

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

## TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**  
11-17 Editorial

## ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**  
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil  
*Vulnerabilities and Civil Law*
- **Christian Baldus**  
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?  
*Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?*
- **José Tolentino de Mendonça**  
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade  
*On the Use of the Word Vulnerability*

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**  
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha  
*The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity*
- **Alfredo Calderale**  
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano  
*Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems*
- **Aquilino Paulo Antunes**  
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos  
*Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives*
- **Cláudio Brandão**  
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica  
*Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic*
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**  
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica  
*Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe*

- 
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**  
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia  
*Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law*
- 
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**  
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros  
*Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states*
- 
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**  
Do envelhecimento à vulnerabilidade  
*From ageing to vulnerability*
- 
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**  
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future  
*Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro*
- 
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**  
Vulnerabilidade e assimetria contratual  
*Vulnerability and contractual asymmetry*
- 
- 341-374 **Isabel Graes**  
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia  
*A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency*
- 
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**  
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui  
*A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje*
- 
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**  
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013  
*On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform*
- 
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**  
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós pandemia  
*The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic*
- 
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**  
A vulnerabilidade no Direito Contratual  
*Vulnerability in Contract Law*
- 
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**  
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios  
*Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges*

- 
- Júlio Manuel Vieira Gomes**  
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)  
*The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)*

## TOMO 2

- 
- Mafalda Carmona**  
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco  
*“For our own good” – the tobacco matter*
- 
- Marco Antonio Marques da Silva**  
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro  
*Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law*
- 
- Margarida Paz**  
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo  
*The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations*
- 
- Margarida Seixas**  
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem  
*State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers*
- 
- Maria Clara Sottomayor**  
705-732 Vulnerabilidade e discriminação  
*Vulnerability and discrimination*
- 
- Maria Margarida Silva Pereira**  
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019  
*The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019*
- 
- Míriam Afonso Brigas**  
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões  
*Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections*

- 
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**  
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos  
*On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance*
- 
- Pedro Infante Mota**  
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC  
*From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body*
- 
- Sandra Passinhas**  
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha  
*Consumers' protection in digital markets*
- 
- Sérgio Miguel José Correia**  
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial  
*Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context*
- 
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**  
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas  
*The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies*
- 
- Valentina Vincenza Cuocci**  
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori  
*Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children*

## JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- 
- Maria Fernanda Palma**  
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico  
*The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good*
- 
- Pedro Caridade de Freitas**  
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021  
*Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021*

- 
- Rui Guerra da Fonseca**  
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,  
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021  
*Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.*  
*47621/13 and others, 08/04/2021*

## VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- 
- António Pedro Barbas Homem**  
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação  
*Doctoral degrees and research centers*
- 
- Christian Baldus**  
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da  
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao  
primeiro quartel do IV d.C.”  
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por  
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- 
- José A. A. Duarte Nogueira**  
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*  
*ao primeiro quartel do IV d. C.* (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas  
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)  
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century  
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in  
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

## LIVROS & ARTIGOS

- 
- Antonio do Passo Cabral**  
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel  
Teixeira de Sousa
- 
- Dário Moura Vicente**  
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- 
- Maria Chiara Locchi**  
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella





# De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC

## *From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body*

Pedro Infante Mota\*

“The World Trade Organization operates an extraordinarily powerful dispute settlement system, which is basically unique in international law history.”<sup>1</sup>

**Resumo:** Visto como um dos mais reputados tribunais internacionais de sempre, o Órgão de Recurso da Organização Mundial do Comércio mostrou-se particularmente vulnerável aos ataques de uma administração norte-americana que, guiada pelos instintos mercantilistas e nacionalistas do seu presidente, gerou uma crise institucional sem precedentes na Organização Mundial do Comércio e paralisou a sua “joia da coroa”.

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio, Sistema de Resolução de Litígios, Órgão de Recurso, administração Trump, Mecanismo Provisório Multipartes em Matéria de Arbitragem de Recursos.

**Abstract:** Seen as one of the most reputable international tribunals of all times, the Appellate Body of the World Trade Organization proved particularly vulnerable to attacks by an American administration that, guided by the mercantilist and nationalist instincts of its president, generated an institutional crisis without precedents in the World Trade Organization and paralyzed its “crown jewel”.

**Keywords:** World Trade Organization, Dispute Settlement Understanding, Appellate Body, Trump administration, Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Cronologia da Crise; 3. Razões do Bloqueio Norte-Americano; 4. Soluções Avançadas; 5. Considerações Finais.

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (pedroinfante@fd.ul.pt).

<sup>1</sup> JOHN JACKSON, *Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, American Journal of International Law, Vol. 97, 2003, p. 799.

## 1. Introdução

Ao contrário do Tribunal Internacional de Justiça, cuja jurisdição compulsória só é reconhecida por um dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas (Reino Unido), todos os cinco membros permanentes aceitavam a jurisdição compulsória do Órgão de Recurso da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>2</sup>, “um tribunal em tudo, exceto no nome”<sup>3</sup>. Os litígios são também uma parte importante e inevitável das relações internacionais e nenhum sistema de resolução de litígios foi acionado a nível planetário tantas vezes pelos seus membros como o da OMC. Em apenas 25 anos (até junho de 2020) foram adotados 234 relatórios de painéis e 146 relatórios do Órgão de Recurso, representando cerca de 70 000 páginas, e a sua qualidade é frequentemente elogiada<sup>4</sup>.

Desde o seu estabelecimento em 1995, cerca de 600 litígios comerciais (597 no final de dezembro de 2020) foram julgados pelo Sistema de Resolução de Litígios da OMC, tendo o Órgão de Recurso passado a ser um dos mais respeitados tribunais internacionais e “o mecanismo de recurso de maior sucesso na história internacional”<sup>5</sup>. Comparativamente, o Tribunal Internacional de Justiça, que dirime

---

<sup>2</sup> GIORGIO SACERDOTI, *The WTO Dispute Settlement System and the Challenges to Multilateralism: Consolidating a ‘Common Global Good’, Restoring Trust in Trade: Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Denise Prévost / Iveta Alexovicová / Hillebrand Pohl ed., Hart Publishing, 2019, p. 95.

<sup>3</sup> JOSEPH WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, *Journal of World Trade*, 2001, p. 201. Embora chamado de “Órgão de Recurso”, “a sua natureza é mais a de um tribunal” (DONALD MCRAE, *State-to-State Dispute Settlement in Megaregionals, Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*, Benedict Kingsbury / David M. Malone / Paul Mertenskötter / Richard B. Stewart / Thomas Streinz / Atsushi Sunami ed., Oxford University Press, 2019, p. 540). Terminologia à parte, o Órgão de Recurso assemelha-se na prática a um tribunal e funciona como tal, com as partes e os juízes a comportarem-se de forma judicial (FERNANDO DIAS SIMÕES, *The Appellate Body of the WTO: An International Court by Another Name*, *European Yearbook of International Economic Law* 2019, pp. 373 e 379). Aliás, durante anos, o “crachá oficial da OMC” dado aos membros do Órgão de Recurso pelo Secretariado da OMC usava o título de “juiz”, até que esta prática administrativa foi terminada por um Diretor-Geral Adjunto da OMC de nacionalidade norte-americana. ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Neo-liberal, state-capitalist and ordo-liberal conceptions of world trade: The rise and fall of the WTO dispute settlement system*, *European University Institute Working Paper Law* 2020/16, p. 17.

<sup>4</sup> MARCO BRONCKERS, *Trade Conflicts: Whither the WTO?*, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 47, n.º 3, 2020, p. 224.

<sup>5</sup> Professor James Crawford, então juiz do Tribunal Internacional de Justiça, em entrevista dada a Ronald Mizen, *‘Back to Square One’ if WTO Appeals Body Fails*, *Financial Review*, 3.8.2018. <https://www.afr.com/policy/economy/back-to-square-one-if-wto-appeals-body-fails-judge-james-crawford-20180802-h13hz0>.

litígios em todas as áreas do direito internacional, lidou “apenas” com 178 litígios desde 1947 e convém ter presente que o número de estados que podem submeter litígios ao Tribunal Internacional de Justiça supera o número de membros da OMC em cerca de um terço e que o órgão jurisdicional das Nações Unidas também conhece procedimentos não litigiosos (pareceres consultivos), situação não prevista no caso da OMC<sup>6</sup>.

Nos termos do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios da OMC (doravante, Memorando ou Sistema de Resolução de Litígios), o Órgão de Recurso será composto por sete pessoas, três das quais participarão na análise de cada caso (artigo 17, n.º 1) e o Órgão de Resolução de Litígios (artigo 2.º) nomeará os membros do Órgão de Recurso por um período de quatro anos, podendo cada membro ser reconduzido no seu cargo uma vez (artigo 17, n.º 2). Sucede que, por causa do bloqueio norte-americano à nomeação de novos membros ou renovação de mandatos, o Órgão de Recurso passou a ter somente Hong Zhao (China) como membro desde o dia 11 de dezembro de 2019, tendo o seu (primeiro) mandato terminado em 30 de novembro de 2020<sup>7</sup>. Inevitavelmente, a inexistência do número mínimo de membros (três) levou o Órgão de Recurso a deixar de poder analisar novos recursos<sup>8</sup>, constituindo esta “destruição de facto por obstrução uma situação sem precedentes na moderna resolução de litígios internacionais”<sup>9</sup>.

## 2. Cronologia da Crise

Historicamente, os Estados Unidos foram o usuário mais frequente do Sistema de Resolução de Litígios da OMC<sup>10</sup> e tiveram um papel particularmente

---

<sup>6</sup> BERNARD HOEKMAN / PETROS MAVROIDIS, *WTO Reform: Back to the Past to Build for the Future*, Global Policy, Volume 12, Supplement 3, April 2021, p. 9.

<sup>7</sup> AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, *United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process*, Vol. 113, 2019, p. 823.

<sup>8</sup> Nos casos em que as normas e processos do Memorando prevejam que o Órgão de Resolução de Litígios adopte uma decisão, “a mesma será adoptada por consenso. Considera-se que o Órgão de Resolução de Litígios decidiu por consenso sobre um questão que lhe foi apresentada se nenhum membro, presente na reunião do Órgão de Resolução de Litígios quando a decisão foi adoptada, contestar formalmente a decisão proposta.” (artigo 2.º, n.º 4, do Memorando) Ou seja, as decisões do Órgão de Resolução de Litígios sobre nomeações e reconduções dos membros do Órgão de Recurso devem ser feitas por consenso.

<sup>9</sup> ANDREA HAMANN, *Living without the WTO Appellate Body – Procedural Developments in International Trade Dispute Settlement*, Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2021, p. 170.

<sup>10</sup> AMRITA BAHRI, *Appellate Body Held Hostage: Is Judicial Activism at Fair Trial?*, Journal of World Trade, 2019, p. 294.

relevante na legalização e judicialização da OMC<sup>11</sup>. No entanto, podendo os membros do Órgão de Recurso ser nomeados para dois mandatos de quatro anos cada (e eram-no com frequência), os Estados Unidos (através do seu Representante para o Comércio) opuseram-se à renovação do mandato dos membros do Órgão de Recurso com nacionalidade norte-americana (Merit Janow e Jennifer Hillman, membros entre 2003-2007 e 2007-2011, respetivamente)<sup>12</sup>, porque a sua participação em decisões do Órgão de Recurso contra posições jurídicas dos Estados Unidos (em particular, casos relativos a medidas de defesa comercial) foi vista como “antipatriótica”<sup>13</sup>.

Subsequentemente, os Estados Unidos descartaram a nomeação do queniano James Thuo Gathii, professor de Direito Internacional na Universidade de Loyola de Chicago, que tinha sido proposto pelo seu país em 2014<sup>14</sup>. Apoiado supostamente pela grande maioria dos membros da OMC, a sua nomeação foi contestada pelos Estados Unidos, porque “aparentemente não gostava das suas opiniões sobre direitos de propriedade intelectual”<sup>15</sup> e porque Gathii tinha-se “queixado nos seus escritos académicos sobre o viés na OMC a favor dos países ricos e contra os países em desenvolvimento”<sup>16</sup>.

Dois anos depois, os Estados Unidos travaram a renovação do mandato do membro sul-coreano do Órgão de Recurso, Seung Wha Chang, porquanto “o seu desempenho

---

<sup>11</sup> PETER-TOBIAS STOLL, *A Washington wake-up call and hybrid governance for world trade*, Questions of International Law, 2019, p. 71. O termo “legalização” refere-se ao “aumento no uso de regras legais formais para regular um determinado domínio”, enquanto o termo “judicialização” tem a ver com o “aumento da excecutoriedade por meio de adjudicação e possível autorização de sanções por uma parte terceira independente.” ROBERT MCDUGALL, *The Crisis in WTO Dispute Settlement: Fixing Birth Defects to Restore Balance*, Journal of World Trade, 2018, p. 873.

<sup>12</sup> Ironicamente, a administração Bush sugeriu Robert Lighthizer (o Representante dos Estados Unidos para o Comércio durante a administração Trump) para membro do Órgão de Recurso em 2003, juntamente com Merit Janow. CHAD P. BOWN / SOUMAYA KEYNES, *Why Trump shot the Sheriffs: The end of WTO dispute settlement 1.0*, Journal of Policy Modeling, 2020, p. 810.

<sup>13</sup> ERNST-ULRICH PETERSMANN, Between “Member-Driven Governance” and “Judicialization”: Constitutional and Judicial Dilemma in the World Trading System, *The Appellate Body and Its Reform*, Chang-fa Lo / Junji Nakagawa / Tsai-Fang Chen ed., Springer, 2020, p. 21. Para maiores desenvolvimentos, JEFFREY DUNOFF / MARK POLLACK, *The Judicial Trilemma*, American Journal of International Law, Vol. 111, 2017, pp. 267-268.

<sup>14</sup> KRISTINA DAUGIRDAS / JULIAN DAVIS MORTENSON, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: United States Blocks Reappointment of WTO Appellate Body Member*, American Journal of International Law, Vol. 110, 2016, p. 576.

<sup>15</sup> ROBERT HOWSE, *Appointment with Destiny: Selecting WTO Judges in the Future*, Global Policy, Volume 12, Supplement 3, April 2021, p. 77.

<sup>16</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 9.

não refletia a função atribuída ao Órgão de Recurso pelos membros da OMC<sup>17</sup> e “as questões por si colocadas em audiências orais despenderam um tempo considerável considerando questões que não estavam em recurso ou não focadas na resolução do litígio entre as partes”<sup>18</sup>. Ou seja, a administração Obama não estava propriamente a tentar bloquear o funcionamento do Órgão de Recurso, mas apenas a encorajar um candidato alternativo<sup>19</sup>, e daí a sua anuência à nomeação de Hyung Chong Kim (o sucessor de Seung Wha Chang) e de Hong Zhao, de nacionalidade chinesa, que sucedeu à Yuejiao Zhang, o primeiro membro chinês do Órgão de Recurso.

Finalmente, os Estados Unidos bloquearam a substituição em 2017 dos membros do Órgão de Recurso Hyung Chong Kim<sup>20</sup>, Ricardo Ramírez-Hernández e Peter Van den Bossche, em 2018 do membro Shree Baboo Chekitan Servansing e em 2019 dos membros Ujal Bhatia e Thomas Graham, com base em preocupações jurídicas “sistêmicas”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> OMC, *Dispute Settlement Body Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 23 May 2016* (WT/DSB/M/379), 29.8.2016, parágrafo 6.2.

<sup>18</sup> *Idem*, parágrafo 6.7. Num passo sem precedentes, todos os então membros do Órgão de Recurso, exceto Chang, e, separadamente, todos os antigos membros vivos do Órgão de Recurso, escreveram cartas alertando sobre os perigos associados ao comportamento dos Estados Unidos para o Órgão de Recurso enquanto instituição. Especificando um pouco, seis dos sete membros do Órgão de Recurso então em funções destacaram que:

“Nenhum caso é resultado de uma decisão de um membro do Órgão de Recurso nem as interpretações ou resultados devem ser atribuídos a um único membro. Os recursos são ouvidos e decididos por três membros que são escolhidos aleatoriamente para constituir a Divisão em cada caso particular. Durante a consideração de um caso pela Divisão, existe sempre uma troca de opiniões formal e intensiva, pessoalmente em Genebra, entre os três membros da Divisão e os membros do Órgão de Recurso que não fazem parte da Divisão. Os nossos relatórios são relatórios do Órgão de Recurso.

Gostaríamos de dizer que temos o maior respeito pelo Sr. Seung Wha Chang como pessoa e colega íntegro, independente e imparcial. Ele tem trabalhado muito connosco para manter a qualidade dos nossos relatórios e promover a melhoria construtiva do nosso funcionamento.”

OMC, *Appellate Body Annual Report for 2016* (WT/AB/27), 16.5.2017, pp. 102-104.

<sup>19</sup> CHAD P. BOWN / SOUMAYA KEYNES, *Why Trump shot the Sheriffs: The end of WTO dispute settlement 1.0*, *Journal of Policy Modeling*, 2020, p. 810.

<sup>20</sup> Tendo assumido o cargo de membro do Órgão de Recurso em 25 de janeiro de 2017, Hyung Chong Kim abandonou o mesmo em 1 de agosto de 2017 (OMC, *Resignation of Appellate Body Member – Communication from the Appellate Body* (WT/DSB/73), 2.8.2017) para se tornar Ministro do Comércio da Coreia do Sul. STEVE CHARNOVITZ, *How American Rejectionism Undermines International Economic Law*, *Trade, Law and Development*, 2018, p. 231.

<sup>21</sup> ERNST-ULRICH PETERSMANN, *How Should WTO Members React to Their WTO Crises?*, *World Trade Review*, 2019, pp. 506-507.

Não obstante o início do “ataque” ao Órgão de Recurso ter ocorrido durante a administração Bush (filho) e continuado com a administração Obama, estas, ao contrário da administração Trump, concordaram em preencher as vagas do Órgão de Recurso pouco tempo depois. No caso da administração Obama, por exemplo, a preferência incidiu sobre pessoas com menos formação académica:

“Um nomeado com formação diplomática seria mais astuto politicamente, mais respeitador das leis nacionais relativas a medidas de defesa comercial e menos propenso a ter uma visão abrangente do Órgão de Recurso como um órgão judicial independente e quase constitucional.”<sup>22</sup>

Além disso, também outros membros da OMC já bloquearam a nomeação de novos membros do Órgão de Recurso. Por exemplo, o Taipé Chinês bloqueou, em novembro de 2007, o candidato chinês Yuejiao Zhang, provavelmente por causa do conflito político de longa data entre os dois territórios, e o Taipé Chinês só cedeu após consultas intensas<sup>23</sup>.

### 3. Razões do Bloqueio Norte-Americano

No essencial, a administração Trump justificou o seu veto com a diminuição em vários litígios dos direitos e obrigações dos membros decorrentes dos acordos da OMC (ativismo judicial)<sup>24</sup> e com o facto de as decisões do Órgão de Recurso implicarem uma usurpação inadmissível da soberania nacional<sup>25</sup>. Apesar da invocação pelos Estados Unidos de algumas razões de direito substantivo para o bloqueio

---

<sup>22</sup> GREGORY SHAFFER, *A Tragedy in the Making? The Decline of Law and the Return of Power in International Trade Relations*, Yale Journal of International Law Online, Vol. 44, 2019, p. 4.

<sup>23</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, pp. 6-7.

<sup>24</sup> BRADLY J. CONDON, *Captain America and the Tarnishing of the Crown: The Feud Between the WTO Appellate Body and the USA*, Journal of World Trade, 2018, pp. 535-556. O ativismo judicial seria “uma tendência para impor aos estados limites ou restrições legais não justificados pela regra estrita do direito internacional. A contenção judicial, por contraste, refletiria uma hesitação em restringir a conduta do Estado, na ausência de regras de direito claras e bem definidas.” ROBERT HOWSE, *The Most Dangerous Branch? WTO Appellate Body Jurisprudence on the Nature and Limits of the Judicial Power*, *The Role of the Judge in International Trade Regulation: Experience and Lessons for the WTO*, Thomas Cottier / Petros Mavroidis ed., Studies in International Economics – The World Trade Forum, volume 4, University of Michigan Press, 2003, p. 35.

<sup>25</sup> BERNARD HOEKMAN / PETROS MAVROIDIS, *To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform*, European University Institute Working Papers, RSCAS 2020/34, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, p. 2.

(em particular, a respeito das medidas de defesa comercial e do Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio<sup>26</sup>)<sup>27</sup>, elas foram mencionadas apenas de passagem, sem fornecer grandes detalhes, ou seja, a justificação para o seu veto no Órgão de Resolução de Litígios prendeu-se essencialmente com questões processuais e interpretativas<sup>28</sup>, a saber:

- i) Desconsideração sistemática do prazo de 90 dias (contados a partir da data de notificação de um recurso) para o Órgão de Recurso apresentar o seu relatório em cada recurso, conforme exigido pelo artigo 17, n.º 5, do Memorando;
- ii) Manutenção contínua dos membros do Órgão de Recurso para além do limite dos seus mandatos (Regra 15 dos Procedimentos de Trabalho do Órgão de Recurso);
- iii) Emissão de pareceres consultivos sobre questões desnecessárias para resolver um litígio (*Obiter dictum*) ou sobre questões não presentes no litígio;
- iv) Revisão *de novo* de factos, contrariando o disposto no n.º 6 do artigo 17 do Memorando (“Um recurso deve ser limitado às questões de direito referidas no relatório do painel e às interpretações jurídicas aí desenvolvidas”);
- v) Revisão da legislação interna de um membro da OMC, uma questão de facto;
- vi) Alegação de que os seus relatórios devem ser tratados como precedentes vinculativos<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> *Idem*, pp. 23-24.

<sup>27</sup> A maior parte das queixas dos Estados Unidos decorre de decisões do Órgão de Recurso relacionadas com medidas de defesa comercial como, por exemplo, as que estabeleceram a proibição da prática de “redução a zero”, que determinaram que as medidas de salvaguarda só possam ser impostas se houver evidência de que o aumento das importações ocorreu como resultado de desenvolvimentos imprevistos ou que as entidades capazes de conceder subvenções são apenas aquelas que se envolvem em “funções governamentais” (JENNIFER HILLMAN, *Three Approaches to Fixing the World Trade Organization’s Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly?*, Institute of International Economic Law, Georgetown University Law Center, 2018, pp. 4-5). Entre 1996 e 2017, no que diz respeito às medidas *antidumping* aplicadas pelos Estados Unidos e pela União Europeia, estes dois importantes membros da OMC perderam na fase de recurso 94% dos litígios em que foram partes demandadas. Os Estados Unidos venceram apenas 2 litígios (DS221 e DS491) em 29 e a União Europeia nenhum dos oito casos em que esteve envolvida (ELVIRE FABRY / ERIK TATE, *Saving the WTO Appellate Body or Returning to the Wild West of Trade?*, Jacques Delors Institute, Policy Paper N.º 225, 7 June 2018, p. 6). No total, quase dois terços das 141 queixas apresentadas contra os Estados Unidos entre 1995 e 19 de janeiro de 2017 envolveram a aplicação por si de medidas de salvaguarda, medidas *antidumping* e medidas de compensação. Em contraste, apenas um terço das queixas apresentadas contra outros membros da OMC disseram respeito a medidas de defesa comercial. CHAD P. BOWN / SOUMAYA KEYNES, *Why Trump shot the Sheriffs: The end of WTO dispute settlement 1.0*, Journal of Policy Modeling, 2020, p. 808.

<sup>28</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 29.

<sup>29</sup> REPRESENTANTE DOS ESTADOS UNIDOS PARA O COMÉRCIO, *2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program*, Washington,

Em relação a algumas destas questões (por exemplo, a respeito da Regra 15 e da revisão *de novo* de factos), os Estados Unidos só apresentaram e desenvolveram as suas críticas quando vetaram a nomeação de novos membros do Órgão de Recurso em 2017<sup>30</sup>. Antes, os Estados Unidos haviam concordado durante anos com tais práticas, “às vezes até apoiando-as explicitamente”<sup>31</sup>. Vejamos o caso da Regra 15 dos Procedimentos de Trabalho do Órgão de Recurso, cujo texto é o seguinte:

“Uma pessoa que deixe de ser membro do Órgão de Recurso pode, mediante autorização do Órgão de Recurso e prévia notificação do Órgão de Resolução de Litígios, terminar o exame de todo o recurso que lhe tenha sido atribuído quando era membro e entender-se que, unicamente para este fim, continua a ser membro do Órgão de Recurso.”

A Regra 15 dos Procedimentos de Trabalho foi promulgada pelo Órgão de Recurso no momento do seu estabelecimento e em total conformidade com o artigo 17, n.º 9, do Memorando<sup>32</sup> e aplicada em mais de 20 casos desde 1995 sem levantar quaisquer objeções<sup>33</sup>. Sendo ainda verdade que a regra de transição está prevista também no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (artigo 13, n.º 3<sup>34</sup>), anexado e parte integrante da Carta das Nações Unidas, e que a Regra 15 não consta do Memorando e não foi acordada pelos membros da OMC, também o é que o Memorando não exige que os Procedimentos de Trabalho do Órgão de Recurso sejam negociados pelos membros da OMC, mas apenas comunicados aos membros para sua informação<sup>35</sup>.

---

DC, March 2018, pp. 24-28.

<sup>30</sup> Pelo contrário, algumas das outras eram bem anteriores. Por exemplo, a delegação norte-americana alegou no caso *United States – Sunset reviews of anti-dumping measures on oil country tubular goods from Argentina* “estar confusa sobre se o Órgão de Recurso estaria a sugerir pela primeira vez que existia *stare decisis* no sistema de resolução de litígios da OMC.” OMC, *Dispute Settlement Body Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 17 December 2004* (WT/DSB/M/180), 1.2.2005, p. 10 (parágrafo 43).

<sup>31</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 105.

<sup>32</sup> “Os trâmites processuais do recurso serão definidos pelo Órgão de Recurso em consulta com o presidente do Órgão de Resolução de Litígios e com o diretor-geral, e comunicados aos membros para sua informação.”

<sup>33</sup> GIORGIO SACERDOTI, *The stalemate concerning the Appellate Body of the WTO: Any way out?*, *Questions of International Law*, 2019, p. 47.

<sup>34</sup> “Os membros do Tribunal continuarão no desempenho das suas funções até que as suas vagas tenham sido preenchidas. Ainda depois de substituídos, deverão terminar qualquer causa cuja apreciação tenham começado.”

<sup>35</sup> Na prática, para permitir uma participação mais ativa dos membros da OMC, o Órgão de Resolução de Litígios decidiu que deveriam ser realizadas consultas prévias também com os membros



Seria ainda um desperdício de recursos que um juiz que trabalha num determinado caso durante alguns meses não pudesse concluir o seu trabalho relativamente a esse caso e fosse necessário nomear um novo juiz e reiniciar o processo do zero (*from scratch*)<sup>36</sup>. Sem surpresa, outros tribunais internacionais, como o já mencionado Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional para o Direito do Mar (artigo 5.º, n.º 3, do Estatuto do Tribunal Internacional para o Direito do Mar<sup>37</sup>), instituem procedimentos semelhantes aos da OMC<sup>38</sup>. Os próprios Estados Unidos reconheceram que a Regra 15 não é uma regra irracional, tendo declarado na reunião do Órgão de Resolução de Litígios de 31 de agosto de 2017 que “apreciavam que a abordagem da Regra 15 pudesse contribuir para a conclusão eficiente dos recursos”<sup>39</sup>. E, como já foi referido, a primeira objeção dos Estados Unidos à Regra 15 só é expressa em agosto de 2017<sup>40</sup>, isto depois de a regra:

“Ter sido aplicada onze vezes no total, nove recursos, sem nenhuma objeção pelas partes desses processos de recurso ou pelos membros da OMC nas reuniões do Órgão de Resolução de Litígios em que os correspondentes relatórios foram adotados.”<sup>41</sup>

Pouco aceitável é, pelo contrário, que um membro do Órgão de Recurso tenha sido nomeado para uma divisão apenas três dias antes do termo do seu mandato (caso *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute* e *Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC –*

---

(por meio do Presidente do Órgão de Resolução de Litígios) e que as suas observações fossem levadas em consideração. GIOVANNA ADINOLFI, *Procedural rules in WTO dispute settlement in the face of the crisis of the Appellate Body*, Questions of International Law, 2019, p. 44.

<sup>36</sup> DANISH / AILEEN KWA, *Lights Go Out at the WTO's Appellate Body Despite Concessions Offered to US*, South Centre Policy Brief N.º 70, 2019, p. 2.

<sup>37</sup> “Os membros do Tribunal devem continuar no desempenho das suas funções até que tenham sido substituídos. Embora substituídos, devem continuar a conhecer, até ao fim, de quaisquer processos que tenham iniciado antes da data da sua substituição.”

<sup>38</sup> TETYANA PAYOSOVA / GARY CLYDE HUFBAUER / JEFFREY J. SCHOTT, *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, Policy Brief 18-5, Peterson Institute for International Economics, Washington, DC, March 2018, p. 4.

<sup>39</sup> OMC, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 31 August 2017 – Dispute Settlement Body Chairman: Mr. Junichi Ihara (Japan)* (WT/DSB/M/400), 31.10.2017, parágrafo 5.5.

<sup>40</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 39.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 33. Por causa das vagas causadas pela crise relativa à nomeação de novos membros do Órgão de Recurso, a Regra 15 passou a ser aplicada com mais frequência a partir de 2017. *Ibidem*.

*Hormones Dispute*)<sup>42</sup>. Essa nomeação só deveria ser possível até, por exemplo, dois ou três meses antes do termo do mandato de um membro do Órgão de Recurso. Nesse sentido, o chamado *Draft General Council Decision on Functioning of the Appellate Body* estabelece que:

“Os membros do Órgão de Recurso que estiverem a chegar ao final dos seus mandatos poderão ser designados para uma nova divisão até 60 dias antes do termo do seu mandato. Um membro do Órgão de Recurso assim designado pode concluir um processo de recurso no qual a audiência oral foi realizada antes do termo normal do seu mandato.”<sup>43</sup>

O prazo de 90 dias é também cada vez mais irrealista, por força do aumento da carga de trabalho devido ao aumento do número de casos e, especialmente, da sua complexidade<sup>44</sup>. O tamanho médio dos relatórios do painel da OMC que foram objeto de recurso mais do que duplicou desde os primeiros anos de aplicação do sistema de resolução de litígios, atingindo uma média de aproximadamente 364 páginas em 2013<sup>45</sup>. Outra complicação prende-se com a circunstância de o período de 90 dias incluir também o tempo para a tradução do relatório nos outros idiomas oficiais da OMC (inglês, francês e espanhol) e são necessários entre 20 e 30 dias dos 90 para relatórios de tamanho médio e ainda mais se os relatórios forem mais longos<sup>46</sup>. No que se refere ao número de recursos interpostos em cada ano, os recursos aumentaram acentuadamente de quatro em 1996 para 13 em 2000, seguidos de uma tendência geral de queda até 2013 (que teve apenas dois recursos) interrompidos por alguns picos (em 2005, 2008 e 2011) e depois, desde 2014, uma tendência crescente do número de recursos (13 em 2014, oito por ano de 2015 a 2017 e 12 em 2018)<sup>47</sup>.

O México assinalou ainda na reunião do Órgão de Resolução de Litígios de 22 de junho de 2018 que o Órgão de Recurso demorou, em média, 112 dias para

---

<sup>42</sup> REPRESENTANTE DOS ESTADOS UNIDOS PARA O COMÉRCIO, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, Washington, D.C., 2020, p. 36.

<sup>43</sup> OMC, *Agenda Item 4 Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand) Tuesday, 15 October 2019* (JOB/GC/222), 15.10.2019.

<sup>44</sup> De notar que a duração média dos procedimentos ante o Tribunal Internacional de Justiça é de 4 anos e que este Tribunal tem 15 juizes. CLAUS-DIETER EHLERMANN, *The Workload of the WTO Appellate Body: Problems and Remedies*, *Journal of International Economic Law*, 2017, pp. 719 e 723.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 707.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 722.

<sup>47</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 44.

apresentar os seus relatórios nos recursos interpostos desde 2011 (incluindo o tempo necessário para a tradução dos relatórios do inglês para os outros dois idiomas oficiais da OMC pelo secretariado), ao passo que os painéis levaram em média 511 dias para concluir os seus procedimentos, contra a indicação de 270 dias do Memorando (sem contar com o intervalo de tempo entre a criação de um painel nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Memorando e a sua composição de acordo com o artigo 8.º do mesmo Memorando)<sup>48</sup>.

Um autor conclui inclusive que os Estados Unidos só têm alguma razão num dos seis motivos avançados e que nenhum deles pode ser considerado uma clara violação do Memorando ou de outros acordos da OMC. Somente em relação à questão da revisão da legislação interna de um membro da OMC, o Órgão de Recurso foi indiscutivelmente além do que é permitido pelo Memorando, a saber, do seu artigo 17, n.º 6<sup>49</sup>. Contudo, o mesmo autor realça que:

“A questão jurídica em causa é difícil, sem uma resposta óbvia, e nenhum outro membro da OMC apoiou a alegação dos Estados Unidos de uma violação clara (de facto, quase todos os membros que tomaram posição sobre essa questão no Órgão de Resolução de Litígios concordaram com o Órgão de Recurso).”<sup>50</sup>

Identicamente:

“A distinção entre a lei e o facto em abstrato é repleta de dificuldades. (...) O art. 17, n.º 6, do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios não deve ser mal interpretado como sugerindo que os recursos não têm nada a ver com os factos ou que o Órgão de Recurso não lida com factos.”<sup>51</sup>

O próprio Órgão de Recurso reconheceu no caso *United States – Subsidies on Upland Cotton* que “a fronteira entre uma questão que é puramente factual e outra que envolve questões mistas de direito e de facto é muitas vezes difícil de traçar”<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> GIORGIO SACERDOTI, *The stalemate concerning the Appellate Body of the WTO: Any way out?*, Questions of International Law, 2019, p. 47.

<sup>49</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 104.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> TANIA VOON / ALAN YANOVICH, *The Facts Aside: The Limitation of WTO Appeals to Issues of Law*, Journal of World Trade, 2006, pp. 257-258.

<sup>52</sup> Relatório do Órgão de Recurso, *United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Brazil* (WT/DS267/AB/RW), 2.6.2008, parágrafo 385.

Relevantemente, os Estados Unidos apoiaram indiscutivelmente as decisões mais ativistas do Órgão de Recurso, quer de regras processuais indeterminadas da OMC (por exemplo, a aceitação de comunicações *amicus curiae*), quer de regras substantivas da OMC (por exemplo, a interpretação evolutiva realizada pelo Órgão de Recurso no caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* que permitiu reconhecer os organismos vivos como ‘recursos naturais esgotáveis’)<sup>53</sup>.

Olhemos com maior pormenor o caso em que quase todos os membros da OMC concordaram que o Órgão de Recurso tinha ido além do seu mandato<sup>54</sup>. De facto, a iniciativa do Órgão de Recurso de estabelecer o chamado procedimento adicional para permitir a submissão de comunicações *amicus curiae* por particulares em procedimentos de resolução de litígios deu lugar a uma imensa polémica entre os membros da OMC e motivou uma reunião extraordinária do Conselho Geral em 22 de novembro de 2000, convocada pelo Egipto em nome do chamado Grupo Informal de Países em Desenvolvimento<sup>55</sup>. Nessa reunião, o Órgão de Recurso foi severamente criticado, tendo a grande maioria dos membros da OMC, com a exceção importante dos Estados Unidos<sup>56</sup>, considerado que o estabelecimento de um procedimento para aceitação

---

<sup>53</sup> ERNST-ULRICH PETERSMANN, *How Should WTO Members React to Their WTO Crises?*, World Trade Review, 2019, p. 511.

<sup>54</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 100.

<sup>55</sup> OMC, *Minutes of Meeting (General Council) Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000 (WT/GC/M/60)*, 23.1.2001, parágrafo 1 (p. 1).

<sup>56</sup> Já anteriormente, quando no dia 6 de novembro de 1998 o Órgão de Resolução de Litígios considerou, para efeitos de adoção, os relatórios do Painel e do Órgão de Recurso apresentados no âmbito do caso *Shrimp*, apenas os Estados Unidos apoiaram fortemente a conclusão do Órgão de Recurso de que o Painel gozava do poder de aceitar comunicações *amicus curiae* não solicitadas, mesmo que não anexadas às observações de uma parte em litígio. Posteriormente, quando da realização da reunião do Órgão de Resolução de Litígios para efeitos de adoção do relatório do Órgão de Recurso apresentado no âmbito do caso *Lead and Bismuth II*, 14 dos 16 Membros que falaram criticaram de alguma maneira a decisão do Órgão de Recurso relativa às comunicações *amicus curiae*, um (a Austrália) não exprimiu qualquer opinião a respeito de tais comunicações, sugerindo apenas que deveriam ser os Membros a discutir tal assunto, e unicamente um, os Estados Unidos, apoiou sem restrições o Órgão de Recurso (LANCE BATHOLOMEUSZ, *The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*, Non-State Actors and International Law, 2005, p. 258). A voz solitária dos Estados Unidos em apoio do Órgão de Recurso pode ser atribuída, pelo menos em parte, “à familiaridade histórica do sistema jurídico dos Estados Unidos com a instituição do *amicus curiae* e à sua evolução de ‘amigo do tribunal’ para ‘lobista judicial’” (PADIDEH ALA’I, *Judicial Lobbying at the WTO: The Debate over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S. Experience*, Fordham International Law Journal, 2000, p. 67). No caso *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, os Estados Unidos apoiaram até o direito de os particulares darem a conhecer as suas

das comunicações *amicus curiae* era uma questão que deveria ser abordada pelos membros da OMC no Conselho Geral e não no contexto de um litígio pelo Órgão de Recurso, já que afetava os direitos dos membros da OMC<sup>57</sup>.

É também habitual que as partes em litígio apoiem os seus argumentos e contra-argumentos recorrendo a decisões anteriores do Órgão de Recurso. Os próprios Estados Unidos citavam repetida e consistentemente as decisões do Órgão de Recurso nas suas apresentações escritas. No caso *United States-Countervailing Duty Investigation on DRAMs*, por exemplo, os Estados Unidos citaram quase 25 relatórios do Órgão de Recurso na sua primeira comunicação escrita<sup>58</sup>. O princípio do precedente torna um sistema jurídico mais seguro e previsível e mais fácil o conhecimento, o entendimento e o respeito das obrigações internacionais decorrentes dos acordos da OMC, aspectos fulcrais para todos os que de algum modo nele participam e dele beneficiam (Governos nacionais, comerciantes, produtores, investidores e consumidores). Como observou o Painel no caso *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*:

“7.73. (...) Muitas das vantagens que se espera venham a resultar para os Membros da aceitação das diversas disciplinas do sistema GATT/OMC dependem da actividade de agentes económicos em mercados nacionais e mundiais. (...).

7.75. A garantia da segurança e previsibilidade do sistema comercial multilateral constitui outro objecto e fim essenciais do sistema, podendo contribuir para a realização dos grandes objectivos inscritos no preâmbulo [do Acordo OMC]. De todas as disciplinas da OMC, o Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios é um dos instrumentos mais importantes no que respeita à protecção da segurança e previsibilidade do sistema comercial multilateral e, desta forma, do mercado e dos seus diferentes intervenientes. As disposições do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios devem, pois, ser interpretadas à luz deste objecto e deste fim e de maneira a promovê-los com a maior eficácia possível...”<sup>59</sup>

---

opiniões aos painéis, isto apesar de a opinião do *amici* em causa (uma sociedade de advogadas estabelecida nos Estados Unidos) não coincidir propriamente com as posições do governo norte-americano. Relatório do Painel, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act* (WT/DS160/R), 15.6.2000, parágrafos 6.3-6.5.

<sup>57</sup> OMC, *Minutes of Meeting (General Council) Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000* (WT/GC/M/60), 23.1.2001, parágrafo 114.

<sup>58</sup> AMRITA BAHRI, *Appellate Body Held Hostage: Is Judicial Activism at Fair Trial?*, *Journal of World Trade*, 2019, p. 309.

<sup>59</sup> Relatório do Painel, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974* (WT/DS152/R), 22.12.1999, parágrafos 7.73 e 7.75. De notar que o Professor Joseph Weiler foi um dos três membros do painel.

Dado que os relatórios dos painéis e do Órgão de Recurso devem garantir “segurança e previsibilidade do sistema comercial multilateral”, “preservar os direitos e obrigações dos membros previstos nos acordos abrangidos” e “clarificar as disposições dos acordos abrangidos” (artigo 3.º, n.º 2, do Memorando), Raj Bhala salienta que é difícil de imaginar “uma doutrina diferente do *stare decisis* que poderia servir melhor esses fins”<sup>60</sup>, designadamente, como é que se pode assegurar segurança e previsibilidade se casos semelhantes não forem tratados do mesmo modo? Sem surpresa, os painéis quase nunca se afastam das decisões aplicáveis do Órgão de Recurso. Relativamente às dezenas de relatórios de painel emitidos até agora, apenas três painéis manifestaram “uma recusa total em seguir o Órgão de Recurso”, todos relacionados com a controversa jurisprudência do Órgão de Recurso relativa à chamada prática da redução a zero (*zeroing*)<sup>61</sup>.

Outras jurisdições internacionais, incluindo a arbitragem comercial internacional, os tribunais penais internacionais e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos seguem igualmente as decisões anteriores, apesar de estas não terem carácter vinculativo<sup>62</sup>. De igual modo, o Tribunal Internacional de Justiça declarou que:

“Embora alguns dos factos e as questões jurídicas tratadas nesses casos surjam também no presente caso, nenhuma dessas decisões foi proferida em processos entre as duas partes no presente caso (Croácia e Sérvia), de modo que, como as partes reconhecem, não se coloca a questão de caso julgado (artigo 59 do Estatuto do Tribunal). Na medida em que as decisões contenham conclusões de direito, o Tribunal trata-as como trata todas as decisões anteriores: isto é, embora essas decisões não sejam de forma alguma vinculativas para o Tribunal, não se afastará da sua jurisprudência estabelecida, a menos que encontre razões muito particulares para o fazer.”<sup>63</sup>

Como conclui Lauterpacht ao examinar a prática do Tribunal Internacional de Justiça, “este segue as suas próprias decisões [...] porque o respeito pelas decisões

---

<sup>60</sup> RAJ BHALA, *The Power of the Past: Towards De Jure Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Three of a Trilogy)*, *George Washington International Law Review*, 2001, p. 940.

<sup>61</sup> JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 86.

<sup>62</sup> MARIANA CLARA DE ANDRADE, *Precedent in the WTO: Retrospective Reflections for a Prospective Dispute Settlement Mechanism*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2020, p. 264.

<sup>63</sup> TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, Objecões Preliminares, Acórdão de 18-11-2008, parágrafo 53; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Acórdão de 3.2.2015, parágrafo 125.

proferidas no passado traz certeza e estabilidade, que são a essência da administração criteriosa da justiça”<sup>64</sup>.

Finalmente, é muito curioso, ou talvez não, que vários candidatos ao cargo de Diretor-Geral da OMC, deixado vago após a renúncia de Roberto Azevêdo em 31 de agosto de 2020 (um ano antes do termo do seu mandato), tenham afirmado “que eram válidas as críticas americanas ao ativismo judicial do sistema de resolução de litígios”<sup>65</sup>.

#### 4. Soluções Avançadas

A administração Trump apresentou as suas preocupações com grande detalhe, mas nada disse de muito relevante sobre o que seria necessário para que as mesmas fossem abordadas ou solucionadas de modo adequado. A administração Trump expressou sim a opinião de que desejavam retornar a 1995, ou seja, pressionar o “reset button” a respeito do Anexo 2, mas não o retorno ao sistema anterior à OMC<sup>66</sup>. No fundo, a tática do bloqueio não é novidade<sup>67</sup> e estaria “alinhada com as repetidas críticas da administração norte-americana aos sistemas internacionais de resolução de litígios com jurisdições compulsórias e vinculativas”<sup>68</sup>.

Sem o Órgão de Recurso em funcionamento para analisar qualquer recurso, a parte em litígio vencida na sua pretensão terá direito de veto contra a adoção de qualquer relatório de um painel emitido após 10 de dezembro de 2019, bastando-lhe

---

<sup>64</sup> HERSCH LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, 1982, p. 14.

<sup>65</sup> GIORGIO SACERDOTI, *The Authority of “Precedent” in International Adjudication: the Contentious Case of the WTO Appellate Body’s Practice*, Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2020, p. 499.

<sup>66</sup> JOOST PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, Journal of International Economic Law, 2019, p. 301.

<sup>67</sup> Por exemplo, a Representante dos Estados Unidos para o Comércio, Carla Hills, ameaçou em 1991 bloquear a conclusão das negociações do Ciclo do Uruguai, caso a jurisdição da Divisão Jurídica do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) continuasse a apoiar os procedimentos de resolução de litígios que analisassem medidas *antidumping* dos Estados Unidos. A ameaça levou o então Diretor-Geral do GATT, Arthur Dunkel, a transferir a jurisdição para auxiliar juridicamente os painéis que examinassem medidas *antidumping*, de compensação ou subvenções da Divisão Jurídica do GATT para uma recém-criada Divisão de Regras, composta por especialistas norte-americanos em leis antidumping. ERNST-ULRICH PETERSMANN, *The 2018 Trade Wars as a Threat to the World Trading System and Constitutional Democracies*, Trade, Law and Development, Vol. X, N.º 2, 2018, p. 193.

<sup>68</sup> AMRITA BAHRI / MONICA LUGO, *Trumping Capacity Gap with Negotiation Strategies: the Mexican USMCA Negotiation Experience*, Journal of International Economic Law, 2020, p. 6.

recorrer “para o vazio” (*into the void*). Dado que o n.º 4 do artigo 16 do Memorando determina que, “caso uma das partes tenha notificado a sua decisão de recorrer, o relatório [do painel] não será submetido à aprovação do Órgão de Resolução de Litígios até à conclusão do processo de recurso”, tais relatórios não terão qualquer valor jurídico e daí alguns membros da OMC estarem a tentar defender-se contra esse risco, desenvolvendo mecanismos alternativos de recurso.

Apesar de criar um regime bifurcado dentro da OMC, com alguns países sujeitos a um sistema vinculativo de resolução de litígios e outros não<sup>69</sup>, o Mecanismo Provisório Multipartes em Matéria de Arbitragem de Recursos nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios (*Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, MPIA)<sup>70</sup> impulsionado pela União Europeia (notificado à OMC em 30 de abril de 2020) é até agora a melhor solução adotada para enfrentar o problema criado pelos Estados Unidos. Em março de 2021, o MPIA contava com a adesão dos seguintes membros da OMC: Austrália, Benin, Brasil, Canadá, China, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, União Europeia e Estados-Membros, Guatemala, Hong Kong, Islândia, Macau, México, Montenegro, Nicarágua, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Peru, Singapura, Suíça, Ucrânia e Uruguai<sup>71</sup>. Várias fontes em Genebra indicaram ainda que a administração Trump pressionou politicamente muitos países para impedi-los de aderir ao MPIA<sup>72</sup>.

De realçar que, até à apresentação do MPIA pela União Europeia, nunca um litígio entre membros da OMC tinha sido dirimido através do processo de arbitragem previsto no artigo 25 do Memorando<sup>73</sup>. Apenas num caso se recorreu, por acordo

---

<sup>69</sup> GIORGIO SACERDOTI, *The Final Chapter of the Appellate Body to Its Paralysis on 11 December 2019*, Italian Yearbook of International Law, 2019, p. 336.

<sup>70</sup> OMC, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU* (JOB/DSB/1/Add.12), 30.4.2020. O Mecanismo Provisório Multipartes em Matéria de Arbitragem de Recursos (MPIA) contém dois anexos: o Anexo 1 diz respeito aos Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X; o Anexo 2 à composição da Associação de Árbitros de acordo com o parágrafo 4 da Comunicação JOB / DSB / 1 / ADD.12.

<sup>71</sup> Dispute settlement – Trade – European Commission (europa.eu) (página visitada em 4.6.2021).

<sup>72</sup> ELISA BARONCINI, *Preserving the Appellate Stage in the WTO Dispute Settlement Mechanism: The EU and the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*, Italian Yearbook of International Law, 2019, p. 41.

<sup>73</sup> Sobre o artigo 25 do Memorando, ver, por exemplo, HILLEBRAND POHL, *Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding, Restoring Trust in Trade: Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Denise Prévost / Iveta Alexovicová / Hillebrand Pohl ed., Hart Publishing, 2019, pp. 139-155. Em 2005, duas arbitragens sobre os direitos aduaneiros aplicados pelas Comunidades Europeias às bananas foram conduzidas entre as Comunidades Europeias e os países de África, Caraíbas e Pacífico (ACP). Esses procedimentos foram conduzidos fora do âmbito do Memorando, encontrando-se o seu fundamento jurídico



mútuo dos Estados Unidos e das Comunidades Europeias, ao processo de arbitragem previsto no artigo 25 do Memorando, tendo o processo sido invocado, porém, para determinar o nível de anulação ou redução de vantagens sofrido pelas Comunidades Europeias em resultado da aplicação do artigo 110(5)(B) do *Copyright Act* dos Estados Unidos<sup>74</sup>, ou seja, a arbitragem substituiu o procedimento previsto no n.º 6 do artigo 22 do Memorando<sup>75</sup>.

Em termos processuais, “o procedimento de arbitragem de recurso [MPIA] será baseado nos aspetos substantivos e processuais da revisão do recurso de acordo com o artigo 17 do Sistema de Resolução de Litígios [da OMC], a fim de manter as suas características essenciais, incluindo a independência e a imparcialidade” (n.º 3 do MPIA). Ao abrigo do procedimento de arbitragem de recurso, “os recursos serão ouvidos por três árbitros de recurso selecionados de um grupo de 10 árbitros permanentes indicados pelos Membros participantes de acordo com o Anexo 2” (n.º 4 do MPIA). O pool de árbitros já está composto e todos os 10 árbitros têm ampla experiência de trabalho em litígios relacionados com os acordos da OMC, como membros de painéis, árbitros ou trabalhando nas divisões do Secretariado da OMC que auxiliam os painéis e o Órgão de Recurso. Os árbitros selecionados

---

numa decisão da Conferência Ministerial de Doha de 14 de novembro de 2001 e, como tal, podem ser caracterizados como procedimentos *sui generis*. De qualquer modo, tais procedimentos foram conduzidos de forma particularmente rápida (quatro meses e um mês, respectivamente), especialmente devido ao tamanho do processo e ao número de partes envolvidas, e constituem o único exemplo de um litígio substantivo dirimido por meio de arbitragem no âmbito da OMC. ANGSUMAN HAZARIKA / PIETER VAN VAERENBERGH, ‘One Rule to Rule Them All: Rules for Article 25 DSU Arbitration’, *Journal of International Arbitration*, 2019, pp. 606-607.

<sup>74</sup> Decisão de Arbitragem, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding* (WT/DS160/ARB25/1), 9.11.2001, parágrafo 1.1.

<sup>75</sup> Toda a arbitragem se assemelhou a uma arbitragem do artigo 22, n.º 6, do Memorando, tanto em termos de procedimentos quanto de substância (VALERIE HUGHES, *Arbitration within the WTO, The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Federico Ortino / Ernst-Ulrich Petersmann ed., Kluwer Law International, Haia-Londres-Nova Iorque, 2004, p. 81). Aliás, os Estados Unidos e as Comunidades Europeias solicitaram que o processo de arbitragem fosse conduzido pelos três membros que compuseram o painel inicial e tal só não aconteceu porque dois desses membros não estavam disponíveis. Consequentemente, o Diretor-Geral da OMC nomeou dois substitutos, tendo o único membro do painel inicial que se encontrava disponível desempenhado as funções de presidente (Decisão de Arbitragem, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding* (WT/DS160/ARB25/1), 9.11.2001, parágrafos 1.3-1.4). No entanto, ao contrário de outros procedimentos de arbitragem do Memorando, como aqueles previstos nos artigos 21, n.º 3, e 22, n.º 6, o recurso ao artigo 25 não exige que qualquer decisão anterior tenha sido tomada por um painel ou pelo Órgão de Recurso, isto é, as partes em litígio podem recorrer ao procedimento de arbitragem previsto no artigo 25 em qualquer etapa do litígio.

são os seguintes: Thomas Cottier, Suíça; Mateo Diego-Fernandez Andrade, México; José Alfredo Graça Lima, Brasil; Locknie Hsu, Singapura; Valerie Hughes, Canadá; Alejandro Jara, Chile; Claudia Orozco, Colômbia; Joost Pauwelyn, Bélgica; Penelope Ridings, Nova Zelândia; e Guohua Yang, China<sup>76</sup>.

De acordo com o n.º 5 do MPIA, “os membros do grupo de árbitros ficarão a par das atividades de resolução de litígios da OMC e devem receber todos os documentos relativos aos procedimentos de arbitragem de recurso no âmbito do MPIA. Para promover consistência e coerência na tomada de decisão, os membros do grupo de árbitros irão discutir entre si questões de interpretação, prática e procedimento, na medida do possível”. Conquanto os árbitros possam discutir as suas decisões relativas ao recurso com todos os outros membros do pool de árbitros, a sua responsabilidade é exclusiva e gozam de total liberdade quanto à decisão do recurso a que estejam adstritos (n.º 8 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X).

As partes concordam ainda em acatar “a sentença arbitral, que será final. De acordo com o artigo 25, n.º 3, do Sistema de Resolução de Litígios da OMC, a sentença deve ser notificada, mas não adotada pelo Órgão de Resolução de Litígios e pelo Conselho ou Comité de qualquer acordo relevante” (n.º 15 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do Artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X). A seleção do grupo de árbitros para um litígio específico “será feita com base nos mesmos princípios e métodos que se aplicam para formar uma divisão do Órgão de Apelação nos termos do artigo 17, n.º 1, do Memorando e da Regra 6, n.º 2, dos Procedimentos de Trabalho do Órgão de Recurso, incluindo o princípio de rotação” (n.º 6 do MPIA). E, “salvo disposição em contrário nestes procedimentos acordados, a arbitragem será regida, *mutatis mutandis*, pelas disposições do Sistema de Resolução de Litígios e outras regras e procedimentos aplicáveis à Revisão de Recurso. Isso inclui, em particular, os Procedimentos de Trabalho do Órgão de Recurso e o cronograma para recursos ali previsto, bem como as Regras de Conduta” (n.º 11 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X).

Ademais, somente as partes em litígio, não partes terceiras, podem iniciar a arbitragem, mas as partes terceiras que notificaram o Órgão de Resolução de Litígios de um interesse substancial na questão perante o painel, nos termos do

---

<sup>76</sup> SIMON LESTER, *Can Interim Appeal Arbitration Preserve the WTO Dispute System?*, Free Trade Bulletin N.º 77, CATO Institute, September 1, 2020, p. 6.

artigo 10, n.º 2, do Memorando, podem apresentar argumentos por escrito aos árbitros e terão a oportunidade de ser ouvidas por eles (n.º 16 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X). Desta forma, o MPIA supera um aspeto problemático do artigo 25 do Memorando<sup>77</sup>, que estabelece que as partes em litígio têm o poder de decidir sobre a participação de outros membros da OMC no processo de arbitragem<sup>78</sup>.

Por último, os artigos 21 e 22 do Memorando devem ser aplicados *mutatis mutandis* à sentença arbitral emitida no litígio, de acordo com o n.º 4 do artigo 25 do Memorando (n.º 17 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X).

Embora o MPIA espelhe em grande parte o Órgão de Recurso, ele integra novas práticas destinadas a agilizar o processo de recurso e a melhorar o acesso ao sistema dos membros da OMC com recursos humanos e conhecimentos limitados. Por exemplo, para ajudar os árbitros a cumprir o prazo de 90 dias, o MPIA permite que os árbitros agilizem os procedimentos, como o estabelecimento de “limites de páginas e prazos, bem como a duração e o número de audiências necessárias” (n.º 12 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do Artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X); e que “os árbitros devem abordar apenas as questões que são necessárias para a resolução do litígio. Devem abordar apenas as questões que foram suscitadas pelas partes, sem prejuízo da sua obrigação de decidir sobre questões jurisdicionais.” (n.º 10 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X).

O MPIA foi ativado pela primeira vez no caso *Costa Rica – Measures Concerning the Importation of Fresh Avocados from Mexico* (DS524)<sup>79</sup> e, concebido como

---

<sup>77</sup> “Os outros membros podem tornar-se parte num processo de arbitragem apenas com o acordo das partes que decidiram recorrer a este processo. As partes no processo de arbitragem devem comprometer-se a respeitar a decisão do árbitro. As decisões do árbitro serão notificadas ao Órgão de Resolução de Litígios e ao Conselho ou comité de qualquer acordo relevante, onde qualquer membro pode levantar uma questão relacionada com tal decisão.” (artigo 25, n.º 3, do Memorando).

<sup>78</sup> Por exemplo, no caso *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, as partes em litígio (Estados Unidos e União Europeia) decidiram não incluir partes terceiras. OMC, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act – Recourse to Article 25 of the DSU* (WT/DS160/15), 3.8.2001, parágrafo 4.

<sup>79</sup> OMC, *Costa Rica – Measures Concerning the Importation of Fresh Avocados from Mexico* (DS524) – *Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU* (WT/DS524/15), 3.6.2020. Contudo, a situação em relação à pandemia da Covid-19, incluindo as restrições de viagens e os riscos de saúde associados a viagens para reuniões, levou o Painel, após consultar as partes, a decidir adiar as

mecanismo temporário, ele só se manterá em vigor enquanto não for encontrada uma solução permanente para a presente paralisia do Órgão de Recurso da OMC. Contudo, qualquer arbitragem de recurso pendente será concluída ao abrigo do procedimento provisório de arbitragem de recurso, a menos que as partes acordem em contrário (n.º 15 do MPIA).

Lendo o artigo 25 do Memorando, verificamos que o carácter vinculativo da sentença arbitral não depende da adoção ou aprovação pelo Órgão de Resolução de Litígios. As decisões do árbitro devem ser simplesmente “notificadas ao Órgão de Resolução de Litígios e ao Conselho ou comité de qualquer acordo relevante, onde qualquer membro pode levantar uma questão relacionada com tal decisão” (artigo 25, n.º 3, do Memorando). E não precisando as sentenças arbitrais do artigo 25 de ser adotadas pelo Órgão de Resolução de Litígios, deve-se entender que “as conclusões do painel que não foram objeto de recurso serão consideradas parte integrante da sentença arbitral, juntamente com as próprias conclusões dos árbitros.” (n.º 9 do Anexo 1 – Procedimentos Acordados para Arbitragem nos termos do artigo 25 do Sistema de Resolução de Litígios no litígio DS X). Ao basear-se no artigo 25 do Memorando, a jurisprudência do MPIA “é, na verdade, jurisprudência da OMC e, como tal, deve ser implementada de boa-fé e considerada como totalmente integrada no acervo da OMC; não deve dar origem a uma jurisprudência paralela”<sup>80</sup>. Por último, no caso desta solução provisória para a crise do Órgão de Recurso, os Estados Unidos não podem bloquear a sentença arbitral, mediante a recusa em participar de um consenso para aprová-la. Ironicamente, o procedimento de arbitragem previsto no artigo 25 do Memorando foi proposto pela primeira vez pelos Estados Unidos durante o Ciclo do Uruguai (1986-1994)<sup>81</sup>.

A fim de permitir que a União Europeia possa adotar medidas unilaterais nas situações em que, depois de a União ter conseguido obter uma decisão favorável de um painel de resolução de litígios da OMC, o processo é bloqueado porque a outra parte recorre de um relatório do painel da OMC “para o vazio” e não concordou em recorrer à arbitragem intercalar nos termos do artigo 25

---

restantes reuniões. Consequentemente, e atendendo às complexidades substantivas e processuais do litígio, o Painel espera emitir o seu relatório final no início do segundo semestre de 2021. OMC, *Costa Rica – Measures Concerning the Importation of Fresh Avocados from Mexico (DS524) – Communication from the Panel (WT/DS524/6)*, 20.11.2020.

<sup>80</sup> ELISA BARONCINI, *Saving the Right to Appeal at the WTO: The EU and the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*, federalismi.it, n. 22/2020, p. 21.

<sup>81</sup> JAMES BACCHUS, *Might Unmakes Right: The American Assault on the Rule of Law in World Trade*, Centre for International Governance Innovation, CIGI Papers N.º 173, May 2018, p. 26.

do Memorando, a União Europeia adotou ainda medidas com vista a desbloquear a resolução de litígios e permitir que tenha a possibilidade de fazer cumprir os acordos internacionais de comércio<sup>82</sup>. Caso nada fizesse, a interposição de recurso dos relatórios do painel junto de um órgão que está suspenso privaria a União Europeia de uma decisão definitiva, vinculativa e executória, manteria qualquer litígio com a União Europeia a respeito da OMC num limbo jurídico e permitiria que as outras partes pudessem evitar decisões vinculativas e, por esse meio, escapar às suas obrigações internacionais.

Apesar da criação do MPIA implicar um sistema de várias camadas entre os membros da OMC, sendo improvável que tal sistema resulte numa jurisprudência internamente coerente, “a razão de ser de qualquer processo de recurso”<sup>83</sup>, somente o recurso ao artigo 25 permite a manutenção de uma fase de recurso e de um sistema de resolução de litígios “automaticamente vinculativo”. Pelo contrário, qualquer decisão de não recorrer desiste da revisão de recurso, ainda que proteja a adoção dos relatórios do painel pelo Órgão de Resolução de Litígios por consenso negativo, de acordo com o n.º 4 do artigo 16 do Memorando<sup>84</sup>; e os recursos “para o vazio” excluem a fase de recurso e a aceitação automática das conclusões do painel<sup>85</sup>.

Sintomaticamente, os Estados Unidos ameaçaram bloquear o orçamento da OMC para 2020 se os recursos da organização apoiassem o MPIA<sup>86</sup> e

---

<sup>82</sup> PARLAMENTO EUROPEU / CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Regulamento (UE) 2021/167 do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de fevereiro de 2021 que altera o Regulamento (UE) n.º 654/2014 relativo ao exercício dos direitos da União tendo em vista a aplicação e o cumprimento das regras do comércio internacional*, Jornal Oficial da União Europeia L 49, 12.2.2021, pp. 1-5. O regulamento entrou em vigor em 13 de fevereiro de 2021.

<sup>83</sup> BERNARD HOEKMAN / PETROS MAVROIDIS, *Twin crises in the WTO, and no obvious way out*, *Questions of International Law*, 2019, p. 114.

<sup>84</sup> Com efeito, alguns membros da OMC decidiram não interpor recurso do relatório do Painel nos termos dos artigos 16, n.º 4, e 17 do Memorando:

“Se, na data da circulação do relatório do painel de acordo com o Artigo 21, n.º 5, do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios, o Órgão de Recurso for composto por menos de três Membros disponíveis para servir numa divisão num recurso nestes procedimentos.” OMC, *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products, Understanding between Indonesia and Viet Nam regarding procedures under Articles 21 and 22 of the DSU – Communication of 22 March 2019 from Indonesia and Viet Nam* (WT/DS496/14), 27.3.2019, parágrafo 7.

<sup>85</sup> JOOST PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 318.

<sup>86</sup> DMITRY GROZUBINSKI, *The World Trade Organization: An Optimistic Pre-Mortem in Hopes of Resurrection*, *Lowy Institute Analyses*, Sydney, 2020, p. 20.

conseguiram impor cortes drásticos no orçamento da OMC para despesas relacionadas com o funcionamento do Órgão de Recurso. No fim, a ameaça conseguiu limitar os gastos anuais do Órgão de Recurso a não mais que 100 000 francos suíços, uma redução de 87% face ao orçamento anterior, e limitar os gastos do fundo operacional do Órgão de Recurso a 100 000 francos suíços, uma redução de 95%<sup>87</sup>.

Após o início da paralisia do Órgão de Recurso, os Estados Unidos foram também os primeiros (em 18 de dezembro de 2019) a interpor recurso “para o vazio” do relatório de um painel criado ao abrigo do artigo 21, n.º 5, do Memorando (*United States – Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Steel Flat Products from India*, DS436)<sup>88</sup>. Num documento subsequente, as duas partes em litígio esclareceram que só interporiam recurso quando uma Divisão do Órgão de Recurso pudesse ser estabelecida:

“A Índia e os Estados Unidos desejam informar o Órgão de Recurso sobre o seu compromisso em relação à disputa *United States – Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Steel Flat Products from India: Recourse to Article 21.5 of the DSU by India*. As partes continuam participando de discussões de boa-fé, a fim de obter uma solução positiva para essa disputa. Em 18 de dezembro de 2019, os Estados Unidos notificaram o Órgão de Resolução de Litígios da sua decisão de recorrer do relatório pelo painel de conformidade. Os Estados Unidos não apresentaram uma notificação de recurso ou uma apresentação de apelante porque, neste momento, nenhuma Divisão do Órgão de Recurso pode ser estabelecida para ouvir o recurso. As partes entendem que os Estados Unidos apresentarão uma notificação de recurso e uma apresentação de apelação assim que uma Divisão puder ser estabelecida e que a Índia poderá interpor o seu próprio recurso por supostos erros em questões de direito cobertas pelo relatório do painel e interpretações jurídicas desenvolvidas pelo painel nessa altura. As partes reconhecem que cada parte tem o direito de solicitar a adoção do relatório do painel de conformidade (WT/DS436/RW e WT/DS436/RW/Add.1) e do relatório de recurso após a criação de uma Divisão do Órgão de Recurso para ouvir e concluir qualquer recurso nesta matéria, conforme

---

<sup>87</sup> ELISA BARONCINI, *The EU Approach to Overcome the WTO Dispute Settlement Vacuum: Article 25 DSU Interim Appeal Arbitration as a Bridge Between Renovation and Innovation*, *A Post-WTO International Legal Order: Utopian, Dystopian and Other Scenarios*, Meredith Kolsky Lewis / Junji Nakagawa / Rostam J. Neuwirth / Colin B. Picker / Peter-Tobias Stoll ed., Springer, 2020, p. 130.

<sup>88</sup> BERNARD HOEKMAN / PETROS MAVROIDIS, *Preventing the Bad from Getting Worse: The End of the World (Trade Organization) As We Know it?*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies – Global Governance Programme, EUI Working Paper RSCAS 2020/06, p. 2.

disposto no Artigo 16, n.º 4 do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios.”<sup>89</sup>

Para além da solução incorporada no MPIA, foram avançadas ainda outras propostas de resolução da crise do Órgão de Recurso. Por exemplo, Pieter Jan Kuijper, antigo diretor da Divisão de Assuntos Jurídicos da OMC, instava em novembro de 2017 o Órgão de Resolução de Litígios ou o Conselho Geral da OMC a iniciar o procedimento de nomeação do Órgão de Recurso recorrendo “à votação por maioria”, anulando assim o veto norte-americano<sup>90</sup>.

Outra solução foi preconizada por Steve Charnovitz, distinto professor de Direito Internacional Económico, e assentava no facto de o artigo 17, n.º 9, do Memorando conferir ao Órgão de Recurso poderes para elaborar os seus Procedimentos de Trabalho em consulta com o Presidente do Órgão de Resolução de Litígios e o Diretor-Geral da OMC, autoridade que foi usada regularmente pelo Órgão de Recurso desde a sua criação. O uso dessa autoridade permitiria alterar a Regra 20 dos Procedimentos de Trabalho:

“Para declarar que, no caso de *três ou mais mandatos expirados* dos membros do Órgão de Recurso, o Órgão de Recurso será incapaz de aceitar novos recursos. Embora o Órgão de Recurso não tenha o direito de retirar formalmente o direito de recorrer, ele tem o direito de declarar antecipadamente que, nessas circunstâncias extremas, a ‘conclusão do recurso’ ocorrerá automaticamente no mesmo dia em que é interposto qualquer novo recurso. Por outras palavras, removendo-se do processo de litígio para novos casos, um Órgão de Recurso desativado afastar-se-á para que a decisão do painel possa ser adotada automaticamente pelo Órgão de Resolução de Litígios da OMC em tempo útil. Um número insuficiente de membros do Órgão de Recurso a continuar a processar novos casos causaria necessariamente grandes atrasos, frustrando, assim, os objetivos do Ciclo do Uruguai de um sistema de resolução de litígios rápido.”<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> OMC, *United States – Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India, Recourse to Article 21.5 of the DSU by India – Joint Communication from India and the United States* (WT/DS436/22), 16.1.2020.

<sup>90</sup> PIETER JAN KUIJPER, *Guest Post from Pieter Jan Kuijper on the US Attack on the Appellate Body*, International Economic Law and Policy Blog, 15.11.2017, «<https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/guest-post-from-pieter-jankuijper-professor-of-the-law-of-international-economic-organizations-at-the-faculty-of-law-of-th.html#comments>».

<sup>91</sup> STEVE CHARNOVITZ, *How to Save WTO Dispute Settlement from the Trump Administration*, International Economic Law and Policy Blog, 3.11.2017 «<https://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2017/11/how-to-save-wto-disputesettlement-from-the-trump-administration.html>».

Na prática, o recurso seria simplesmente enviado de volta ao Órgão de Resolução de Litígios para que ele adotasse o relatório do painel subjacente seguindo a regra tradicional do consenso negativo estabelecida no artigo 16, n.º 4, do Memorando<sup>92</sup>. Por outras palavras, a suspensão do Órgão de Recurso pode significar que os relatórios do painel terão a palavra final, tal como sucedia durante a vigência do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) de 1947, embora com uma diferença muito importante: a manutenção da vigência da atual regra do consenso negativo<sup>93</sup>.

Relativamente à solução preconizada por Kuijper, ela padece, em nosso entender, de alguns problemas. Por um lado, a nota de rodapé 3 do Acordo que Cria a OMC determina que “As decisões do Conselho Geral, quando este se reunir na qualidade de Órgão de Resolução de Litígios, serão tomadas unicamente em conformidade com o disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios”, ou seja, por consenso. Logo, os Estados Unidos poderiam declarar como ilegítimo qualquer membro do Órgão de Recurso nomeado por

---

<sup>92</sup> Muito pragmaticamente, os participantes no Ciclo do Uruguai decidiram que decisões essenciais, tais como a criação de um Painel (artigo 6.º, n.º 1, do Memorando), a adoção dos relatórios do Painel e do Órgão de Recurso (respectivamente, artigos 16, n.º 4, e 17, n.º 14, do Memorando) e a autorização para a suspensão das concessões e outras obrigações (artigo 22, n.º 6, do Memorando), ficariam sujeitas à chamada “regra do consenso negativo”. O n.º 4 do artigo 16 do Memorando, por exemplo, dispõe que:

“No prazo de 60 dias, a contar da data de apresentação de um relatório do Painel aos membros, o relatório será adoptado numa reunião do Órgão de Resolução de Litígios, a menos que uma das partes em litígio notifique formalmente o Órgão de Resolução de Litígios da sua decisão de recorrer, ou que o Órgão de Resolução de Litígios decida, por consenso, não adoptar o relatório”.

Deste modo, basta que um membro da OMC, designadamente a parte em litígio que vê a sua pretensão ser reconhecida, vote a favor da adopção do relatório do painel e, caso tenha sido interposto recurso, do relatório do Órgão de Recurso, para que ambos sejam adoptados pelo Órgão de Resolução de Litígios. Para maiores desenvolvimentos, PEDRO INFANTE MOTA, *A Função Jurisdicional no Sistema GATT/OMC*, Almedina, 2013, pp. 98-105.

<sup>93</sup> Apesar de tudo, a resolução de litígios no contexto do GATT 1947 foi surpreendentemente bem sucedida. Não obstante a vigência da regra do consenso positivo, 71% de todos os relatórios do painel emitidos foram adotados (96 de 136) e mesmo os relatórios do painel não adotados tiveram provavelmente um papel importante nas negociações em andamento. Contudo, nos últimos cinco anos de vigência do GATT 1947 (1990-94), com o aumento da diversidade das partes e da complexidade dos casos, apenas 41% dos relatórios do painel foram adotados por consenso, porventura por força da antecipação do resultado das negociações do Ciclo do Uruguai e da perspectiva de (re)litigar litígios ao abrigo das novas regras e procedimentos. JOOST PAUWELYN, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 305.



voto maioritário e que recusariam participar no processo de recurso ou acatar as decisões do Órgão de Recurso<sup>94</sup>.

Por outro lado, o recurso à votação por maioria, referida muitas vezes como “a opção nuclear” pelo Secretariado da OMC, permitiria preservar o Órgão de Recurso<sup>95</sup>, mas daria ainda mais argumentos a favor de uma eventual retirada dos Estados Unidos da OMC<sup>96</sup>. Em maio de 2020, o senador republicano Josh Hawley apresentou inclusivamente no Congresso um projeto de resolução conjunta para a retirada do seu país da OMC<sup>97</sup>, com base nas seguintes razões:

“A Organização Mundial do Comércio deve ser abolida e, com ela, o novo modelo de economia global. A ambição de transformar o mundo numa ordem liberal de democracias sempre foi mal orientada. Sempre dependeu de um sacrifício insustentável dos Estados Unidos e da força das armas. E a ordem económica associada, na mesma linha, teve sucesso principalmente em enfraquecer os trabalhadores e a indústria norte-americanos. Devemos enfrentar os factos. A única maneira segura de enfrentar a maior ameaça à segurança americana no século 21, o imperialismo chinês, é reconstruir a economia dos Estados Unidos e fortalecer o trabalhador americano. E isso significa reformar o sistema económico global.”<sup>98</sup>

Finalmente, pese embora o Acordo que Cria a OMC determine que, salvo disposição em contrário, nos casos em que não for possível chegar a uma decisão por consenso, a questão em causa será decidida por “votação por maioria dos votos expressos” (artigo IX, n.º 1), só a adesão do Equador (membro da OMC desde 21 de janeiro de 1996) implicou até agora o recurso a votação. Relevantemente, os membros da OMC não têm demonstrado vontade de decidir uma questão por votação quando não é possível chegar a uma decisão por consenso. Durante o conturbado processo de escolha do Diretor-Geral da OMC ocorrido em 1999, a reação

---

<sup>94</sup> JENNIFER HILLMAN, *Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly?*, Institute of International Economic Law, Georgetown University Law Center, 2018, p. 14.

<sup>95</sup> PIETER JAN KUIJPER, *Guest Post from Pieter Jan Kuijper on the US Attack on the Appellate Body*, International Economic Law and Policy Blog, 15.11.2017.

<sup>96</sup> TETYANA PAYOSOVA / GARY CLYDE HUFBAUER / JEFFREY J. SCHOTT, *The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures*, Policy Brief 18-5, Peterson Institute for International Economics, Washington, DC, March 2018, p. 11.

<sup>97</sup> <https://www.hawley.senate.gov/sites/default/files/2020-5/Hawley-WTO-Resolution.pdf>.

<sup>98</sup> JOSH HAWLEY, *The WTO Should Be Abolished*, New York Times, 5.5.2020. Aparentemente, o senador Josh Hawley não é parente do representante Willis Hawley, que co-patrocinou a malfadada Pauta Aduaneira Smoot-Hawley de 1930.

da maioria das delegações foi agitada e incluiu declarações do tipo “nós não votamos aqui” quando os embaixadores de dois países asiáticos solicitaram uma votação<sup>99</sup>.

No que concerne à proposta de Charnovitz, sendo verdade que o Órgão de Recurso não precisa do consentimento dos Estados Unidos para alterar os seus Procedimentos de Trabalho, a sua adopção implicaria que a palavra final caberia a um painel e que deixariam de existir procedimentos de recurso, uma das características que tornam único o Sistema de Resolução de Litígios da OMC<sup>100</sup>.

## 5. Considerações Finais

Parecendo defender que “o mais forte é mais poderoso sozinho” e exprimindo uma rejeição profunda e geral do multilateralismo, a administração Trump retirou os Estados Unidos de uma série de acordos e organismos internacionais (por exemplo, Acordo de Parceria Transpacífico, Acordo de Paris sobre Alterações Climáticas, Acordo Nuclear com o Irão, Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)<sup>101</sup>, retirou o seu país em 2018 do Protocolo Opcional para a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas para negar a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, criticou o valor de alianças como a NATO, apoiou o Brexit e o desmembramento da União Europeia, elogiou autocratas como o Presidente russo Vladimir Putin e o líder norte-coreano Kim Jong Un<sup>102</sup>, etc.

Os instintos mercantilistas do Presidente Trump levaram-no também a iniciar “a maior guerra comercial de sempre” contra a China<sup>103</sup> e a invocar razões de segurança nacional ao abrigo do artigo 232 do *Trade Expansion Act* de 1962 (uma

---

<sup>99</sup> MANFRED ELSIG, *Different facets of power in decision-making in the WTO*, Trade Regulation Working Paper N.º 2006/23, Swiss National Centre of Competence in Research, September 2006, p. 11 «<https://ssrn.com/abstract=1090146>».

<sup>100</sup> Entre 1996 e 2018, cerca de dois terços (67%) de todos os relatórios de painéis foram objecto de recurso, oscilando entre um mínimo de 40% em 2007 e um máximo de 100% em 2008. JENS LEHNE, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Carl Grossmann Verlag, Berlin-Bern, 2019, p. 109.

<sup>101</sup> A Administração Trump abandonou mais tratados internacionais nos seus dois primeiros anos de mandato do que qualquer um dos seus antecessores. STEFAN TALMON, *The United States under President Trump: Gravedigger of International Law*, Chinese Journal of International Law, 2019, pp. 650 e 653.

<sup>102</sup> ALEXANDER COOLEY / DANIEL H. NEXON, *How Hegemony Ends: The Unraveling of American Power*, Foreign Affairs, July/August 2020, p. 143.

<sup>103</sup> JULIA YA QIN, *WTO Reform: Multilateral Control over Unilateral Retaliation – Lessons from the US-China Trade War*, Trade Law and Development, 2020, p. 458.

legislação do tempo da Guerra Fria) para aumentar os direitos aduaneiros aplicáveis ao aço e alumínio importados de alguns dos seus principais aliados (Brasil, Canadá, México, União Europeia, Japão e Coreia do Sul)<sup>104</sup>.

No caso específico do Sistema de Resolução de Litígios da OMC, o Presidente Trump declarou à Fox Business Channel em outubro de 2017 que:

“A OMC... foi criada para o benefício de todos, menos de nós. Eles aproveitaram-se deste país como você não acreditaria... Por exemplo, perdemos as ações judiciais, quase todas as ações judiciais na OMC... Porque temos menos juizes do que os outros países. Está configurado para não podermos vencer. Ou seja, os painéis são montados para que não tenhamos maiorias.”<sup>105</sup>

Apesar das inúmeras críticas do Presidente Trump à OMC<sup>106</sup>, especialmente que os Estados Unidos perderam quase todos os litígios na OMC, não é possível defender que o Sistema de Resolução de Litígios da OMC desfavoreceu os Estados Unidos. A própria China observou na reunião do Órgão de Resolução de Litígios de 24 de junho de 2019 que os Estados Unidos haviam vencido 85,7% dos casos que iniciaram ante a OMC desde 1995, contra uma média global de 84,4%, e que, como parte demandada, tinham vencido 25% dos casos, contra uma média global de 16,6%<sup>107</sup>. De resto, é esmagador o número de vitórias

---

<sup>104</sup> Mais de metade das importações de aço eram então originárias de países da NATO ou de outros parceiros que os ex-presidentes norte-americanos designaram formalmente como principais Aliados Não-NATO (CRAIG VANGRASSTEK, *The Trade Policy of the United States under the Trump Administration, Trade in the 21<sup>st</sup> Century: Back to the Past?*, Bernard Hoekman / Ernesto Zedillo ed., Brookings University Press, Washington, D.C., 2021, p. 125). O Canadá era então também o principal exportador de alumínio para os Estados Unidos, de tal modo que fornecia mais alumínio aos Estados Unidos que as nove próximas maiores fontes em conjunto, e era considerado um parceiro estratégico, fazendo parte da base industrial e tecnológica dos Estados Unidos, juntamente com a Austrália e o Reino Unido (COLIN GRABOW, *National Security: A Gateway Drug to Protectionism*, CATO Liberty, 17-1-2018). Para maiores desenvolvimentos, o nosso *70 Anos do Argumento da Segurança no Sistema GATT/OMC: Da Guerra Fria à Administração Trump*, Boletim de Ciências Económicas, Volume LXII-A (Novos Desafios ao Sistema Comercial Multilateral), 2019, pp. 123-137.

<sup>105</sup> ERNST-ULRICH PETERSMANN, *How Should WTO Members React to Their WTO Crises?*, World Trade Review, 2019, p. 506.

<sup>106</sup> Numa entrevista televisa à NBC em 2016 com Chuck Todd, Trump observou: “It doesn’t matter. Then we’re going to renegotiate or we’re going to pull out. These trade deals are a disaster, Chuck. World Trade Organization is a disaster”. CHAD BOWN / ROBERT STAIGER / ALAN SYKES, *Multilateral or bilateral trade deals? Lessons from history, Economics and Policy in the Age of Trump*, Chad Bown ed., Centre for Economic Policy Research Press, 2017, p. 153.

<sup>107</sup> OMC, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 24 June 2019 – Dispute Settlement Body Chairman: H.E. Dr David Walker (New Zealand)* (WT/DSB/M/430), 2.8.2019, parágrafo 8.13.

alcançadas pelos Estados Unidos nos litígios com a China desde a adesão desta à OMC em 2001<sup>108</sup>:

### Litígios na OMC entre a China e os Estados Unidos (2002-19)

	Vitórias	Derrotas	Decisões divididas
Estados Unidos	20	0	0
China	5	1	3

Muito importante, foram apresentadas 41 queixas contra a China entre 2004 e 2018, em 27 questões distintas (por exemplo, restrições à exportação, subvenções, proteção da propriedade intelectual, impostos discriminatórios, etc.) e, dos 22 casos concluídos, com uma exceção em que não se prosseguiu com a queixa, a resposta da China foi tomar algumas medidas para avançar em direção a um maior acesso ao seu mercado. Deste modo:

“O quadro geral de resposta da China às queixas da OMC é semelhante à situação de outros governos que enfrentam os mesmos desafios: a China fez esforços para cumprir, embora ainda permaneçam alguns problemas.”<sup>109</sup>

Não falta quem defenda, aliás, que a administração Trump deveria ter suscitado um caso conjunto na OMC, com a União Europeia, o Japão e o Canadá, contra a China a respeito de determinadas práticas e medidas comerciais (por exemplo, transferência forçada de tecnologia, requisitos de licenciamento discriminatórios, restrições de investimento, etc.) e não iniciar uma guerra comercial, com prejuízos para todos. O bom registo histórico de conformidade da China na OMC<sup>110</sup> e o

<sup>108</sup> JEFFREY SCHOTT / EUJIN JUNG, *The United States Wins More WTO Cases than China in US-China Trade Disputes*, PIIIE Charts, Peterson Institute for International Economics, Washington, DC, 22.11.2019. Até meados de novembro de 2019, os Estados Unidos tinham apresentado 23 queixas contra a China (três queixas estavam então pendentes) e a China tinha apresentado 16 queixas (sete pendentes).

<sup>109</sup> JAMES BACCHUS / SIMON LESTER / HUAN ZHU, *Disciplining China's Trade Practices at the WTO: How WTO Complaints Can Help Make China More Market-Oriented*, CATO Policy Analysis N.º 856, CATO Institute, Washington DC, 15.11.2018, p. 6.

<sup>110</sup> ANABEL GONZÁLEZ / NICOLAS VÉRON, *EU Trade Policy amid the China-US Clash: Caught in the Cross-Fire?*, Working Paper 19-13, Peterson Institute for International Economics, agosto de 2019, p. 12.

número de vitórias alcançadas pelos Estados Unidos nos litígios com a China deveriam ter favorecido tal abordagem.

Embora os Estados Unidos não estejam sozinhos ao considerar que o Órgão de Recurso foi além do seu mandato em certas situações<sup>111</sup>, existe “um abismo” entre os Estados Unidos e a esmagadora maioria dos membros da OMC<sup>112</sup>; estes preferem manter em funcionamento o Órgão de Recurso e tentar melhorá-lo “rather than burn the village to save it”, como sugeria a administração Trump<sup>113</sup>. A “maioria dos membros da OMC está geralmente satisfeita com o trabalho do Órgão de Recurso”<sup>114</sup> e, significativamente, 121 membros da OMC (entre os quais Austrália, Brasil, Canadá, China, União Europeia, Índia, Israel, Coreia do Sul, México, Nova Zelândia, Rússia, África do Sul, Suíça, Taipé Chinês e Reino Unido) reiteraram na reunião do Órgão de Resolução de Litígios de dezembro de 2020 o seu desejo de preenchimento dos cargos vagos no Órgão de Recurso<sup>115</sup>.

Claro está, mesmo que o impasse seja desbloqueado pela administração Biden, como esperamos<sup>116</sup>, a manutenção das atuais regras implicará que um membro da OMC insatisfeito com a jurisprudência ou práticas processuais do Órgão de Recurso possa futuramente seguir o exemplo dos Estados Unidos e usar o seu poder de

---

<sup>111</sup> Por exemplo, o México observou que “o Órgão de Recurso tinha acrescentado novas obrigações aos Membros” e “o Órgão de Recurso tinha violado as disposições do artigo 19, n.º 2, do Memorando, porquanto as suas constatações tinham diminuído e adicionado direitos e obrigações previstos nos acordos abrangidos” (OMC, *Minutes of the Meeting Held in The Centre William Rappard on 25 November 1998 – Dispute Settlement Body Chairman: Mr. Kamel Morjane (Tunisia)* (WT/DSB/M/51), 22.1.1999, pp. 17-18); e o Paquistão considerou que “o Órgão de Recurso tinha excedido a sua autoridade ao dar uma nova interpretação a certas disposições do Memorando, ultrapassou os limites da sua autoridade, minando o equilíbrio de direitos e obrigações dos Membros. Por exemplo, o Memorando não deu às organizações não-governamentais o direito de apresentar comunicações amicus”. OMC, *Minutes of the Meeting Held in The Centre William Rappard on 6 November 1998 – Dispute Settlement Body Chairman: Mr. Kamel Morjane (Tunisia)* (WT/DSB/M/50), 14.12.1998, p. 5.

<sup>112</sup> ASIF QURESHI, *The World Trade Organization and the Promotion of Effective Dispute Resolution: In Times of a Trade War*, Asian Infrastructure Investment Bank Yearbook of International Law 2019, p. 148.

<sup>113</sup> MATTEO FIORINI / BERNARD HOEKMAN / PETROS MAVROIDIS / MAARJA SALUSTE / ROBERT WOLFE, *WTO Dispute Settlement and the Appellate Body Crisis: Insider Perceptions and Members’ Revealed Preferences*, Bertelsmann Stiftung, s.d., p. 8.

<sup>114</sup> XIAOLING LI, *DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?*, Global Trade and Customs Journal, Volume 15, Issue 10, 2020, p. 464.

<sup>115</sup> OMC, *Appellate Body Appointments, Dispute Settlement Body 8 December 2020* (WT/DSB/W/609/Rev.19), 8.12.2020.

<sup>116</sup> Katherine Tai, a actual Representante dos Estados Unidos para o Comércio, só assumiu funções em 18 de março do presente ano.

veto para bloquear a nomeação de novos membros do Órgão de Recurso. Felizmente, a grande maioria dos membros da OMC percebe que um sistema de resolução de litígios eficiente é vital não apenas para proporcionar a segurança e previsibilidade necessárias para que as empresas possam investir, importar e exportar, mas também para proteger os seus interesses contra ações unilaterais que limitem os direitos de acesso aos mercados e evitar que litígios comerciais degenerem em conflitos políticos ou guerras comerciais.

É natural, por outro lado, que a atual situação de paralisação do Órgão de Recurso implique um aumento da importância do recurso a outros foros, principalmente se funcionarem de maneira eficiente. A própria União Europeia solicitou em 20 de junho de 2019 a criação de um painel de arbitragem ao abrigo do Acordo de Associação União Europeia-Ucrânia relativamente a restrições impostas pela Ucrânia à exportação de certos produtos de madeira não transformados para a União Europeia, após as consultas anteriores realizadas em 7 de fevereiro de 2019 não terem tido êxito. Este foi o primeiro litígio em que a União Europeia contesta uma medida de um parceiro comercial optando por um mecanismo de resolução de litígios específico de um acordo comercial preferencial e não pelo Sistema de Resolução de Litígios da OMC<sup>117</sup>. Todavia, o relatório do painel de arbitragem estabelecido ao abrigo do artigo 307 do Acordo de Associação União Europeia-Ucrânia emitido no dia 11 de dezembro de 2020 é muito semelhante a um relatório do Sistema de Resolução de Litígios da OMC, dois dos três painelistas (Christian Häberli e Giorgio Sacerdoti) são juristas altamente experientes a respeito do direito da OMC<sup>118</sup> e o relatório está repleto de referências à jurisprudência da OMC, sendo citados mais de 30 relatórios de painéis e do Órgão de Recurso da OMC<sup>119</sup>.

Pelo contrário, o recente acordo económico e comercial concluído entre o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo da República Popular da

---

<sup>117</sup> Anteriormente, a União Europeia já tinha realizado consultas com a Coreia do Sul por causa do incumprimento desta de cláusulas laborais previstas no Acordo de Comércio Livre concluído entre ambos, mas as alegadas violações da Coreia diziam respeito a questões não abordadas pelos acordos da OMC e, por esse motivo, não havia dúvidas sobre a escolha do foro apropriado para dirimir o litígio.

<sup>118</sup> Christian Häberli foi negociador pela Suíça no GATT e na OMC durante os ciclos do Uruguai e de Doha, presidiu o Comité da Agricultura da OMC e atuou como painalista em cinco litígios da OMC; Giorgio Sacerdoti, por sua vez, serviu durante dois mandatos de quatro anos no Órgão de Recurso da OMC (2001-2005 e 2005-2009) e foi seu presidente em 2006-2007. ANDREA HAMANN, *Living without the WTO Appellate Body – Procedural Developments in International Trade Dispute Settlement*, Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2021, p. 185.

<sup>119</sup> JESSE KREIER, “WTO cases” in *FTA fora: will it be a thing?*, International Economic Law and Policy Blog, 13.12.2020.

China (*Economic and Trade Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China*) dispensa completamente o recurso a tribunais independentes na resolução de litígios entre as duas partes<sup>120</sup>. Ao contrário do *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA), que mantém o modelo de um tribunal independente com possibilidade de escolha de foro entre a OMC e o USMCA para a resolução de litígios que “envolvam” ambos os tratados, o acordo comercial concluído entre os Estados Unidos e a China não prevê a denominada regra *electa una via* (também conhecida por regra *fork in the road*), da qual resulta que, uma vez escolhido um sistema de resolução de litígios, tal escolha é irreversível e preclui o recurso a outro sistema de resolução de litígios.

Permite-se assim que os Estados Unidos e a China determinem unilateralmente que foram violados os seus direitos ao abrigo do acordo (ou de alguns acordos da OMC) e recorram de modo unilateral à suspensão de uma obrigação ou à adoção de uma medida corretiva. Apesar de resultar do n.º 1 do artigo 7.6 do acordo de comércio concluído entre os Estados Unidos e a China que “As Partes confirmam os seus direitos e obrigações existentes entre si, nos termos do Acordo da OMC e de outros acordos dos quais as Partes são parte”, ambas as situações mencionadas violam nitidamente o art. 23 do Memorando e marginalizam ainda mais o papel central que a OMC desempenhou até há pouco tempo na resolução de litígios comerciais.

Nenhum membro da OMC pode, por outro lado, contestar com êxito qualquer medida adoptada pelos Estados Unidos ao abrigo do acordo concluído com a China por violação dos acordos da OMC. Se, por exemplo, a União Europeia apresentar uma queixa, os Estados Unidos podem simplesmente interpor recurso do relatório do painel “para o vazio”.

No fundo, a crise do Órgão de Recurso é também a do multilateralismo e a perspectiva de uma longa crise do sistema comercial multilateral assente nos acordos da OMC é perigosa para a comunidade internacional, principalmente para os países mais vulneráveis, sem capacidade para reagir e resistir à exibição de poder económico por parte das grandes potências comerciais. Como realçou o representante dos Camarões numa reunião do Conselho Geral da OMC:

“Havia um grande risco de ver o bloqueio observado como uma prevalência da lei da força onde o Órgão de Recurso representava a força da lei. Camarões reitera a sua disponibilidade para trabalhar construtivamente para a resolução justa

---

<sup>120</sup> CAROLINE FREUND / MARYLA MALISZEWSKA / AADITYA MATTOO / MICHELE RUTA, *When Elephants Make Peace: The Impact of the China-U.S. Trade Agreement on Developing Countries*, Policy Research Working Paper 9173, World Bank, Washington D.C., 2020, p. 7.

e rápida da questão do Órgão de Recurso e permanece confiante na sabedoria de todas as partes para garantir que a força do estado de direito prevalece num futuro próximo.”<sup>121</sup>

Muitos membros da OMC sabem que as propostas da administração Trump de introduzir mais “flexibilidade e controlo dos membros” no sistema de resolução de litígios tinham como objetivo real o retorno a um sistema assente no poder, de modo a tornar mais fácil aos Estados Unidos a obtenção de resultados mais favoráveis aos seus interesses<sup>122</sup>. De resto, a Estratégia de Segurança Nacional de Trump, anunciada em dezembro de 2017, afirmava ser “realista porque reconhece o papel central do poder na política internacional”<sup>123</sup>. Ironicamente, a ordem comercial do pós-guerra não era simplesmente uma ordem baseada em regras; era “uma ordem baseada em regras da América”<sup>124</sup>.

A alegação eleitoral do presidente Trump era a de que todas as administrações norte-americanas anteriores, desde as negociações para estabelecer o GATT na década de 1940, não tinham colocado os interesses dos Estados Unidos em primeiro lugar<sup>125</sup>. Porém, convém não esquecer que, por força do êxito dos sucessivos ciclos de negociações comerciais multilaterais realizados durante a vigência do GATT, o nível médio dos direitos aduaneiros norte-americanos aplicáveis às importações, por exemplo, se situa presentemente em 2-3%, e que qualquer aumento no montante desses direitos a respeito dos bens intermédios e equipamentos de capital elevaria os custos de produção das empresas norte-americanas e prejudicaria grandemente a competitividade industrial do país, já para não falarmos dos efeitos acrescidos resultantes da provável retaliação estrangeira contra os produtos e exportadores norte-americanos. O custo para os consumidores norte-americanos seria igualmente muito grande, estimando-se que só as importações da China reduziram o Índice de Preços ao Consumidor dos Estados Unidos em cerca de 27%<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> OMC, *General Council Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 9-10 December 2019* (WT/GC/M/181), 24.2.2020, parágrafo 5.193.

<sup>122</sup> ROBERT MCDUGALL, *Crisis in the WTO: Restoring the WTO Dispute Settlement Function*, Centre for International Governance Innovation, CIGI Papers N.º 194, October 2018, p. 10.

<sup>123</sup> THE WHITE HOUSE, *National Security Strategy of the United States of America*, Washington, DC, December 2017, p. 55.

<sup>124</sup> MICHAEL MASTANDUNO, *Trump's Trade Revolution*, *The Forum* 17(4), 2020, p. 527.

<sup>125</sup> WILLIAM A. KERR, *Dispute Settlement – Or Not?*, *Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, Volume 22, Number 1, 2021, p. 3.

<sup>126</sup> MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *China and the world: Inside the dynamics of a changing relationship*, 2019, p. 109.