



## **Desenvolvimento e tratamento especial e diferenciado na OMC: uma abordagem sob a perspectiva da doutrina do *stare decisis* – Parte II**

*Development and different treatment in WTO:  
an approach from the perspective  
of the doctrine of stare decisis – Part II*

**Eduardo Saldanha**

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), professor de Graduação e Pós-Graduação do Centro Universitário Franciscano do Paraná (FAE), professor de Pós-Graduação da Universidade Estadual de Londrina (UEL), da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, PR - Brasil, e-mail: eduardo@mdss.com.br

---

### **Resumo**

O tema comércio internacional e desenvolvimento sob a perspectiva do tratamento especial e diferenciado tem sido objeto de debates acalorados, principalmente no que diz respeito à efetividade das regras existentes no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). A revisão dos mecanismos de tratamento especial e diferenciado e diferenciação tem sido objeto de obstáculos negociais que têm impedido que tais instrumentos sejam

aplicados de forma a proporcionar uma diminuição das diferenças de desenvolvimento dos membros da OMC. Uma das alternativas propostas é a possibilidade de utilização de precedentes vinculantes como mecanismos passíveis de permitir a adaptação das normas existentes, a fim de que estas se aproximem da realidade efetiva dos membros da OMC e respondam à problemática do desenvolvimento de forma mais específica.

**Palavras-chave:** Comércio internacional. OMC. Tratamento especial e diferenciado.

### **Abstract**

*International trade and development from the perspective of special and differential treatment has been subject of strong debate, especially regarding the effectiveness of existing rules under the World Trade Organization (WTO). A review of mechanisms of special and differential treatment and differentiation has been object of bargaining obstacles that have prevented such instruments to be applied in order to allow a narrowing of development differences of WTO members. An alternative option is the use of legally binding precedents, which could allow the necessary balance of existing rules in order to approximate the effective development reality of WTO Members and address development issues more specifically.*

**Keywords:** *International trade. WTO. Special and differential treatment.*

---

### **Introdução**

A discussão sobre a necessidade de um tratamento especial e diferenciado a países com graus de desenvolvimentos diversos no sistema internacional sempre teve grande relevância no comércio internacional. A construção do conceito de tratamento especial e diferenciado e os impactos da sua efetivação para o desenvolvimento dos países têm ocupado um espaço importante na definição de características do sistema multilateral de comércio internacional e nas teorias de desenvolvimento.

Há muito tempo, chegou-se à conclusão de que um conjunto de normas multilaterais uniformes criador de obrigações idênticas a todos

os participantes do sistema multilateral de comércio, independente do seu grau de desenvolvimento, traz mais prejuízos que benefícios, sendo a isonomia uma discussão que já poderia ter sido superada.

O atual debate sobre a aplicação de um tratamento especial e diferenciado já deveria ter superado a questão da isonomia no comércio internacional, pacificando seu entendimento de flexibilização quando se trata da relação comércio internacional e desenvolvimento. Tal superação é primordial no sentido de entender-se de uma vez por todas que realmente há a necessidade de um tratamento que encare os Estados-membros do sistema multilateral de comércio de acordo com o seu grau de desenvolvimento, ou seja, de forma diferenciada, flexibilizando o conceito de isonomia. Dessa forma, para estabelecer melhor a problematização do presente trabalho, parte-se da premissa da superação do debate sobre isonomia quanto à relação comércio internacional e desenvolvimento, estabelecendo-se a sua flexibilização.

O princípio da igualdade reavaliado, reestruturado, leva em consideração a existência de peculiaridades e diferenças econômicas, históricas, sociais, culturais, entre outras, dos Estados que fazem parte do sistema multilateral de comércio internacional, e conclui que não pode haver exigências idênticas a de Estados com diferenças tão profundas.

Entretanto, mesmo existindo vasta regulação de tratamento especial e diferenciado dentro do arcabouço normativo da Organização Mundial do Comércio (OMC), muitas vezes a sua efetivação, com vistas a reduzir a pobreza e como real instrumento de desenvolvimento, esbarra na determinação e diferenciação de graus de desenvolvimento entre os membros do sistema multilateral de comércio. Isso faz com que membros com graus de desenvolvimento e necessidades díspares sejam agraciados com um tratamento especial e diferenciado idêntico, gerando desvio de objetivos centrais da própria organização internacional e que conformam a base da criação dos mecanismos de tratamento especial e diferenciado.

Na busca por alternativas, algumas questões acabam se impondo, as quais serão brevemente discutidas neste trabalho:

- 1) Como enquadrar diferenças fundamentais entre membros de um mesmo sistema de comércio multilateral considerando a necessidade de estabelecer um arcabouço normativo multilateral com o objetivo de promoção do desenvolvimento?
- 2) Quais os principais obstáculos do atual sistema de tratamento especial e diferenciado na sua consecução como mecanismo que não seja indutor de mais desigualdades?
- 3) Como administrar a questão de quais membros devem ter acesso a esse tratamento e quais os seus limites?
- 4) Como a atual estrutura institucional e legal da OMC pode ser utilizada na busca por maior efetividade das regras existentes e na definição de graus de desenvolvimento que estejam mais próximos às realidades dos Estados?
- 5) Para tanto, pode a doutrina do *stare decisis* surgir como uma alternativa a ser adotada na OMC?

Para tentar responder a tais questionamentos, será necessária a análise de questões sensíveis ao sistema multilateral do comércio, como a regulação do comércio internacional e o objetivo de desenvolvimento; o histórico e o conceito do tratamento especial e diferenciado; os mecanismos existentes de diferenciação de graus de desenvolvimento; e a natureza jurídica do sistema legal da OMC, para que somente assim seja possível uma avaliação de alternativas.

### **Regulação do tratamento especial e diferenciado no sistema multilateral de comércio internacional**

Como verificado, a base teórica das normas que direcionam o tratamento especial e diferenciado no sistema multilateral foi muito bem delineada pelos debates e propostas provenientes de instituições internacionais, como a Comissão para a América Latina e Caribe (Cepal), a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD) e a

Organização Mundial do Comércio (OMC). Contudo, a sua legitimação jurídica se deu ao longo do tempo nas provisões do GATT/OMC<sup>1</sup>.

O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) dispõe em seu artigo XVIII, seção A, sobre a possibilidade de excepcionar os compromissos assumidos, principalmente no concernente às listas de concessão (artigo II, GATT/47), como mecanismo de ajuda especial do Estado em favor do desenvolvimento econômico.

Ainda, autoriza na seção B a flexibilização dos compromissos quando o objetivo seja salvaguardar a sua situação financeira exterior e assegurar o nível de reservas suficiente para a execução de seu programa de desenvolvimento econômico. Para isso, o artigo XVIII permite a regulamentação do nível geral das importações, limitando o volume ou o valor das mercadorias cuja importação autoriza, constituindo-se basicamente em uma exceção ao artigo XI. Tal artigo determina a eliminação geral de restrições quantitativas, assim como o artigo XII, que regula as restrições destinadas a proteger o equilíbrio da balança de pagamentos, mesmo considerando que as distinções entre a aplicação do artigo XII e da seção B do artigo XVIII sejam muito pequenas (WT/TPR/M/33, parágrafo 9).

Por sua vez, a Parte IV do GATT traz os artigos XXXVI, XXXVII e XXXVIII, os quais são partes fundamentais no tratamento especial e diferenciado, uma vez que apresentam disposições que têm a finalidade de aumentar as oportunidades comerciais dos países em desenvolvimento,

---

<sup>1</sup> Os acordos da OMC trazem 145 disposições sobre tratamento especial e diferenciado, distribuídas entre os acordos que compõem o sistema multilateral definido por aquela organização. Dessas 145 disposições, 107 foram adotadas ao fim da Rodada Uruguai. A Secretaria da OMC classifica as disposições sobre tratamento especial e diferenciado em seis categorias, a saber: i - disposições cuja finalidade é aumentar as oportunidades comerciais dos países-membros em desenvolvimento; ii - disposições em virtude das quais os membros da OMC devem salvaguardar os interesses dos países-membros em desenvolvimento; iii - flexibilidade dos compromissos, das medidas e utilização de instrumentos de política; iv - períodos de transição; v - assistência técnica; e vi - disposições relativas a países menos desenvolvidos. CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO – UNCTAD. *Assegurando ganhos de desenvolvimento a partir do sistema comercial internacional e das negociações de comércio*. Nota de informação pelo secretariado da UNCTAD. 2004. Disponível em: <[http://unctad.org/pt/docs/td397\\_pt.pdf](http://unctad.org/pt/docs/td397_pt.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2011.

a flexibilidade nos compromissos e ações no uso de instrumentos de política comercial e, também, disposições em virtude das quais o sistema GATT/OMC salvaguarda os interesses dos países em desenvolvimento membros da OMC. Tal tratamento especial e diferenciado ainda busca a determinação de uma ação coletiva, visando à colaboração coletiva dos países-membros da OMC, a fim de realizar os objetivos de desenvolvimento previstos no artigo XXXVI.

Artigo XXXVI – 3 [...] torna-se necessário desenvolver esforços positivos destinados a assegurar às Partes Contratantes menos desenvolvidas uma participação no crescimento internacional, correspondente às necessidades do seu desenvolvimento econômico.

Artigo XXXVII – 3 [...] (c) estabelece um compromisso por parte dos países desenvolvidos em dispensar especial atenção aos interesses comerciais das Partes Contratantes menos desenvolvidas quando considerarem a aplicação de outras medidas, autorizadas pelo presente Acordo, para enfrentar problemas específicos e esgotar todas as possibilidades de soluções construtivas antes de aplicar tais medidas, onde elas possam vir a afetar os interesses essenciais das Partes Contratantes menos desenvolvidas (GENERAL..., 1965).

A partir de uma leitura rápida desses dois dispositivos verifica-se a primeira característica encontrada na legitimação do tratamento especial e diferenciado no que diz respeito à preocupação da Parte IV do GATT quanto ao comércio e desenvolvimento, tendo em consideração a generalidade das normas existentes. Sempre referenciando as medidas a serem tomadas pelos países em desenvolvimento e desenvolvidos como uma previsão de “boas intenções”, colocando, assim, em questão a aplicabilidade prática dessa previsão geral, como seria o caso da resolução de uma controvérsia. A falta de especificidade encontrada na Parte IV do GATT afeta diretamente a aplicabilidade do tratamento especial e diferenciado, como também acontece na determinação de quem são os beneficiários desse tratamento, e assim por diante.

Dessa forma, a Parte IV do GATT deve, sim, ser enquadrada como componente do tratamento especial e diferenciado, porém insuficiente

para gerar a sua efetividade. Isso ocorre simplesmente porque os seus dispositivos aparentam estar desprovidos de segurança legal e não oferecem uma oportunidade, além da persuasão moral, para os beneficiários putativos insistirem na sua aplicação.

É factível que dispositivos que simplesmente encampam acordos de “boas intenções” levam à abertura de um espaço mais político para o debate, o que acaba criando dificuldade para uma visão meramente analítica no que diz respeito à avaliação das reais necessidades de desenvolvimento.

Nesse caso, também não pode ser marginalizada a importância da agenda política e da necessidade de se discutir os pormenores das relações políticas nas negociações sobre o tema comércio e desenvolvimento, principalmente no que se refere à concessão de um tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento.

Os dispositivos de boas intenções devem figurar como fundamento para a especificidade da matéria e das discussões sobre a sua efetividade e necessidade de reestruturação. A grande questão é a de quem, dentro da estrutura organizacional da OMC, teria legitimidade para preencher as lacunas e impor mais efetividade a acordos de certa forma principiológicos e abrangentes. Nesse caso, entra em cena o debate sobre a atuação política dos Estados nas negociações e estruturação dos acordos da OMC e a força do sistema de solução de controvérsias nesse movimento de interpretação e aplicação das normas existentes no sistema multilateral de comércio internacional da OMC.

Nesse caso, a atuação do sistema de solução de controvérsias adquire centralidade no presente trabalho, como será mais bem observado adiante, uma vez que esse sistema pode ser tido como uma alternativa na maior efetividade das previsões de tratamento especial e diferenciado, desde que o seu papel seja incrementado no que diz respeito à interpretação e aplicação das normas da OMC. Entretanto, é importante ressaltar que para que isso seja possível também há a necessidade de uma reforma legal, visto que não se vislumbra uma atividade de interpretação e aplicação dos textos legais por parte do sistema de solução de controvérsias na

medida com força suficiente para o preenchimento de lacunas existentes ou incremento da efetividade dos acordos cobertos da OMC.

Se regras são criadas para acomodar da melhor forma possível interesses dos seus destinatários, o debate sobre o conteúdo das previsões legais sobre tratamento especial e diferenciado deve seguir uma perspectiva analítica que busque colocar o tratamento especial e diferenciado com possibilidades factíveis de responder às necessidades de desenvolvimento dos países. Entretanto, deve-se evitar o entendimento do tratamento especial e diferenciado como substituto para normas mais qualificadas em direção ao desenvolvimento.

Basicamente, os compromissos assumidos determinam que os países desenvolvidos devem: efetivar medidas para conceder alta prioridade à redução e à eliminação das barreiras ao comércio dos produtos cuja exportação seja de interesse especial dos países menos desenvolvidos; manter o compromisso de se abster de criar ou agravar os direitos aduaneiros ou barreiras não tarifárias à importação de produtos cuja exportação seja de interesse particular dos países menos desenvolvidos; abster-se em adotar novas medidas fiscais que impeçam de maneira significativa o aumento do consumo de produtos primários nos países menos desenvolvidos; e, por fim, manter o compromisso de dar maior atenção à adoção de outras medidas destinadas a possibilitar o incremento das importações provenientes dos países menos desenvolvidos.

Nesse sentido, as propostas de renovação, melhoria e adaptação do tratamento especial e diferenciado continuam ocupando lugar de destaque na agenda da OMC. A reestruturação do tratamento especial e diferenciado, de forma cartesiana, deve ser desmembrada para que possa ser realizada uma avaliação científica e racional.

A primeira questão diz respeito à legitimação do tratamento especial e diferenciado como um direito, buscando identificar a sua natureza jurídica e a sua base legal fundamental. Em um segundo momento, deve-se identificar quais são os países destinatários do tratamento especial e diferenciado. Isso quer dizer identificar dentro do conceito de diferenciação ou “gradação” quem são os beneficiários desse tratamento e como definir a sua elegibilidade.

Definidas a natureza jurídica e a diferenciação para um tratamento especial e diferenciado dentro do sistema multilateral de comércio, é necessário focar no que se entende por preferências comerciais, principalmente no que diz respeito ao acesso a mercados privilegiados em conjunto com o princípio da não reciprocidade, benefício esse estendido àqueles com reais necessidades de desenvolvimento.

Claro que o acesso a mercados não elimina de pronto as possibilidades de proteções domésticas, tendo em consideração produtos originários de países desenvolvidos. Por isso, mostra-se relevante uma análise detida dos impactos do tratamento especial e diferenciado no que tange ao direito de restringir ou não as importações em um grau não equivalente ao direito concedido aos países desenvolvidos.

Assim, na mesma esteira das medidas domésticas de acesso a mercados e políticas de exportação, os subsídios às exportações são certamente fontes de acaloradas discussões sobre um tratamento especial e diferenciado a países em desenvolvimento diante desse benefício, que pode ou não distorcer as condições de competitividade no sistema multilateral de comércio.

E, por fim, mas não menos importante, deve-se situar o debate sobre a flexibilização das regras multilaterais de comércio aos países em desenvolvimento e sobre a possibilidade de postergação do cumprimento de determinadas regras, tudo isso diante da problemática da eficácia do sistema normativo de comércio internacional (KECK; LOW, 2005, p. 150).

### **Tratamento especial e diferenciado como direito**

Quando se faz referência a um tratamento especial e diferenciado no sistema multilateral de comércio, não se pode esquecer que ele primeiramente precisa fazer referência ao entendimento sobre o princípio da isonomia nesse contexto.

É certo que o arcabouço normativo que fundamenta o sistema multilateral de comércio busca o alcance de um comércio justo que traga

benefícios conjuntos, tal qual explicitado no preâmbulo do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947. Esse acordo reconhece “que as relações no domínio comercial e econômico devem ser orientadas no sentido de elevar os padrões de vida, de assegurar o emprego pleno e um alto e sempre crescente nível de rendimento real e de procura efetiva, para a mais ampla exploração dos recursos mundiais e à expansão da produção e das trocas de mercadorias”. Isso leva à conclusão de que a igualdade buscada pelo sistema multilateral de comércio, inaugurado com o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, quer dizer igualdade de resultados, de objetivos. A igualdade, portanto, é reconhecida como o mesmo objetivo buscado por todos, e o comércio internacional seria um dos instrumentos para isso.

Já o Acordo de Marrakesh reitera os mesmos objetivos do GATT, dando idêntico tratamento de igualdade quanto aos objetivos buscados, quando reconhece que “as relações no domínio econômico e comercial deveriam ser orientadas tendo em vista a melhoria dos níveis de vida, a realização do pleno emprego e um aumento acentuado e constante dos rendimentos reais e da procura efetiva, bem como o desenvolvimento da produção e do comércio de mercadorias e serviços”. Contudo, o acordo que cria a OMC adiciona em seu preâmbulo uma questão: a diferenciação.

A diferenciação pode ser verificada a partir do momento em que há o reconhecimento da busca por “otimizar a utilização dos recursos em consonância com o objetivo de um desenvolvimento sustentável que procure proteger e preservar o ambiente e aperfeiçoar os meios para atingir esses objetivos de um modo compatível com as respectivas necessidades e preocupações a diferentes níveis de desenvolvimento econômico”.

Dessa forma, ao terem acesso ao GATT e posteriormente à OMC, os países aceitam e estabelecem uma igualdade de objetivos, aceitando atuar em busca da consolidação desses. Entretanto, reconhecem que a igualdade de objetivos não quer significar igualdade de condições diante do sistema multilateral de comércio. A igualdade não é uma igualdade de tratamento, mas de objetivos, ou seja, para alcançar os objetivos delineados é preciso considerar as diferenças e, por isso, tratar igualmente aqueles que são iguais e de forma diferenciada aqueles que são diferentes.

Nesse sentido, a interpretação e a aplicação dos dispositivos legais apresentados no Acordo Geral de Tarifas e Comércio devem ser feitas em busca dos mesmos objetivos traçados para todos, atentando para a necessidade da eliminação de qualquer tratamento discriminatório que possa se transformar em um obstáculo ao comércio justo e direcionado a um desenvolvimento sustentável, ao mesmo tempo em que devem reconhecer a existência de níveis de desenvolvimento diversos.

Assim, a não discriminação passa a ser um princípio basilar e imperativo a partir da pressuposição de que a redução ou eliminação de barreiras ao comércio, assim como a eliminação de um tratamento discriminatório, são essenciais para a busca de objetivos mais amplos das partes contratantes. A não discriminação, como visto anteriormente, pode ser considerada como um princípio “guarda-chuva”, que engloba a Cláusula da Nação Mais Favorecida (artigo I do Acordo Geral de Tarifas e Comércio) e o Princípio do Tratamento Nacional (artigo III do Acordo Geral de Tarifas e Comércio), os quais proíbem tratamento discriminatório em relação a produtos e países contratantes do GATT. Nesse sentido, a interpretação inicial que se faz é a de que a discriminação seria estabelecer barreiras específicas, fronteiriças ou não, a produtos ou países.

Alguns outros artigos do GATT fazem referência a um tratamento não discriminatório. Nisso se inclui, em particular, os artigos II.1<sup>2</sup>, IX.1<sup>3</sup> e XIII. 1<sup>4</sup>. Junto com a não discriminação, certamente vislumbrando a diferenciação, algumas exceções a esse princípio da não discriminação são previstas.

---

<sup>2</sup> Artigo II. 1. (a) Cada Parte Contratante concederá às outras Partes Contratantes, em matéria comercial, tratamento não menos favorável do que o previsto na parte apropriada da lista correspondente, anexa ao presente Acordo.

<sup>3</sup> Artigo IX. 1. No que diz respeito às condições relativas às marcas, cada Parte Contratante concederá aos produtos do território das outras Partes Contratantes um tratamento não menos favorável que o concedido aos produtos similares de qualquer terceiro país.

<sup>4</sup> Artigo XIII. 1. Nenhuma proibição ou restrição será aplicada por uma Parte Contratante à importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante ou à exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, a menos que proibições ou restrições semelhantes sejam aplicadas à importação de produto similar originário de todos os outros países ou à exportação de produto similar destinado a todos os outros países.

As exceções ao princípio da não discriminação, por sua vez, podem ter como base, além da diferenciação, que se constitui fundamental à perspectiva do tratamento especial e diferenciado, outras possibilidades de exceções evidenciadas nas normas do GATT.

São muitos os artigos do GATT que possibilitam exceções ao tratamento não discriminatório, como é o caso do artigo XX<sup>5</sup>, que dá origem a regras mais específicas no sistema multilateral de comércio, a exemplo do acordo de barreiras sanitárias e fitossanitárias. O artigo XX

---

<sup>5</sup> “Artigo XX - Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir, quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: (a) necessárias à proteção da moralidade pública; (b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais; (c) que se relacionem à exportação e à importação do ouro e da prata; (d) necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e os monopólios administrados na conformidade do § 4º do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro; (e) relativas aos artigos fabricados nas prisões; (f) impostas para a proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico; (g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais; (h) tomadas em execução de compromissos contraídos em virtude de um Acordo Intergovernamental sobre um produto de base, em conformidade com os critérios submetidos às Partes Contratantes e não desaprovados por elas e que é ele próprio submetido às Partes Contratantes e não é desaprovado por elas; (i) que impliquem restrições à exportação de matérias-primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos nos quais o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, em execução de um plano governamental de estabilização; sob reserva de que essas restrições não tenham por efeito reforçar a exportação ou a proteção concedida à referida indústria nacional e não sejam contrárias às disposições do presente Acordo relativas à não discriminação; (j) essenciais à aquisição ou à distribuição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local; todavia, as referidas medidas deverão ser compatíveis com o princípio segundo o qual todas as Partes Contratantes têm direito a uma parte equitativa do abastecimento internacional desses produtos e as medidas que são incompatíveis com as outras disposições do presente Acordo serão suprimidas desde que as circunstâncias que as motivaram tenham deixado de existir. As Partes Contratantes examinarão, em 30 de junho de 1960, no máximo, se é necessário manter a disposição da presente alínea”.

permite a uma parte estabelecer um tratamento que, à primeira vista, se não for considerado como exceção, constituirá um meio arbitrário e injustificável de discriminação. Contudo, em busca de alcançar os objetivos listados no artigo, ele é claramente uma exceção taxativa ao tratamento não discriminatório.

Tais exceções se repetem com relação ao tratamento nacional, aos direitos *antidumping*, o qual, por definição, é uma medida discriminatória, porém relativa à proteção comercial, assim como no caso da aplicação de medidas de salvaguarda e a aplicação de restrições quantitativas.

Já o caso da diferenciação é também entendido como uma exceção ao princípio da não discriminação, principalmente depois da criação da Parte IV do GATT em 1964, e o reconhecimento a partir da Decisão de 1979, que dá origem à Cláusula de Habilitação.

Dessa forma, o tratamento não discriminatório continua sendo um princípio basilar dentro do sistema multilateral de comércio, porém resta claro que permeado de exceções. Tais exceções se tornaram dominantes na prática do comércio internacional e, como muito bem assevera Samuel Park (2005, p. 85), “é evidente que as exceções ao tratamento não-discriminatório que foram construídas no GATT não são mais exceções, mas sim um fato dominante do sistema global de comércio”.

Por conseguinte, a igualdade de objetivos, juntamente com o reconhecimento da existência de diversos níveis de desenvolvimento e da necessidade de tratamento não discriminatório como instrumento do sistema multilateral para um comércio justo, leva a uma consideração sobre o tratamento especial e diferenciado como exceção a esse tratamento discriminatório. O simples objetivo de coadunar a finalidade dos acordos de comércio com o fundamento da não discriminação passa certamente pelo reconhecimento de uma diferenciação.

A igualdade é por si só uma construção moral, de fácil constatação em um amplo aspecto político, e essa igualdade diz respeito aos resultados e à ação normativa e política diante desses resultados. Isso faz com que, levando em consideração esse sentido de igualdade, as normas

da OMC sejam vistas como desiguais, colocando, então, a legitimidade do sistema em questão.

Somente a análise da igualdade não leva o debate do tratamento especial e diferenciado muito longe, pois, se assim for, este pode correr o risco de ser marginalizado como um direito político, sendo efetivado somente por acordos de “boas intenções” em decisões políticas. Tais decisões levam à simples atenuação das obrigações e extensão de direitos para os países em desenvolvimento, o que certamente não quer dizer muita coisa e não aprofunda o entendimento sobre a sua aplicabilidade.

Limitar a legitimidade do tratamento especial e diferenciado como um simples direito político de ter a concessão de determinadas exceções, conforme o encaminhamento de negociações de uma forma politizada, tende a frustrar a busca por uma previsão realmente efetiva. Isto é, previsões que correspondam às necessidades de desenvolvimento dos países em desenvolvimento e que entendam as suas diferenças. Portanto, o tratamento especial e diferenciado nasce da possibilidade de uma diferenciação diante do sistema multilateral, dentro de um quadro principiológico que legitima a igualdade e o tratamento não discriminatório.

A politização do debate sobre o tratamento especial e diferenciado foi uma constante por muito tempo, o que certamente deve ser evitado no sentido de dar-lhe mais eficácia. Tal fenômeno de entender o tratamento especial e diferenciado como um mero direito político deve ser evitado, pois ele pode esvaziar a detalhada análise econômica e legal essencial para identificar boas regras (KECK; LOW, 2005, p. 155).

Como bem chamam a atenção os pesquisadores do Banco Mundial, Keck e Low (2005, p. 155), a generalizada insistência no entendimento do tratamento especial como direito político leva à dedução de que a melhor contribuição que a OMC pode dar ao desenvolvimento é assegurar que os países em desenvolvimento assumam o menor número possível de obrigações perante o sistema. Ou seja, o tratamento especial como a não assunção de obrigações perante o sistema, partindo da premissa de que quanto menos melhor.

Tal perspectiva certamente leva ao esvaziamento da eficácia do conjunto de normas que estruturam o sistema multilateral, assim como faz com que esse mesmo sistema faça o caminho contrário a um ambiente mais orientado pela regra (JACKSON, 1998, p. 10). Certamente, essa percepção acaba causando um impasse nas rodadas de negociação, como é o caso de Doha, uma vez que os Estados buscam cada vez menos assumir compromissos, afetando dessa forma a efetividade do sistema.

Entender o tratamento especial e diferenciado a partir da perspectiva de que quanto menos compromissos assumidos, melhor para os países em desenvolvimento, ou seja, como uma extensão de isenções genéricas e politicamente concedidas auxilia na manutenção de relações desiguais, o que enfraquece a posição negociadora dos países em desenvolvimento. A não criação de novas regras e a não submissão a regras existentes, como elemento essencial de um tratamento especial e diferenciado, simplesmente aumentam a diferenciação e limitam a possibilidade de criação de normas direcionadas especificamente ao tema desenvolvimento, enfraquecendo a possibilidade de desafiar elementos no sistema que sejam causadores de distorções e desequilíbrios.

A melhor forma para garantir que o tratamento especial e diferenciado contribua para o desenvolvimento é ir além do princípio de diferenciação para a substância de previsões individualizadas; é transcender o político e analisar as reais necessidades de desenvolvimento e regulamentá-las, independente de a origem ser em normas negociadas ou em interpretações vinculantes das normas existentes. Por isso, é importante não entender que as regras regulamentadoras do tratamento especial e diferenciado estão calcadas na premissa de quanto menos, melhor, mas sim no princípio de que quanto mais regras próximas à realidade e às necessidades de desenvolvimento, menor a possibilidade de politização do debate.

Em suma, a natureza jurídica do tratamento especial e diferenciado está baseada na busca por objetivos de desenvolvimento sustentável e em um sistema que tem como um dos seus instrumentos para o comércio justo a não discriminação, princípio esse que é flexibilizado diante da

constatação de diferenciação nos níveis de desenvolvimento das partes envolvidas, o que leva a um tratamento especial e diferenciado.

Tal tratamento especial e diferenciado, por sua vez, deve transcender o político, sem marginalizá-lo, é claro, em busca de uma configuração analítica que corresponda às necessidades reais de desenvolvimento, principalmente em razão do aumento da tendência em verificar a política comercial como um elemento integral de um amplo panorama de políticas de desenvolvimento e de um sistema multilateral de normas. Dessa maneira, o desafio legal está em ligar posições de negociação aos compromissos de liberalização, regras da OMC e tratamento especial e diferenciado, sem deixar nunca de considerar o argumento das necessidades e prioridades de desenvolvimento.

### **Cláusula de Habilitação e diferenciação**

Partindo dos conceitos de igualdade, não discriminação e tratamento especial e diferenciado, passa a ser inevitável a consideração de que o sistema legal da OMC fatalmente seria desigual se não fosse possível a diferenciação entre os seus membros. Assim, a discussão sobre os fundamentos para a diferenciação entre países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos passa a ser central no que concerne ao tratamento especial e diferenciado, uma vez que este é concedido como base em uma diferenciação quanto aos níveis de desenvolvimento.

Em uma perspectiva semelhante ao princípio da não discriminação, a Parte IV do GATT estabeleceu a não reciprocidade em seu artigo XXXVI-8, atestando que “as Partes Contratantes desenvolvidas não esperam obter reciprocidade com relação aos compromissos assumidos em negociações comerciais destinadas a reduzir ou suprimir tarifas ou remover barreiras ao comércio das Partes Contratantes menos desenvolvidas”. Em complementação, a nota interpretativa ao artigo XXXVI-8 esclarece que a frase “não esperam obter reciprocidade” significa, de acordo com os objetivos deste artigo, que não se deve esperar das Partes Contratantes menos

desenvolvidas, no decorrer de negociações comerciais, contribuições inconsistentes com seu desenvolvimento individual, suas necessidades financeiras e comerciais, levando em conta a evolução anterior do comércio.

O compromisso originado desse dispositivo tem como consequência a não reciprocidade por parte de países menos desenvolvidos, os quais não devem reciprocidade principalmente em consideração com suas necessidades individuais de desenvolvimento. Isso quer dizer que os países menos desenvolvidos passam a ter um benefício de tratamento especial e diferenciado. Contudo, o problema aparece com a ausência de um critério objetivo sobre quais países são considerados menos desenvolvidos e mais desenvolvidos e como chegar a essa diferenciação entre desenvolvidos e menos desenvolvidos. Ainda é importante sublinhar que o Acordo Geral de Tarifas e Comércio somente faz menção a dois grupos de países, os desenvolvidos e os menos desenvolvidos, sendo que os países em desenvolvimento, até 1979, quando da Cláusula de Habilitação, não constituíam um grupo específico perante o sistema multilateral de comércio.

A decisão de 1979 sobre tratamento especial e diferenciado, reciprocidade e participação dos países em desenvolvimento no sistema de comércio internacional, mais conhecida como Cláusula de Habilitação, criou uma base importante ao tratamento especial e diferenciado no que diz respeito à exceção do tratamento não discriminatório, que tem como base legal mais importante a Cláusula da Nação Mais Favorecida (artigo I do GATT), possibilitando de maneira mais clara a concessão de tratamento preferencial a países em desenvolvimento.

A Cláusula de Habilitação pode ser sumarizada em disposições que têm a finalidade de: incrementar as oportunidades comerciais dos países em desenvolvimento a partir de um tratamento preferencial concedido pelos países desenvolvidos a produtos originários dos países em desenvolvimento, em conformidade com o SGP; flexibilizar compromissos para a utilização de instrumentos de política comercial a partir de um tratamento especial e diferenciado, com base na não reciprocidade, e de medidas que sejam de interesse de desenvolvimento para os países menos desenvolvidos.

Em 1979, visando a reiterar a não reciprocidade determinada no artigo XXXVI, o parágrafo 5º da Cláusula de Habilitação traz à tona uma nova diferenciação, mas também sem o estabelecimento de critérios objetivos para tanto, quando atesta que “os países desenvolvidos não esperam reciprocidade pelos compromissos assumidos em negociações comerciais para reduzir ou remover tarifas e outras barreiras ao comércio com países em desenvolvimento”. Ou seja, “os países desenvolvidos não esperam que os países em desenvolvimento, no curso das negociações, façam contribuições inconsistentes com seu desenvolvimento individual, finanças e seu comércio”. No parágrafo 5º, portanto, menção é feita a um grupo de países desenvolvidos e outro de países em desenvolvimento.

Entretanto, no parágrafo 7º, volta a Cláusula de Habilitação a referir-se a um outro grupo de países, o dos menos desenvolvidos, reportando-se explicitamente aos termos utilizados no Acordo Geral de Tarifas e Comércio, principalmente no que tange ao artigo XXXVI, o que mantém a existência de um grupo de países menos desenvolvidos.

As concessões e contribuições feitas e as obrigações assumidas pelas Partes Contratantes desenvolvidas e menos desenvolvidas segundo as provisões do Acordo Geral de Tarifas e Comércio devem promover os objetivos básicos do Acordo, incluindo aqueles incorporados no Preâmbulo e no Artigo XXXVI. As Partes Contratantes menos desenvolvidas esperam que a sua capacidade de contribuir, ou fazer concessões negociadas ou a tomar medidas mutuamente acordadas segundo as provisões e procedimentos do Acordo Geral aumente progressivamente com o desenvolvimento das suas economias e melhora da sua situação comercial (GATT, 1965).

Dessa forma, fica constituído o quadro da situação pós-Cláusula de Habilitação no concernente à diferenciação. Existem três grupos de países – os desenvolvidos; os em desenvolvimento; e os menos desenvolvidos – continuando os dois últimos a ser beneficiários de tratamento especial e diferenciado a partir de um espectro bastante subjetivo e baseado

na expectativa e na consideração das outras partes sobre a condição de desenvolvimento de seus parceiros comerciais.

A inclusão no debate da problemática da diferenciação, conjuntamente com a não reciprocidade e a consolidação de regras de tratamento especial e diferenciado, passa a ser um pacote único na barganha dos países em desenvolvimento. Isso se dá uma vez que tais conceitos dão cobertura legal e formal no que diz respeito às preferências determinadas no SGP, tratamento especial e diferenciado, em acordos de barreiras não tarifárias e acordos regionais de comércio entre países em desenvolvimento.

Um tratamento especial e diferenciado dentro do sistema multilateral de comércio considerado perante as regras da OMC é distinto entre categorias de países. Os critérios que estabelecem essa diferenciação certamente terão um grande impacto na concessão de benefícios previstos por um tratamento especial e diferenciado, em razão de, principalmente, uma gama enorme de países com diferentes níveis de desenvolvimento. Alguns resultados indesejáveis, como distorções comerciais e erosão de preferências tarifárias, podem ser diretamente inconsistentes com os objetivos traçados no preâmbulo do GATT e do Protocolo de Marrakesh, caso não fique bem definido quem pode ou não se beneficiar de um tratamento especial e diferenciado.

Na prática, o atual sistema de diferenciação vigente na OMC é o da autodefinição. Durante as negociações, os países determinam em sua agenda de compromissos a intenção de serem considerados países em desenvolvimento. Caso a proposta seja aceita pelos outros membros, o país passará a receber o tratamento de acordo com a diferenciação por ele indicada<sup>6</sup>. Em suma, cada membro decide por si só se deve ou não ser considerado um país desenvolvido ou em desenvolvimento perante as regras da OMC<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Atualmente, somente a China não recebeu total aceitação do seu pedido para ser considerada como país em desenvolvimento.

<sup>7</sup> Outras instituições internacionais utilizam distintos critérios de diferenciação. O Banco Mundial, a UNCTAD e a OCDE, por exemplo, utilizam um sistema de diferenciação baseado no PIB *per capita*. A ONU e suas agências especializadas, por sua vez, utilizam diversos sistemas para diferenciação, como, por exemplo, estatísticas de comércio (FAO) e índice de desenvolvimento humano (UNDP).

A diferenciação na OMC faz parte do debate do tratamento especial e diferenciado de forma direta. O problema prático no sistema GATT/OMC é que em toda a história nunca se alcançou um consenso sobre uma definição de país em desenvolvimento, o que leva a uma dificuldade de congregar os anseios de todos quanto à possibilidade de diferenciação. Essa complexidade fatalmente leva à politização do debate, pois países como México e República da Coreia, que se uniram recentemente à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>8</sup>, estão pouco dispostos a mudar a sua designação em razão da questão política associada ao *status* do país na OMC, estejam eles fazendo ou não uso do tratamento especial e diferenciado.

Com a diferenciação atual da OMC, alguns países menos desenvolvidos são obrigados a arcar com as consequências do tratamento especial e diferenciado a países em desenvolvimento que possuam um grau mais acentuado de desenvolvimento. Os países que mais perdem, certamente, são aqueles considerados mais frágeis diante do sistema multilateral classificados como países em desenvolvimento no mesmo patamar de outros mais desenvolvidos. Quando um país menos desenvolvido é classificado como em desenvolvimento, as obrigações assumidas podem ser diametralmente opostas às suas reais necessidades de desenvolvimento, e o fato de passar a ter as mesmas obrigações que países em desenvolvimento mais avançados leva a resultados prejudiciais em diversos aspectos (KASTENG; KARLSON; LINDBERG, 2004, p. 9-10).

A avaliação do impacto das regras fundamentadas em um análise país a país e caso a caso para a concessão de tratamento diferenciado é uma perspectiva que continua sendo adotada na OMC, porém sem retirar o caráter político e pouco científico da diferenciação. Tal modelo de diferenciação poderia ser eficaz se não fosse pela dificuldade negocial

---

<sup>8</sup> A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização internacional e intergovernamental que agrupa os países mais industrializados da economia do mercado. Tem sua sede em Paris, França. Na OCDE, os representantes dos países-membros se reúnem para trocar informações e definir políticas com o objetivo de maximizar o crescimento econômico e o desenvolvimento dos países-membros.

de balancear as necessidades das partes, pois as necessidades de alguns para serem satisfeitas significam prejuízos causados a outras partes, o que acaba por levar a um impasse nas negociações, muitas vezes intransponível. O acesso ao tratamento especial e diferenciado, por exemplo, significa, principalmente aos países desenvolvidos, a aceitação de alguns prejuízos em nome do aumento dos benefícios da liberalização aos países em desenvolvimento.

A OMC é realmente uma organização internacional baseada em regras (*rule-based*), contudo também é um foro de negociações, onde a questão política muitas vezes é precedente. A fusão do aspecto legal com a relação política descreve bem a situação da diferenciação e, conseqüentemente, do acesso ao tratamento especial e diferenciado na OMC atualmente. A possibilidade de autodesignação por parte dos países quanto ao seu *status* de desenvolvimento engloba um caráter não formal de submissão às regras do sistema multilateral de comércio. O fato de algumas nações se retirarem do grupo dos países em desenvolvimento, como é o caso de certos países europeus quando da sua adesão à União Europeia, é um grande exemplo de que a diferenciação na OMC é negociável, sendo muito mais política que legal, o que certamente afeta o alcance dos objetivos de desenvolvimento conjunto estabelecido pelos acordos que a compõem.

É indiscutível que o sistema atual engendra algumas desigualdades quando enquadra países com diferentes níveis de desenvolvimento sob um mesmo conceito de país em desenvolvimento. Na busca por uma definição mais analítica do tratamento especial e diferenciado, talvez a direção que deva ser tomada em consideração ao tema da diferenciação também seja uma identificação de fatores menos subjetivos que meçam as reais necessidades econômicas e de desenvolvimento, tendo em vista obrigações legais a serem assumidas ou não. Logicamente, essa não é uma tarefa fácil, mas, sem dúvida alguma, necessária, pois pode ajudar a solucionar o problema da excessiva politização e responder mais efetivamente à real necessidade de desenvolvimento.

### Tratamento especial e diferenciado e aplicação temporal

Com o *single undertaking* da Rodada Uruguai, os países em desenvolvimento viram um aumento acentuado em suas obrigações perante o sistema multilateral. A implementação de alguns compromissos multilaterais geraram reformas internas, o que fez com que houvesse desigualdade mesmo entre os países em desenvolvimento quanto ao cumprimento dos compromissos da Rodada Uruguai. Enquanto alguns países em desenvolvimento estavam em um processo de liberalização unilateral a partir da redução de proteções transfronteiriças ao comércio, uma vez que muitos tinham condições para isso, outros países, também considerados em desenvolvimento, não tinham capacidade suficiente para as reformas necessárias.

Uma distinção precisa ser feita entre ajustes relacionados à falta de capacidade de implementação e ajustes relacionados a dificuldades políticas no alcance de cooperação, que normalmente se refere aos custos de economia política originados das mudanças no emprego setorial e padrões de produção associados com a eliminação gradual de medidas distorcivas de comércio. A remoção de distorções deve ser considerada benéfica, como no caso da eliminação de proteção a setores tradicionais ineficientes que tenham impacto em setores essenciais ao desenvolvimento, a exemplo da liberalização de setores ineficientes que prejudiquem a competitividade do setor agrícola em países menos desenvolvidos.

No entanto, isso não significa que as medidas de proteção nos países em desenvolvimento sejam essencialmente distorcivas, e que estes deveriam desistir de usá-las, pois os países têm o direito, segundo as regras da OMC, de impor proteções por meio de barreiras tarifárias e quantitativas, conforme necessidade e segundo circunstâncias muito específicas (HOEKMAN; MICHALOPOULOS; WINTERS, 2004, p. 490). Ou seja, deve-se reconhecer que existem custos de ajustes gerados por reformas comerciais, e eles devem ser considerados, assim como o prazo de implementação dos compromissos.

Em curto prazo, a existência de custos relacionados a ajustes requer que os governos elaborem políticas paralelas e desenvolvam medidas alternativas para perseguir alguns objetivos que não sejam de política de comércio. Apesar dos ganhos de um aumento na alocação de recursos em longo prazo, a liberalização pode implicar adversidades transitórias originadas nas mudanças dos padrões de produção (WTO..., 2004). Para isso, as exceções temporárias quanto a compromissos muitas vezes são imperativas. Contudo, no sentido de assegurar a possibilidade de previsão e fornecer os benefícios para realizar uma reforma, um prazo final para medidas distorcivas de comércio deve ser determinando, considerando-se uma possível margem de flexibilização segundo o nível de desenvolvimento dos países envolvidos<sup>9</sup>.

Muitas das propostas de tratamento especial e diferenciado que geraram exceções das obrigações de implementação por um tempo não especificado não foram bem recebidas. Nas discussões pós-Doha, alguns países em desenvolvimento propuseram, por exemplo, que as extensões do período de transição para a implementação do acordo de valoração aduaneira, incluindo o direito de usarem valores mínimos, fosse renovado automaticamente a partir do pedido de um país-membro em desenvolvimento. Dessa forma, os beneficiários do tratamento especial e diferenciado estariam fazendo uma autosseleção e determinando para eles mesmos quando estariam prontos para assumir um nível mais alto de obrigações. Muitos membros da OMC possuem reservas a tais arranjos, pois os países beneficiários seriam destituídos de qualquer previsibilidade e obrigação específica, sendo as concessões de tratamento especial e diferenciado amplas e dotadas de discricionariedade, o que não garantiria nenhum esforço de reforma significativo nem mesmo uma previsão temporal de reformas efetivas.

---

<sup>9</sup> No caso de valoração aduaneira, por exemplo, extensões limitadas no tempo têm sido autorizadas pela OMC de forma casuística, país a país.

Em muitos casos, o tempo de transição para a implementação dos acordos é determinado em uma extensão para um grupo de países em diferentes estágios de desenvolvimento<sup>10</sup>.

É fato que o acesso ao tratamento especial e diferenciado será decidido por meio do pedido de um país em desenvolvimento. Em instituições baseadas no consenso, como a OMC, a preocupação é se a característica de discricionariedade das decisões relativas ao tratamento especial e diferenciado pode levar a formas indesejáveis de condiciona- lidades e arbitrariedades<sup>11</sup>.

As provisões de tratamento especial e diferenciado referem-se aos países em desenvolvimento como o grupo de beneficiários, o que leva de volta à discussão de diferenciação quanto aos variados níveis de desenvolvi- mento e ao impacto da suspensão dos compromissos assumidos perante alguns acordos da OMC, tendo em vista que o *status* de país em desenvolvimento nunca foi formalmente definido no arcabouço normativo do GATT/OMC.

Em suma, a grande maioria das disposições sobre tratamento especial e diferenciado acaba se transformando em instrumentos políti- cos imprecisos em matéria temporal. Elas normalmente falham na dis- tinção entre membros em desenvolvimento em termos das suas neces- sidades reais de desenvolvimento. O acesso às provisões de tratamento especial e diferenciado é deixado à discricionariedade dos membros da OMC e a maioria das disposições define beneficiários como um específico grupo chamado de países em desenvolvimento, deixando a questão tem- poral também em um campo de discricionariedade.

---

<sup>10</sup> Exemplos de tais provisões incluem um grande período de tempo para implementar a redução de compromissos sob o Acordo Agrícola (art. 15.2); maior período de eliminação (art. 5.2), períodos de implementação estendidos para requerer certas provisões do acordo de implementação do artigo VII do GATT 1994 (Valoração Aduaneira, art. 20.2); e períodos transitórios para a implementação do TRIPs (art. 65).

<sup>11</sup> Exemplos de tais provisões discricionárias incluem atrasos suportados complacientemente sob o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (arts. 10.2 e 10.3); exceções limitadas no tempo para certas provisões do Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio (art. 12.8); e extensões ao padrão das provisões de tratamento especial e diferenciado, segundo o acordo de implementação do artigo VII do GATT 1994 (Valoração Aduaneira, Anexos III.1 e III.2).

### **Tratamento especial e diferenciado e o equilíbrio das obrigações legais no sistema multilateral de comércio**

O debate que cerca as normas da OMC sobre tratamento especial e diferenciado tem como objetivo maior transformar as normas do sistema multilateral de comércio em normas mais sensíveis ao tema do desenvolvimento. O arcabouço normativo da OMC já se direciona ao desenvolvimento, mas isso não quer dizer que normas orientadas ao desenvolvimento sejam suficientes para o seu alcance.

O equilíbrio das normas que estabelecem um tratamento especial e diferenciado com a realidade empírica das relações comerciais entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento e entre os próprios países em desenvolvimento é necessário, para não dizer urgente.

Para isso, o primeiro passo é melhorar a posição jurídica do próprio tratamento especial e diferenciado, assim como aperfeiçoar o sistema de diferenciação entre os diversos níveis de desenvolvimento, para depois estabelecer regras que possam corresponder às necessidades de desenvolvimento sem efeitos distorcivos e, quando da ocorrência desses efeitos, mecanismos de compensação efetivos.

Em reconhecimento ao fato de que um tratamento especial e diferenciado significativo pode ser alcançado somente se este responder de forma efetiva a diferentes necessidades dos países em desenvolvimento, todas as novas perspectivas para o tratamento especial e diferenciado alcançadas por acadêmicos e outros pesquisadores nos últimos anos recomendam a diferenciação entre os países em desenvolvimento.

Como bem resumem Keck e Low (2005, p. 183), dentre os estudos sobre tratamento especial e diferenciado sobre diferenciação, três possibilidades podem ser destacadas, a saber: i) a concessão de total flexibilidade para todos os membros da OMC; ii) que estes deixem de poder autodefinir o seu *status* de país em desenvolvimento e sejam categorizados em um número maior de subgrupos, como na proposta feita pelos técnicos do Banco Mundial, Hoekman, Michalopoulos e Winters (2004, p. 494), quanto à divisão em países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos,

determinados por tamanho e critério *per capita*, o que iria capturar de forma mais ampla aqueles países com reais necessidades de tratamento especial e diferenciado no que diz respeito aos acordos da OMC; e iii) uma avaliação de custos e capacidade dos países para implementar os acordos da OMC, sendo determinado, como resultado dessas avaliações, um intervalo de tempo em face do prazo em que o país estaria isento das regras.

Todas as possibilidades mencionadas certamente são passíveis de crítica e possuem suas limitações, como a manutenção de elementos que dão ao tratamento especial e diferenciado menor funcionalidade, como é o caso da discricionariedade e politização do tratamento especial e diferenciado. Entretanto, as propostas evoluem no sentido de identificar a necessidade de modificação dos mecanismos de acesso a um tratamento especial e diferenciado, definindo que a questão política nesse caso não pode substituir um conjunto de disposições legalmente legitimadas. Um elemento-chave de uma perspectiva voltada aos fundamentos consiste em identificar critérios mensuráveis que definam acesso ao tratamento especial e diferenciado. Para alguns casos, o acesso ao tratamento pode ser ligado diretamente ao alcance dos critérios estabelecidos.

O grande desafio para fundar uma nova perspectiva fundamental ao tratamento especial e diferenciado consiste em conseguir definir um critério analítico que seja relevante para questões de tratamento especial e diferenciado, e que seja mensurável com os dados existentes. Idealmente, esse processo deveria ser o mais despolitizado possível e construído com base no pensamento de que países relativamente mais avançados ainda ganham em se resignarem ao acesso a poucos, porém aplicáveis, dispositivos de tratamento especial e diferenciado.

Enquanto não se perceber que o ponto central na definição dos fundamentos e critérios apropriados são os impactos para o desenvolvimento, o efeito do acesso ao tratamento especial e diferenciado continuará figurando em segundo plano. Tal interpretação vai de encontro aos princípios apresentados tanto no preâmbulo do GATT e do Acordo de Marrakesh quanto em todos os dispositivos que versam sobre Comércio Internacional e Desenvolvimento na OMC. Basta que se respeite a inter-

pretação teleológica, base hermenêutica do Direito Internacional Público, tarefa dos interpretes dos acordos da OMC.

O equilíbrio para definir fundamentos implícitos para o acesso a provisões específicas de tratamento especial e diferenciado envolve de forma individualizada os acordos da OMC e os resultados das suas aplicações. Isso exige uma perspectiva voltada aos requisitos específicos de cada acordo e uma diferenciação não só no que diz respeito ao tipo de país, se desenvolvido ou em desenvolvimento, mas no sentido da defesa dos frágeis interesses das sociedades que sofrem com a miséria e a desigualdade.

Assim, as exceções criadas por um tratamento especial e diferenciado não deveriam ser vistas como meros benefícios concedidos aos países em desenvolvimento, mas como um reequilíbrio das regras da OMC diante dos efeitos da sua aplicação, tudo como resultado prático da análise dos impactos do comércio no desenvolvimento.

O que fica como questionamento central no sentido de buscar reequilibrar as normas existentes na OMC é: quem tem poder para tal tarefa? Os Estados, a partir de negociações que têm se mostrado cada vez mais difíceis e infrutíferas? A própria Organização Mundial do Comércio, a partir de suas instituições internas?

### **Reestruturação e eficácia do sistema de Direito da Organização Mundial do Comércio**

O reequilíbrio das normas existentes na OMC, assim como a efetividade das existentes, diante da tentativa de aproximação destas à realidade dos países menos desenvolvidos do sistema multilateral de comércio, depende diretamente de uma verificação da natureza jurídica das normas que legitimam a OMC como uma das principais e mais atuantes no universo das organizações internacionais.

É a partir de uma definição clara da natureza jurídica das normas que se pode verificar a eficácia destas, para que somente então possam ser buscados mecanismos para uma possível reestruturação ou mudança na

forma de interpretar e aplicar regras já existentes. É exatamente partindo desse pressuposto que o primeiro passo é definir a OMC como uma organização internacional de caráter intergovernamental com personalidade jurídica de Direito Internacional Público, ou seja, com suas regras criadas, interpretadas e aplicadas com base no Direito Internacional Público.

### **Natureza jurídica do ordenamento da OMC**

Definir a natureza jurídica da OMC adquire importância central no presente trabalho, pois, para analisar possibilidades de reestruturação e modificação na aplicação das normas, é imperativo que sejam delineadas as bases da criação das suas estruturas institucionais e normativas. Somente dessa forma será possível definir os seus mecanismos de interpretação e aplicação do direito existente, além de ser muito importante na determinação da sua configuração política.

Juridicamente, parte-se da premissa de que a OMC está arraigada no Direito Internacional Público, pois, de forma bastante genérica, ela deve ser vista como sendo uma organização internacional formada por sujeitos de Direito Internacional Público que utilizam tratados internacionais como mecanismo de regulação de suas relações em termos de comércio internacional. A OMC, por ter como base ser uma estrutura fundada essencialmente nos mecanismos de Direito Internacional Público, não pode ser analisada tendo como premissa estruturas legais de Direito interno ou de Direito comunitário, pois as características destas diferem essencialmente.

Questões como o sistema internacional, o voluntarismo, a igualdade de poder entre os atores e a autonomia da vontade por si só já configuram diferenças fulcrais entre o Direito Internacional Público, o Direito interno e o Direito comunitário. Por esse motivo, comparações e a importação de institutos são sempre perigosas. Não que sejam inválidas ou inviáveis, entretanto é necessário que exista um esforço e um cuidado extra para evitar que institutos não compatíveis sejam utilizados conjuntamente, pois tal opção pode acabar por obstar o alcance dos objetivos do

Direito existente, minando, então, a sua própria essência: a realização do ser humano como fim.

As estruturas de Direito interno, em grande medida possuem tradições arraigadas na *civil law* ou na *common law*, já o Direito Internacional Público, por sua vez, possui características próprias em razão dos seus fundamentos e princípios, ou seja, as características legais que circundam o sistema legal de Direito Internacional Público diferem das características que fundam os sistemas legais de Direito interno. Portanto, não se pode afirmar que o Direito Internacional Público possui natureza de *common* ou *civil law*.

Na realidade, a natureza jurídica do Direito Internacional Público é de Direito Internacional Público. Entretanto, o fato de esse Direito não ter natureza jurídica de *civil law* ou *common law* não quer dizer que não possa haver a apropriação de institutos naturais dessas tradições, desde que tais institutos estejam plenamente adaptados às características fundamentais do Direito Internacional Público. Rechaçar a utilização de instrumentos que podem ser bem-sucedidos na consecução do Direito é impedir a evolução e o dinamismo que ele requer para o alcance de seus objetivos.

Assim, deve-se partir do princípio de que a Organização Mundial do Comércio está baseada em uma estrutura legal de Direito Internacional Público, estando a sua eficácia condicionada às características desse modelo jurídico.

No que diz respeito ao tema comércio internacional e desenvolvimento, mais especificamente à questão da eficácia do tratamento especial e diferenciado, busca-se neste momento avaliar alternativas para um incremento da aplicação das normas relacionadas ao tema, pois, como verificado anteriormente, os resultados têm se mostrado insatisfatórios.

Certamente dezenas, senão centenas, de alternativas têm sido propostas por acadêmicos ao redor do mundo, partindo todos do mesmo ponto: a busca por maior eficiência das disposições sobre tratamento especial e diferenciado. No presente caso, buscar-se-á debater duas alternativas. A primeira repousa na negociação de novos acordos e na

reestruturação das normas existentes que versem sobre tratamento especial e diferenciado e diferenciação por parte dos membros da OMC.

Essa perspectiva terá como ponto de partida o processo de negociações, realizadas durante as rodadas de negociação da OMC, que visam a revisar ou criar novas normas. Isso porque muitas das críticas basicamente versam quanto à efetividade das rodadas de negociações, que tentam, muitas vezes sem sucesso, rever as normas atuais que têm se mostrado pouco efetivas.

Outra alternativa, que não pode ser descartada, é a utilização das normas e decisões já existentes, evitando assim a negociação de novos acordos e a modificação dos já existentes. Isso possibilitaria a utilização dos acordos e decisões já existentes na OMC na tentativa de fazer valer os objetivos de desenvolvimento previstos no sistema legal multilateral de comércio desde o Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947.

A negociação de novos acordos e a reestruturação das normas existentes a partir de negociações entre os membros da OMC durante as rodadas de negociação tem se mostrado um processo demorado e bastante sensível aos Estados. Isso porque o elemento político e as necessidades díspares de todos acabam sendo um grande obstáculo à efetivação da percepção e das boas intenções que afirmam a necessidade de um tratamento especial e diferenciado que considere as reais diferenças de graus de desenvolvimento.

Para tanto, como afirmado anteriormente neste trabalho, normas equilibradas são imperativas ao modelo de tratamento especial e diferenciado, para que seja possibilitada a flexibilização de obrigações sem enfraquecer o sistema ou prejudicar a legitimação das normas. As rodadas de negociação têm se mostrado demasiadamente demoradas e têm alcançado resultados consideravelmente tímidos em termos de reestruturação normativa, o que gera um custo aos países menos desenvolvidos que vêm sofrendo com a necessidade de estar inseridos no sistema, mas sem condições de cumprir os compromissos assumidos.

A diferença no grau de desenvolvimento entre os membros da OMC por si só já é um obstáculo ao tratamento especial e diferenciado.

Essa diferenciação leva à percepção de que as necessidades de revisão normativa, criação de novos compromissos ou flexibilização dos existentes não são as coincidentes de país para país, por mais que sejam países, para efeitos de tratamento especial e diferenciado, que se encontrem em uma mesma posição de desenvolvimento. Fica claro que não é suficiente que os países com menor grau de desenvolvimento tenham um tratamento especial e diferenciado se comparado ao tratamento dispensado aos países desenvolvidos, é preciso que sejam consideradas de forma mais específicas as necessidades e diferenças de desenvolvimento entre os próprios países com menor grau de desenvolvimento.

Essa diferença de desenvolvimento é um obstáculo à eficácia do tratamento especial e diferenciado, mas, neste momento, o problema central que se apresenta não é exatamente esse, pois já foi debatido anteriormente. Contudo, esse debate serve como parâmetro para que se entenda a dificuldade e sejam encontrados denominadores comuns na criação ou reestruturação de novos acordos, uma vez que há diferenças de necessidades e objetivos entre países desenvolvidos e os países em desenvolvimento.

Contudo, existem também diferenças sensíveis entre os próprios países em desenvolvimento, o que faz com que o acordo, a barganha e as negociações sejam cada vez mais complexos em termos de normas mais detalhadas, específicas, independente do tema. Dessa forma, considerando essas diferenças, os acordos alcançados nas rodadas de negociação, quando alcançados, têm se mostrado bastante tímidos e genéricos, o que em termos de tratamento especial e diferenciado e diferenciação não se mostra suficiente para impor o equilíbrio necessário para um comércio justo e voltado ao desenvolvimento.

Assim, passam a ser muito atraentes as alternativas que não envolvam reformas muito extensas, ou seja, que possibilitem a utilização de normas e decisões já existentes, evitando assim a negociação de novos acordos e a modificação dos já existentes quanto a temas específicos.

No entanto, é preciso ressaltar que isso não quer dizer que não sejam necessárias alterações profundas em alguns setores. Como será verificado, a segunda alternativa a ser avaliada traz uma modificação pouco

extensa em termos de texto legal, mas extremamente profunda em termos de efeitos institucionais, políticos e normativos, pois define uma mudança de perspectiva quanto à força de uma fonte de direito existente na OMC, as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias. Essa segunda alternativa tem suas raízes em alguns institutos da *common law*, que, se adaptáveis à realidade do Direito Internacional Público, não devem ser totalmente descartados como alternativa ao modelo atual.

### **Tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* e a ordem jurídica da Organização Mundial do Comércio**

Nada impede que alguns mecanismos utilizados nas duas tradições jurídicas sejam reproduzidos por mecanismos de Direito Internacional Público, como é o caso de tratados internacionais e organizações internacionais. Para tanto, basta que o sistema legal de Direito Internacional Público contemple a estrutura legal e institucional para efetivar tais mecanismos, o que leva a crer que a efetivação de mecanismos inicialmente ligados à *common* ou *civil law* por tratados internacionais não descaracteriza um sistema como sendo de Direito Internacional Público, desde que tais mecanismos sejam adaptados às características essenciais do Direito Internacional Público, jamais o contrário.

Há diferenças fulcrais entre as tradições jurídicas de *common* e *civil law*, diferenças históricas e legais que separam uma da outra quanto à sua forma de interpretar e aplicar, mas não no que se refere à sua efetividade. Uma das principais distinções existentes entre as duas tradições, e que ocupa lugar de centralidade no presente trabalho, repousa na força concedida ao precedente e à jurisprudência na formatação do Direito.

Logicamente, na busca por um recorte teórico, o presente trabalho buscará somente analisar uma dentre as muitas diferenças entre as duas tradições jurídicas, essencial para o melhor entendimento da questão central neste momento debatida, qual seja: a efetividade das normas de tratamento especial e diferenciado e diferenciação na OMC.

Contrária à alternativa de revisão e reestruturação das normas existentes sobre tratamento especial e diferenciado e diferenciação a partir da negociação de novos acordos e renegociação dos já existentes, a possibilidade de uma mudança de perspectiva quanto à força de uma fonte de Direito existente na OMC possibilitaria que os níveis de desenvolvimento fossem mais bem definidos conforme as reais necessidades de desenvolvimento dos membros das OMC. Isso levaria a regras de tratamento especial e diferenciado que se mostrassem mais equilibradas sem que as regras existentes fossem violadas. Como já afirmado, tal alternativa não demanda alterações extensas nas normas existentes, mas sim uma alteração bastante profunda no sistema da OMC, uma vez que alteraria a força de aplicação das decisões do sistema de solução de controvérsia, modificando a posição dessas decisões como fonte de Direito dentro da própria organização internacional.

Atualmente, as decisões verificadas pelo sistema de solução de controvérsias da OMC ocupam uma posição secundária, como ocorre também na Corte Internacional de Justiça e em grande parte dos sistemas de *civil law* existentes ao redor do mundo. Não que a posição subsidiária das decisões seja uma característica imutável dentro do Direito Internacional Público, o qual possui características próprias, mas não se pode negar que tal mudança seria sim bastante inovadora e que dependeria de uma estrutura que comportasse tal perspectiva.

Assim, para que a análise da alternativa proposta possa avançar, mostra-se essencial que se analise melhor a utilização das decisões nas duas tradições, para que somente então seja possível verificar a possibilidade ou não de utilizar decisões do sistema de solução de controvérsias com força de precedente com efeito vinculante, alterando, assim, a perspectiva da força atualmente secundária dessa fonte de Direito no Direito Internacional Público.

As diferenças entre dois grandes sistemas jurídicos existentes no mundo ocidental são consideráveis: o sistema de *civil law*, predominante na Europa continental e na América Latina, teve grande influência do Direito Romano, tendo como uma das suas grandes características ser altamente codificado. Por sua vez, o sistema de *common law*, como

é atualmente conhecido, foi delineado por obra de julgadores de origem anglo-saxônica a partir da Idade Média, sendo eminentemente fundado em regras bastante enxutas e pela força concedida ao precedente.

Ambas as tradições jurídicas, desde a modernidade, adquiriram proeminência no mundo do Direito, sendo as maiores responsáveis pelo desenvolvimento do Direito contemporâneo. Os países latino-americanos são familiarizados com a *civil law*, estando inserido nessa tradição o Direito brasileiro, enquanto a *common law* apresenta a intrigante característica de ser um Direito que, na sua criação, é preponderantemente influenciado pelos julgadores.

A tradição jurídica da *common law* historicamente teve como base de sua criação o costume anglo-saxão. Além de um conceito mais abrangente da *common law* como uma tradição jurídica, comumente referenciada com letras maiúsculas (*Common Law*), ela deve ser verificada como fundamentalmente um conjunto de normas jurídicas que se originaram de um processo de interpretação e aplicação do Direito por parte dos julgadores. Isso estabeleceu uma construção jurisprudencial muito forte, pois o julgador formula uma norma jurídica (princípios e regras) para o caso concreto com base em normas análogas e casuísticas.

O processo de abstrativizar os princípios e regras que envolvem a decisão será liderado pela doutrina do *stare decisis*, a qual dará a essa norma com caráter jurisprudencial força de precedente vinculante ou persuasivo para a decisão de casos futuros. Assim, uma característica central do sistema de Direito de *common law* é a aptidão que as decisões têm de inovar a ordem jurídica e criar normas abstrativizadas de conduta a partir de casos concretos generalizados.

Por sua vez, a tradição da *civil law* marginaliza as decisões a uma posição subsidiária no papel de criar normas abstratas, ficando essa função à cargo da lei criada pelo Poder Legislativo. Desse modo, prevalece a noção de que o julgador contribui apenas subsidiariamente ao desenvolvimento do Direito, sendo vedada, via de regra, a criação de normas pretorianas abstrativizadas. Isso não quer dizer que o juiz na *civil law* não cria Direito, entretanto a criação de Direito por parte dos julgadores na

*civil law* assume um caráter mais restritivo e subordinado à lei conformada pelo Poder Legislativo.

Ainda, deve-se ressaltar que nos sistemas que adotam a *civil law* o objeto de estudo acaba sendo primordialmente as leis *strictu sensu*. Já na *common law* a ênfase encontra-se no estudo do *case law*, ou seja, casos judiciais concretos. É exatamente por esse motivo que qualquer alternativa de revisão da estrutura legal da OMC em busca de mais efetividade de normas insuficientes que regulem o tratamento especial, diferenciado e a diferenciação, parta do princípio de ser possível incrementar a força dos julgados do sistema de solução de controvérsias.

### Considerações finais

A relativização do conceito de igualdade no comércio internacional está ameaçada, não pelo fato de os países em desenvolvimento estarem assumindo obrigações idênticas às dos países desenvolvidos, pois para evitar isso existe o tratamento especial e diferenciado, que mesmo insuficiente cumpre sua função. Acontece que o desenvolvimento como meta da Organização Mundial do Comércio encontra-se ameaçado pelo fato de os países em desenvolvimento serem muito diferentes entre eles, fazendo, nesse caso, que desiguais sejam tratados como iguais.

A existência de peculiaridades e diferenças econômicas, históricas, sociais, culturais, entre outras, dos Estados que fazem parte do sistema multilateral de comércio internacional são mais do que evidentes. Entretanto, a norma escrita não tem conseguido alcançar de forma satisfatória essas especificidades.

Na realidade, graças às características do Direito Internacional Público, é muito provável que os acordos da OMC jamais cheguem a um ponto em que seja possível tal especificidade de diferenciação, algo que deve ficar a cargo de técnicos e intérpretes das normas. Certamente, a interpretação das normas não pode, de forma alguma, minar a legitimidade

do sistema, e é exatamente por esse motivo que se deve congrega a necessidade de especificidade com a legitimidade do sistema.

Para a efetiva redução da pobreza e utilização do comércio como real instrumento de desenvolvimento, é preciso que se alcance mais equilíbrio normativo sem que o sistema venha a ruir. Esse desafio tem encontrado obstáculos aparentemente intransponíveis nas rodadas de negociação da OMC, em razão da diversidade de interesses em jogo.

Assim, a OMC precisa encontrar soluções em sua própria estrutura, que já se mostra bastante consolidada. Experiências, seja de *common law* ou de *civil law*, podem servir de modelo desde que adaptáveis à natureza jurídica e às características do sistema internacional determinado pelo Direito Internacional Público.

## Referências

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA – CEPAL. **O mercado comum latino-americano**. Santiago: Publicação da Organização das Nações Unidas, 1959.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA – CEPAL. The role of technical assistance. In: WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. **Boletim 238 de junho de 2006**. 2006. Available at: <[http://unctad.org/en/Docs/ditclp20064\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/ditclp20064_en.pdf)>. Access on: 28 Dec. 2011.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO – UNCTAD. **Assegurando ganhos de desenvolvimento a partir do sistema comercial internacional e das negociações de comércio**. Nota de informação pelo secretariado da UNCTAD. 2004. Disponível em: <[http://unctad.org/pt/docs/td397\\_pt.pdf](http://unctad.org/pt/docs/td397_pt.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2011.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE – GATT. **Amending the general agreement on tariffs and trade to introduce a part IV on trade and development**. 1965. Livro. 2355, p. 2-4. Disponível em: <[http://www.wto.org/gatt\\_docs/English/SULPDF/90780015.pdf](http://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90780015.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2011.

HOEKMAN, B.; MICHALOPOULOS, C.; WINTERS, A. **Special and differential treatment of developing countries in the WTO**: moving forward after Cancun. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

JACKSON, J. **Dispute settlement in the WTO**: policy and jurisprudencial considerations. Research Seminar in International Economics. Michigan: University of Michigan, 1998.

KASTENG, J.; KARLSON, A.; LINDBERG, C. **Differentiation between developing countries in the WTO**. 2004. Available at: <<http://www.eldis.org/assets/Docs/15743.html>>. Access on: 28 Dec. 2011.

KECK, A.; LOW, P. Special and differential treatment in the WTO: why, when and how? In: EVENETT, S. J.; HOEKMAN, B. M. **Economic development and multilateral trade cooperation**. Washington, D.C.: World Bank and Palgrave Macmillan, 2005. p. 147-188.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO – OCDE. **DAC guidelines on capacity development for trade in the new global context**. 2001. Available at: <[http://www.mincomes.it/semproitalia/tavolo\\_strategico/8\\_documenti/OCSE/OCSE/Contenuti/OECD-Development%20Aid%20Committee\\_Guidelines\\_Rafforzare\\_Trade%20Capacity\\_PVS.pdf](http://www.mincomes.it/semproitalia/tavolo_strategico/8_documenti/OCSE/OCSE/Contenuti/OECD-Development%20Aid%20Committee_Guidelines_Rafforzare_Trade%20Capacity_PVS.pdf)>. Access on: 28 Dec. 2011.

PARK, S. Nondiscrimination in GATT/WTO: was there anything to begin with and is there anything left? **World Trade Review**, v. 4, n. 1, p. 69-95, 2005.

WORLD TRADE ORGANISATION – WTO. **The future of the WTO**: addressing institutional challenges in the new millennium. 2004. Available at: <[http://www.ipu.org/splz-e/wto-symp05/future\\_WTO.pdf](http://www.ipu.org/splz-e/wto-symp05/future_WTO.pdf)>. Access on: 28 Dec. 2011.

Recebido: 14/09/2011

*Received:* 09/14/2011

Aprovado: 12/07/2012

*Approved:* 07/12/2012