apresentaram manifestação contrária ao recebimento de tais informes em grau de apelação. Especificamente, foi alegado nesse arrazoado que a base que permite o fornecimento de alegações *amicus curiae* seria o art. 13 do ESC, preceito que não se aplicaria ao Órgão de Apelação, mas tão-somente aos grupos especiais (como restou determinado no caso Camarões). Não havendo, ademais, qualquer disposição no ESC ou nos procedimentos de trabalho que permitiriam tal prática em sede de apelação. Foi aduzido também que, de todo modo, essa disposição do ESC se limitaria a franquear a prestação de informação fática e ao assessoramento técnico, não abarcando argumentos jurídicos, que seria a hipótese em discussão.

O Brasil, que na controvérsia em causa atuava como terceiro interessado, apresentou manifestação no mesmo sentido daquela apresentada pela Comunidade Européia, defendendo, em suma, que os membros da OMC são os únicos que estão capacitados para expor argumentos jurídicos sobre os relatórios dos grupos especiais.

Os Estados Unidos, ao revés, manifestaram-se novamente favoráveis à admissão de *amicus curiae* no procedimento e solução de controvérsias da OMC, argumentando quanto a isso: (i) a ampla e extensa faculdade do Órgão de Apelação para a admissão de *amicus curiae*, afirmada na decisão Camarões/Tartarugas, evidentemente se aplica também ao Órgão de Apelação ; (ii) a aplicação do artigo 17.9 do ESC, que autoriza o Órgão de

Apelação a criar os seus procedimentos de trabalho; (iii) a aplicação da regra 16(1) dos Procedimentos de trabalho do OSC, segundo a qual é permitida a criação de um procedimento novo quando a questão relevante não é abarcada pelas normas já previstas; e (iv) a improcedência da alegação no sentido de que aceitar a comunicação *amicus curiae* não solicitada importa comprometer a confidencialidade das deliberações do Órgão de Apelação e conferir maiores direitos a não-membros da OMC do que aqueles previsto para os próprios membros.

Ao apreciar a questão, o Órgão de Apelação confirmou a inexistência de dispositivos no ESC ou nos Procedimentos de trabalho proibindo o recebimento de informações fornecidas por sujeitos externos à organização, inclusive por sua parte. Diante de tal panorama, registrou-se que o artigo 17.9 do DSU confere ampla autoridade para a criação de regras sobre procedimento, desde que estas não entrem em conflito com as normas do DSU e com os acordos da organização. Concluiu, então, o Órgão de Apelação que está legalmente franqueado a decidir se aceita ou não a informação que considerar pertinente e útil a um recurso, inclusive aquela eventualmente prestada por *amicus curiae*.

Mas, apesar disso, novamente os documentos apresentados a título de *amicus curiae* não foram recebidos, agora sob o fundamento de não serem necessários ou úteis para a apreciação da disputa então em causa.

A decisão relativa ao *amicus curiae* tomada pelo Órgão de Apelação no caso Carbono/Aço confirmou a posição assumida pelo órgão em favor do instituto, assim como o aumento de seu “poder”, efetuada por meio da interpretação das normas da organização. A fundamentação jurídica utilizada no caso, contudo, foi objeto de censuras, pois o artigo 17.9 menciona a elaboração de novos procedimentos em consulta com o presidente do OSC e o Diretor-Geral da organização, acompanhada de posterior notificação dos membros, pré-requisitos que não foram respeitados no caso em questão.

Pouco depois, em 2000, o debate ressurgiu com o caso Amianto, no qual foi estabelecido um grupo especial para examinar reclamação formulada pelo Canadá, a respeito de decreto editado pela França que estabelecia proibições relativas ao amianto e produtos que contêm tal substância.

O importante desse caso é que o Órgão de Apelação criou um procedimento especial e pontual para o recebimento de *amicus curiae*.

Decerto, reconhecendo a possibilidade de recebimento de comunicações de entes distintos das partes e dos terceiros envolvidos na diferença, e tendo em vista que o grupo especial criado para o caso havia recebido cinco memorandos escritos de ONGs (dos quais apenas dois foram efetivamente aceitos), o Órgão de Apelação, a fim de facilitar a tramitação equitativa e ordenada do recurso, adotou, com fundamento jurídico no artigo 16(1) do seu Procedimento de Trabalho⁶¹, um procedimento específico para o recebimento de tais memorandos *amicus curiae*.

Assim, após ouvir as partes e os terceiros (inclusive o Brasil), foi adotado, em 07 de novembro de 2000, um procedimento adicional para possibilitar o fornecimento de informações por terceiros, iter válido apenas para a apelação em causa.

Destarte, segundo esse procedimento, qualquer pessoa natural ou jurídica poderia apresentar um pedido para participar na disputa, desde que respeitasse os requisitos de forma, conteúdo e prazo estipulados. Uma vez aceitos, os *amicus curiae* deveriam os memorandos respeitar um limite de vinte páginas e cingir-se a alegações de direito, sustentadas nas normas ou interpretações do painel do qual recebeu a autorização para participar.

Após a edição do procedimento em tela⁶², o Órgão de Apelação recebeu, dentro do prazo estabelecido, 11 (onze) solicitações de autorização para apresentar memorandos escritos na apelação em comento. Ocorre, porém, que todos eles foram negados, o que impediu o oferecimento de escritos *amicus curiae* na ocasião.

Embora restritas ao caso Amianto, as regras de procedimento fixadas pelo Órgão de Controvérsias auxiliaram a aceitação do instituto *amicus curiae* por parte dos membros da OMC, porquanto houve o estabelecimento de critérios mais precisos, fornecendo maior grau de previsibilidade para novos casos. Entretanto, essa iniciativa teve aplicação restrita, pois, como dito, o Órgão de Apelação não aceitou nenhum memorando. Em consequência, as imprecisões e críticas ao instituto não restaram cabalmente espancadas.

Avançando no estudo da jurisprudência da OMC a respeito do tema

⁶¹ Preceptivo que autoriza a criação de novos procedimentos para um caso específico, desde que não seja incompatível com o texto do DSU,

⁶² O OAp recebeu 13 comunicações escritas que não foram apresentadas de acordo com o procedimento adicional, notadamente porque apresentadas antes da formalização deste.

deste ensaio, passemos à análise do caso Sardinha, cuja controvérsia se centrava no nome que determinada espécie de peixes podiam ser comercializadas nas Comunidades Européias (especificamente, tratava-se da comercialização de sardinhas).

Nesse caso, o Marrocos, que não se habilitou como terceiro interessado no respectivo painel, fez uso do instituto do *amicus curiae* para fornecer informações de fato sobre as diferenças entre as espécies de sardinha e informações econômicas sobre a indústria de pesca do país. A principal objeção levantada, na hipótese, quanto à atuação pretendida pelo Marrocos seria a suposta violação das disposições do ESC, uma vez que este estabelece a forma como um membro da OMC pode participar como terceiro interessado no procedimento de solução de controvérsias.

Apreciando esse novel aspecto, Órgão de Apelação entendeu pela admissibilidade de *amicus curiae* por partes de membros da organização, considerando a inexistência de dispositivos no DSU que a proíba esta forma de participação. Reconhecendo, igualmente, que entendimento contrário seria tratar um não-membro de forma mais favorável que um membro da OMC.

Contudo, o referido órgão ressaltou a ausência de privilégios de um membro ao apresentar o memorando *amicus curiae* em razão de sua posição jurídica na organização, donde se pode concluir que a aceitação de memorandos a esse título é uma faculdade discricionária que deve ser exercida caso a caso.

Nada obstante, mais uma vez o memorando apresentado não foi aceito.

Por fim, cabe trazer a lume o caso dos variedades japoneses (Japan Varieties), que, apesar de não haver tratado especificamente da questão do *amicus curiae*, trouxe limitações à atividade probatória do Órgão de Apelação, que inevitavelmente afetam o referido instituto.

No caso em baila se discutia, por força de uma reclamação apresentada pelos EUA, a legitimidade de práticas comerciais adotadas pelo Japão, que restringiu a importação de produtos agrícolas, mediante a exigência de prova da eficácia de procedimentos de quarentena.

Ocorre que o Órgão de Apelação do OSC, quando do julgamento de tal caso, fincou limitação acerca da influência de informações prestadas por terceiros no bojo do processo de formação do convencimento dos grupos especiais.

Com efeito, nesse caso restou decidido que o Grupo Especial tem o direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente, nos termos do art. 13 do ESC. Mas tal prerrogativa deve ser utilizada no sentido de melhor compreender e avaliar as provas e os argumentos trazidos pelas partes, mas não para utilizar tais informações como razão de decidir em favor do demandante, sem que este tenha as levantado. Ou seja, a prerrogativa de buscar informações por parte do Grupo Especial, e, por extensão, por parte do próprio Órgão de Apelação, seria para facilitar a compreensão e valoração das provas e argumentos apresentados pelas partes e não para abonar as argumentações de um contendor.

Como se vê, a decisão mencionada impediu a adoção dos argumentos constantes dos memoriais solicitados ou dos pareceres de 'experts' requisitados pelo Grupo Especial, se tais argumentos não tiverem sido, também, levantados por qualquer das Partes, o que, inegavelmente, limita o raio de atuação do *amicus curiae*.

Esses são os casos mais representativos acerca do instituto *amicus curiae* no seio da OMC. Nesta altura, então, cabe apresentar as diretrizes jurisprudenciais firmadas pela referida organização internacional, no que toca à admissão do *amicus curiae*, o que se faz com auxílio do entendimento de Luís Cláudio Coni⁶³:

Podemos afirmar, então, que se estabeleceram as seguintes diretrizes jurisprudenciais: Quanto aos Grupos Especiais ou "panels": 1) Os Painéis podem aceitar memoriais não solicitados (DSU, art. 13); 2) Os Painéis não têm a obrigação legal de responder ao *amicus curiae*, nem de fazer referência, em suas decisões, às informações trazidas pelo *amicus curiae*; 3) Os Painéis podem (não se trata de um dever) consultar as Partes sobre se desejam aceitar os memoriais não solicitados trazidos pelo *amicus curiae*; 4) Podem recusar os argumentos

⁶³ CONI, Luis Cláudio. O organismo de solução de controvérsias da organização mundial do comércio. Introdução a alguns aspectos essenciais de seu funcionamento. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p.129-130, jul./dez. 2005.

constantes dos memoriais, mas não podem rejeitar o seu recebimento sob a alegação de que não foram solicitados. Quanto ao Órgão de Apelação: 1) O OA tem autoridade para receber memoriais de “*amici curiae*” (art. 16 das Regras Procedimentos do Órgão de Apelação); 2) A participação do “*amicus curiae*” pode ser solicitada pelo OA (art. 16(1) - convite público à participação de amici curiae; 3) O convite se dá ad hoc (para o caso concreto apenas).

5. CONCLUSÕES.

São inegáveis os pontos positivos decorrentes da admissão do instituto do *amicus curiae* no procedimento de solução de controvérsias da OMC. Com efeito, os memorandos apresentados por terceiros não-membros contribuem para o enriquecimento das informações fático-jurídicas à disposição do OSC, sem contar a já propalada outorga de maior legitimidade às decisões dimanadas pela OMC, em decorrência da participação de atores sociais privados potencialmente portadores de interesses não econômicos e da própria profusão de dados acerca das controvérsias ali havidas.

Todavia, a questão não é tão singela. Primeiro é a deficiência da participação de entes não-estatais no procedimento. O que se tem observado, na realidade, é que a intervenção do *amicus curiae*, por vezes, como bem constata Adhemar Ferreira Maciel, tem ocorrido não para servir aos propósitos a que foi criado o instituto. Observa-se, quanto a isso, que o terceiro, ao invés de fornecer esclarecimentos à Corte, intervém no procedimento com o intuito de servir uma das partes, alcançando seus próprios interesses com a decisão a ser tomada⁶⁴.

Este fato, sem sombra de dúvidas, pode ser observado no Órgão de Solução de Controvérsia da Organização Mundial do Comércio, na medida em que os entes que buscam legitimar sua intervenção no procedimento são empresas patrocinadas por governos de países desenvolvidos, as quais buscam fazer valer seus interesses econômicos sobre quaisquer outros,

⁶⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae*, um instituto democrático, repro n.º 106, abril-junho de 2002. p. 281.

inclusive sobre o meio ambiente. Nesse sentido⁶⁵:

O debate sobre a apresentação de pareceres por organizações não-governamentais suscita a oposição dos países em desenvolvimento, temerosos de que entidades empresariais ou entidades com interesses escusos possam intervir no procedimento e mitigar o caráter diplomático inerente ao sistema. Neste sentido, em 2000, o Conselho Geral exortou o OAp a exercer extremo cuidado na aceitação de pareceres de *amicus curiae*. O tema, inclusive, faz parte das propostas de reforma do sistema de solução de controvérsias, sem que haja qualquer unanimidade entre os Membros da OMC.

Isso sem contar outras censuras levantadas a tal sorte de intervenção, centradas principalmente na ameaça ao caráter intergovernamental da OMC, pela atenção a demandas não-estatais, com difusão dos poderes no bojo dessa organização, a partir da participação de novos centros de interesses, ameaçando sua força institucional.

Em arremate, em razão do exposto, evidencia-se que, apesar de toda a controvérsia sobre o tema, o Órgão de Apelação ainda não considerou qualquer dos memorandos apresentados pertinentes ou úteis e, portanto, na prática a admissibilidade de *amicus curiae* não produziu nenhuma consequência para a resolução de disputas no órgão.

Há mais: ainda permanecem dúvidas quanto ao tema, tendo em vista as inúmeras censuradas levantadas pelos membros da OMC e, principalmente, a ausência de um ato normativo que venha a regular a questão de forma geral e definitiva.

⁶⁵ BARRAL, Welber. Organização Mundial do Comércio. in *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004. p. 45-46.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. *A institucionalização da razão*. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BARRAL, Welber. *Organização Mundial do Comércio*. in *Tribunais Internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Repro n.º 117. setembro-outubro, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CHAYTOR, Beatrice. *Dispute settlement under the GATT/WTO: the experience of developing nations*. in *Dispute resolutions in the World Trade Organization*. Orgs. James Cameron and Karen Campbell. 1 ed. London: Cameron May, 1998.

CONI, Luis Cláudio. *O organismo de solução de controvérsias da organização mundial do comércio. Introdução a alguns aspectos essenciais de seu funcionamento*. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2005.

CRETELLA NETO, José. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio – OMC: causuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Mecanismo processual de solução de controvérsia da Organização Mundial do Comércio – OMC: um sistema jurídico em construção na ordem internacional*. Revista Forense, vol. 365. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus Curiae - Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GATTEI, Marília Machado. *A importância da jurisdicionalização dos procedimentos de solução de controvérsias da OMC*. in *Direito do*

Comércio Internacional. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

LAFFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus Curiae, um instituto democrático*. Repto n.º 106, abril-junho de 2002.

MAGISTER, repositório de legislação e jurisprudência autorizado On-Line do STF nº 41/2009, do STJ nº 67/2008 e do TST nº 35/2009. Disponível em: <<http://www.editoramagister.com/>>. Porto Alegre: Editora Magister, acessado desde 2008.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. Repto n.º 109. Janeiro-março, 2003.

ROCHA, Mariana Machado. *Organização mundial do comércio e sociedade civil: o caso amicus curiae*. In Revista Ius Gentium: teoria e comércio no direito internacional, n.º 1, jul. 2008.

RODRIGUES, Abelha Marcelo. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANCHEZ, Michelle Ratton. *Atores não-estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio*. In Direito do Comércio Internacional. Coord. Alberto do Amaral Júnior. São Paulo: Juarez de Oliveira: 2002.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. *A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais. Abril-junho de 2001.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STERN, Brigitte. *O ingresso da sociedade civil na arbitragem entre estado e investidor*. In Revista de Arbitragem e mediação. Ano 1. Coord. Arnoldo Wald. Editora: Revista dos Tribunais, janeiro-abril de 2004.

TAVARES, Osvaldo Hamilton. *A CVM como "amicus curiae"*. Revista dos Tribunais. Abril de 1993. Vol. 690.

WORLD TRADE ORGANIZATION, disponível em: <<http://www.wto.org/>>.