



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATÁLIA PAULINO BONNOMI CAMPOS

**STANDARDS PRIVADOS E OBRIGAÇÃO DE *DUE DILIGENCE* NA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

Recife

2021

NATÁLIA PAULINO BONNOMI CAMPOS

**STANDARDS PRIVADOS E OBRIGAÇÃO DE *DUE DILIGENCE* NA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção de título de doutor em Direito. **Área de Concentração:** Transformações do Direito Privado. **Linha de Pesquisa:** Relações Contratuais Internacionais.

Orientadora: Prof.^a Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

Recife

2021

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

C198s Campos, Natália Paulino Bonnomi.
Standards privados e obrigação de *Due Diligence* na Organização Mundial do Comércio / Natália Paulino Bonnomi Campos. – Recife, 2021.
209 f.

Orientadora: Prof^a. Dra. Eugênia Cristina Nilsen Barza.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

1. Direito - Brasil. 2. Organização Mundial do Comércio (OMC). I. Barza, Eugênia Cristina Nilsen (Orientadora). II. Título.

340.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2022-08)

NATÁLIA PAULINO BONNOMI CAMPOS

**STANDARDS PRIVADOS E OBRIGAÇÃO DE *DUE DILIGENCE* NA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção de título de doutor em Direito.
Área de Concentração: Transformações do Direito Privado. **Linha de Pesquisa:** Relações Contratuais Internacionais.

Aprovado em: 20/12/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Prof^ª. Dra. Cynara de Barros Costa (Examinadora Externa)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof^ª. Dra. Wanilza Marques de Almeida Cerqueira (Examinadora Externa)
Faculdade Nova Roma (FNR)

Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Boaviagem (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Prof. Dr. Paul Hugo Weberbauer (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Prof. Dr. Fernando Sergio Tenorio de Amorim (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que sempre tem iluminado meus caminhos para novas conquistas. Agradeço aos meu pais, por sonharem meus sonhos e por tê-los proporcionado. Agradeço a Camila, minha irmã, pelo companheirismo. Agradeço a Eduardo, meu marido, pelo apoio e incentivo diários. Agradeço aos meus amigos e aos colegas do PPGD, que contribuíram para a leveza da minha caminhada.

Agradeço à minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Eugênia Barza, pelos ensinamentos e pela amizade de sempre. Agradeço aos professores que compuseram a banca examinadora pela disponibilidade, pelos debates e pelas sugestões. Agradeço à CAPES pelo financiamento de minha pesquisa durante parte do doutorado e pelo programa de doutorado sanduíche, realizado na Universidade de Genebra. Agradeço a Prof.^a Dr.^a Gabrielle Marceau, que gentilmente me recebeu e orientou minha pesquisa conduzida na Universidade de Genebra. Agradeço a todos que contribuíram para o desenvolvimento da minha tese, em especial meus colegas doutorandos durante as reuniões de Doctoral Meetings no Curso de Inverno de Direito Internacional de Haia, bem como os profissionais e acadêmicos da OMC e da Universidade de Genebra a quem tive acesso por intermédio da Prof.^a Gabrielle.

RESUMO

A tese aborda a regulamentação de standards privados no âmbito da Organização Mundial do Comércio. De modo geral, standards privados estabelecem requisitos de conformidade de produtos a fim de atestar padrões de sustentabilidade e tem sido cada vez mais empregados na prática comercial. A pesquisa conduzida na tese parte da seguinte pergunta: tendo em vista os eventuais impactos negativos dos standards privados no comércio internacional, existe uma obrigação dos Membros da OMC em relação a instituições normalizadoras privadas? O objetivo principal da tese cinge-se, portanto, a definir essa obrigação, em especial a partir de um paralelo com a obrigação de *due diligence*. Para alcançar tal objetivo, a tese trata, em primeiro lugar, do atual contexto de governança privada no comércio internacional, bem como do fenômeno da proliferação de esquemas privados de normalização, com ênfase nos potenciais efeitos negativos para o comércio internacional e a consequente necessidade de sua regulamentação. Além disso, a tese analisa a regulamentação da conduta privada por Acordos da OMC, em particular o GATT, o Acordo TBT e o Acordo SPS, bem como a obrigação de *due diligence* no direito internacional. A tese conclui que os Acordos TBT e SPS impõem uma obrigação de *due diligence* aos Membros da OMC para que adotem as medidas razoáveis a seu alcance para garantir o cumprimento dos respectivos Acordos por parte de instituições não-governamentais, o que inclui instituições normalizadoras privadas.

Palavras-chave: Standards privados; Organização Mundial do Comércio; Sustentabilidade; *Due diligence*.

ABSTRACT

The thesis addresses the World Trade Organization disciplines on private standards. Private standards commonly set product compliance requirements to attest sustainability standards and they have been increasingly employed in business practice. The research question is the following: considering the negative impacts of private standards on international trade, is there an obligation of WTO members towards private standardization institutions? The main purpose of the thesis, therefore, is to define that obligation, in particular from a parallel with the obligation of due diligence. To achieve this objective, the thesis deals not only with the current context of private governance in international trade, but also with the phenomenon of the proliferation of private normalization schemes, focusing on the potential effects for international trade and the consequent need for their regulation. Additionally, the thesis analyzes the practice of private conduct by WTO Agreements, in particular the GATT, the TBT Agreement and the SPS Agreement, as well as the obligation of due diligence in international law. The thesis concludes that the TBT and SPS Agreements impose an obligation of due diligence on WTO Members to adopt reasonable measures available to them to ensure compliance with the Agreements by non-governmental institutions, which includes private standard-setting institutions.

Keywords: Private standards; World Trade Organization; Sustainability; Due diligence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 STANDARDS PRIVADOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL	13
2.1 Governança privada da economia global.....	13
2.2 Standards privados e comércio internacional.	26
2.3 Standards privados e regulação internacional.....	58
3 STANDARDS PRIVADOS NOS ACORDOS DA OMC	70
3.1 Um breve histórico da discussão sobre standards privados na OMC.....	70
3.2 Conduta privada no GATT	77
3.3 Conduta privada no Acordo TBT	95
3.4 Conduta privada no Acordo SPS	119
3.5 Conduta privada em outros Acordos da OMC	136
4 STANDARDS PRIVADOS E OBRIGAÇÃO DE <i>DUE DILIGENCE</i> NOS ACORDOS DA OMC	142
4.1 <i>Due diligence</i> no direito internacional	142
4.2 <i>Due diligence</i> nos Acordos da OMC	171
4.3 <i>Due diligence</i> e standards privados	177
5 CONCLUSÃO	200
REFERÊNCIAS	203

1 INTRODUÇÃO

Esta tese dedica-se ao estudo da regulamentação de standards privados na esfera da Organização Mundial do Comércio (OMC). Os standards privados, para fins desta pesquisa, são documentos, preparados e adotados por entes privados, que não estão investidos de autoridade governamental, que estabelecem requisitos de conformidade para produtos. Embora os standards privados tenham variadas finalidades, é comum que tenham como propósito atestar a conformidade de produtos com práticas sustentáveis, ligadas a, por exemplo, proteção do meio ambiente, segurança alimentar e bem-estar animal.

A proliferação de standards privados representa uma resposta à crescente preocupação da sociedade civil com o desenvolvimento sustentável, bem como evidencia a autorregulação do setor privado para garantir uma maior competitividade de produtos disponíveis no mercado. A proposta dos standards privados é, em geral, benéfica tanto para consumidores, que podem adquirir mercadorias de maior qualidade e cuja produção respeita práticas sustentáveis, quanto para os fornecedores de produtos em conformidade com os standards, que possuem amplo acesso a mercados.

No entanto, muitos estudos apontam para potenciais efeitos negativos dos standards privados para o comércio internacional. Um deles relaciona-se à possibilidade de exclusão de pequenos produtores, em especial nos países em desenvolvimento, haja vista os altos custos e a estrutura exigidas para conseguir a certificação de produtos de acordo com standards privados. Além disso, há uma fragmentariedade nos esquemas de certificação, o que significa que um mesmo produto, para ser comercializado em determinados mercados, precisa estar em conformidade com diversos requisitos, o que demanda ainda mais recursos de produtores e fornecedores.

Os efeitos negativos de standards privados podem ser potencializados quando os standards, mesmo que voluntários em tese, são na prática obrigatórios para que os produtores consigam acessar determinados mercados, em particular os de países desenvolvidos. Isso ocorre quando os standards privados são amplamente adotados por entes privados de modo que, para que um produtor ou fornecedor consiga comercializar um produto, este deve estar certificado de acordo com os requisitos de conformidade correspondentes.

Com a proliferação de standards privados e os seus possíveis impactos negativos para o comércio internacional, demonstra-se a relevância do tema a partir da necessidade de regulamentação de standards privados, em especial no âmbito da OMC. Sendo assim, a tese analisa a aplicabilidade do arcabouço normativo da OMC a standards privados, em particular

o Acordo sobre Barreiras Técnicas (Acordo TBT) e o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (Acordo SPS) e propõe, a partir daí, o reconhecimento de uma obrigação dos Membros da OMC em relação a instituições normalizadoras privadas.

A tese objetiva, em um primeiro momento, mostrar que os standards privados podem ensejar efeitos negativos para o comércio internacional, tais como a exclusão de pequenos produtores de acesso a determinados mercados e a fragmentação do sistema regulatório. Dados os potenciais impactos negativos dos standards privados, surge a necessidade de sua regulamentação, em particular na esfera da OMC, principal pilar do sistema multilateral do comércio.

A tese tem como finalidade, ainda, examinar a aplicabilidade dos Acordos TBT e SPS a standards privados. Uma vez que tais Acordos integram o arcabouço normativo da OMC, que estabelece obrigações, de forma direta, apenas aos Membros da Organização, a tese analisa se standards privados podem ser considerados medidas abrangidas pelos Acordos TBT e SPS.

Por fim, a tese objetiva verificar o escopo de aplicação dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e do Artigo 13 do Acordo SPS. Os referidos dispositivos impõem uma obrigação de “melhores esforços” para os Membros da OMC para assegurar o cumprimento das principais disposições dos respectivos Acordos por instituições não-governamentais. A partir daí, examina-se a aplicabilidade dessas normas a instituições normalizadoras privadas e, conseqüentemente, pretende-se definir a obrigação dos Membros em relação a essas instituições.

Ao final, a tese busca demonstrar a existência de uma obrigação de *due diligence* dos Membros da OMC para garantir que instituições não-governamentais, entre elas instituições de normalização privadas, atuem de forma compatível com os Acordos TBT e SPS. O reconhecimento de tal obrigação responde à necessidade de disciplinamento de standards privados, tendo em vista os seus potenciais efeitos negativos para o comércio internacional, e oferece diretrizes para a responsabilidade dos governos, enquanto Membros da OMC, nesse contexto.

Para se alcançar os objetivos traçados, a tese utiliza a pesquisa bibliográfica a partir da leitura e análise de obras que tratam sobretudo de standards privados, de obrigações dos Membros da OMC em face de condutas privadas e da obrigação de *due diligence* no direito internacional e na OMC. Especificamente no estudo sobre a responsabilidade dos governos por atos privados, conduziu-se uma análise das disputas submetidas ao sistema de solução de controvérsias da OMC sobre o tema.

A tese foi estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo aborda a ascensão de atores privados na governança da economia global. Explorou-se a crescente atuação de entes privados para oferecer uma regulação efetiva, o que se tem refletido na proliferação de standards privados. A tese, então, trata da definição de standards privados e de aspectos essenciais para a compreensão acerca do funcionamento desses esquemas de normalização e certificação.

Ainda no primeiro capítulo, a tese aponta os motivos que justificam a proliferação de standards privados e indica que, embora tenham por objetivo a promoção de produtos de maior qualidade a partir de boas práticas de produção, esses standards podem gerar impactos negativos. Desse modo, os standards privados podem contribuir para um comércio internacional menos inclusivo, mais fragmentado e apenas supostamente comprometido com a promoção do desenvolvimento sustentável.

Diante disso, a tese evidencia a necessidade de regulamentação dos standards privados afim de reduzir seus potenciais efeitos negativos e intensificar os benefícios que podem ser alcançados com a sua adoção. Nesse sentido, a tese menciona diversas iniciativas, no plano internacional, destinadas a lidar com standards privados, a exemplo do Fórum das Nações Unidas sobre Normas Voluntárias de Sustentabilidade (UNFSS), uma resposta intergovernamental, no bojo da ONU, aos desafios apresentados pelos standards privados, em especial para os países em desenvolvimento.

A regulamentação de standards privados obteve destaque no âmbito da OMC, especificamente no Comitê SPS, que passou anos promovendo o debate dos Membros sobre standards privados. O segundo capítulo da tese dedicou-se, em um primeiro momento, a expor as discussões dos Membros no Comitê SPS sobre o tema. Um grupo de países em desenvolvimento enfatizou as dificuldades impostas pela conformidade com os standards privados, principalmente em razão dos altos custos de certificação e da fragmentariedade dos requisitos, que se somam às dificuldades de cumprir com os standards e regulamentos governamentais. Já muitos países desenvolvidos argumentam que os standards privados trazem inúmeros benefícios para o comércio internacional e que não cabe aos governos interferirem em atividades eminentemente privadas.

O debate sobre standards privados na OMC envolveu, ainda, questionamentos sobre a aplicação dos Acordos TBT e SPS. A partir desse ponto, a tese passou a analisar as obrigações previstas em Acordos da OMC, em especial o GATT e os Acordos TBT e SPS, no tocante a condutas privadas.

Foram abordadas as seguintes situações que envolvem a obrigação de um Membro da OMC e uma conduta privada: incentivo proveniente do governo para que o ente privado atue de uma determinada forma, o que enseja a responsabilidade do Membro caso a sua própria conduta seja incompatível com um Acordo da OMC; envolvimento suficiente do governo em uma conduta privada, o que ocasiona a responsabilidade do Membro pelo ato privado como se por ele tivesse sido praticado caso seja inconsistente com um Acordo da OMC; e obrigação específica destinada aos Membros em relação à atuação privada, havendo responsabilidade do Membro se este falhar em cumprir tal obrigação.

No caso dos standards privados, a obrigação dos Membros pode estar enquadrada nesta última hipótese. Os Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e o Artigo 13 do Acordo SPS estabelecem que os Membros devem adotar as medidas razoáveis ao seu alcance para garantir que instituições não-governamentais cumpram as principais disposições dos Acordos respectivos. Neste ponto, a tese trata da aplicação dos referidos dispositivos a standards privados.

A partir do terceiro capítulo, a tese analisa a obrigação dos Membros da OMC em relação a instituições normalizadoras privadas e estabelece uma comparação com a obrigação de *due diligence*. A tese estuda a definição e a aplicação da obrigação de *due diligence* no direito internacional, a exemplados ramos do direito internacional do meio ambiente e direito do mar. A tese enfatiza, ainda, a obrigação de *due diligence* e suas peculiaridades no direito do comércio internacional.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a obrigação de *due diligence* no contexto de standards privados por meio da análise dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e o Artigo 13 do Acordo SPS. Sendo assim, a tese argumenta pelo reconhecimento de uma obrigação de *due diligence* dos Membros da OMC para assegurar o cumprimento dos Acordos TBT e SPS por parte de instituições normalizadoras privadas a partir dos referidos dispositivos.

2 STANDARDS PRIVADOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

2.1 Governança privada da economia global

O termo governança diz respeito aos processos, sistemas e mecanismos de controle que regulam uma entidade¹. Em uma perspectiva global, é comum se associar a governança à figura do Estado, uma vez que os Estados são autoridades políticas amplamente reconhecidas, cuja função é de fato governar².

A atividade de governança, contudo, não se limita à atuação do Estado, mas inclui também os diversos atores que efetivamente contribuem para a formação e execução de políticas globais, como organizações internacionais, empresas, membros da sociedade civil, entre outros³. Neste sentido, para fins desta tese, o termo governança será utilizado para abordar a mudança acerca da predominância no papel do Estado na esfera global, em particular na formulação de implementação de políticas econômicas, e a crescente participação de atores privados nesse contexto.

A regulação econômica tem sido uma das principais funções do Estado desde a Segunda Guerra Mundial. No entanto, novos arranjos econômicos e políticos, sobretudo impulsionados pela crescente globalização, têm tornado o papel do Estado cada vez menos determinante na governança da economia⁴.

Ao se analisar os processos de criação e implementação de regras e estratégias que regem a economia global, é nítida a redução da atuação do Estado nacional como ator predominante. Essa diminuição do controle estatal sobre a política econômica global pode ser identificada a partir de três tendências.

A primeira diz respeito à delegação de poderes dos Estados a instituições internacionais no campo da elaboração de políticas econômicas, a exemplo da União Europeia e de organizações multilaterais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC). A segunda reflete-se na criação, por parte da maioria dos países desenvolvidos, de novas estruturas subnacionais, às quais tem sido cedidas funções de formulação de políticas econômicas. Por fim, um desdobramento mais recente dessa mudança na governança da

¹KU, Charlotte. **International Law, International Relations and Global Governance**. London and New York: Routledge, 2012, p. 4-5.

²AVANT, D.;FINNEMORE, M.;SELL, S. (Eds.). **Who Governs the Globe?** Cambridge Studies in International Relations. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 1-2.

³*Idem*.

⁴PERRATON, Jonathan; WELLS, Peter. Multi-level Governance and Economic Policy. *In*: BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew (Eds.). **Multi-level Governance**. Oxford University Press, p. 179-194, 2004, p. 179.

economia traduz-se na redução da atuação exclusiva do Estado, que vem sendo gradualmente atenuada pelos novos arranjos de governança e parceria com a presença do setor privado e de agentes da sociedade civil, como as organizações não-governamentais⁵.

Sendo assim, os atores privados têm-se envolvido cada vez mais na governança da economia global. Esse processo de intensificação do envolvimento de entes privados na determinação de políticas econômicas internacionais resulta de dois principais fatores.

O primeiro fator diz respeito à crescente complexidade e às rápidas mudanças no contexto econômico. Esta inovação rápida e intensa demanda respostas ágeis e efetivas, o que tem dificultado o acompanhamento por parte de reguladores e legisladores, mesmo os integrantes de países desenvolvidos, uma vez que normalmente dependem de procedimentos lentos e burocráticos e carecem da expertise necessária para lidar com situações vivenciadas pelo próprio setor privado⁶.

O segundo fator que justifica a crescente regulação privada da economia global consiste na intensificação da atividade econômica em nível transnacional. Por esta razão, uma regulação efetiva transpassa o controle governamental em nível nacional. Mesmo a cooperação internacional entre reguladores governamentais, em particular na esfera da Organização Mundial do Comércio (OMC) ou da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ou mesmo de mecanismos informais de cooperação, não tem apresentado uma resposta efetiva a estas mudanças na economia global⁷. Diante desse cenário, os atores privados preencheram as lacunas de governança da economia em escala global.

Outros fatores podem justificar a crescente participação de entes privados na regulação da economia em nível transnacional. Estes fatores podem ser assim sistematizados de acordo com Cafaggi⁸.

Em primeiro lugar, a harmonização internacional fez-se necessária para transpor a fragmentação normativa da regulação de mercados, normalmente composta por legislações domésticas divergentes. Nesse sentido, a harmonização de regras por iniciativas privadas justifica-se diante de tal fragmentação normativa. É interessante notar, nesse contexto, a proliferação de iniciativas privadas de regulação, em particular na forma de standards para

⁵*Idem.*

⁶BÜTHER, Tim. Private Regulation in the Global Economy: a (P)Review. **Business and Politics**, Special Issue: Private Regulation in the Global Economy, vol. 12, issue 3, October 2010, p. 4.

⁷*Ibidem*, p. 4-6.

⁸ Fabrizio Cafaggi seleciona alguns fatores que contribuem para a ascensão de atores privados na governança internacional, que se encontram listados e abordados em: CAFAGGI, Fabrizio. New Foundations of Transnational Private Regulation. **Journal of Law and Society**, volume 38, number 1, pp. 20-49, march 2011, p. 23-30.

embasar a certificação de conformidade de produtos e processos de produção com práticas que promovem, por exemplo, a proteção ambiental e a segurança alimentar. Esse fenômeno deu espaço a um novo tipo de fragmentação normativa, desta vez não de ordenamentos jurídicos domésticos, e sim protagonizada por esquemas privados em concorrência.

Em segundo lugar, destaca-se a deficiência da atuação governamental em estabelecer regras internacionais para a regulação da economia global. Além da resistência dos Estados em alcançar um consenso sobre determinadas matérias para celebração de tratados, há uma dificuldade da aplicação das regras existentes de maneira uniforme. Pode-se citar como um exemplo da atuação regulatória privada em face da incapacidade dos países como reguladores em escala global o surgimento de regimes de proteção florestal liderados por organizações não-governamentais, que assumiram relevância diante do fracasso da Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) realizada no Rio de Janeiro em 1992 neste ponto.

Pode-se acrescentar, como terceiro fator que contribui para elevar a importância da governança internacional privada, a insuficiência da atuação dos Estados em monitorar o cumprimento de standards internacionais e aplicar sanções quando devidas. O monitoramento e a aplicação de sanções pelos Estados ocorrem por meio de estruturas administrativas e judiciais domésticas, que, apesar de desempenharem um papel relevante, sofrem algumas limitações, como a possibilidade de servirem a interesses locais, e não ao bem comum global. Nesse cenário, a adoção de técnicas inovadoras de implementação estabelecidas por atores privadas pode contribuir para responder a esses problemas.

Deve-se atribuir, ainda, à insuficiência do direito internacional a emergência da atuação privada na governança internacional. No século XX, diante da constatação da incapacidade de Estados individualmente lidarem com questões globais e da consequente necessidade de respostas multilaterais, o direito internacional consolidou-se a partir do papel central dos Estados e das organizações internacionais. A dinâmica internacional, contudo, tem passado por mudanças significativas, o que implica a criação de novos arranjos entre atores internacionais que vão além dos instrumentos tradicionalmente reconhecidos no direito para lidar com tais questões. Diante disso, o ordenamento jurídico internacional tem-se mostrado por vezes defasado para atender essa nova dinâmica, o que favorece a maior atuação regulatória privada.

Em quinto lugar, a expansão da governança internacional privada deve-se também ao desenvolvimento de novas tecnologias, que redistribuem o poder regulatório para os atores privados e trazem novo significado ao papel dos Estados nessa seara. Aponta-se, ainda, a elaboração e adoção de normas técnicas como um sexto fator que, embora não justifique a

ascensão de entes privados na governança privada em si, diz respeito à expansão de esquemas regulatórios privados. A normalização técnica por instituições privadas tem influenciado cada vez mais os regimes regulatórios, os quais são adotados tanto por entes privados quanto, frequentemente, por entes públicos.

Por fim, Cafaggi indica como sétimo fator os efeitos distributivos da governança, que impõem uma transferência de custos dos Estados para os entes privados, bem como dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento. Esses efeitos também podem ser observados dentro da própria estrutura de mercado, impactando a realocação de poderes regulatórios de acordo com o tamanho e a capacidade dos entes regulados; sendo assim, enquanto grandes produtores ganham maior influência e espaço de mercado por conseguirem arcar com os custos da regulação privada, os pequenos produtores perdem parcela de mercado por enfrentarem dificuldades em custeá-la. Esse conjunto de fatores representa, ao mesmo tempo, causas e efeitos, uma vez que integram esquemas privados e, simultaneamente, possibilitam a criação de novos regimes para sanar as desigualdades dos já existentes.

Desse modo, é possível observar que o setor privado tem assumido um papel essencial na regulação das relações econômicas, estabelecendo normas relevantes em diversos campos, como o de serviços financeiros, de comércio eletrônico, de compras governamentais, de responsabilidade social corporativa e de certificação de práticas sustentáveis. Antes de comentar a atuação dos atores privados nessas esferas, é importante ressaltar que a origem da governança privada na economia, e especificamente na regulamentação das relações de comércio, remonta à formação da *lex mercatoria*⁹.

Embora haja controvérsia acerca da origem da *lex mercatoria*, se na Antiguidade ou na Idade Média, pode-se afirmar que a *lex mercatoria*, em sua formação, pressupõe a existência de um corpo de leis autônomas e independentes de qualquer intervenção estatal, elaboradas pelos mercadores em virtude das necessidades geradas pelo crescimento do comércio internacional¹⁰.

Em um período mais recente, começaram a surgir novas teorias da *lex mercatoria*, desenvolvidas entre as décadas de 1960 e 1990, cujo principal expoente é Berthold Goldman. Para o autor, o comércio internacional seria independente de qualquer legislação nacional, uma vez que, em face da expansão dos negócios em escala global, o comércio já não seria

⁹HERMAN, Lawrence L. **The New Multilateralism: The Shift to Private Global Regulation**. C.D. Howe Institute, Commentary 360, August 2012, Trade and International Policy, p. 5.

¹⁰ COSTA, Cynara de Barros. **A verdadeira Lex Mercatoria: o direito além do Estado – Um estudo sobre as antigas e novas teorias da Lex Mercatoria**. Dissertação (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011, p. 14-16.

mais disciplinado por ordenamentos estatais. Segundo Goldman, a *lex mercatoria* teria uma origem privada e espontânea, e estava em crescimento rápido e constante, tendo começado a se estruturar na década de 1960¹¹.

Uma novíssima teoria *lex mercatoria* foi desenvolvida a partir do final da década de 1990 e início da década de 2000, sobretudo na visão de Gunter Teubner e Ralph Michaels, que passam a questionar tudo o que foi elaborado sobre o tema da *lex mercatoria* até o momento. Um ponto de partida em comum entre os dois autores é a visão de que o direito é apenas um dos inúmeros sistemas que compõem a realidade social na perspectiva do pluralismo jurídico. Além disso, ambos questionam a suposta necessidade de subordinação do direito ao Estado, ancorada nas visões kelsenianas e hartianas do direito¹².

Nesse sentido, deve-se observar que Michaels afirma ser falsa a dicotomia entre um direito a-nacional e um direito estatal. De acordo com o autor, ainda que pudesse existir uma *lex mercatoria* a-nacional na teoria, o fenômeno da *lex mercatoria* que presenciamos atualmente não seria uma espécie de direito a-nacional, e sim a emergência de um direito global internacional, que combina elementos de ordenamentos nacionais e elementos não-nacionais. A *lex mercatoria* é, portanto, o direito além do Estado, e não sem ele¹³.

Além disso, é importante destacar a linha histórica das teorias desenvolvidas sobre o surgimento da *lex mercatoria* segundo Michaels. Na primeira fase, há a *lex mercatoria* antiga, produzida na Idade Média e identificada como um conjunto de normas transnacionais e princípios processuais elaborados pelo comércio e aplicáveis às relações comerciais com relativa autonomia do Estado. No segundo estágio, a ideia ganha uma nova abordagem, no século XX, com o surgimento de teorias sobre a nova *lex mercatoria*, dotadas de normas informais e flexíveis, aplicadas sobretudo por árbitros, resultando em um direito comercial internacional privado. Por fim, na terceira etapa, há a denominada *new new lex mercatoria*, que consiste em um sistema consolidado de direito, com normas jurídicas consolidadas, em especial os princípios do UNIDROIT, e uma arbitragem internacional institucionalizada¹⁴.

No que se refere ao Instituto Internacional para a Unificação de Direito Privado (UNIDROIT)¹⁵, de fato observa-se que sua atuação contribui para a formação da *lex mercatoria*. O UNIDROIT consiste em uma organização internacional independente, criada

¹¹ *Ibidem*, p. 25-26.

¹² *Ibidem*, p. 29-30.

¹³ *Ibidem*, p. 30.

¹⁴ *Ibidem*, p. 84-85.

¹⁵ Para mais informações sobre a atuação do UNIDROIT, ver: unidroit.org. Acesso em: 07 mar. 2021.

em 1926¹⁶ e com sede em Roma, com o objetivo principal de analisar as necessidades e os métodos para a modernização, harmonização e coordenação do direito privado, em particular do comércio, e de formular instrumentos jurídicos, princípios e regras uniformes a fim de alcançar tal objetivo. A atuação do UNIDROIT no sentido de promover a harmonização de normas comerciais representa, portanto, um exemplo de *lex mercatoria*.

Além dos princípios do UNIDROIT, existem diversos exemplos contemporâneos que refletem o exercício da *lex mercatoria*. O primeiro deles é o conjunto de Incoterms, cláusulas de um contrato de compra e venda internacional e desenvolvidas a partir de 1936 por entes privados no âmbito da Câmara de Comércio Internacional sediada em Paris¹⁷. Incoterms são termos de comércio, amplamente adotados na prática comercial, que esclarecem os deveres, custos e riscos no transporte de produtos para vendedores e compradores e promovem a harmonização das regras de comércio neste sentido. Os Incoterms têm sido revisados desde sua elaboração em 1936, e sua última edição foi efetuada em 2020.

Outro exemplo da concretização da *lex mercatoria* são as Regras e Usos Uniformes relativos a Créditos Documentários (*Uniform Customs and Practices for Documentary Credits* ou, na sigla em inglês, UCP), também desenvolvidos no âmbito da Câmara de Comércio Internacional na década de 1930. UCP são empregados na área do comércio financeiro e no setor bancário para cartas de crédito internacionais em mais de cento e setenta e cinco países e regulam operações comerciais correspondentes a mais de um trilhão de dólares a cada ano¹⁸.

Por fim, pode-se apontar como exemplo da aplicação da *lex mercatoria* a adoção de standards internacionais. Diante da globalização e da necessidade de garantir determinados padrões com um certo grau de harmonização nas relações econômicas internacionais, os governos têm gradualmente delegado parte de seu poder regulatório para entidades privadas. Como já mencionado, a limitação técnica e financeira dos Estados, além do processo lento e burocrático que tarda em oferecer respostas efetivas às demandas do mercado, contribui para que o exercício de normalização esteja cada vez mais a cargo de entes privados mais capacitados para lidar com essa atividade tão complexa e exigente¹⁹.

Ocupam uma posição de destaque na formulação de standards internacionais a ISO (*International Organization for Standardization*) e a IEC (*International Electrotechnical*

¹⁶ A UNIDROIT foi fundada, em 1926, como órgão auxiliar da Liga das Nações, tendo sido reestabelecida, em 1940, como instituição independente com base em seu estatuto.

¹⁷ HERMAN, Lawrence L. *Op. Cit.*, p. 6.

¹⁸ *Ibidem*, p. 6-7.

¹⁹ BÜTHE, Tim; MATTLI, Walter. **The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy**. Princeton University Press, 2011, Edição Kobo, Cap. 1, p. 6.

Commission), que funcionam como centros globais de coordenação compostos por centenas de comitês e órgãos técnicos de todo o mundo. Juntos, a ISO e a IEC são responsáveis por uma parte substancial dos standards internacionais de produtos, que conferem especificações técnicas de características de desempenho e *design* de produtos manufaturados²⁰.

Estes foram apenas alguns exemplos que ilustram a *lex mercatoria* na atualidade e demonstram como a regulação do comércio internacional tem-se distanciado do controle exclusivo governamental e tem sido intensivamente compartilhada com os entes privados. No entanto, esta tese não pretende esmiuçar o tema da *lex mercatoria*, que é revestido de alta complexidade e ainda é objeto de muitos questionamentos e debates na seara do direito do comércio internacional.

A proposta da tese, em apresentar a temática da *lex mercatoria*, restringe-se a demonstrar a relevância do papel assumido por atores privados no disciplinamento do comércio internacional, e apontá-la como um elemento fundamental na construção da governança privada das relações internacionais de comércio. Como visto, a atuação privada na regulação do comércio internacional há muito se faz presente, como se constata da formação da *lex mercatoria*, mas tem ganhado ainda mais força em um período recente, marcado principalmente pelo processo de globalização.

Em virtude da intensificação desse processo, constatou-se a deficiência da atuação dos Estados, em sua esfera doméstica, para promover regras harmoniosas e efetivas para disciplinar o comércio internacional. Além disso, mesmo a cooperação internacional entre os países não se mostrou suficientemente capaz de acompanhar as mudanças e prestar respostas adequadas e rápidas de que os diversos setores envolvidos nas relações comerciais necessitam.

Após essa breve análise dos fundamentos da governança privada do comércio internacional e incursão no tema da *lex mercatoria* como elemento precursor deste fenômeno, o presente estudo passa a analisar os desdobramentos da atuação privada na regulação da economia global e alguns dos setores que mais recebem influência dessa atuação.

Os atores privados, grandes responsáveis por impulsionar as relações econômicas, têm desenvolvido normas tanto para facilitar quanto para garantir um maior equilíbrio nessas relações. A atuação de entes privados, neste sentido, normalmente perpassa pela autorregulação, que ocorre quando os atores privados se submetem a regras por eles próprios criadas. Muitas vezes, as normas privadas são adotadas tão amplamente ou ocupam um vácuo

²⁰*Ibidem*, p. 5.

regulatório que passam a ser aplicadas até mesmo por entes governamentais. A relevância da governança privada ocorre em diversos setores ligados à economia global, porém esta tese selecionou cinco áreas a fim de ilustrar esta atuação privada: i) setor financeiro; ii) ciberespaço; iii) compras governamentais; iv) responsabilidade social corporativa; e v) sustentabilidade.

No que se refere ao setor financeiro, em face da ausência de harmonização de regras governamentais, há uma predominância de regulação por parte de atores privados. Deve-se destacar, todavia, a atuação do *International Accounting Standards Board* (IASB), organização privada sediada em Londres, que produziu o *International Financial Reporting Standards* (IFRS). Em 2002, a União Europeia determinou que todas as empresas listadas em uma bolsa de valores na Comunidade utilizassem os standards IFRS para suas demonstrações contábeis consolidadas. Esta determinação deu ensejo a que países como Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Índia e Japão providenciassem medidas para adotar ou convergir com os standards IFRS²¹.

Sobretudo diante da crise econômica em 2008, e também em virtude de sua já ampla utilização no mundo, o IFRS passou a ser adotado também pelo mercado regulatório financeiro dos Estados Unidos, o que indica sua relevância para a regulação do setor financeiro em escala global²². Sendo assim, as entidades privadas assumiram o vácuo regulatório no setor financeiro, criado sobretudo pela incapacidade dos Estados de definir normas efetivas de regulação na área.

Além do setor financeiro, a ascensão do ambiente virtual como instrumento e como objeto das relações econômicas vem sendo acompanhada da governança significativa dos entes privados. A expansão da vivência em um mundo virtual e a crescente dependência da sociedade de equipamentos e mecanismos por meio da internet têm gerado uma maior exposição a problemas de segurança nesse ambiente. Para promover maior segurança no ciberespaço, surgiu a necessidade de criação de standards para definição de requisitos funcionais e de garantia, políticas de gerenciamento de informações, critérios para avaliação de medidas de segurança, técnicas de abordagem de falhas de segurança e procedimentos de monitoramento de violação de segurança²³.

²¹ BÜTHE, Tim; MATTLI, Walter. *Op. Cit.*, Cap. 4, p. 12-14.

²² HERMAN, Lawrence L. *Op. Cit.*, p. 7-8;

²³ PENG, Shin-yi. "Private" Cybersecurity Standards? Cyberspace Governance, Multistakeholderism, and the (Ir)relevance of the TBT Regime, *Cornell International Law Journal*, Vol. 51, nº 2, Article 4, 445-469, 2018, p. 446.

Entes governamentais têm-se aliado a atores privados a fim de criar modelos regulatórios do ciberespaço mais efetivos. Exemplos dessa parceria entre entidades públicas e privadas para normalização de segurança do ciberespaço são a *European Union Agency for Network and Information Security* (ENISA), no contexto da União Europeia, e o *U.S. National Institute for Standards and Technology Cybersecurity Framework* (NIST Framework) no âmbito dos Estados Unidos²⁴.

Constata-se, portanto, uma ampla participação de atores privados na governança do ciberespaço a fim de promover uma maior segurança no ambiente virtual. Isto ocorre principalmente em razão da ausência do conhecimento técnico e da flexibilidade para regular questões complexas e de evolução rápida por parte de entes governamentais, que têm contado cada vez mais com a atuação privada para fornecer uma regulação mais efetiva neste setor²⁵.

O campo da responsabilidade social corporativa é também um reflexo do domínio de normas desenvolvidas por atores privados, promovendo a autorregulação. A atuação de empresas, em particular as transnacionais, pode acarretar impactos sociais negativos à população direta ou indiretamente afetada por suas atividades. Diante disso, tem-se consolidado um conjunto variado de normas que se destinam a garantir que a atuação empresarial esteja em conformidade com altos padrões de sustentabilidade e de proteção aos direitos humanos.

Nesse contexto, devem-se ressaltar as diversas iniciativas de se estabelecer normas de responsabilidade social corporativa na seara de organizações internacionais²⁶. Em 1976, a OCDE implementou as Diretrizes para Empresas Multinacionais, um conjunto de recomendações não-vinculantes para a condução empresarial responsável, cuja última revisão, realizada em 2011, introduziu um capítulo inteiro sobre direitos humanos. Em 1977, surgiu a Declaração Tripartite da OIT de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, um conjunto de normas não-vinculantes, que contém princípios sobre contratação, treinamento, condições de trabalho e de vida e relações industriais.

Além dessas contribuições, a ONU tem empreendido grandes esforços para definir normas de responsabilidade social para empresas. A primeira delas resultou no Código de Conduta para as Empresas Transnacionais, discutido entre 1983 e 1990, que teve suas negociações encerradas em face da divergência de interesses dos países envolvidos. Já em

²⁴*Ibidem*, p. 451.

²⁵*Ibidem*, p. 450.

²⁶ Sobre o tema de instrumentos internacionais destinados à regulação da atuação de empresas transnacionais e sua responsabilização socioambiental, ver: BONNOMI, Natália Paulino. Responsabilidade social corporativa e investimento estrangeiro: lições do TPP, CETA e ACFI. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 128, nov./dez. 2021.

2000 foi lançado o Pacto Global, proposto pelo então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan. O instrumento dita um conjunto de princípios, nas frentes de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e anticorrupção, a serem adotados voluntariamente pelas empresas transnacionais aderentes. Outra iniciativa no sentido de regulamentar a responsabilidade social corporativo ocorreu no início de 2011, quando John Ruggie, então apontado Representante Especial do Secretário-Geral para Empresas e Direitos Humanos, apresentou sua proposta para os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, que foram incorporados pelo Conselho da ONU de Direitos Humanos no mesmo ano. Os Princípios Orientadores são formados por três elementos: o dever do Estado de proteger os direitos humanos, a responsabilidade das empresas de proteger os direitos humanos e acesso à reparação judicial. Por fim, destaca-se a negociação, iniciada em 2014 no âmbito da ONU, sobre a elaboração de um tratado vinculante de regulamentação das obrigações das empresas transnacionais referentes aos direitos humanos.

A responsabilidade social corporativa tem ganhado um espaço relevante, ainda, nos acordos internacionais de investimento. Cada vez mais esses acordos estabelecem cláusulas voltadas a garantir uma atuação responsável dos investidores a fim de que respeitem normas ambientais e sociais, bem como empreguem práticas que promovam uma maior proteção do meio ambiente e dos direitos humanos.

Como visto, o tema da responsabilidade social corporativa tem permeado os debates e as negociações internacionais. Diante da ausência de consenso internacional sobre o conteúdo de suas normas, assim como da voluntariedade das regras determinadas por organizações internacionais nesse sentido, as empresas têm-se autorregulado para elaborar normas e códigos de conduta sobre sua responsabilidade social. O objetivo determinante para que as próprias empresas criem e implementem normas que de certa forma restringem sua atuação para evitar impactos sociais negativos reside na necessidade de construir uma boa reputação para os consumidores e também expandir seu acesso a mercados estrangeiros²⁷.

O espaço de atores privados na governança internacional também tem crescido no campo de compras governamentais. A participação privada para garantir práticas destinadas à proteção ambiental e social no processo de compras governamentais integra a tendência denominada de “compras públicas sustentáveis”. Nesse contexto, as autoridades responsáveis pela condução de compras governamentais têm cada vez mais se apoiado em standards,

²⁷ HERMAN, Lawrence L. *Op. Cit.*, p. 10.

certificações e outros tipos de iniciativas privadas para suas políticas de compras²⁸. Há diversos fatores que justificam a expansão da regulação privada no campo de compras governamentais, que é essencialmente conduzida pela necessidade de imprimir maior legitimidade, *accountability* e eficiência ao processo de compras pelo poder público²⁹.

Inicialmente, importa destacar que a decisão de autoridades governamentais de adquirir produtos ou serviços, embora orientada pela eficiência com base na ideia de melhor custo-benefício, possui um escopo regulatório mais amplo. A aquisição de bens e serviços por autoridades públicas, por meio de recursos despendidos pelos contribuintes, deve-se guiar pelo bem comum e pelo interesse público da comunidade que aquele governo representa. Diante disso, embora dentro de um parâmetro de custo-benefício, não seria aceitável que autoridades governamentais celebrassem contratos em violação a normas ambientais ou trabalhistas, por exemplo³⁰.

Nesse contexto, o poder público tende a se apoiar em informações fornecidas pelo setor privado, através de standards e certificações, haja vista a tendência de superioridade técnica de entes privados na seara de processos de produção. Além disso, esquemas privados de rotulagem e certificação frequentemente utilizam uma garantia adicional de verificação por terceiro independente. Mesmo quando não há uma verificação por terceira parte, a implementação de normas privadas reduz o ônus regulatório do governo, bem como os custos para monitoramento e verificação de standards³¹.

Ademais, as cláusulas contidas em contratos de compras governamentais representam um estímulo efetivo para o cumprimento de standards ambientais e sociais e para a adoção de boas práticas, inclusive de responsabilidade social corporativa, por parte de entes privados, em particular os interessados em contratar com o poder público. Essas cláusulas tornam-se mais eficientes e transparentes quando apoiadas em mecanismos regulatórios privados e regulamentos administrativos em nível nacional³².

Desse modo, constata-se a ascensão de esquemas privados para certificação de conformidade de produtos e serviços adquiridos por autoridades governamentais com práticas sustentáveis. O poder público tem gradualmente se apoiado em normas regulatórias privadas para demonstrar a legitimidade de suas políticas de compras com base no interesse público da

²⁸CORVAGLIA, Maria Anna. Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability under the WTO Agreement on Government Procurement. *Journal of International Economic Law*, 19, p. 607-627, 2016, p. 610.

²⁹*Ibidem*, p. 611.

³⁰*Idem*.

³¹*Ibidem*, p. 611-612.

³²*Ibidem*, p. 612.

proteção ambiental e da promoção de práticas éticas, o que também incentiva o cumprimento dessas normas por parte de entes privados.

Por fim, deve-se destacar o comércio de produtos e serviços de modo geral como um ambiente propício à regulação privada no que se refere a esquemas de normalização e certificação de sustentabilidade. Nesse sentido, os denominados standards privados prestam-se a atestar a conformidade de características de produtos ou processos de produção com determinados padrões de práticas sustentáveis assim estabelecidos por instituições normalizadoras privadas.

Como será melhor detalhado ao longo deste capítulo da tese, os standards privados têm por objetivo não apenas facilitar o comércio ao estabelecer padrões para produtos e serviços, mas também promover o desenvolvimento sustentável e conferir uma reputação favorável a empresas, produtores e fornecedores frente aos consumidores. A implementação de standards privados, em princípio, contribuiria para facilitar os fluxos comerciais e para melhorar a qualidade dos produtos e serviços, em especial no que se refere a práticas sustentáveis e eticamente responsáveis.

A proliferação de esquemas privados de normalização e certificação, contudo, tem gerado uma grande fragmentação da governança privada nesse contexto. Desse modo, a expansão desses sistemas privados tem resultado em diversas dificuldades para concretizar os benefícios por eles almejados, tais como de acesso a mercados, sobretudo por parte de pequenos produtores em países em desenvolvimento, de credibilidade desses esquemas, os quais não necessariamente se encontram respaldados em evidências científicas, entre outras que serão abordadas no próximo subcapítulo desta tese.

Desta feita, é importante destacar que a ascensão de atores privados na governança internacional, em particular na esfera do comércio, não substitui nem exclui o papel de relevância dos Estados. Nesse sentido, deve-se observar, em primeiro lugar, que muitas vezes entes privados regulam mercados que não eram previamente governados pelo poder público³³.

Em segundo lugar, o poder regulatório não obedece à regra do soma-zero, o que significa que o poder dos atores privados em regular mercados não pressupõe, necessariamente, a ausência de poder regulatório de autoridades governamentais nem vice-versa. Sendo assim, a regulação privada tem contribuído para resolver questões que não poderiam ser administradas individualmente pelos Estados, como as ligadas à proteção

³³ BÜTHE, Tim. *Op. Cit.*, p. 21-22.

ambiental global e regional; nesse contexto, por exemplo, a atuação privada não diminuiu o poder estatal para lidar com tais questões³⁴.

Em terceiro lugar, é importante registrar que frequentemente os atores privados necessitam das autoridades governamentais para fazer cumprir suas regulações. Sendo assim, muitas vezes é imprescindível, para que regulações privadas tenham um grau adequado de cogência, que estas estejam associadas à atuação estatal. Discute-se, nesse contexto, a efetividade da arbitragem comercial internacional como um mecanismo de solução de controvérsias, uma vez que a exequibilidade das decisões arbitrais estaria atrelada a uma providência estatal³⁵.

Desta feita, argumenta-se que a ascensão de entes privados na governança internacional não necessariamente reflete nem causa a exclusão nem a diminuição do poder regulatório estatal. Além disso, deve-se observar que o papel governamental, mesmo que aliado à atuação privada, é fundamental para uma regulação efetiva da economia global.

Os governos devem exercer um certo grau de monitoramento sobre as atividades privadas regulatórias de modo a assegurar que sejam compatíveis com o interesse público e com as boas práticas corporativas. Dessa maneira, os Estados devem garantir que a regulação privada não promova práticas anticoncorrenciais, assim como que seja exercida com transparência e com certo nível de coerência³⁶.

Portanto, ressalta-se que o objetivo deste subcapítulo foi, em primeiro lugar, elucidar que, se antes a figura do Estado, de forma individual ou por meio de organizações internacionais, era protagonista na regulação da economia global, esta dinâmica tem mudado em virtude da crescente atuação de entes privados. Sendo assim, isso não significa que o Estado não desempenhe um papel relevante na governança internacional da economia, apenas que a atuação dos atores privados se tem tornado cada vez mais importante para tornar essa regulação ainda mais efetiva, em especial nos setores em que a governança estatal é inexistente ou deficiente.

O subcapítulo objetivou, em segundo lugar, frisar que a regulação estatal permanece essencial, inclusive para garantir um certo grau de controle sobre os atores privados e com eles atuar para minimizar a fragmentação na governança internacional. Nesse sentido, a adoção de standards por instituições privadas e seus efeitos na regulação internacional

³⁴*Ibidem*, p. 22.

³⁵*Ibidem*, p. 22-23.

³⁶ HERMAN, Lawrence L. *Op. Cit.*, p. 13.

representam um reflexo da expansão da atuação privada nesse contexto e da necessidade de seu disciplinamento na esfera intergovernamental.

Esse cenário então demanda uma análise acerca dos principais aspectos, impactos e iniciativas internacionais de regulamentação de standards privados, discussões que serão abordadas nos subcapítulos seguintes deste primeiro capítulo. No que concerne à relação entre instituições normalizadoras privadas e o papel do governo em sua regulamentação, especificamente no contexto da OMC, este tópico será abordado nos segundos e terceiros capítulos desta tese.

2.2 Standards privados e comércio internacional

Como já mencionado, os atores privados têm exercido um papel relevante na regulação de diversas esferas da economia global. No âmbito do comércio internacional, tem sido mais frequente a adoção de standards privados como uma forma não apenas de facilitar os fluxos comerciais, mas também de atender a demanda da sociedade civil e internacional no sentido de garantir práticas de produção sustentáveis.

No que concerne especificamente à crescente relevância de standards privados na governança do comércio internacional, há alguns fatores que podem explicar sua proliferação. De acordo com um estudo conduzido pelo Fórum das Nações Unidas sobre Normas Voluntárias de Sustentabilidade (UNFSS), em 2015, há mais de quatrocentos standards privados, os quais não estão necessariamente alinhados entre si em termos de conteúdo, equivalência e suporte técnico³⁷.

A proliferação de standards privados pode ser atribuída a diversos motivos, e consiste em um fenômeno complexo. Estas razões, contudo, são entrelaçadas e interdependentes, assim como vários outros fatores no mundo globalizado³⁸. Apesar de haver muitos fatores, e eles serem interconectados, que justifiquem a expansão da governança privada no comércio internacional³⁹, esta tese selecionou três principais motivos que contribuíram para este

³⁷MOTA, Catherine Rebouças; THORSTENSEN, Vera Helena. **Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade – NVS e as exportações brasileiras: Mercados da União Europeia, Estados Unidos e China – v. 2**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018, p. 19.

³⁸KUDRYAVTSEV, Arkady. **Private-Sector Standards as Technical Barriers in International Trade in Goods: In Search of WTO Disciplines**. Wolf Publishers, 2015, p. 81.

³⁹Sobre este tópico, especialmente no setor de alimentos, ver:HACHEZ, Nicolas; MARX, Axel; WOUTERS, Jan. Private standards, global governance and international trade: the case of global food safety governance. *In*: MAERTENS, Miet; MARX, Axel; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan (Eds). **Private Standards and Global Governance: Economic, Legal and Political Perspectives**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012, p. 258-260.

fenômeno: (i) a globalização do comércio internacional; (ii) a abordagem do desenvolvimento sustentável; e (iii) o vácuo regulatório.

A globalização da economia, com impactos no comércio internacional, tem desafiado o controle sobre a segurança e a qualidade dos bens em circulação. Isso pode resultar, por exemplo, na comercialização de alguns produtos contaminados com toxinas ou outras substâncias facilita a proliferação de epidemias locais ou regionais de doenças potencialmente perigosas. Tal questão não apenas tem sido objeto de preocupação da sociedade civil e da comunidade internacional, mas também tem levado a disputas comerciais⁴⁰.

Essas ameaças relacionadas à segurança e à qualidade de produtos têm impactado a preferência de consumidores e, conseqüentemente, as políticas regulatórias implementadas por autoridades públicas e por entes privados. Cada vez mais as empresas, em particular aquelas que fornecem produtos oriundos de diferentes partes do mundo, têm respondido a esses desafios por meio de standards privados⁴¹.

A aplicação de standards privados é uma ferramenta importante para as empresas transnacionais exercerem algum tipo de controle sobre seus fornecedores. Isto também contribui para garantir a segurança e a qualidade dos produtos em face dos desafios apresentados pela globalização do comércio, inclusive o receio de consumidores e da comunidade internacional⁴².

Além da globalização do comércio, a influência do discurso sobre desenvolvimento sustentável também tem sido decisiva para a expansão de standards privados no contexto do comércio internacional. O objetivo comum de standards privados consiste na promoção de práticas sustentáveis⁴³ e, nesse sentido, estes têm sido importantes aliados de grandes empresas em acessar determinados mercados cujos consumidores estão cada vez mais exigentes e baseiam sua decisão de aquisição em critérios além de preço e de qualidade do produto⁴⁴.

⁴⁰ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 81.

⁴¹ *Ibidem*, p. 83.

⁴² *Ibidem*, p. 84.

⁴³ É importante destacar que standards privados contribuem para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (SDGs), conjunto de dezessete metas globais estabelecidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2015, sob a Agenda 2030. Nesse sentido, standards privados podem auxiliar pequenos produtores no acesso a mercados mais lucrativos, reduzir o impacto ambiental e proteger a biodiversidade, apoiar direitos dos trabalhadores, aumentar a confiança e a lealdade do consumidor e ajudar na melhoria dos métodos de produção, no aprimoramento da produtividade e no aumento da qualidade.

⁴⁴ ARIMA JÚNIOR, Mauro Kiithi. **Padrões privados no comércio internacional: desafios estruturais do sistema multilateral do comércio**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020, p. 166.

O desenvolvimento sustentável tem sido objeto de preocupação da sociedade civil e da comunidade internacional há algumas décadas. Como princípio, foi consolidado no Relatório Brundtland, documento intitulado “Nosso Futuro Comum”, e elaborado em 1987 no âmbito da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pelas Nações Unidas. O Relatório estabeleceu as bases para relacionar a importância da proteção ambiente ao desenvolvimento. O Relatório contribuiu para aumentar a relevância do desenvolvimento sustentável não apenas no contexto da ONU, mas também de organizações internacionais ligadas a questões financeiras e econômicas, como o Banco Mundial⁴⁵.

O Relatório Brundtland definiu desenvolvimento sustentável como aquele que supre as necessidades da presente geração sem comprometer a capacidade das futuras gerações de suprir suas próprias necessidades. A definição de desenvolvimento sustentável, como se depreende do Relatório, engloba não apenas questões ambientais, mas também todos os aspectos que levam ao desenvolvimento social. Como sintetizado no Relatório, o desenvolvimento sustentável trata-se de um processo de mudança no qual a exploração de recursos, o direcionamento de investimentos, a orientação de desenvolvimento tecnológico e mudança institucional estão em harmonia e possuem potencial atual e futuro para suprir as necessidades e aspirações humanas⁴⁶.

O Relatório Brundtland foi essencial para que tópicos relacionados ao desenvolvimento sustentável fossem discutidos e negociados no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992. O princípio do desenvolvimento sustentável está presente em diversos dispositivos da Declaração do Rio, principal documento que resultou da Conferência do Rio de 1992, tais como no Princípio 12⁴⁷ e no Princípio 27⁴⁸.

Na sua dimensão substantiva, o desenvolvimento sustentável envolve, de acordo com os Princípios 3 a 8 da Declaração do Rio: o uso sustentável de recursos naturais; a integração entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico; o direito ao desenvolvimento; a busca por equidade na alocação de recursos entre membros da presente geração e entre estes e

⁴⁵BONNOMI, Natália Paulino. Tutela ambiental e seus reflexos no Direito Internacional. **Revista de Direito Ambiental**, ano 24, vol. 93. Jan.-mar./2019, p. 38.

⁴⁶ Texto do relatório “Nosso Futuro Comum”, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁴⁷ “Os Estados deveriam cooperar para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto, o qual levará ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável de todos os países, a fim de abordar adequadamente as questões da degradação ambiental”.

⁴⁸ “Os Estados e os povos deveriam cooperar, de boa fé e com espírito de solidariedade, na aplicação dos princípios consagrados nesta declaração e no posterior desenvolvimento do direito internacional na esfera do desenvolvimento sustentável”.

os das futuras gerações. No seu aspecto procedimental, o desenvolvimento sustentável inclui alguns mecanismos, como participação pública para debater questões ambientais (Princípio 10) e avaliação de impactos ambientais (Princípio 17)⁴⁹.

A abordagem de desenvolvimento sustentável também afetou a regulamentação do comércio internacional. Em 1994, ao fim da Rodada Uruguai e com a implementação da OMC, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente (CTE) foi criado para discutir questões relacionadas a medidas de comércio e de meio ambiente. De acordo com a Decisão sobre Comércio e Meio Ambiente, na Conferência Ministerial de Marrakesh em 1994, o CTE foi estabelecido para identificar a relação entre medidas comerciais e medidas ambientais a fim de promover o desenvolvimento sustentável, bem como elaborar recomendações apropriadas acerca de possíveis modificações necessárias em normas do sistema multilateral do comércio compatíveis com a natureza aberta, igualitária e não-discriminatória do sistema⁵⁰.

Não apenas a OMC criou um Comitê específico para abordar questões relacionadas ao meio ambiente, como também a proteção ambiental e outros interesses sociais foram incluídos em Acordos da OMC. A interseção entre comércio e tais interesses não-econômicos já era presente no GATT, em particular em seu Artigo XX, e, posteriormente, nos Acordos TBT e SPS, por exemplo, em virtude de lidarem com barreiras não-tarifárias ao comércio.

Além da atenção alçada no contexto da OMC, a preocupação acerca da implementação do desenvolvimento sustentável tem de fato gerado um efeito na preferência dos consumidores e na forma como as empresas têm lidado com essa demanda. Como já mencionado, os consumidores têm-se mostrado cada vez mais preocupados não apenas com a segurança e qualidade dos produtos, mas também com sua capacidade de promover proteção ambiental, bem-estar animal, proteção dos direitos humanos, entre outros valores. Standards privados objetivam garantir aos consumidores, em particular por meio de rotulagem dos produtos, informações confiáveis sobre as suas características e seus métodos de produção, e relacioná-los a práticas sustentáveis⁵¹.

Nesse cenário, standards privados contribuem para melhorar a reputação de empresas. Como já citado, uma parte significativa de consumidores tem demandado produtores e fornecedores a adotar práticas responsáveis e sustentáveis tanto no campo social quanto no ambiental. Os consumidores não se importam somente com o produto em si, mas também

⁴⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Comércio internacional e a proteção do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.

⁵⁰ Informação disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/cte00_e.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵¹ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 84-85.

desejam saber de quem estão comprando e se estes estão comprometidos com valores não-econômicos. Standards privados, portanto, constituem parte do *marketing* das empresas a fim de construir uma boa reputação acerca de seu compromisso com a sustentabilidade⁵².

O impacto da abordagem do desenvolvimento sustentável é, então, evidente nas relações de comércio internacional. Consumidores têm-se demonstrado cada vez mais preocupados com produtos e empresas que preencham exigências de sustentabilidade, o que significa que a boa reputação e a rentabilidade das empresas dependem, em elevado grau, de cumprir tal demanda.

Por fim, outro fator que contribui para a proliferação de standards privados relaciona-se ao vácuo regulatório (*regulatory gap*) em setores e tópicos em que a regulação governamental é inexistente ou insuficiente. Isso pode ocorrer em nível internacional quando os Estados apresentam dificuldades para atingir um consenso acerca de compromissos vinculantes sobre alguns tópicos. Isso também pode acontecer em nível doméstico, sobretudo quando matérias excessivamente técnicas são amplamente reguladas por atores privados⁵³.

Desse modo, o vácuo regulatório pode ser o resultado da insuficiência ou da imobilidade da regulação governamental para disciplinar determinados tópicos. Além disso, o vácuo regulatório pode ser intencionalmente estabelecido pelos governos, os quais podem querer reservar, por meio de sua legislação e regulamentos, um espaço amplo para a discricionariedade de entes privados, que arcarão com o ônus acerca da segurança e da qualidade de produtos⁵⁴.

O vácuo regulatório propiciado pelo governo, intencionalmente ou não, constitui, portanto, um dos motivos que justificam a expansão de standards privados. Nesse sentido, standards privados preencheram o vácuo deixado pela regulação governamental em determinados tópicos, e têm ganhado uma maior relevância para certificar o cumprimento de práticas sustentáveis e para responder as demandas de consumidores.

Após uma breve análise acerca dos fatores que motivaram a expansão de standards privados como um modo de regulamentar o comércio internacional e atender as expectativas de consumidores e de atores públicos, deve-se examinar a definição desses standards e suas principais características.

De modo geral, standards são documentos que enunciam requisitos para assegurar a natureza e a qualidade de produtos ou processos de produção. Nesse sentido, standards

⁵² *Ibidem*, p. 85.

⁵³ ARIMA JÚNIOR, Mauro Kiithi. *Op. Cit.*, p. 175-176.

⁵⁴ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 96.

diminuem os riscos, aumentam a credibilidade e a confiança e proporcionam previsibilidade nas relações comerciais⁵⁵.

No que diz respeito especificamente a standards privados, uma definição abrangente pode ser encontrada em um documento emitido pelo *International Trade Centre*, que tem conduzido uma pesquisa extensa e aprofundada acerca do tema. De acordo com o documento, standards privados podem ser entendidos como

normas desenvolvidas por entes privados, como empresas, organizações não-governamentais ou agrupamentos *multistakeholder*. Esses standards podem variar em relação a seu escopo, propriedade ou objetivos. Os objetivos vão desde a conservação ambiental, a garantia de segurança alimentar ou a proteção de direitos humanos e sociais até a promoção de boas práticas agrícolas e de fabricação. Standards privados podem ser numéricos, quando definem características exigidas para produtos, como limites de contaminantes ou de resíduos; ou de processo, quando prescrevem processos de produção, inclusive requisitos de desempenho, ou pertencem a sistemas de gerenciamento e de documentação requeridos⁵⁶.

Essa definição de standards privados, portanto, abrange algumas das suas dimensões principais (conteúdo, fonte e natureza). O conteúdo de standards privados está intimamente relacionado à busca do desenvolvimento sustentável na sua perspectiva social, ambiental e econômica. Standards privados podem destinar-se a certificar requisitos relativos a, exemplificativamente, segurança alimentar, bem-estar animal e condições de trabalho e podem apresentar também uma abordagem múltipla. Standards privados podem-se referir, ainda, a métodos de avaliação de conformidade ou a diretrizes para elaboração de relatórios sobre sustentabilidade. Pode-se destacar, além disso, o papel de standards privados para certificar exigências de gerenciamento de riscos, normalmente relacionados à segurança alimentar, e para diferenciação de produtos⁵⁷.

No que se refere à criação, já restou claro que entes privados, como empresas, associações, iniciativas *multistakeholder* e redes de mercados, são responsáveis pela elaboração de standards privados. Deve-se notar, todavia, que nem todos entes privados que fornecem sistema de certificação estão produzindo standards privados (ao menos não no sentido empregado por esta tese).

⁵⁵SMITH, Garry. Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain, **OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers**, nº 15, OECD Publishing, 2009, par. 25. Para uma definição de standards, nos termos do Acordo TBT, ver o subcapítulo 2.3 desta tese.

⁵⁶INTERNATIONAL TRADE CENTRE. **When do private standards work?** Literature Review Series on the Impacts of Private Standards, Part. IV, 2012, p. 3-4.

⁵⁷MOREIRA, Maria Alice Del Ponte Camiña; MOTA, Catherine Rebouças; THORSTENSEN, Vera Helena. **Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade – A controvérsia em torno do conceito das NVS – v. 3.** São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2019, p. 12-13; 15.

Há algumas instituições cuja natureza flui entre o privado e o público, uma vez que são privadas no sentido legal, mas, por meio de acordos ou mesmo de legislação doméstica, exercem algum tipo de serviço de interesse público ou são reconhecidas como instituições normalizadoras nacionais em seus países. Este é o caso, por exemplo, da Organização Internacional de Normalização (*International Organization for Standardization* - ISO), que é internacionalmente reconhecida como um órgão de normalização e, portanto, não produz standards privados⁵⁸. Da mesma forma a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), apesar de ser uma instituição privada, é dotada de utilidade pública e representante oficial da ISO no Brasil, não produzindo, portanto, standards privados.

Outro aspecto importante acerca de standards privados diz respeito ao seu cumprimento voluntário. Essa característica, entretanto, tem sido colocada em xeque, haja vista a crescente demanda de importadores e consumidores, que tem tornado a aplicação desses standards quase obrigatória para acesso a determinados mercados. Nesse sentido, standards privados podem reduzir ou mesmo eliminar as oportunidades de produtores para exportar produtos que não preenchem os requisitos para certificação⁵⁹. Essa questão será melhor explorada adiante neste subcapítulo quando forem abordados os possíveis impactos negativos de standards privados no comércio internacional, especificamente no que concerne ao acesso a mercados.

Ainda há inúmeras definições de standards privados⁶⁰. Por motivos metodológicos, contudo, esta tese adota a definição de standards privados que combina os seguintes elementos, em consonância com as considerações acima dispostas: (i) standard privado é uma norma desenvolvida por um ente privado (fora da esfera de reconhecimento governamental), (ii) em princípio voluntário, (iii) que objetiva fomentar práticas para melhor alcançar o desenvolvimento sustentável e (iv) pode-se referir a características do produto ou a processos de produção.

Além da definição, outra escolha metodológica da tese diz respeito ao uso da terminologia standard privado, e não standard voluntário ou, ainda, standard voluntário de sustentabilidade⁶¹. Essa opção objetiva ressaltar o fato de que estes standards são elaborados

⁵⁸*Ibidem*, p. 17; 19.

⁵⁹*Ibidem*, p. 19.

⁶⁰Tais definições, enunciadas por organizações internacionais pertinentes, podem ser encontradas em documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/1334/Rev. 1. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁶¹OFórum das Nações Unidas sobre Normas de Sustentabilidade (UNFSS), por exemplo, adota a terminologia “standards voluntários de sustentabilidade” para o que esta tese denomina de “standards privados”. Tal terminologia parece enfatizar a natureza voluntária desses standards e o seu objetivo precípuo de alcançar o desenvolvimento sustentável.

por entes privados e, apesar de voluntários em princípio, podem-se tornar compulsórios quando requeridos por importadores para que produtores tenham acesso a seus mercados. Ademais, a adoção do termo normas voluntárias pode levar à falsa suposição de que enquanto standards privados são voluntários, standards oficiais são obrigatórios. Isto é um equívoco, visto que standards desenvolvidos por entes governamentais podem ser de cumprimento obrigatório ou voluntário.

Mesmo a expressão standard privado pode não ser inteiramente apropriada para designar o tipo de standard objeto de estudo desta tese. Como já mencionado, há instituições normalizadoras que, embora possuam o *status* legal de entes privados, são reconhecidas pelo governo em seu país, por instrumentos normativos ou por outros meios, como órgãos nacionais de normalização; há, ainda, instituições normalizadoras privadas que exercem um serviço considerado público, assim reconhecido pelo governo. Nesse sentido, ainda que sejam produzidos por entes privados, os standards criados por essas instituições não entram no escopo do termo standard privado para fins de estudo desta tese⁶².

Embora a escolha de terminologia não seja completamente precisa, portanto, não parece haver na literatura um termo mais cabível para se referir a esse grupo de normas denominadas de standards privados. Essa terminologia, aliás, enfatiza um importante aspecto da relação entre standards privados e comércio internacional, tema de pesquisa desta tese, que concerne à possível natureza obrigatória na prática desses standards em face das exigências dos atores envolvidos no processo de comercialização de produtos. Além disso, é importante notar que o termo standard privado é adotado no conjunto de documentos elaborados e circulados no âmbito do Comitê SPS em discussão sobre o tema. Sendo assim, a tese adota o termo standards privados quando se refere a standards como acima descritos.

Tendo sido estabelecidas questões fundamentais para esta tese, quais sejam, a definição e as principais características de standards privados, bem como a opção de terminologia desta pesquisa, faz-se importante abordar o processo operacional que envolve o estabelecimento desses standards.

A primeira etapa envolve a preparação de um standard, que engloba as regras e os procedimentos relativos ao processo de desenvolvimento de um standard⁶³. As instituições normalizadoras, inicialmente, definem o escopo horizontal e vertical dos standards a serem criados. Na perspectiva horizontal, cabe a essas instituições determinar os objetivos

⁶²SUN, Xinhua; THORSTENSEN, Vera; WEISSINGER, Reinhard. Private Standards—Implications for Trade, Development, and Governance. **The E15 Initiative: Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development**. September 2015, p. 11.

⁶³ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 26.

abrangidos pelo standard; por exemplo, um standard aplicável à indústria de alimentos deve-se centrar, normalmente, na segurança alimentar, ou mesmo em impactos ambientais e questões sociais ou trabalhistas. Já no escopo vertical, deve-se definir a extensão do standard ao longo da cadeia global de valor, seja em todas as fases ou em estágios específicos, tais como pré-produção ou processamento⁶⁴.

A etapa de preparação geralmente envolve o desenvolvimento de um projeto de standard no âmbito de comitês técnicos, cujo texto será discutido com os atores pertinentes, será publicado e estará aberto a recebimento e a consideração de comentários. As instituições normalizadoras, tanto públicas quanto privadas, instituem regras variadas para a preparação de standards. Deve-se observar que se têm empreendido esforços para promover a harmonização desses procedimentos a fim de garantir sua transparência e legitimidade. Nesse sentido, o Código de Boas Práticas, contido no Anexo 3 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (Acordo TBT), estabelece requisitos apropriados para instituições normalizadoras relativos à abertura e à transparência desses procedimentos. De forma similar, a ISEAL Alliance, associação global para standards sociais e ambientais, desenvolve códigos de boas práticas para seus Membros no que diz respeito aos procedimentos de criação de standards, à verificação de conformidade e à análise de impacto⁶⁵.

O segundo estágio operacional de um standard é a sua adoção. O termo “adoção”, no que se refere ao processo de produção de standards, pode ter múltiplos significados. A adoção de um standard pode significar, em conformidade com o sentido conferido pelo Código de Boas Práticas do Acordo TBT, a aprovação final do seu texto, que ocorre ao fim das discussões e das considerações acerca do projeto de texto de um standard. A depender das regras determinadas para o procedimento de normalização, pode-se exigir ou não o consenso para a adoção de um standard⁶⁶.

A adoção de um standard pode significar, ainda, como empregado por parte significativa da doutrina, a decisão de um ente de aplicar um standard a seus fornecedores, ou seja, quando, por exemplo, uma empresa passa a exigir que seus fornecedores usem um determinado standard. De todo modo a conjunção dos dois primeiros estágios ora

⁶⁴HENSON, Stephen; HUMPHREY, John. Private standards in global agri-food chains. *In*: MAERTENS, Miet; MARX, Axel; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan (Eds). **Private Standards and Global Governance: Economic, Legal and Political Perspectives**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012, p. 99.

⁶⁵ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 26.

⁶⁶*Ibidem*, p. 27.

mencionados, preparação e adoção, geralmente se denomina de normalização ou standardização (*standard-setting*, em inglês)⁶⁷.

Vale salientar que é nesta decisão de adoção de um standard que reside sua influência e seu poder de proliferação ao longo das cadeias de produção. A depender da quantidade ou do predomínio dos entes que adotam certos standards, estes podem ser configurar reais entraves aos produtores que não estiverem em conformidade com seus requisitos, limitando o seu acesso a mercados. Nesse sentido, standards privados, que seriam voluntários em princípio, podem-se tornar compulsórios na prática quando consistem em pré-requisitos para acesso a determinados mercados. Isto tem sido fonte de preocupação, em especial para países em desenvolvimento, conforme será discutido ao longo deste subcapítulo⁶⁸.

A terceira etapa no processo operacional de um standard privado é a sua aplicação. Ao afirmar que a adoção de um standard significa a aprovação final do seu texto, define-se como aplicação de um standard a decisão de um ente de requerer que seus fornecedores cumpram com os requisitos desse standard. A partir da sua aplicação, um standard torna-se operacional no mercado⁶⁹.

O quarto estágio nesse processo operacional diz respeito à implementação do standard. Um standard é implementado quando um ente decide cumprir os seus requisitos de acordo com os sistemas e processos exigidos para esta conformidade. Embora seja difícil distinguir a aplicação de um standard de sua implementação, pode-se afirmar que um standard é aplicado quando uma empresa requer que um fornecedor o cumpra, enquanto um standard é implementado quando o fornecedor cumpre os seus requisitos⁷⁰. Há a possibilidade, ainda, de uma mesma empresa aplicar e implementar um standard quando este é empregado nas suas operações próprias⁷¹.

A sexta fase no processo operacional de um standard envolve a análise de conformidade. Por meio desta análise, verifica-se a conformidade com os requisitos de um standard. Há diversas formas para conduzir essa análise, tais como a inspeção pelo ente que aplica o standard (verificação externa ou de segunda parte ou, em inglês, *second-party certification*) e a inspeção por um terceiro independente (verificação por terceira parte ou, em inglês, *third-party certification*)⁷².

⁶⁷*Idem.*

⁶⁸ HENSON, Stephen; HUMPHREY, John. *Op. Cit.*, p. 99-100.

⁶⁹ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 27.

⁷⁰*Ibidem*, p. 28-29.

⁷¹HENSON, Stephen; HUMPHREY, John. *Op. Cit.*, p.100.

⁷²*Idem.*

Por fim, a sétima etapa no processo operacional de um standard resume-se ao seu cumprimento. Esta fase engloba métodos empregados em face de descumprimento dos requisitos determinados por um standard e possíveis sanções se não houver uma ação corretiva. De acordo com os procedimentos estabelecidos pelas instituições normalizadoras, as sanções por descumprimento podem consistir em exigir uma ação corretiva ou retirar o direito do ente de utilizar a certificação de conformidade com o standard⁷³. Muitas vezes, em especial quando se trata de standards privados de amplo reconhecimento no mercado, esta sanção pode ser uma recusa por parte de empresas que exigem tal conformidade de adquirir os produtos sem a respectiva certificação⁷⁴.

É importante destacar, no que se refere às diretrizes para preparação, adoção e aplicação de standards, as regras estabelecidas no Código de Boas Práticas, disposto no Anexo 2 do Acordo TBT. O Código de Boas Práticas está aberto para adesão de qualquer instituição normalizadora localizada em território de um Membro da OMC, seja um ente do governo central, do governo local, não-governamental ou regional.

Os parágrafos D e E do Anexo 3 determinam, para as instituições normalizadoras, a obrigação da nação mais favorecida e do tratamento nacional, bem como a proibição de criação de obstáculos desnecessários ao comércio internacional. Já os parágrafos F, G e H do Anexo 3 recomendam o uso de standards internacionais para orientar o processo de preparação, adoção e aplicação de standards, além de requerer que instituições normalizadoras se esforcem ao máximo para evitar a duplicação ou sobreposição de standards.

O parágrafo I estabelece que, quando pertinente, uma instituição normalizadora deve especificar standards com base em exigências de produtos em termos de desempenho, e não de *design* ou de características descritivas. Essa regra contribui para prevenir que standards sejam utilizados como obstáculos desnecessários ao comércio internacional.

Os demais parágrafos do Anexo 3 do Acordo TBT dispõem sobre normas de publicação e consulta. O Código de Boas Práticas exige a publicação de programas de trabalho pelas instituições normalizadoras a cada seis meses, a qual deve, ainda, indicar para cada standard os standards internacionais que foram utilizados como base. Antes de adotar um standard, a instituição normalizadora deve conceder um período mínimo de sessenta dias para a submissão de comentários por partes interessadas. Se solicitado, a instituição normalizadora deverá prontamente fornecer uma cópia do projeto de standard submetido a comentários. Uma vez que o standard tenha sido adotado, este deve ser publicado de imediato. A instituição

⁷³*Ibidem*, p. 101.

⁷⁴ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 29.

normalizadora deverá levar em consideração quaisquer reclamações e empreender um esforço objetivo em resolvê-las em relação à operação do Código de Boas Práticas. Por fim, as instituições membros da ISO/IEC deverão se esforçar ao máximo para se tornarem membros da ISONET, centro de informações monitorado pelo Secretariado da ISO.

Este é, em suma, o disciplinamento conferido pelo Código de Boas Práticas do Acordo TBT, direcionado a instituições normalizadoras, para a preparação, adoção e aplicação de standards. O Código de Boas Práticas, além de dispositivos específicos sobre os procedimentos para normalização, estabelece normas em consonância com o Acordo TBT e com a própria ideia que informa a regulação de barreiras regulatórias no âmbito da OMC; estas normas pretendem coibir a utilização de standards como obstáculos desnecessários ao comércio internacional, bem como promover a harmonização de standards.

Como já se afirmou ao longo deste subcapítulo, o fenômeno que envolve a adoção e a implementação de standards privados é bastante complexo não apenas em virtude das regras em torno de sua criação e funcionamento, mas também em razão da existência de inúmeros esquemas privados de normalização distintos, que podem servir para as mesmas ou para diferentes finalidades. Desse modo, após uma breve apresentação do processo operacional que envolve a preparação, adoção e aplicação de um standard privado (dentre outras etapas), é fundamental comentar sobre os diversos tipos de standards privados.

A classificação de standards privados realizada nesta tese obedece aos principais critérios encontrados na literatura sobre o tema⁷⁵, porém deve-se alertar que tais parâmetros não são exaustivos, especialmente em face da proliferação e da complexidade dos esquemas privados de normalização. Dessa forma, os standards privados serão classificados de acordo com os seguintes critérios: i) instituições criadoras; ii) forma; iii) objetivos; iv) escopo; v) clientes-alvo; vi) empresas implementadoras-alvo; e vii) sistemas de avaliação de conformidade.

Antes de se adentrar nos critérios de tipologia de standards privados, é importante distingui-los de standards públicos e de standards internacionais. Essa diferenciação é necessária, sobretudo diante da dificuldade de identificá-los, haja vista a complexidade e

⁷⁵ Há diversas tentativas de categorização de standards privados, em especial diante da complexidade dos esquemas privados de normalização, porém esta tese selecionou alguns dos principais critérios para classificá-los de acordo, sobretudo, com os seguintes estudos: HENSON, Spencer; HUMPHREY, John. *The Impacts of Private Food Safety Standards on the Food Chain and on Public Standard-Setting Processes*. **Paper prepared for FAO/WHO**, 2009, p. 4-8; KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 29-48; LIU, Pascal. *Private standards in international trade: issues and opportunities*. **Workshop on Environment-Related Private Standards, Certification and Labelling Requirements**, Switzerland, July 9, 2009, p. 3-7; WLOSTOWSKI, Tomasz. *Selected Observations on Regulations of Private Standards by the WTO*. **XXX Polish Yearbook of International Law**, p. 205-233, 2010, p. 207-209.

mesmo sobreposição dos esquemas de certificação, que muitas vezes combinam regulações públicas, privadas e internacionais.

Inicialmente, destaca-se que o exercício de poder regulatório pelos governos pode ocorrer por meio de regulamentos, cujo cumprimento é obrigatório, sob pena de sanção, e também através de standards, os quais, apesar de emanarem do poder estatal, são voluntários. Já os standards privados, adotados por instituições não-governamentais, são também voluntários. Os standards privados podem-se tornar compulsórios, na prática comercial, se houver uma ampla implementação por atores dominantes do mercado, ou mesmo de forma legal, quando incorporados a uma determinada legislação.

Por fim, deve-se esclarecer uma comum suposição acerca da relação entre standards privados e standards internacionais. Embora ambos sejam, em princípio, desvinculados de um mandato legal, os standards internacionais são submetidos a um disciplinamento exigente sobre o processo de normalização, bem como contam com uma ampla participação dos atores envolvidos e suas decisões são tomadas com base no consenso. Além disso, é importante notar que, para serem considerados standards internacionais no contexto da OMC, os standards devem ser adotados em conformidade com os “Seis Princípios” enunciados pelo Comitê TBT da OMC⁷⁶: transparência, abertura, imparcialidade e consenso, efetividade e relevância, coerência e dimensão de desenvolvimento.

Há também uma distinção no que se refere a standards privados e a standards internacionais no âmbito da OMC. Enquanto os standards privados estariam, em tese, fora do escopo de aplicação dos Acordos TBT e SPS (o que será questionado adiante no segundo capítulo desta tese), os standards internacionais são considerados um parâmetro para presunção de conformidade de medidas dos Membros, segundo o Artigo 3.1 do Acordo TBT.

Deve-se observar, após esta análise acerca de standards públicos, privados e internacionais, que a distinção entre eles é muitas vezes nebulosa, uma vez que os standards podem migrar facilmente de uma categoria para outra ou, ainda, assumir outras características. Nesse sentido, tem-se tornado mais frequente a incorporação de standards privados à exigências governamentais⁷⁷, o que significa que deixariam de ser standards privados “puros”, e ganhariam um respaldo legal, o que poderia implicar sua compulsoriedade. Isso, aliás, poderia permitir que o respectivo governo fosse considerado

⁷⁶ Uma breve incursão neste tema é realizada no segundo capítulo desta tese, especificamente no subcapítulo que aborda a conduta privada no âmbito do Acordo TBT.

⁷⁷ Ver exemplos em: HACHEZ, Nicolas; MARX, Axel; WOUTERS, Jan. *Op. Cit.*, p. 260-261.

responsável por eventual incompatibilidade desses standards com obrigações firmadas em âmbito internacional.

Nesse ponto, é importante reiterar que o objeto desta tese se restringe ao estudo de standards privados “puros”, ou seja, aqueles que são adotados por entes privados (empresas, organizações de indústria, organizações não-governamentais, etc.), sem mandato legal, e de cumprimento voluntário, ainda que possam ser obrigatórios *de facto* em razão da ampla exigência de determinados mercados. Sendo assim, os standards privados, objeto de pesquisa desta tese, não se confundem com standards que, embora sejam adotados por entes não-governamentais, recebem um mandato legal nem com standards internacionais, os quais, para assim serem considerados, devem obedecer a um conjunto rigoroso de princípios e critérios. Sendo assim, mais uma vez esclarecido o espectro de estudo dos standards privados para fins desta tese, passa-se à análise sobre a sua tipologia conforme os critérios supracitados.

De acordo com o primeiro critério, um standard privado pode ser classificado em relação à instituição responsável por sua adoção. Há standards de companhias individuais, sobretudo por grandes varejistas, que são desenvolvidos por empresas individuais e adotados ao longo de suas cadeias de produção. São exemplos deste tipo de standard o *Tesco Nature's Choice* e o *Carrefour's Filières Qualité*. Vale salientar que os standards de companhias individuais podem ter um alcance nacional ou mesmo internacional. No caso do *Carrefour*, por exemplo, o standard é aplicado às diversas subsidiárias da empresa principal, o que implica dizer que, ainda que o standard seja utilizado nas operações de venda da empresa em um único país, esse standard terá um alcance internacional ao ser aplicado a produtores localizados em países diversos.

Segundo o mesmo critério, standard privados podem ser categorizados como standards nacionais coletivos, que são preparados por instituições coletivas que atuam dentro dos limites de um país, dentre as quais associações industriais e organizações não-governamentais. Essas instituições podem representar os interesses de entes comerciais (como produtores, processadores ou vendedores de produtos alimentícios) ou, ainda, de organismos não-governamentais. Embora, em princípio, essas instituições preparem e adotem standards com caráter essencialmente nacional, alguns desses standards podem ter um alcance internacional. Este é o caso, por exemplo, do *British Retail Consortium (BRC) Global Standard for Food Safety*, que, embora seja originalmente preparado por uma instituição britânica, é aplicado a fornecedores de vários países e pode ser adotado por fornecedores que, ainda que não vendam para o Reino Unido, considerem que o standard representa uma vantagem competitiva.

Por fim, de acordo com o primeiro critério, os standards privados podem ser internacionais coletivos, o que ocorre quando são criados com o objetivo de serem implementados por entes em diversos países. Isso normalmente significa que a instituição que prepara os standards possui um conjunto internacional de membros, que representam os interesses de entes comerciais, de organizações não-governamentais e até mesmo de ambos. Este é o caso, por exemplo, do GLOBALG.A.P (originalmente EurepGAP) e do *Forest Stewardship Council* (FSC), formados por empresas de vários países. A característica distintiva dos standards internacionais coletivos é que eles foram desenvolvidos para serem aplicados e implementados internacionalmente.

Em relação ao segundo critério, os standards privados podem ser classificados de acordo com sua forma. Nesse sentido, vale recordar que um standard privado é um documento e, a depender da complexidade dos esquemas de normalização, um grupo de documentos. Tais documentos podem receber títulos distintos, em consonância com a forma em que estão dispostos os seus requisitos, como “especificação técnica”, “código de boas práticas”, “código de conduta”, “código de produção”, “regulamento interno”, entre outros. Deve-se ressaltar que a nomenclatura do documento, em si, não é tão importante em face do seu conteúdo: o documento, aprovado por uma instituição normalizadora, deve enunciar regras, diretrizes ou características para produtos ou processos e métodos de produção (PPM) para uso comum e reiterado.

Já de acordo com o terceiro critério, os standards privados podem ser tipificados segundo seus objetivos, que podem ser divididos em três grupos: objetivos técnicos, sociais e comerciais. O primeiro grupo diz respeito a aspectos técnicos de produção, como o estabelecimento de terminologia comum, a interoperabilidade de produtos e o desenvolvimento e aplicação de tecnologias de produção eficientes.

O segundo grupo de objetivos refere-se aos valores sociais que os standards privados buscam proteger. Estes objetivos sociais englobam a proteção do meio ambiente (por exemplo, práticas sustentáveis de silvicultura e piscicultura, proteção de espécies ameaçadas de extinção e biodiversidade e redução de emissão de gases de efeito estufa), a proteção dos direitos humanos e das boas condições de trabalho (por exemplo, proibição de trabalho forçado ou infantil e condições seguras e saudáveis de trabalho), além dos direitos consumeristas e da segurança e qualidade dos produtos.

O terceiro grupo de objetivos corresponde aos objetivos comerciais ou cooperativos. Estes objetivos normalmente envolvem a diferenciação de produtos em relação aos

concorrentes, a criação de nichos de mercado, a promoção da reputação de uma marca e a maior lucratividade.

Além dessa categorização, os objetivos dos standards privados também podem ser divididos em: objetivos finais, imediatos e operacionais. O primeiro grupo é composto pelos objetivos relacionados à finalidade estratégica almejada pela instituição normalizadora. Os objetivos finais podem ser divididos, ainda, em três categorias: regulação de suprimento, diferenciação de produtos e avanço de metas éticas.

Já o segundo grupo engloba os objetivos imediatos dos standards privados. Estes objetivos imediatos incluem a proteção do meio ambiente, a segurança alimentar, a promoção de práticas agrícolas sustentáveis, entre outros.

O terceiro grupo diz respeito ao que está disposto diretamente no standard privado. Por exemplo, um standard ambiental pode ter diversos objetivos operacionais, tais como a proteção de florestas tropicais e o desenvolvimento de agricultura orgânica; um standard social pode incluir objetivos operacionais, a exemplo da redução do trabalho infantil ou da preservação de comunidades nativas.

Há, portanto, diversos objetivos que podem ser abrangidos por standards privados. Deve-se ressaltar que estes objetivos estão interligados e é muito comum que um standard privado envolva mais de um desses objetivos. Por exemplo, os standards do *Marine Stewardship Council* (MSC) objetivam principalmente a certificação de sustentabilidade na piscicultura, mas também satisfazem o direito de consumidores de serem informados acerca do impacto ambiental decorrente dos processos de cultivo, bem como servem para diferenciação de produtos e fornecem uma vantagem competitiva. Existem, ainda, standards privados com múltiplos objetivos principais, como é o caso do GLOBALG.A.P, que abrange vários grupos de objetivos, a exemplo da qualidade do produto, da produção sustentável, do impacto ambiental da produção, dentre outros. Sendo assim, os standards privados podem mesclar objetivos, e normalmente incluem objetivos comerciais, haja vista os interesses das empresas de implementar normas que lhes favoreçam economicamente.

Em relação ao quarto critério de classificação, o escopo de aplicação dos standards privados pode abranger características do produto, processo e método de produção (PPM⁷⁸)

⁷⁸ Os PPMs dividem-se, ainda, em PPMs relacionados ao produto, quando tem um efeito direto e podem ser identificados nas características do produto, e em PPMs não-relacionados ao produto quando não necessariamente produzem um efeito nas características finais do produto. A aplicação do Acordo TBT a PPMs será discutida no segundo capítulo desta tese, especificamente no capítulo que trata da conduta privada no Acordo TBT.

ou ambos. Neste ponto, é importante indicar a distinção feita pelo ISO/IEC Guia 2 entre standards de produto e standards de processo.

O primeiro é definido como o standard que especifica os requisitos a serem preenchidos por um produto ou um grupo de produtos para estabelecer que serve ao seu propósito. Os standards de produto normalmente se concretizam na forma de standards de qualidade, destinando-se a determinar critérios, sobretudo no contexto de produtos agrícolas, em relação à aparência física dos produtos, ao seu conteúdo nutricional e à ausência ou reduzida presença de elementos indesejáveis, como contaminantes e resíduos de pesticida. O ISO/IEC Guia 2 acrescenta que o standard de produto pode incluir, ainda, diretamente ou por referência, aspectos como terminologia, amostragem, teste, embalagem e rotulagem, além, algumas vezes, de requisitos de processamento.

Já o standard de processo é definido como aquele que especifica os requisitos a serem preenchidos por um processo de modo a servir o seu propósito, o que inclui os PPMs. Os standards de processo podem ser ainda categorizados em standards de sistema de gerenciamento, quando estabelecem critérios para procedimentos de gerenciamento, a exemplo de procedimentos de documentação, monitoramento e avaliação; e em standards de desempenho, que determinam requisitos quanto à performance da produção, que podem estar relacionados à não-utilização de certos pesticidas ou à disponibilidade de serviços sanitários, por exemplo.

Vale destacar que os standards privados podem ser compostos por requisitos tanto com base em produtos quanto com base em processos. É bastante comum, aliás, que standards privados estabeleçam exigências quanto a PPMs não relacionados a produtos, ou seja, que não imprimam um traço distintivo no produto final. Por exemplo, os standards GLOBALG.A.P, embora incluam requisitos quanto à qualidade de produtos agrícolas, focam em PPMs não relacionados, como o gerenciamento de pesticidas e fertilizantes, o bem-estar animal, o impacto ambiental decorrente da produção, dentre outros.

O quinto critério a ser abordado nesta tipologia de standards privados são os clientes-alvo, que formam o grupo de pessoas ou entidades a que se destina a informação de conformidade veiculada pelo standard. Nesse sentido, os standards privados que focam em empresas são conhecidos por standards *business to business* ou *B2B*, como o GLOBALG.A.P. Os standards privados *B2B* geralmente atestam a conformidade de produtos com requisitos relacionados à segurança alimentar, à rastreabilidade e a boas práticas de produção.

Já aqueles direcionados aos consumidores finais (inclusive empresas quando adquirem os produtos para o exercício de sua atividade empresarial, para emprego na sua produção ou

para revenda, por exemplo) são denominados de *business to consumer* ou *B2C*, como o *Forest Stewardship Council* e o *Fairtrade*. Os standards privados *B2C* normalmente enunciam requisitos ligados à qualidade do produto e a questões éticas. Há, ainda, standards que visam a informar tanto empresas quanto consumidores finais, a exemplo do *Rainforest Alliance*.

De acordo com os clientes-alvo, os standards privados também podem ser classificados como standards que acompanham e standards que não acompanham um selo. Os standards privados *B2B* não costumam vir acompanhados de um selo afixado no produto, haja vista ser reputado suficiente, para as empresas, um certificado ou outra forma de declaração de conformidade. Em relação aos standards privados *B2C*, geralmente há o atestado de conformidade na forma de selos estampados no produto, uma vez que seu principal objetivo é influenciar a preferência do consumidor e, ao mesmo tempo, fornecê-lo informações acerca do conteúdo e da finalidade do standard.

No que se refere ao sexto critério de classificação, os standards privados podem ser tipificados de acordo com as empresas implementadoras-alvo. Nesse sentido, os standards privados podem ser aplicados interna ou externamente. Um standard privado é aplicado internamente quando são utilizados pelas empresas para seus próprios interesses, por exemplo, a fim de regular as características de seus produtos finais ou os seus próprios métodos de produção. Quando um standard privado é aplicado internamente, este é aplicado e implementado pela própria empresa, sem que se exija seu cumprimento para outros entes, como fornecedores. É comum, ainda, que grandes empresas possuam regras, standards ou códigos de condutas para regular suas próprias atividades e garantir não apenas a qualidade de seus produtos, mas também a proteção de outros valores caros à entidade.

Já em relação aos standards privados aplicados externamente, os standards são aplicados e implementados por entes diferentes. Neste caso, os standards privados são aplicados pelos compradores e são implementados pelos fornecedores, e são desenvolvidos pelos próprios compradores ou por outras instituições. Por exemplo, as redes de supermercado *Carrefour* e *Tesco* aplicam seus próprios standards privados no tocante à qualidade e ao impacto ambiental dos produtos que vendem, e seus fornecedores implementam esses standards para seus produtos sejam aceitos pelas referidas redes.

O último critério de classificação de standards privados a ser analisado é quanto ao sistema de avaliação de conformidade. O ISO/IEC 17000:2004 define avaliação de conformidade como a demonstração de que os requisitos especificados em relação a um produto, processo, sistema, pessoa ou ente estão preenchidos. Ainda segundo o documento, os serviços de avaliação de conformidade são realizados por entes de avaliação de conformidade.

Esta avaliação engloba diversos procedimentos necessários para verificar a conformidade com um standard, tais como amostragem e testes, inspeções, auditorias e monitoramento.

Existem três tipos de sistemas de avaliação de conformidade: verificação por primeira, segunda ou terceira parte. A verificação por primeira parte, comum no caso de standards privados aplicados internamente, é efetuada por meio de uma declaração de conformidade por parte de um produtor ou fornecedor em relação aos seus próprios produtos com base em autoavaliação e autocontrole. Normalmente, as empresas que utilizam esse tipo de avaliação de conformidade, contam com setores específicos do seu *staff* para verificar a conformidade dos produtos com standards públicos e privados.

A verificação por segunda parte ocorre quando os compradores dos produtos agem como entes de avaliação de conformidade. Por exemplo, grandes redes varejistas, como o *Tesco*, frequentemente verificam se seus fornecedores estão em conformidade com os standards por ele aplicados.

Por fim, a verificação por terceira parte é conduzida por uma instituição terceira independente, pelo que se considera, portanto, que realize uma avaliação mais objetiva. A verificação por terceira parte é também denominada de certificação, que envolve um processo complexo de diversos estágios, normalmente culminando na emissão de um documento oficial (certificado) por parte de uma instituição certificadora. O papel de certificador pode ser exercido tanto pela própria instituição normalizadora quanto por outros entes autorizados, ou seja, um ente acreditador. O processo de acreditação é geralmente desempenhado por instituições normalizadoras e tem o intuito de garantir que o ente certificador tenha a competência e a capacidade adequada para realizar uma avaliação de conformidade. A verificação por terceira parte é utilizada pela maioria dos esquemas coletivos de standards privados, tais como GLOBALG.A.P e *FSC*, e muitos empregam entes acreditadores.

Sendo assim, diversos aspectos relacionados ao universo de standards privados foram acima discutidos, como sua definição, processo operacional e tipologia. Após a análise dessas questões, é fundamental, para entender o debate formado em torno da adoção desses standards, examinar os seus impactos no comércio internacional. Tal questão, aliás, justifica o desenvolvimento desta tese no sentido de que, em face dos potenciais efeitos negativos acarretados por standards privados ao comércio internacional, torna-se imprescindível sua regulamentação e a compreensão acerca da responsabilidade governamental neste cenário.

Antes de se adentrar, contudo, na exposição dos argumentos relacionados ao debate sobre os efeitos dos standards privados no comércio internacional, é importante analisar como as barreiras não-tarifárias (gênero do qual os standards privados são espécies) afetam o livre

comércio. Nesse contexto, deve-se destacar a expansão de barreiras não-tarifárias como uma nova estratégia para adoção de medidas protecionistas por parte dos países.

Após diversas rodadas de negociação ao longo do GATT e a crescente celebração de acordos preferenciais de comércio, o nível tarifário dos países decresceu de forma substancial de modo que estes passaram a adotar medidas mais sofisticadas para proteger o seu mercado e, ao mesmo tempo, dificultar a visualização de medidas na prática protecionistas. Não se deve negar, evidentemente, que o aumento de tarifas ainda é questão relevante no âmbito do comércio internacional, o qual enfrenta episódios de “guerras tarifárias” por questões políticas ou mesmo de simples elevação de tarifas para regulação de determinados mercados⁷⁹.

No entanto, há um crescimento de barreiras não-tarifárias, que podem tomar a forma de medidas regulatórias arrojadas. Nesse sentido, os países elaboram leis, regulamentos, standards, políticas públicas ou quaisquer outras medidas regulatórias a fim de garantir interesses reconhecidamente relevantes na sociedade internacional, tais como a proteção do meio ambiente e da saúde pública

Estes interesses têm ganhado cada vez maior relevância na esfera do direito internacional a partir, por exemplo, da proliferação na celebração de acordos multilaterais de meio ambiente e de compromissos firmados pelos países no âmbito de organizações internacionais voltadas à promoção da garantia dos direitos humanos, da educação, da segurança alimentar, etc. Embora sejam valores legítimos e que mereçam proteção por parte dos países, a regulação do comércio internacional com a finalidade de salvaguardar tais valores pode esconder um objetivo protecionista na prática.

Diante da legitimidade dos interesses protegidos por medidas regulatórias e da sofisticação que reveste tais medidas, torna-se difícil identificar se estas de fato se prestam a garantir um valor social ou ambiental relevante ou se, em verdade, omite uma finalidade protecionista, que deve ser coibida pela OMC e pelos demais atores envolvidos nas relações de comércio internacional.

Em face dessas considerações, pode-se constatar que, ao contrário de barreiras tarifárias, que podem ser mais facilmente negociadas por chefes de Estado, a eliminação de barreiras não-tarifárias não é uma tarefa simples. Isso porque estas barreiras estão

⁷⁹ Sobre o tema de novas formas de protecionismo e barreiras não-tarifárias, ver: PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Comércio internacional e protecionismo**: as barreiras técnicas na OMC. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 65-79.

fundamentadas na proteção de valores não-econômicos de suma importância, como a proteção da saúde, do meio ambiente e da segurança dos consumidores⁸⁰.

É importante ressaltar que tais valores são reconhecidos pela OMC, desde o GATT 1947, em especial por meio do Artigo XX, como interesses legítimos para justificação de medidas restritivas ao comércio internacional. No entanto, a partir da década de 1960, havia um número expressivo de standards destinados a proteger tais valores sociais e ambientais relevantes, que impactavam o comércio internacional de tal modo que elevou a preocupação dos países acerca do potencial protecionista dessas medidas. As Partes Contratantes estavam cientes da urgência em se disciplinar os variados aspectos relativos a barreiras técnicas ao comércio, e convergiam quanto à necessidade de cooperação para formular standards internacionais a fim de coibir o protecionismo⁸¹.

Em 1969, foi criado um grupo de trabalho, no âmbito do GATT, com a finalidade de analisa e propor sugestões para a regulamentação de barreiras técnicas ao comércio. Em 1972, as Partes Contratantes resolveram instituir novo grupo de trabalho para a elaboração do esboço de um acordo sobre o tema, o que deu início à preparação do *Standards Code*.

Deve-se ressaltar que um estudo conduzido pela OCDE, em 1972, foi determinante para a percepção da comunidade internacional acerca da necessidade de se criar o *Standards Code*. No estudo, a OCDE não apenas reconheceu que a adoção de barreiras técnicas deveria estar limitada a salvaguardar objetivos essenciais a cada sociedade, mas também alertou para os desafios enfrentados pela desejável harmonização de exigências técnicas⁸².

A jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, em especial expressa nos litígios *Procureur du Roi v. Dassonville*, de 1974, e *Cassis de Dijon*, de 1979, também contribuíram para a conclusão do *Standards Code*. De modo geral, a jurisprudência da Corte Europeia reconheceu a legitimidade de medidas técnicas destinadas à proteção de valores relevantes, como a saúde e o meio ambiente, porém condenou a edição de medidas técnicas que restringissem o comércio de forma desnecessária ou, ainda, quando houvesse alternativas menos restritivas⁸³.

Nesse cenário, durante a Rodada Tóquio, foi concluído, em 1979, o *Standards Code*, celebrado por quarenta e três Partes Contratantes. O instrumento visava à proibição da preparação, adoção e aplicação de regulamentos, especificações e standards de forma mais

⁸⁰KOTZIAS, Fernanda; THORSTENSEN, Vera. Barreiras regulatórias: um novo desafio para a governança da OMC. *Política Externa (USP)*, v. 24, p. 81-92, 2015, p. 82.

⁸¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Op. Cit.*, p. 170-173.

⁸²*Ibidem*, p. 187.

⁸³*Ibidem*, p. 187-188.

restritiva que o necessário, permitindo, dentro de alguns limites, a adoção de medidas com vistas a proteger o meio ambiente, à saúde, à segurança nacional, entre outros. O *Standards Code* recomendava às Partes, ainda, que editassem medidas com base em standards internacionais e que cooperassem a fim de harmonizar as normas nacionais em vigor⁸⁴.

Como será melhor elucidado no segundo capítulo desta tese, o *Standards Code* não logrou êxito em sua missão, tendo sido substituído pelos Acordos TBT e SPS no cerne da OMC. A referência ao *Standards Code*, neste momento, fez-se necessária para demonstrar que, desde as rodadas finais de negociação do GATT, e mesmo antes, com o Artigo XX do GATT 1947, os países já estavam em alerta sobre os potenciais efeitos negativos de medidas regulatórias no comércio internacional. A regulamentação de barreiras não-tarifárias ao comércio foi consolidada a partir do conjunto normativo da OMC.

Sendo assim, os Acordos da OMC foram redigidos e têm sido interpretados de modo a proporcionar um equilíbrio entre dois interesses em conflito: de um lado, a importância e a necessidade de tutelar valores não-econômicos relevantes; do outro lado, o compromisso pela liberalização do comércio internacional. Os critérios estabelecidos pela OMC, em particular pelo Artigo XX do GATT e pelos Acordos TBT e SPS, para reconhecer uma medida regulatória como legítima do ponto de vista das normas que regem a Organização serão objeto de estudo do segundo capítulo desta tese. Por ora, para fins de discussão neste subcapítulo, é suficiente verificar o impacto de medidas regulatórias no fluxo do comércio internacional.

Diante da expansão de barreiras não-tarifárias ao comércio internacional, alguns estudos têm sido conduzidos para avaliar os reais impactos dessas medidas no comércio. Deve-se notar, inicialmente, que as medidas não-tarifárias detêm potencial para afetar as exportações a partir de quatro principais caminhos: (i) imposição de exigências mais rígidas para processos de produção, que aumenta os custos marginais para exportação; (ii) imposição de requisitos mais rigorosos para processos de produção, que pode demandar novos investimentos para em tecnologia e equipamentos, o que eleva os custos fixos para exportação; (iii) impacto na preferência dos consumidores, afetando as demandas dos mercados importadores e consequentemente recaindo nas exportações; e (iv) tendência de exportadores mais eficientes serem mais resilientes aos crescentes custos de produção em comparação aos menos eficientes⁸⁵.

⁸⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Op. Cit.*, p. 170-173.

⁸⁵FERRAZ, Lucas P. do C.; MONASTERIO, Pedro; RIBEIRO, Marcelo. On the Effects of Non-Tariff Measures on Brazilian Exports. *Revista Brasileira de Economia*, 71(3), 301–320, jul./set. 2017.

A partir desses critérios, faz-se necessário avaliar os impactos das medidas não-tarifárias no comércio internacional. No que diz respeito aos reais efeitos negativos derivados da adoção de barreiras não-tarifárias, de modo geral, constatou-se que estas podem exercer um papel central na desaceleração do comércio, em especial em razão da deficiência na harmonização dessas medidas e do seu crescente funcionamento como uma política protecionista de países⁸⁶. Observou-se, ainda, que as medidas não-tarifárias contribuem significativamente para o aumento dos custos relacionados ao comércio, em particular para os países em desenvolvimento⁸⁷.

Ademais, é importante destacar os impactos de medidas não-tarifárias, especificamente medidas SPS (sanitárias e fitossanitárias) e TBT (técnicas), para as exportações do Brasil. Verificou-se que tais medidas podem de fato funcionar como barreiras significativas ao comércio para exportadores no Brasil, a depender do setor a que se aplicam. Em casos mais extremos, ou nos setores mais afetados, as medidas SPS e TBT podem restringir de forma substancial o potencial de exportação de empresas brasileiras⁸⁸.

A análise do impacto de medidas não-tarifárias no comércio internacional não é uma tarefa tão simples quanto tratá-las como barreiras comerciais equivalentes a tarifas, que devem ser igualmente eliminadas para promover a liberação do comércio. O desafio enfrentado por esta análise parte dos efeitos ambíguos de medidas não-tarifárias no comércio internacional, em particular de standards, uma vez que, por um lado, podem trazer benefícios para os atores envolvidos e melhoria na qualidade dos produtos; mas, por outro lado, podem restringir o comércio ao, por exemplo, promover a exclusão de empresas de menor porte⁸⁹.

Em suma, as medidas técnicas, sanitárias e fitossanitárias são ferramentas legítimas de regulação do comércio, haja vista seu objetivo de garantir valores sociais e ambientais essenciais para a sociedade. A aparente legitimidade de tais medidas, no entanto, pode esconder objetivos protecionistas, o que interfere no crescimento do comércio internacional e na redução de escolha de produtos e serviços pelos consumidores. É fundamental, dessa forma, que haja um equilíbrio entre as políticas públicas de proteção de interesses não-econômicos relevantes e a liberalização do comércio.

⁸⁶FELBERMAYR, Gabriel; KINZIUS, Luisa; YALCIN, Erdal. **Hidden Protectionism: Non-Tariff Barriers and Implications for International Trade** - Study on Behalf of the Bertelsmann Foundation. IFO Institute, 2017.

⁸⁷UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT AND THE WORLD BANK. **The Unseen Impact of Non-Tariff Measures: Insights from a new database**. Geneva, 2018.

⁸⁸FERRAZ, Lucas P. do C.; MONASTERIO, Pedro; RIBEIRO, Marcelo. *Op. Cit.*

⁸⁹BEGHIN, John C.; MAERTENS, Miet; SWINNEN, Johan. Non-Tariff Measures and Standards in Trade and Global Value Chains. **Bioeconomics Working Paper Series**, Working Paper 2015/02.

Além disso, observa-se que a adoção de medidas regulatórias, em especial na forma de standards, pode contribuir para a facilitação do comércio e para a promoção de práticas de produção mais sustentáveis, o que beneficia tanto as entidades integrantes das cadeias globais de valor quanto os Estados e sua população. Essas medidas, contudo, podem ensejar a exclusão de alguns atores das relações de comércio internacional, como pequenos e médios produtores e países menos desenvolvidos.

Diante dos efeitos ambíguos gerados por standards e demais medidas SPS ou TBT, é difícil precisar os eventuais impactos negativos acarretados por standards no fluxo comercial. No entanto, à parte dessas considerações, deve-se observar que os standards têm assumido um papel relevante para conferir competitividade em mercados, e tornou-se amplamente reconhecido seu potencial para funcionar como barreiras não-tarifárias ao comércio internacional⁹⁰.

Da mesma forma que standards oficiais podem acarretar efeitos restritivos ao comércio, os standards provenientes de instituições normalizadoras privadas também podem gerar esse mesmo impacto, que pode ser, aliás, ampliado em face da ausência de um maior controle sobre esses standards privados. Nesse contexto, é importante destacar a iniciativa no Comitê SPS de conduzir um estudo, a fim de avaliar os impactos de standards SPS privados, com base em um questionário, que recebeu respostas de quarenta Membros da OMC⁹¹.

Nesse relatório, algumas respostas ressaltaram os efeitos positivos dos standards privados nas relações de comércio internacional. De acordo com o relatório, tais respostas afirmam que os produtores que conseguem cumprir com os requisitos dispostos por standards privados mantêm uma presença estável em vários grandes mercados de exportação e possivelmente ampliam sua participação no mercado, em especial porque a certificação de standards privados pode oferecer uma diferenciação nos produtos, oportunidades e acesso a mercados específicos⁹².

A maioria das respostas também reconhece que standards privados podem facilitar o cumprimento de exigências veiculadas por standards internacionais, o atendimento a demandas cada vez mais rigorosas de consumidores e aprimorar a segurança e a qualidade de produtos comercializados. Isso contribui para atividades de produção, processamento e embalagem mais padronizadas, o que promove maiores produtividade e previsibilidade. Além disso, o cumprimento dos requisitos estabelecidos por standards privados pode melhorar a

⁹⁰SMITH, Garry. *Op. Cit.*, par. 57.

⁹¹Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/932/Rev. 1. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁹²*Ibidem*, par. 38.

reputação de empresas e facilitar seu acesso a crédito e a melhores cotações de acesso a mercados de ações. Por fim, o relatório demonstra que standards privados podem também contribuir para se alcançar objetivos ambientais e sociais⁹³.

Embora standards privados apresentem consideráveis impactos positivos no comércio internacional ao expandir oportunidades comerciais e ao atender a demanda de consumidores acerca da segurança e da qualidade dos produtos, bem como do compromisso de produtores com práticas sustentáveis, os standards privados também geram preocupação na sociedade internacional. Uma vez que há diversas questões e de natureza distinta em torno do debate acerca dos potenciais impactos negativos dos standards privados no comércio internacional, a tese irá discuti-las a partir de três grupos: (i) acesso a mercados; (ii) desenvolvimento; e (iii) legitimidade. Apesar de a tese ter agrupado os principais receios envolvendo a adoção de standards privados e seus efeitos no comércio internacional, não se pretende afirmar que tais questionamentos se limitam aos argumentos adiante abordados.

(i) Acesso a mercados

Tendo em vista que os standards privados são criados por entes privados, tais como empresas, associações e outras instituições não-governamentais, estes são, essencialmente, voluntários. No entanto, o não-cumprimento com as exigências dispostas por standards privados pode ocasionar a exclusão de produtores de determinados mercados, em particular de países desenvolvidos. Nesse sentido, alguns standards privados podem ser considerados compulsórios *de facto* quando, na prática, apenas produtos que preenchem seus requisitos possam acessar mercados específicos⁹⁴.

Como já mencionado, existe uma intensificação na governança privada em muitos aspectos, tais como em segurança alimentar, meio ambiente e condições de trabalho. Nesse cenário, standards privados proliferam-se e muitos são amplamente adotados e exigidos por atores de mercados. Nesse contexto, não importa para os produtores se esses standards privados são voluntários *de jure*; o que interessa aos produtores e outros envolvidos é que o cumprimento dos requisitos impostos por standards privados pode ser o único caminho para alcançar determinados mercados, o que significa que tais standards seriam obrigatórios na prática.

⁹³*Ibidem*, par. 39.

⁹⁴THORSTENSEN, Vera Helena; VIEIRA, Andreia Costa. **Regulatory Barriers to Trade: TBT, SPS and Sustainability Standards**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2016, p. 49-50.

De acordo com o relatório elaborado no âmbito do Comitê SPS, muitas respostas enviadas por Membros da OMC indicam que o cumprimento de standards privados é considerado por exportadores como um pré-requisito para exportar produtos para um grande número de mercados de países desenvolvidos. Como frisado nessas respostas, os produtores que não conseguem atingir esse cumprimento, ainda que em conformidade com standards oficiais, estão perdendo oportunidades de acesso a mercados⁹⁵.

Sendo assim, exportadores de alguns países têm reportado que standards privados representam obstáculos significativos para acessar certos mercados, especialmente de países desenvolvidos. É relevante observar nessa declaração apresentada ao Comitê SPS que, mesmo quando os produtores conseguem atender standards oficiais, eles ainda podem ser impossibilitados de acessar determinados mercados por não cumprirem as exigências de standards privados.

Isso leva a outro questionamento relativo a standards privados e acesso a mercados, que diz respeito à relação entre standards privados e standards oficiais e internacionais. Como mencionado no relatório do Comitê SPS, cerca de dois terços das respostas enviadas por Membros da OMC apontam que pelo menos alguns dos requisitos de standards privados excedem as exigências de standards internacionais pertinentes, bem como de normas oficiais de importação⁹⁶.

Em relação a standards internacionais pertinentes, as respostas que indicam uma discrepância entre estes e standards privados forneceram alguns exemplos, como procedimentos operacionais mais detalhados e prescritivos e standards mais rigorosos de bem-estar animal. No tocante ao excesso de exigências de standards privados em comparação a normas oficiais, os exemplos fornecidos relacionam-se a requisitos de higiene, rastreabilidade, requisitos de Análise de Perigos e Pontos Críticos de Controle (APPCC) e limites no total de resíduos de substâncias⁹⁷.

Desse modo, pode haver uma sobreposição entre standards privados e requisitos oficiais diante de duas situações: standards privados podem ser mais restritivos que normas oficiais ou eles podem ser mais prescritivos que normas oficiais ou, até mesmo, os dois. Isso em si é uma questão controversa na perspectiva de acesso a mercados, contudo, pode ser ainda mais problemático quando tal discrepância ocorre sem qualquer justificativa objetiva para atender um interesse não-econômico, conforme supostamente almejado pelo standard

⁹⁵ Informação disposta no documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/932/Rev. 1, par. 27. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁹⁶ *Ibidem*, par. 21; 24.

⁹⁷ *Idem*.

privado, mas apenas para diferenciar a empresa produtora das demais concorrentes⁹⁸. Esse problema pode levar a uma lacuna de legitimidade relacionada a standards privados, que será discutida a seguir no tópico (iii).

(ii) Desenvolvimento

O fato é que standards privados já são uma realidade e, visto que as empresas, em especial varejistas, têm demandado cada vez mais a certificação de produtos importados de acordo com esses standards, os produtores têm que se adaptar a esta dinâmica. O mercado de varejo, em particular, é extremamente competitivo e impõe altos níveis de exigência quanto à qualidade e segurança de produtos. Isto pode configurar um obstáculo para uma parte significativa de produtores, sobretudo de países em desenvolvimento, de acessar determinados mercados, visto que normalmente são pequenos e médios produtores com recursos limitados, não apenas financeiros, mas também técnicos e de gestão⁹⁹.

Esses produtores enfrentam tanto restrições externas (infraestrutura insatisfatória e deficiência de serviços públicos, como fontes confiáveis de energia e sistemas de transporte e telecomunicação adequados) quanto internas (insuficiência de capital físico e humano) para conseguir cumprir com os requisitos dispostos por standards privados. Alguns desafios impostos por standards privados a pequenos e médios produtores incluem, por exemplo, falta de capacidade de gerenciamento, altos custos para aprimoramento de métodos de produção e certificação e pouco conhecimento e habilidades técnicas para agronomia¹⁰⁰.

A doutrina e estudos práticos convergem no sentido de constatar que os custos relacionados à adoção de standards privados são altos e muito onerosos para pequenos e médios produtores suportarem. Não apenas os custos para o procedimento de adesão aos standards privados, mas também os custos relativos às modificações de estrutura para cumprir as exigências por eles prescritas, bem como à certificação, inspeção, verificação e avaliação são quase impeditivos para pequenos e médios produtores. A falta de harmonização entre os standards privados existentes agrava este problema, uma vez que aumenta os custos para conseguir a certificação, como será discutido adiante¹⁰¹.

⁹⁸ LIU, Pascal. *Op. Cit.*, p. 14.

⁹⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Private standard schemes and developing country access to global value chains: challenges and opportunities emerging from four case studies.** AGR/CA/APM(2006)20/FINAL, p. 7-9; 20.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 9; 20.

¹⁰¹ MOREIRA, Maria Alice Del Ponte Camiña; MOTA, Catherine Rebouças; THORSTENSEN, Vera Helena. *Op. Cit.*, p. 24-25.

Um estudo desenvolvido pela OCDE mostra que a exigência de cumprimento dos requisitos para certificação de um standard privado contribui para a exclusão de pequenos produtores de cadeias globais de valor mesmo quando a infraestrutura e os serviços funcionam de forma adequada. Quando há restrições de infraestrutura e institucionais, no entanto, a dificuldade de acesso a determinados mercados aumenta significativamente. Além disso, há uma tendência de que standards privados cresçam em aplicação e em rigor, o que significa que continuarão constituindo um obstáculo relevante para que pequenos e médios produtores possam integrar cadeias globais de valor¹⁰².

Diante disso, países em desenvolvimento têm demonstrado uma grande preocupação acerca de standards privados. Eles argumentam que o cumprimento dos requisitos prescritos por standards privados é muito oneroso em face das necessárias e significativas reformas de produção, bem como dos altos custos dos procedimentos de certificação. Por essa razão, pequenos e médios produtores são mais vulneráveis em virtude da falta de recursos para arcar com os custos de conformidade com standards privados, o que na prática pode causar sua exclusão do acesso a mercados em potencial¹⁰³. Isso pode ser ainda mais prejudicial para países em desenvolvimento, uma vez que normalmente suas economias dependem em grande parte da exportação de produtos para mercados de países desenvolvidos, que adotam amplamente standards privados¹⁰⁴.

Pelas razões acima mencionadas, standards privados podem acarretar um impacto negativo no desenvolvimento, em particular porque a economia de países em desenvolvimento em muito depende da exportação de produtos para países desenvolvidos, que requerem a certificação de conformidade dos produtos com exigências impostas por standards privados. Esse impacto negativo é ainda mais relevante porque os países em desenvolvimento já sofrem para preencher os requisitos dispostos em regulamentos técnicos oriundos de países desenvolvidos em sua maioria, e, com a proliferação de standards privados, têm que cumprir também com requisitos adicionais determinados por instituições normalizadoras privadas¹⁰⁵.

(iii) Legitimidade

O fenômeno da expansão de standards privados no comércio internacional fez surgir uma lacuna de legitimidade e credibilidade no sistema. Isso ocorre porque muitas vezes os

¹⁰² ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Op. Cit.*, p. 24-25.

¹⁰³ HACHEZ, Nicolas; MARX, Axel; WOUTERS, Jan. *Op. Cit.*, p. 265.

¹⁰⁴ LIU, Pascal. *Op. Cit.*, p. 17.

¹⁰⁵ *Idem.*

sistemas de standards se sobrepõem, há confusão para identificá-los e os consumidores não são devidamente informados sobre tais esquemas. Alguns estudos sobre a questão concluíram que diversos produtores têm enfrentado essas dificuldades, especialmente porque desconhecem a quantidade existente de standards privados e sua finalidade¹⁰⁶.

Esta fragmentação tem um grande impacto no comércio internacional¹⁰⁷. É importante destacar, sobre esta questão, que os sistemas de regulamentação do comércio internacional, como o da OMC, objetivam a harmonização de regras e requisitos regulatórios de modo a promover a coerência e a facilitação do comércio. Por isso, os Acordos TBT e SPS fortemente estimulam os Membros da OMC a adotar standards internacionais para gerar a harmonização entre suas políticas regulatórias.

No entanto, a fragmentação decorrente da proliferação de standards privados pode colocar em xeque esse processo de harmonização por introduzir uma nova camada de governança que fragmenta ainda mais os mercados nacionais de acordo com as exigências que os exportadores devem cumprir¹⁰⁸. A expansão de standards privados pode ameaçar a efetividade das normas disciplinadoras de medidas regulatórias, que foram arduamente negociadas e acordadas em um ambiente multilateral no contexto da OMC sob condições democráticas e transparentes com base em evidências científicas sólidas¹⁰⁹.

Essas adversidades provenientes da proliferação de standards privados são agravadas porque varejistas e outros intermediários nem sempre compartilham das mesmas preferências, e frequentemente exigem diferentes standards para o mesmo tipo de produto. Isso demanda mais custos para os fornecedores, os quais têm que se inscrever para a certificação de variados standards a fim de comercializar seus produtos. Essa situação tende a ocorrer, ainda, porque o reconhecimento mútuo de esquemas de instituições normalizadoras privadas é raro¹¹⁰.

Sobre este ponto, vale ressaltar que a UNFSS desenvolveu um estudo que mostra a intensa fragmentação e isolamento no campo de rótulos ambientais (*eco-labels*). Isso significa que há diversos standards ambientais privados, mas apenas poucos adotam um sistema de reconhecimento mútuo, através do qual uma instituição normalizadora privada formalmente reconhece os critérios e os requisitos de outra instituição. Como demonstrado, o

¹⁰⁶MARX, Axel; WOUTERS, Jan. Competition and Cooperation in the Market of Voluntary Sustainability Standards. **UNFSS Discussion Papers**, n. 3, p. 13.

¹⁰⁷ Makane Mbengue já havia alertado que a fragmentação crescente no campo da normalização pode levar ao fenômeno de “standards shopping” no comércio internacional. Neste sentido, ver: MBENGUE, Makane Moïse. Private Standards and WTO Law. **BioRes Trade and Environment Review**, 2011, vol. 5, n° 1.

¹⁰⁸ HENSON, Spencer; HUMPHREY, John. *Op. Cit.*, 2009, p. 26.

¹⁰⁹WOLFF, Christiane. Private Standards and the WTO Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. Conference OIE 2008, p. 87-93.

¹¹⁰ MARX, Axel; WOUTERS, Jan. *Op. Cit.*, p. 13.

aprimoramento de um sistema de reconhecimento mútuo permitiria que os produtores que houvessem recebido um selo de certificação de uma determinada instituição normalizadora privada pudessem se registrar para um equivalente sem ter que participar de um novo procedimento de certificação e verificação; isto iria diminuir substancialmente os custos e as etapas burocráticas para que os inscritos obtivessem uma certificação¹¹¹.

A discussão de legitimidade acerca de sistemas de standards privados excede a questão abordada de ausência de harmonização. O fato de standards privados serem criados por entes privados fora de qualquer mandato legal, que seguem procedimentos unilaterais e que podem ir de encontro a exigências domésticas ou internacionais também eleva o receio acerca da legitimidade de esquemas privados de normalização¹¹².

Além disso, o debate sobre standards privados e legitimidade inclui um aspecto democrático. Alguns princípios basilares estão inseridos nesta discussão, tais como o da participação, da transparência e da *accountability*. Para que o sistema de standards privados seja considerado legítimo, nesse contexto, é essencial aumentar a participação dos atores envolvidos, bem como promover o exercício do seu papel regulatório ao evitar que seu processo normativo seja capturado por interesses meramente econômicos e lucrativos, dissociados de objetivos sociais os quais deveriam almejar alcançar¹¹³.

A questão da *accountability* em si também é um aspecto relevante no contexto do debate acerca da legitimidade de standards privados. Considerando que as instituições normalizadoras privadas exercem atividades regulatórias sem um mandato legal, suas obrigações e eventual responsabilidade não estão dispostas de forma clara. Além disso, a sociedade civil não tem a possibilidade de controlar os resultados oriundos desse processo de normalização no que se refere ao desenvolvimento de standards privados e não obtém qualquer tipo de justificativa para as ações dos respectivos entes normalizadores, o que aconteceria se tal processo integrasse as atividades de autoridades públicas¹¹⁴.

Outras questões podem surgir da discussão sobre a legitimidade de standards privados. Quando estes são amplamente adotados por atores do mercado, até mesmo tornando-se uma pré-condição para o acesso de produtores a determinados mercados, o questionamento sobre sua credibilidade torna-se ainda mais importante. Há uma crescente preocupação acerca da proporcionalidade entre os standards privados e o risco que buscam prevenir, do embasamento científico desses standards e da distribuição justa do ônus sobre a

¹¹¹*Ibidem*, p. 14.

¹¹² HACHEZ, Nicolas; MARX, Axel; WOUTERS, Jan. *Op. Cit.*, p. 266.

¹¹³*Ibidem*, p. 267.

¹¹⁴*Ibidem*, p. 267-268.

conformidade; este receio relacionado a standards privados justifica-se, sobretudo, porque, quando se trata de regulamentos ou standards provenientes do governo, tais requisitos devem estar preenchidos¹¹⁵.

Deve-se destacar que há pouco ou nenhum controle sobre os requisitos mínimos que devem ser cumpridos para que standards privados sejam operantes e livremente adotados por atores do mercado. Sendo assim, um standard privado pode-se apresentar como uma forma de melhor atingir o desenvolvimento sustentável sem de fato comprovar que endossa condições eficientes para satisfazer este objetivo. Nesse caso, o principal objetivo das empresas que implementam standards privados seria apenas melhorar sua reputação perante os mercados e os consumidores, e não contribuir realmente para o objetivo social ou ambiental a que alegadamente se presta. Ademais, standards privados também podem prometer um nível de proteção mais alto que o proporcionado por regulamentos ou standards governamentais sem garantir sua eficiência de fato para atingir tal nível¹¹⁶.

Nesse sentido, é importante observar que o Acordo SPS, que disciplina as medidas sanitárias e fitossanitárias no âmbito da OMC, requer que estas estejam fundamentadas em avaliações de risco com base em evidências científicas. Em princípio, essa determinação não seria aplicável a standards privados, haja vista os questionamentos relacionados à abrangência do escopo de aplicação do Acordo SPS¹¹⁷. Este é mais um fator que eleva o receio sobre a credibilidade de standards privados em efetivamente preencher os objetivos sociais e ambientais os quais supostamente buscam atingir¹¹⁸.

Essa questão pode ser ainda mais problemática quando há uma sobreposição de standards privados com regulamentos técnicos, o que ocorre quando standards privados se aplicam a áreas já reguladas por regulamentos técnicos adequados. O problema reside na hipótese em que standards privados sejam mais rigorosos ou mais prescritivos que regulamentos técnicos sem qualquer motivo objetivo. Desse modo, quando standards privados são empregados como meras ferramentas para atingir objetivos comerciais exclusivamente, dissociados de um objetivo social ou ambiental, pode haver *greenwashing*¹¹⁹ e um decréscimo em sua credibilidade¹²⁰.

¹¹⁵ HENSON, Spencer; HUMPHREY, John. *Op. Cit.*, 2009, p. 24.

¹¹⁶ MOREIRA, Maria Alice Del Ponte Camiña; MOTA, Catherine Rebouças; THORSTENSEN, Vera Helena. *Op. Cit.*, p. 16; 23.

¹¹⁷ Sobre o tema, ver o segundo capítulo desta tese, em particular o terceiro subcapítulo, que aborda a conduta de atores privados no âmbito do Acordo SPS.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹¹⁹ Este fenômeno ocorre quando empresas ludibriam os consumidores a acreditar que seus produtos são mais sustentáveis embora não haja qualquer embasamento científico para tal constatação. A proliferação de standards privados sem o devido controle acerca do seu embasamento científico pode causar confusão entre os

Como demonstrado acima, muitas questões estão envolvidas no debate sobre a legitimidade de standards privados no seu papel regulatório. A falta de harmonização, o déficit democrático e de *accountability* e a credibilidade controversa de standards privados representam preocupações consideráveis sobre esses standards que estão dominando a governança global do comércio.

Por um lado, a governança privada do comércio internacional, em particular por meio da normalização, pode produzir ganhos substanciais, sobretudo para empresas transnacionais e internacionalmente competitivas, já que contribui para expandir oportunidades comerciais. Standards privados também podem beneficiar os consumidores por aumentar a concorrência e fornecer um acesso mais fácil a produtos e serviços mais baratos e de maior qualidade, em consonância com práticas sustentáveis¹²¹.

Por outro lado, a conformidade com standards privados demanda uma nova forma de produtos, de métodos de produção, ou mesmo o pagamento de taxas a empresas que detenham a tecnologia necessária para a implementação eficiente de standards. Isso implica custos muito altos, de modo a muitas vezes acarretar a descontinuação de negócios de diversos produtores¹²².

Os custos elevados representam, como já mencionado, apenas uma das dificuldades que produtores podem enfrentar diante da necessidade de certificação de conformidade de seus produtos com as exigências provenientes de standards privados. Além disso, standards privados levantam questionamentos pertinentes que devem ser superados a fim de fortalecer seus impactos positivos, de promover um comércio internacional mais inclusivo e de contribuir para a harmonização de standards e outras medidas regulatórias.

Nesse contexto, é importante indagar se uma regulamentação internacional sobre standards privados se faz relevante ou mesmo necessária ou, ao contrário, se estes devem permanecer na esfera de atuação do setor privado, ao qual caberia efetuar os devidos ajustes a fim de aprimorar a eficiência desses standards para promoção do comércio e do desenvolvimento sustentável. Deve-se constatar, de imediato, que as iniciativas de governança

consumidores e *greenwashing*. Nesse sentido, ver: SUN, Xinhua; THORSTENSEN, Vera; WEISSINGER, Reinhard. *Op. Cit.*, p. 2.

¹²⁰ LIU, Pascal. *Op. Cit.*, p. 14.

¹²¹ BÜTHE, Tim; MATTLI, Walter. *Op. Cit.*, Cap. 1, p. 6-8.

¹²² *Ibidem*, p. 8.

privada não têm demonstrado serem suficientes para lidar com os potenciais efeitos negativos oriundos da adoção de standards privados¹²³.

A efetividade de instrumentos privados nesse sentido tem sido questionada em razão de alguns fatores, como as limitações estruturais (tais instrumentos são essencialmente voluntários, logo a decisão final de se vincular a um conjunto de diretrizes depende da boa vontade ou da visão estratégica das instituições responsáveis pela criação dos standards), os potenciais conflitos de interesses (as iniciativas de metagovernança voluntárias são normalmente lideradas pelos mesmos atores que optarão por cumprir as próprias normas) e a tendência de proliferação e sobreposição da mesma forma que o objeto de sua regulamentação¹²⁴.

Há, portanto, a necessidade de atores estatais intervirem a partir da cooperação internacional. Os impactos negativos potencialmente gerados por standards privados, em particular quando estes se tornam compulsórios *de facto* para o acesso a grandes mercados, demonstra que esses standards não podem operar sem uma regulamentação efetiva em nível internacional. Por essa razão, esta tese defende a regulação internacional no campo de standards privados, especificamente no âmbito da OMC, não apenas em razão de sua ampla representatividade e de sua capacidade de promover cooperação dos países e atores envolvidos em temas afetos ao comércio interacional, mas também porque os debates sobre o tema e seus desdobramentos para o comércio internacional avançaram em seus Comitês.

2.3 Standards privados e regulação internacional

Os standards privados têm assumido uma grande relevância na governança da economia global, e gerado significativos impactos nas relações econômicas transnacionais. Embora os standards privados possam trazer benefícios para o comércio internacional e para os consumidores, é possível que haja efeitos negativos, como a restrição de acesso a mercados e a sua questionável legitimidade, entre outros já citados no subcapítulo anterior. Diante dos impactos ambíguos de standards privados no comércio internacional, fica claro o interesse de debater este tema em um ambiente internacional, o que levou diversas organizações internacionais e outras entidades pertinentes a se debruçar sobre a sua regulamentação.

¹²³MELIADO, Fabrizio. Private Standards, Trade, and Sustainable Development: Policy Options for Collective Action. **ICTSD – International Centre for Trade and Sustainable Development**, August 2017, p. 16.

¹²⁴*Ibidem*, p. 18.

Na esfera da Organização das Nações Unidas, a principal iniciativa destinada ao disciplinamento de standards privados é o Fórum das Nações Unidas para Standards de Sustentabilidade (na sigla em inglês, UNFSS)¹²⁵, coordenado por um comitê formado por cinco agências da ONU: Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), Centro de Comércio Internacional (*International Trade Centre* ou, na sigla em inglês, ITC), Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP ou UN Environment) e Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO). O secretariado da instituição está sediado na UNCTAD, em Genebra, na Suíça.

O UNFSS surgiu como uma resposta intergovernamental aos desafios apresentados por standards privados, em especial para os países em desenvolvimento, que apontam diversos prejuízos gerados por estas normas, como as dificuldades e os custos de implementação, possibilidade de exclusão de pequenos produtores e a falta de harmonização. O objetivo do UNFSS é, diante disso, fornecer apoio às autoridades em países em desenvolvimento para que estes possam encontrar as informações corretas sobre standards privados, possam compartilhar suas experiências e possam obter assistência técnica. Desse modo, o UNFSS promove a comunicação entre entes intergovernamentais e o engajamento destes com grupos interessados, como produtores, empresas de comércio, consumidores, instituições normalizadoras, entes certificadores, organizações não-governamentais pertinentes e pesquisadores.

O UNFSS apresenta-se como o único fórum que sistematicamente conduz atividades analíticas, empíricas e de capacitação no campo de standards privados. O trabalho do UNFSS centra-se no fornecimento de informações de credibilidade e de assistência a países em desenvolvimento para que tenham uma representação justa no diálogo sobre normalização e governança. O valor concretizado no UNFSS situa-se no agrupamento de recursos, na sincronização de esforços e na garantia de coerência, coordenação e colaboração de políticas públicas e iniciativas privadas de standards privados.

A UNFSS tem conduzido um trabalho extenso sobre standards privados e sua atuação é dividida em três frentes: i) *Informed Policy Dialogue on VSS*; ii) *Research and Analytical Hub of VSS*; e iii) *National Multi-Stakeholder Platforms*.

A partir da primeira frente de atuação, o UNFSS promove encontros anuais e workshops focados em questões específicas com autoridades e atores relevantes para

¹²⁵ Informações acerca da UNFSS, como sua organização e sua atuação, encontram-se no sítio eletrônico do Fórum: unfss.org. Acesso em: 22 mar. 2021.

identificar e discutir prioridades acerca de questões relacionadas a standards privados. Já na segunda frente de atuação, o UNFSS trabalha com pesquisa para fornecer informações confiáveis e independentes sobre standards privados, publicar relatórios em tópicos concernentes a standards privados e publicar séries de artigos e atualizações regulares de políticas sobre standards privados.

Por fim, em sua terceira frente de atuação, o UNFSS fornece suporte para a criação de plataformas *multi-stakeholder* (até este momento foram lançadas tais plataformas na Índia, em 2016, na China e no Brasil, ambas em 2017, no México, em 2018, na África e na Colômbia, ambas em 2021). As plataformas *multi-stakeholder* têm por objetivos: fornecimento de um fórum neutro para a troca de informações e aprendizado sobre standards privados; coleta e troca de informações sobre standards nacionais; avaliação das necessidades de autoridades e outros atores envolvidos; ligação de demandas nacionais com *expertise* internacional; e construção de instituições para aprimorar a comunicação.

Além do UNFSS, outras organizações internacionais, cujas atribuições institucionais possuem temática que guarda relação com standards privados, também têm desenvolvido atividades relevantes sobre o tema. Serão abordadas adiante as organizações internacionais ligadas à ONU e que compõem o comitê de direção do UNFSS.

A FAO¹²⁶ é uma agência especializada da ONU que lidera os esforços internacionais para a eliminação da fome no mundo. O objetivo precípua da FAO é alcançar a segurança alimentar para todos e garantir que as pessoas tenham acesso regular a uma alimentação de alta qualidade de modo a levarem uma vida ativa e saudável.

No tocante à normalização, a FAO assiste a governos e atores privados acerca do uso de standards públicos e privados e adota medidas, em nível internacional e regional, para promover o desenvolvimento sustentável. As atividades desenvolvidas pela FAO, nesse sentido, envolvem a adoção de standards e diretrizes voluntárias, a condução de harmonização internacional junto com organizações parceiras, implementação de projetos e compartilhamento de lições aprendidas e produção de pesquisa analítica para a melhor compreensão acerca de standards privados¹²⁷.

Outra organização internacional que possui uma atuação relevante para o disciplinamento de standards privados é o ITC¹²⁸, uma agência formada em conjunto pela

¹²⁶ Informações sobre a FAO estão disponíveis em seu sítio eletrônico: fao.org. Acesso em 22 mar. 2021.

¹²⁷ Informações sobre os projetos da FAO para assistência dos países e de outros atores no uso de standards privados podem ser encontradas em: unfss.org/home/projects-of-partner-agencies/food-and-agriculture-organization-of-the-united-nations-fao/#1517841886951-d33fbf32-282e. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹²⁸ Informações sobre o ITC estão disponíveis no sítio eletrônico: intracen.org. Acesso em: 23 mar. 2021.

ONU, por meio da UNCTAD, e pela OMC. O ITC é a única agência multilateral dedicada integralmente a apoiar a internacionalização de pequenas e médias empresas. O ITC segue, portanto, a agenda de suas organizações fundadoras no que concerne às estratégias de regulação, pesquisa e políticas.

O foco do ITC é a implementação e condução de projetos concretos de assistência técnica de comércio. O trabalho do ITC centra-se nas seguintes áreas: fortalecimento da integração do setor empresarial de países em desenvolvimento e economias em transição na economia global; melhoria do desempenho de instituições de apoio ao comércio e ao investimento para o benefício de pequenas e médias empresas, bem como aprimoramento das capacidades dessas instituições para melhor assisti-las; e aumento da competitividade internacional de pequenas e médias empresas.

O ITC conta com um programa denominado *Trade for Sustainable Development* (T4SD), que fornece soluções e programas de treinamento baseados em plataformas virtuais e *expertise* consolidada nos campos de standards privados, fornecimentos sustentáveis e exportações climaticamente inteligentes. O T4SD é um programa de parceria que auxilia empresas, independentemente de sua posição nas cadeias de valor, orienta seu caminho para um comércio sustentável por meio de uma melhor compreensão do conjunto de iniciativas sustentáveis e conecta parceiros comerciais.

Uma ferramenta importante desenvolvida no ITC, no que se refere a standards privados, é o *Sustainability Map*, que possibilita os usuários a analisar informações relativas a standards e acessar seu desempenho de sustentabilidade. Integra esta ferramenta o *Standards Map*, que reúne informações abrangentes, verificadas e transparentes acerca de standards para proteção ambiental, direitos dos trabalhadores e condições de trabalho, desenvolvimento econômico, qualidade e segurança alimentar e ética corporativa.

O *Standards Map* cataloga, atualmente trezentos standards nas categorias privada, pública e internacional, incidentes em diferentes categorias de produtos, tais como agrícolas, pesca, bens industriais, têxteis e formas de distribuição. O *Standards Map* permite, ainda, a verificação da exigência de standards pelos mercados exportadores de acordo com setores e produtos específicos. Além disso, o *Standards Map* identifica o modo de operação e o escopo operacional dos standards, a interoperabilidade potencial, requisitos de auditoria e de garantia oferecidos pelos standards, custos relativos à aquisição de endosso dos standards, orientação

acerca da obtenção de certificação e possibilidade de suporte técnico, financeiro e de capacitação pelos standards¹²⁹.

A UNCTAD¹³⁰ é outra organização internacional que se dedicou à regulamentação de standards privados, em particular porque sua principal atribuição é lidar com o desenvolvimento econômico e sustentável, com foco no comércio, nas finanças, no investimento e na tecnologia. Nesse sentido, a UNCTAD busca promover a participação justa e efetiva de países em desenvolvimento na economia global.

A UNCTAD reafirma a importância de standards privados para os países em desenvolvimento, uma vez que ampliam o acesso a mercados mais lucrativos. A Organização reconhece, contudo, que a conformidade com standards privados representa um grande desafio para países em desenvolvimento, sobretudo para pequenos produtores e comerciantes, em face dos altos custos e da complexidade dos esquemas de normalização.

Nesse contexto, a UNCTAD atua para aumentar a capacidade dos países de ampliar exportações sustentáveis, estabelecer uma plataforma sobre standards privados que promova uma melhor comunicação e coordenação entre os atores envolvidos e orientar países com um conhecimento aprofundado sobre standards privados para que possam utilizá-los de forma estratégica. A UNCTAD possui diversos projetos que auxiliam países e atores envolvidos a entender e a lidar com standards privados.

Uma iniciativa da UNCTAD, nesse sentido, é a *Fostering Green Exports*, que promove a capacidade de determinados países de expandir suas exportações de forma mais sustentável com base em standards privados. Outra iniciativa relevante é a *BioTrade Initiative*, que auxilia os países a harmonizar o desenvolvimento econômico com a conservação da biodiversidade nativa por meio de produtos e serviços oriundos de vegetais e animais. A UNCTAD desenvolveu, ainda, o *NTMs Hub*, que compila informações sobre classificação, dados, pesquisa e análise e suporte de políticas sobre medidas não-tarifárias. Por fim, a UNCTAD conta com *National Green Export Reviews*, através do qual fornece assistência técnica a países interessados para expansão de setores sustentáveis.

O UNEP¹³¹ também conduz projetos importantes no que concerne a standards privados. O Programa representa uma autoridade de liderança sobre o meio ambiente global ao estabelecer uma agenda ambiental global, promover a implementação coerente da dimensão ambiental do desenvolvimento sustentável no sistema da ONU e servir como um

¹²⁹ MOTA, Catherine Rebouças; THORSTENSEN, Vera Helena. *Op. Cit.*, p. 19-20.

¹³⁰ Informações sobre a UNCTAD encontram-se disponíveis no seu sítio eletrônico: unctad.org. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹³¹ Informações sobre o UNEP estão disponíveis no seu sítio eletrônico: unep.org. Acesso em: 23 mar. 2021.

defensor de autoridade para o meio ambiente global. O trabalho do UNEP centra-se no seu compromisso com a sustentabilidade, em particular nas seguintes áreas: mudanças climáticas, desastres e conflitos, gerenciamento de ecossistema, governança ambiental, substâncias químicas e resíduos, eficiência de recursos e capacitação ambiental.

O trabalho do UNEP relacionado a standards privados está direcionado à sua contribuição para concretização da Agenda 2030 e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. O UNEP auxilia países parceiros a identificar setores da economia em que a conformidade com standards privados pode aumentar o acesso a mercados e elevar o valor de exportações ao mesmo tempo que promove a sustentabilidade e o desenvolvimento social.

Para isso o UNEP atua junto a governos para a promoção de standards privados com o objetivo de identificar e expandir oportunidades de exportação; ao setor privado, por meio de assistência técnica, inclusive a pequenas e médias empresas em países em desenvolvimento, para fortalecer o uso de ferramentas de informação ao consumidor, aprimorar práticas de produção e comunicar isso aos consumidores (o UNEP ainda ajuda produtores a cumprir os requisitos de conformidades de standards e de esquemas de certificação); a entidades de normalização e certificação para melhorar e coordenar standards privados existentes e outras ferramentas de informação de consumidores. A atuação do UNEP direcionada a standards privados ocorre, sobretudo, por meio dos projetos *The Environment and Trade Hub* e *The Sustainability Consumption and Production (SCP) Unit*.

Finalmente, outra agência especializada da ONU que atua na área de standards privados é a UNIDO¹³², cuja atribuição é promover o desenvolvimento industrial para a redução da pobreza, globalização inclusiva e sustentabilidade ambiental. A estratégia de atuação atual da UNIDO divide-se em quatro prioridades: criação de prosperidade compartilhada; expansão da competitividade econômica; proteção do meio ambiente; e fortalecimento do conhecimento e das instituições. Tais campos de atividade são compostos por diversos programas que visam à implementação efetiva das principais funções da UNIDO: cooperação técnica; funções analíticas e de pesquisa e serviços de consultoria de políticas; funções normativas e atividades de normalização e relacionadas à qualidade; e acordos e parcerias para transferência de conhecimento, *networking* e cooperação industrial.

No que diz respeito à atuação da UNIDO na esfera de standards privados, seu objetivo é auxiliar pequenas e médias empresas a alcançar e demonstrar conformidade com exigências do mercado, competir em mercados internacionais e se conectar a cadeias globais de valor.

¹³² Informações sobre a UNIDO estão disponíveis no seu sítio eletrônico: unido.org. Acesso em: 24 mar. 2021.

Nesse sentido, a UNIDO considera que standards privados constituem uma ferramenta essencial para abrir oportunidades para a integração de atores corporativos em mercados globais e cadeias de valor. A UNIDO reconhece, ainda, que standards privados têm o potencial de não apenas contribuir para o crescimento de exportações, criação de riquezas e redução da pobreza, mas também, se empregados de forma adequada, de efetivamente contribuir para alcançar Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

A fim de concretizar os benefícios decorrentes do uso de standards privados, a UNIDO atua para que as empresas obtenham os recursos necessários para preencher os requisitos estabelecidos por esses standards e possam integrar cadeias globais de valor. Por exemplo, a UNIDO desenvolveu, em parceria com a ISEAL Alliance, projetos com a Colômbia (*Colombia's Natural Cosmetics*) e com a Indonésia (*Indonesia's SMART-Fish Programme*) para que estes possam ampliar as oportunidades geradas pela conformidade de produtos com standards privados para aprimoramento de setores relevantes do comércio de cada país.

Além das mencionadas organizações internacionais, deve-se destacar o papel de relevância assumido pela ISEAL Alliance¹³³. A organização se propõe a garantir que os standards produzidos pelas entidades conveniadas não apenas seguem processos de abertura, transparência e *accountability*, mas também estão em conformidade com normas democráticas normalmente adotadas e com requisitos específicos dispostos no Acordo TBT¹³⁴.

A ISEAL Alliance providencia suporte a sistemas de sustentabilidade e seus parceiros para oferecer soluções aos desafios globais, como mudanças climáticas, desigualdade e pobreza. O objetivo da organização centra-se em contribuir para que empresas e governos possam cumprir com seus compromissos de sustentabilidade com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU.

A ISEAL Alliance trabalha para potencializar os impactos benéficos decorrentes das atividades de seus membros (sistemas de sustentabilidade e instituições de acreditação) e parceiros. Este trabalho envolve a definição de práticas confiáveis com base em consenso global emergente; a realização de fóruns para colaboração, compartilhamento de experiências e ação coletiva; o fornecimento de *expertise*, consultoria e treinamento; e a facilitação e promoção da inovação para fortalecimento de sistemas de sustentabilidade. Integram a ISEAL

¹³³ Informações sobre a ISEAL Alliance estão disponíveis no seu sítio eletrônico: isealliance.org. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹³⁴BERSTEIN, Steven; HANNAH, Erin. Non-state global standard setting and the WTO: legitimacy and the need for regulatory space. *Journal of International Economic Law*, 11(3), 575-608, 2008, p. 595.

Alliance, por exemplo, *Fairtrade International*, *Forest Stewardship Council*, *Marine Stewardship Council* e *Rainforest Alliance*.

A ISEAL Alliance desenvolve diversos projetos para a promoção e regulação de standards privados. Esta tese, contudo, ressalta os *ISEAL Codes of Good Practices*, que fornecem um arcabouço normativo globalmente reconhecido para a definição de práticas para imprimir maior grau de efetividade e confiabilidade a sistemas de sustentabilidade.

Os três Códigos de Boas Práticas da ISEAL focam nos principais elementos de um sistema de sustentabilidade. O *ISEAL Standard-setting Code* define como um standard deve ser desenvolvido, estruturado e aprimorado ao longo do tempo. O Código destina-se à consulta e tomada de decisões *multistakeholder*, e assegura que standards contendam requisitos claros que podem ser identificados e avaliados. Já o *ISEAL Assurance Code* fornece um arcabouço normativo para avaliação de conformidade com standards para que consumidores, parceiros da cadeia de suprimentos, investidores e outros atores envolvidos saibam que podem confiar nos resultados das avaliações. O Código estimula a avaliação rigorosa e acessível, produzindo resultados precisos e transparentes. Por fim, o *ISEAL Impacts Code* ampara o monitoramento e avaliação robustos que auxiliam os sistemas a compreender quão efetivos são seus standards em alcançar os objetivos almejados. O Código fornece a standards um guia para verificar o progresso da medida em face dos objetivos de sustentabilidade e para aprimorar as práticas ao longo do tempo.

Dentre os Códigos supracitados, é de maior relevância para o estudo desenvolvido nesta tese o que estabelece normas para a atividade de normalização, qual seja, o *ISEAL Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards*, que se encontra em sua sexta versão, de 2014. De forma introdutória, o Código ISEAL afirma que a atividade de normalização deve-se basear, no que for aplicável, nas normas dispostas no Código de Boas Práticas, Anexo 3 do Acordo TBT, e no Guia 59 da ISO/IEC (*Code of good practice for standardization*). Nesta questão, o Código ISEAL faz a ressalva de que tais normas não se aplicam indistintamente a standards sociais e ambientais, uma vez que se destinam prioritariamente a standards relacionados a características do produto. Dessa forma, o Código ISEAL extrapola essas normativas para incluir requisitos adicionais específicos para o desenvolvimento e revisão de standards de sustentabilidade.

O Código ISEAL incorpora os *ISEAL Credibility Principles*, que representam a base para as disposições normativas do Código; constituem, portanto, verdadeiras diretrizes que devem guiar a interpretação das exigências do Código ISEAL para tomada de decisões diante de situações não previstas no Código. Os princípios orientadores constantes no Código

ISEAL são os listados: sustentabilidade, aprimoramento, relevância, rigor, engajamento, imparcialidade, transparência, acessibilidade, veracidade e eficiência. Os princípios mais relevantes, no contexto do Código ISEAL para normalização, são os seguintes: aprimoramento, relevância, rigor, engajamento, transparência e acessibilidade.

No que se refere ao princípio de aprimoramento, o Código ISEAL afirma que as entidades detentoras de esquemas de normalização buscam compreender os impactos, bem como identificar e demonstrar seu progresso para alcançar os objetivos almejados por meio da integração de aprendizado e do estímulo à inovação para aumentar os benefícios para as pessoas e para o meio ambiente. Nesse sentido, standards são periodicamente revistos e revisados, assim como incluem requisitos que contribuem para alcançar os resultados desejados pelos sistemas de sustentabilidade.

Em relação ao princípio da relevância, o Código ISEAL esclarece que estão standards servem a um propósito. Por isso, eles se centram nos impactos de sustentabilidade mais significativos de um produto, processo, negócio ou serviço; apenas incluem requisitos que contribuem para atingir seu objetivo; refletem o melhor posicionamento científico e normas internacionais relevantes; e se adaptam, quando necessário, a condições locais.

Quanto ao princípio de rigor, o Código ISEAL determina que todos os componentes de um sistema de normalização são estruturados para gerar resultados de qualidade. Enquanto os standards mostram um progresso verificável para alcançar os objetivos do esquema de sustentabilidade, os processos de avaliação de conformidade fornecem um quadro preciso acerca do cumprimento dos requisitos de um standard por uma entidade.

No que concerne ao princípio de engajamento, o Código ISEAL afirma que as instituições normalizadoras contam com a participação de um grupo equilibrado e representativo de atores interessados no desenvolvimento de standards. Os sistemas de normalização, portanto, proporcionam oportunidades adequadas e acessíveis para participar nesse processo de desenvolvimento, bem como fornecem ferramentas apropriadas para que esses atores resolvam suas demandas.

No que diz respeito ao princípio da transparência, o Código ISEAL garante que os sistemas de normalização disponibilizam de forma livre informações relevantes sobre o desenvolvimento e o conteúdo do standard; como o sistema é regulado, avaliado e sob que processo; impactos; e formas pelas quais os atores interessados podem participar.

Finalmente, o Código ISEAL destaca o princípio da acessibilidade, segundo o qual os sistemas de normalização minimizam custos e exigências muito onerosas a fim de reduzir os obstáculos para a implementação. Os esquemas, ainda, facilitam o acesso à informação acerca

da conformidade com o standard, ao treinamento e a recursos financeiros para criar capacidade ao longo de cadeias de fornecimento e para atores no sistema de normalização.

Além dos princípios orientadores para a atividade de normalização, o Código ISEAL estabelece algumas regras relevantes. Por exemplo, a cláusula 4.2, que trata da consistência entre standards, visa a evitar a duplicação e a promover a consistência entre standards que possuem escopos sobrepostos sem, contudo, limitar a inovação e o aprimoramento. A fim de salvaguardar o objetivo desta cláusula, o Código ISEAL exige, dentre outras ações, que a instituição normalizadora informe as entidades que possuem standards similares da sua intenção de desenvolver um novo standard, assim como encoraje sua participação no processo de desenvolvimento do standard.

Outras cláusulas interessantes relacionam-se à publicidade do processo de normalização, a exemplo das Cláusulas 5.3, 5.4 e 5.7. O principal objetivo dessas cláusulas é permitir que os atores interessados possam participar do processo e submeter comentários e questionamentos. Nesse sentido, o Código ISEAL estabelece uma fase de consulta pública, na Cláusula 5.4, assim como dispõe, na Cláusula 5.7, que os standards aprovados devem ser prontamente publicados e disponibilizados em formato gratuito e eletrônico.

A ISEAL Alliance, portanto, desempenha um importante papel na regulação de standards privados, sobretudo por meio do *ISEAL Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards*. Particularmente em razão dos princípios de credibilidade e das regras citadas, o Código ISEAL fornece um disciplinamento de boas práticas da atividade de normalização realizada pelas entidades conveniadas.

Constata-se, desse modo, que várias organizações internacionais se propuseram a regulamentar standards privados, em especial conduzindo projetos e estudos que enfatizem o seu potencial para a promoção do desenvolvimento sustentável tanto na sua faceta econômica quanto na ambiental e social, bem como que minimizem potenciais efeitos negativos. É importante destacar que o reconhecimento dos impactos de standards privados nas relações internacionais não se restringe a organizações internacionais. Nesse sentido, alguns acordos preferenciais de comércio têm abordado a atividade de normalização desempenhada por atores privados e organizações não-governamentais¹³⁵.

Por exemplo, o Acordo Abrangente e Progressivo para a Parceria Transpacífica (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* ou CPTPP), assinado em 2018 por Austrália, Japão, México, Nova Zelândia, Singapura, Vietnã, Brunei,

¹³⁵ Sobre o disciplinamento da normalização privada em mega-acordos regionais, ver: MELIADO, Fabrizio. *Op. Cit.*, p. 29-31.

Chile, Malásia e Peru, regulamenta a atuação privada na governança ambiental. O Artigo 20.11.3 do TPP, incorporado pelo CPTPP, aborda o uso de mecanismos desenvolvidos por entidades do setor privado e organizações não-governamentais para a promoção de produtos com base em suas qualidades ambientais. Nesses casos, segundo o dispositivo, as Partes do acordo devem encorajar que esses atores desenvolvam mecanismos voluntários que, dentre outros atributos: i) sejam verdadeiros, não enganosos e que levem em consideração informações científicas e técnicas; ii) se aplicáveis e disponíveis, estejam baseados em standards, diretrizes e recomendações internacionais, bem como boas práticas; iii) promovam a concorrência e a inovação; e iv) não tratem um produto de forma menos favorável com base na sua origem.

É interessante observar que o CPTPP determina uma obrigação para as Partes, ainda que na forma de incentivo, a fim de garantir que standards e mesmo outros mecanismos privados, voltados à governança ambiental, obedeçam a certos requisitos: veracidade, justificação científica, embasamento em standards internacionais ou boas práticas, promoção de concorrência e inovação e neutralidade quanto ao país de origem. Há, portanto, uma série de diretrizes a serem seguidas na normalização privada ambiental no que se refere às Partes do CPTPP.

Outro exemplo de acordo preferencial de comércio que regulamenta o uso de mecanismos voluntários na área ambiental é o Acordo comercial União Europeia-Canadá (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* ou CETA) assinado em 2016. No Artigo 22.3.2, o acordo determina que as Partes devem-se esforçar para promover o comércio e os fluxos econômicos, assim como práticas que contribuam para aprimorar condições adequadas de trabalho e proteção ambiental, inclusive ao encorajar o desenvolvimento e uso de esquemas voluntários relacionados à produção sustentável de bens e serviços, como *eco-labelling* e esquemas de *fair trade*; e ao encorajar a integração de considerações sustentáveis nas decisões públicas e privadas de consumo.

No caso do CETA, há um incentivo para o uso de mecanismos voluntários destinados ao desenvolvimento sustentável, o que incluiria standards privados. Ao contrário do CPTPP, entretanto, o CETA não estabelece parâmetros para a governança privada.

Além das organizações e acordos internacionais acima abordados, há diversas outras entidades que se dedicam a estudar os impactos de standards privados e a formular propostas

de diálogo e regulação na seara da normalização privada¹³⁶. No campo do potencial disciplinamento de standards privados, deve-se destacar o papel da OMC, sobretudo em razão de seus impactos no comércio internacional, já mencionados no subcapítulo anterior.

Diante da intensa discussão em torno da aplicabilidade de Acordos da OMC a standards privados, assim como do objetivo desta tese de identificar o conteúdo da obrigação dos países, como Membros da OMC, em relação a standards privados, tal tema será objeto de estudo da próxima parte desta tese. O segunda capítulo da tese examinará, inicialmente, o debate sobre standards privados no âmbito da OMC, bem como o tratamento conferido à conduta de atores privados pelos Acordos da OMC, com enfoque no GATT, no Acordo TBT e no Acordo SPS.

¹³⁶ Podem ser citadas, neste sentido, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), *Standards and Trade Development Facility* (STDF), *Global Food Safety Initiative* (GFSI) e *Consumer Goods Forum* (CGF)

3 STANDARDS PRIVADOS NOS ACORDOS DA OMC

3.1 Um breve histórico da discussão sobre standards privados na OMC

O debate sobre standards privados na OMC teve início quando São Vicente e Granadinas levantou uma questão, no Comitê TBT, acerca da operação da EurepGAP, atualmente denominada GLOBALG.A.P. A referida entidade foi descrita pela União Europeia como um consórcio que representa grandes comerciantes e determina os critérios para boas práticas agrícolas. São Vicente e Granadinas questionaram tais requisitos estabelecidos para a exportação de bananas e outros produtos para supermercados no Reino Unido¹³⁷.

A discussão acerca de standards privados e seus efeitos para o comércio internacional foi transferida também para o Comitê SPS, onde São Vicente e Granadinas foram apoiados por países como Argentina, Equador, Jamaica e Peru. Os Membros em favor das questões pontuadas por São Vicente e Granadinas alegaram que os requisitos determinados pela então EurepGAP eram mais rígidos que os governamentais. Além disso, esses Membros salientaram a aplicabilidade do Artigo 13 do Acordo SPS a entidades normalizadoras privadas, o qual assim se encontra redigido¹³⁸:

Os Membros são integralmente responsáveis, no presente Acordo, pelo cumprimento de todas as obrigações aqui estabelecidas. Os Membros formularão e implementarão medidas e mecanismos positivos em favor da observação das disposições do presente Acordo por outras instituições além das instituições do governo central. Os Membros adotarão as medidas razoáveis que estiverem a seu alcance para assegurar que as instituições não governamentais existentes em seus territórios, assim como os órgãos regionais dos quais instituições pertinentes em seus territórios sejam membros, cumpram com as disposições relevantes do presente Acordo. Ademais, os Membros não adotarão medidas que tenham o efeito de, direta ou indiretamente, obrigar ou encorajar tais instituições não governamentais ou regionais, a agirem de forma incompatível com as disposições do presente Acordo. Os Membros assegurarão o uso dos serviços de instituições não-governamentais para a implementação de medidas sanitárias ou fitossanitárias apenas se tais entidades cumprirem com as disposições do presente Acordo.

Diante disso, a União Europeia afirmou que tais preocupações deveriam ser levantadas junto às instituições não-governamentais em questão, visto que não era sua responsabilidade intervir nesse assunto. De acordo com a União Europeia, para corroborar o argumento de que

¹³⁷ Informação disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news05_e/sps_june05_e.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

¹³⁸ *Idem*.

não possui qualquer responsabilidade nesse contexto, essas organizações privadas estão apenas refletindo a demanda de consumidores¹³⁹.

Considerando a crescente preocupação acerca dos impactos de standards privados no comércio internacional, o Comitê SPS decidiu destacar o tópico na agenda de discussão, além de fazer circular vários documentos para Membros e outras organizações internacionais sobre o tema. Tais documentos tinham por finalidade principal questionar sobre os efeitos de standards privados nas oportunidades de comércio de países em desenvolvimento¹⁴⁰.

Alguns Membros, como Chile e União Europeia, argumentaram que standards privados contribuem para aumentar as oportunidades de comércio, haja vista a facilidade de exportação para produtores cujos produtos seguem os requisitos estabelecidos. Outros Membros, como Bahamas, Brasil, Cuba, Egito e São Vicente e Granadinas, alegaram que a proliferação de standards privados constituía um grande desafio para economias menores, em particular porque não apenas os standards privados divergem de regulamentos e standards governamentais e internacionais, mas também demandam um alto custo para cumprimento¹⁴¹.

Dentre os Membros que expressaram preocupação com os impactos gerados pelos standards privados, a Argentina ainda enfatizou que, embora estes sejam em tese voluntários, eles podem se tornar compulsórios na prática, uma vez que, se o fornecedor não seguir os seus requisitos, ele pode ser excluído de mercados. A Argentina acrescentou que o foco deveria estar na assistência a países em desenvolvimento para cumprimento de standards e regulamentos oficiais, objetivo que seria obstaculizado pela proliferação de standards privados. Por fim, a Argentina afirmou que o crescimento descontrolado de standards privados afetando o acesso a mercados poderia comprometer todo o árduo trabalho realizado para a negociação de acordos na OMC sobre medidas não-tarifárias¹⁴².

Em uma Nota do Secretariado comunicada no âmbito do Comitê SPS em 2007, várias questões comerciais acerca de standards privados foram apontadas¹⁴³. Por um lado, o documento ressaltou os benefícios decorrentes de standards privados, como a abertura de mercados para fornecedores em conformidade com os requisitos, bem como o crescimento da confiança dos consumidores. Por outro lado, o documento listou diversas controvérsias relacionadas a standards privados, por exemplo, a carência de embasamento científico de

¹³⁹*Idem.*

¹⁴⁰Informação disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news07_e/sps_28feb_1march07_e.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁴¹*Idem.*

¹⁴²*Idem.*

¹⁴³ Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/746. Acesso em: 1º out. 2019.

certos critérios; a multiplicação desenfreada de standards privados; os elevados custos de certificação, especialmente para fornecedores de pequeno e médio porte de países em desenvolvimento; a falta de equivalência entre os sistemas de certificação; entre outros.

Em resposta a essa discussão no Comitê SPS, a OCDE lançou uma Comunicação em 2007 abordando os resultados preliminares de um estudo sobre os efeitos de standards privados para o acesso a mercados por países em desenvolvimento¹⁴⁴.

Segundo o documento, os resultados preliminares sugerem que: i) a conformidade com esquemas privados tem se tornado compulsória para acessar as cadeias de fornecimento de grandes comerciantes; ii) exportadores são o elo principal entre importadores/compradores e produtores, uma vez que são responsáveis por transmitir especificações de demanda para todos os produtores, bem como por organizar, financiar e supervisionar a produção e certificação de produtores de pequeno porte; iii) infraestrutura e serviços são essenciais para cumprir demandas de exportação; iv) pequenos produtores possuem um risco mais alto de serem excluídos de grandes cadeias de comerciantes em razão de dificuldades ligadas ao capital físico e humano para entrarem em conformidade com standards privados; e v) o papel do governo é visto, sob o prisma de países desenvolvidos, como provedor de uma infraestrutura adequada, que permita os setores produtivos operarem de forma competitiva.

A UNCTAD também respondeu ao Comitê SPS com uma Comunicação, em 2007, que mostra um panorama sobre standards privados¹⁴⁵. O documento tratou, de forma especial, das implicações de standards privados para pequenos produtores, sobretudo porque estes se tornaram condições para a entrada de determinados mercados. A Comunicação conclui ao colocar em pauta alguns questionamentos a serem considerados por experts: como desenvolver standards não-excludentes? Como reduzir os custos para que pequenos produtores possam se conformar a standards privados e possam acessar mercados?

A ISO, um membro observador na Comissão *Codex Alimentarius*, no Comitê de Comércio e Meio Ambiente e no Comitê TBT, também fez circular uma Comunicação em 2007 acerca de standards privados¹⁴⁶. A ISO enfatiza seu trabalho para o desenvolvimento de standards internacionais a fim de assistir autoridades regulatórias no seu objetivo de garantir a saúde pública e a segurança, assim como disseminar novas tecnologias e boas práticas.

¹⁴⁴ Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/763. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁴⁵ Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/760. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁴⁶ Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/750. Acesso em: 1º out. 2019.

A OIE, organização internacional responsável por zelar pela segurança de animais no âmbito do comércio e assim reconhecida no Acordo SPS, também submeteu, em 2008, uma Comunicação com algumas considerações relevantes sobre standards privados na área de saúde animal, segurança alimentar e bem-estar animal. A organização afirmou que standards privados podem representar uma barreira comercial injustificável no plano sanitário. O documento enfatiza a falta de embasamento científico e de transparência no processo de criação e adoção desses standards, bem como sua natureza rígida, em especial porque normalmente apresentam requisitos mais rígidos que standards internacionais e recomendações. A OIE também aponta o efeito desproporcional gerado por standards privados em países em desenvolvimento¹⁴⁷.

Além das referidas organizações internacionais, alguns Membros da OMC também emitiram uma opinião sobre standards privados, especificamente em 2007, quando foram submetidas como documentos no Comitê SPS. As Comunicações circularam a pedido de Bahamas, Equador, Reino Unido e São Vicente e Granadinas. Com exceção do documento apresentado pelo Reino Unido, os demais destacaram, de forma geral, que a proliferação desenfreada de standards privados é prejudicial para o comércio internacional, em particular para países em desenvolvimento, cujos produtores enfrentam dificuldades para arcar com os custos da certificação¹⁴⁸.

O Reino Unido, entretanto, apresentou uma perspectiva diversa sobre a questão. Em um relatório detalhado, o Reino Unido forneceu um panorama acerca de standards privados, abordando especialmente como eles se relacionam com os Acordos TBT e SPS sob o prisma legal¹⁴⁹.

Diante do crescente debate sobre standards privados, um questionário foi circulado, em 2008, para buscar propostas de como o Comitê SPS poderia atuar nessa área. Trinta Membros da OMC responderam a esse questionário e formaram um grupo de trabalho *ad hoc*, que se reuniu entre 2008 e 2010¹⁵⁰. Ao longo dessas reuniões, alguns questionamentos foram levantados sobre standards privados, que podem ser sintetizados da seguinte forma:

- 1) standards privados não são necessariamente baseados em evidências científicas;

¹⁴⁷ Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/822. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁴⁸ Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/764, G/SPS/GEN/766, G/SPS/GEN/792. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁴⁹ Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/802. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁵⁰ Informação disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/sps_30mar11_e.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

- 2) eles podem diferir de standards internacionais ou de requisitos governamentais oficiais (por exemplo, para limites máximos de resíduos);
- 3) há uma grande quantidade de standards privados e eles não se encontram harmonizados;
- 4) eles são dispendiosos para os fornecedores cumprirem seus requisitos e obter sua certificação, o que é agravado pela grande quantidade de standards privados;
- 5) eles são impostos muitas vezes sem transparência, consulta ou sistema de recurso;
- 6) eles descrevem como as medidas devem ser aplicadas, e não qual deve ser o resultado, negligenciando o princípio de que resultados equivalentes obtidos por meios diferentes devem ser reconhecidos;
- 7) eles impõem um ônus desproporcional a pequenos e médios produtores e exportadores em países em desenvolvimento.

No entanto, os Membros também frisaram alguns benefícios decorrentes de standards privados, tais como:

- 1) standards privados contribuem para fornecedores preencherem os requisitos estabelecidos por standards nacionais e internacionais;
- 2) eles promovem boas práticas e maior produtividade;
- 3) eles colaboram com a construção de uma melhor reputação para empresas e auxiliam fornecedores a obter acesso a mercados e crédito;
- 4) eles lidam com riscos emergentes de uma forma rápida, preenchendo lacunas e facilitando a adoção de standards internacionais.

Em 2011, o grupo de trabalho concordou em estabelecer cinco ações para posterior adoção no Comitê SPS acerca de standards privados. As ações demandadas para o Comitê SPS são as seguintes:

- 1) Para que o Comitê desenvolva uma definição de standards privadas relacionados a SPS e as discussões seja limitadas ao objeto desta definição;
- 2) para que o Comitê e suas três organizações-irmãs (*Codex Alimentarius*, OIE, IPPC) informem umas às outras regularmente sobre o trabalho corrente na área de standards privados;
- 3) para que o Secretariado da OMC informe o Comitê de avanços relevantes sobre a matéria em outros conselhos e comitês da OMC;
- 4) para que os Membros da OMC ajudem entes privados relevantes que criam e adotam standards privados relacionados a SPS, localizados em seus territórios, a compreender as questões levantadas pelo Comitê SPS sobre o tema e a importância de standards internacionais do *Codex Alimentarius*, OIE e IPPC;
- 5) para que o Comitê SPS explore a cooperação entre as três organizações-irmãs no desenvolvimento de material informativo, demonstrando a importância de standards internacionais SPS.

A partir daí, o Comitê SPS dedicou-se a alcançar o consenso em torno de uma definição de standard privado relacionado a SPS. Em um primeiro momento, o Comitê SPS apresentou uma definição elaborada pelo Secretariado da OMC em 2012¹⁵¹. A proposta de definição foi a seguinte:

¹⁵¹Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/W/265/Rev. 2. Acesso em: 1º out. 2019.

Standards privados relacionados a SPS são requisitos [voluntários ou de mercado] que são [desenvolvidos e/ou] aplicados por entidades [privadas] [não-governamentais] a fim de proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal.

OU

Standards privados relacionados a SPS são requisitos [voluntários ou de mercado] que são [desenvolvidos e/ou] aplicados por entidades [privadas] [não-governamentais], que podem afetar [direta ou indiretamente] o comércio internacional e que se relaciona a um dos objetivos do Acordo SPS [no território de um Membro].

É importante destacar que a proposta do Comitê SPS também esclareceu algumas dúvidas que poderiam advir da definição de standard privado relacionado a SPS. Foram elucidadas as seguintes questões:

- Standards privados relacionados a SPS incluem requisitos, diretrizes e recomendações técnicas;
- Standards privados relacionados a SPS podem ser desenvolvidos pelas próprias entidades não-governamentais ou podem derivar de standards privados, oficiais ou internacionais existentes, e são aplicados por objetivos comerciais de entidades não-governamentais como parte de uma relação, comercial e contratual, privada;
- Uma entidade não-governamental é qualquer entidade que não possui, exerce ou é investida de autoridade governamental. Entidades não-governamentais são entidades privadas, inclusive entes do setor privado, empresas, organizações industriais e instituições normalizadoras privadas;
- Standards internacionais desenvolvidos pela Comissão *Codex Alimentarius*, pelo Escritório Internacional de Epizootias (OIE) e pelas organizações internacionais e regionais competentes que operam no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal (IPPC), três organizações internacionais normalizadoras indicadas no Acordo SPS, não são standards privados relacionados a SPS;
- Medidas SPS oficiais implementadas por um Membro (inclusive medidas SPS implementadas por governos que não o nacional ou por entidades não-governamentais em nome de um Membro) não são standards privados relacionados a SPS;
- Quando um standard privado relacionado a SPS se torna uma medida SPS oficial, este não será mais considerado um standard privado relacionado a SPS.

Como não houve consenso sobre a adoção da definição desenvolvida pelo Secretariado da OMC e proposta pelo Comitê SPS, os Membros acordaram, durante uma reunião do Comitê SPS em 2013, em criar um grupo de trabalho eletrônico, liderado pela China e pela Nova Zelândia, para desenvolver uma definição de standard privado relacionado a SPS¹⁵². A definição proposta foi apresentada em uma reunião em 2014 e assim foi formulada:

Um standard privado relacionado a SPS é um requisito ou condição escrita, ou um conjunto de requisitos ou condições escritas, relativo a segurança alimentar

¹⁵² Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/W/283. Acesso em: 1º out. 2019.

ou a saúde ou vida animal ou vegetal, que pode ser usado em uma transação comercial e é aplicado por uma entidade não-governamental que não está em exercício de autoridade governamental.

Essa definição de standard privado relacionado a SPS foi aceita, de forma geral, mas alguns Membros expressaram um receio sobre esta, haja vista a possibilidade de se interpretar que este tipo de standard estaria dentro do escopo de aplicação do Acordo SPS. A União Europeia e os Estados Unidos, ambos contrários à definição proposta, demonstraram receio em relação aos termos “entidade não-governamental” e “requisito”. A União Europeia, aliás, sugeriu a substituição do termo “entidade não-governamental” por “entidade privada” e a exclusão do termo “requisito”. Para outros Membros, como Argentina, Belize, Brasil e China, contudo, a manutenção dessas expressões na definição era essencial.

No ano seguinte, já que os Membros do grupo de trabalho eletrônico não conseguiram chegar a uma conclusão acerca da definição de standards privados relacionado a SPS, o grupo resolveu fazer uma pausa em seus trabalhos para refletir sobre a maneira através da qual seria possível finalizar esse impasse¹⁵³. Depois dessa decisão, não houve mais qualquer tentativa substancial, no âmbito do Comitê SPS, de retomar a discussão sobre standards privados¹⁵⁴.

Em paralelo às discussões no Comitê SPS sobre standards privados, os debates no Comitê TBT, que focaram no Código de Boas Práticas, não obtiveram resultados significativos¹⁵⁵. No contexto do Comitê TBT, os Membros não notificaram o Comitê sobre a adoção do Código de Boas Práticas por qualquer de entes não-governamentais normalizadores nem compartilharam qualquer informação sobre medidas razoáveis tomadas para garantir que esses entes, localizados em seus territórios, tenham adotado ou cumprido com o Código de Boas Práticas, como exigido pelo Artigo 4 do Acordo TBT¹⁵⁶.

Portanto, não apenas os Membros não chegaram a um consenso sobre as ações a serem tomadas para evitar os potenciais efeitos negativos decorrentes de standards privados, como também divergiram sobre a aplicabilidade dos Acordos da OMC a standards privados.

¹⁵³ Informação disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/sps_26mar15_e.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁵⁴ No sítio eletrônico da OMC (versão em inglês), há uma ferramenta intitulada “WTO Documents Online”, a partir da qual é possível buscar documentos com base no tópico, no caso desta tese, Acordo SPS. Dentre os subtópicos, há um dedicado exclusivamente a standards privados. No seu conteúdo, há todos os documentos que circularam no Comitê SPS sobre o tema, e os últimos documentos dizem respeito às dificuldades de se elaborar uma definição para standards privados relacionado a SPS, o que justificou a pausa nas discussões acerca da questão no Comitê SPS. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁵⁵ Para maiores informações, ver os seguintes documentos: G/TBT/13, G/TBT/26, G/TBT/32. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁵⁶ THORSTENSEN, Vera Helena; VIEIRA, Andreia Costa. *Op. Cit.*, p. 52.

Considerando esse impasse, é importante oferecer uma perspectiva sobre a aplicação dos Acordos da OMC a atos privados, em particular standards privados.

Adiante, a tese abordará como os Acordos da OMC, em especial o GATT e os Acordos TBT e SPS, aplicam-se à conduta privada, ou seja, aquela conduta adotada por um ente privado, que recebe ou não aval ou incentivo do governo. De modo geral, os Acordos da OMC não se aplicam de forma direta à conduta privada, haja vista estabelecerem obrigações para os governos Membros da Organização. Entretanto, há circunstâncias, que serão em seguida discutidas, que permitem a responsabilização de um Membro por uma conduta privada quando resulta em uma medida incompatível com as normas da OMC.

3.2 Conduta privada no GATT

O GATT 1947 foi uma resposta à crise econômica instaurada a partir do fim da 2ª Guerra Mundial. Em 1947, em uma tentativa de gerar a reconstrução da economia global e promover a cooperação internacional, vinte e três países iniciaram negociações comerciais sobre tarifas e outras questões de comércio. Tais negociações acompanharam o fracasso da implementação da Carta de Havana, que propunha a criação da Organização Internacional do Comércio e o estabelecimento de regras básicas para o comércio internacional e tópicos relacionados. A Carta de Havana nunca entrou em vigor, sobretudo em razão de não ter sido aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos, o que motivou o Governo do país a decidir, em 1950, que não mais iria submeter a Carta à apreciação do Congresso.

Apesar de a Carta de Havana não ter entrado em vigor, estes vinte e três países celebraram, em 1947, o Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (GATT), que cobria apenas uma pequena parte da Carta de Havana sobre política comercial. Houve diversas rodadas de negociação durante o período do GATT, que envolveram, inicialmente, a redução de tarifas e, posteriormente, outras medidas de comércio relevantes, como barreiras técnicas ao comércio. Em 1994, durante a Rodada Uruguai, após a Guerra Fria, surgiu um ambiente propício para uma maior cooperação internacional em relações comerciais, o que gerou um ambiente favorável à criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) a partir das normas do GATT. A OMC foi formalmente fundada em 1995, por meio do Acordo de Marrakesh, e seu arcabouço normativo é composto não só pelo GATT 1994 (após suas reformas ao longo das rodadas de negociação), mas também por vários outros Acordos sobre aspectos relacionados a comércio.

O GATT representa o coração do sistema multilateral de comércio implementado pela OMC, e, por isso, é essencial seu estudo nesta tese ainda que de forma superficial. O GATT, dentre várias disposições, determina as principais obrigações relacionadas ao acesso de mercados. A primeira delas consiste no disposto em seu Artigo II, o qual demanda que os Membros da OMC confirmem a produtos importados tratamento não menos favorável que o disposto na sua Lista de Concessões, que estabelece o percentual máximo de tarifas por produto.

O GATT também estipulou a obrigação do tratamento nacional, encontrada no seu Artigo III. O parágrafo 1 do dispositivo afirma que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais de modo a proteger a produção nacional. Nesse sentido, uma vez que o produto importado tenha chegado no território do Membro que o adquiriu, este não pode ser tratado, em relação a tributos internos, regulamentos e exigências, de uma forma menos favorável que produtos domésticos similares.

Já no seu parágrafo 4, o Artigo III do GATT determina que os produtos importados que entrem no território de um Membro não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito a leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno.

Em suma, estes são os requisitos para sustentar uma alegação de violação do Artigo III:4: a medida em questão é uma lei, regulamento ou exigência que afeta a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização no mercado interno do Membro demandante; os produtos importados e domésticos são produtos similares; e aos produtos importados é concedido tratamento menos favorável em comparação ao dispensado a produtos domésticos¹⁵⁷.

A alegação de violação do Artigo III:4 deve-se fundamentar, primeiramente, em produtos importados e domésticos que são similares. O entendimento do Órgão de Apelação na disputa *EC – Asbestos*, que envolveu uma medida de banimento de amianto e, em regra, de

¹⁵⁷MARCEAU, Gabrielle; TRACHTMAN, Joel P. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. **Journal of World Trade** 48, n° 2, 2014, 351–432, p. 360.

produtos que continham amianto, oferece uma perspectiva relevante no que concerne à interpretação do termo “similaridade” no contexto do Artigo III:4 do GATT.

Nessa ocasião, o Órgão de Apelação declarou que o sentido de “similaridade” envolvia, fundamentalmente, a determinação da natureza e da extensão de uma relação de concorrência entre produtos. Essa interpretação fundamentou-se no princípio geral instituído no Artigo III do GATT, que proíbe os Membros de aplicar taxas internas e regulações de uma forma que afeta a relação de concorrência, no mercado, entre produtos domésticos e importados com a finalidade de proteger a produção nacional¹⁵⁸.

A fim de avaliar a “similaridade” entre produtos domésticos e importados, o Órgão de Apelação adota o Relatório do Grupo de Trabalho sobre *Border Tax Adjustments*, frequentemente seguido e desenvolvido por diversos *Panels* e pelo próprio Órgão de Apelação. O Relatório estabelece os seguintes critérios para analisar a “similaridade”: (i) as propriedades, natureza e qualidade de produtos (propriedades físicas dos produtos); (ii) as finalidades dos produtos (a extensão na qual os produtos são capazes de servir aos mesmos ou similares propósitos); (iii) preferências e hábitos dos consumidores em relação aos produtos (a extensão na qual os consumidores percebem e tratam os produtos como meios alternativos para exercer determinadas funções de modo a satisfazer uma demanda ou um desejo particular); e (iv) a classificação tarifária dos produtos (a classificação internacional dos produtos para finalidades tarifárias)¹⁵⁹.

Além de serem produtos “similares”, o Membro demandante ainda deve demonstrar que a medida em deslinde concede ao grupo de produtos importados tido como “similares” um tratamento menos favorável que ao grupo de produtos “similares” domésticos a fim de demonstrar uma violação do Artigo III:4 do GATT. Nesse sentido, o Órgão de Apelação na disputa *EC – Asbestos* afirmou que o termo “tratamento menos favorável” expressa o princípio geral, contido no Artigo III:1 do GATT, que regulações internas não devem ser aplicadas de forma a promover a proteção de produtos domésticos. Esse princípio geral pode ser compreendido como uma regra para evitar medidas protecionistas sobre produtos domésticos “similares”¹⁶⁰.

Além das obrigações de tratamento nacional, o GATT também estabelece o princípio da nação mais favorecida como uma espécie do princípio da não-discriminação. O Artigo I do GATT determina que qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedido por um

¹⁵⁸Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, DSR 2001:VII, par. 98-99.

¹⁵⁹*Ibidem*, par. 101.

¹⁶⁰*Ibidem*, par. 100.

Membro em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produto similar, originário do ou destinado ao território de cada um dos outros Membros. Desse modo, o Artigo I narra a cláusula da nação mais favorecida, segundo a qual as concessões feitas por Membros da OMC devem ser automaticamente estendidas aos produtos “similares” dos demais Membros.

Outra importante regra de acesso a mercados prescrita pelo GATT é a obrigação de eliminação geral de restrições quantitativas, contida no Artigo XI. Seus dispositivos vedam os Membros de instituírem ou manterem, para a importação de um produto originário do território de outro Membro, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outro Membro, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo. Isso significa que os Membros da OMC são, via de regra proibidos de impor restrições sobre a quantidade, o volume ou o valor dos produtos importados ou exportados, o que poderia restringir a concorrência.

É fundamental acrescentar que as obrigações contidas no GATT podem ser flexibilizadas sob as circunstâncias descritas no Artigo XX, que engloba as exceções gerais ao Acordo. O Artigo XX do GATT assim se encontra redigido:

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

- a) necessárias à proteção da moralidade pública;
- b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais;
- c) que se relacionem à exportação e a importação do ouro e da prata;
- d) necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios administrados na conformidade do § 4º do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e a medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro;
- e) relativas aos artigos fabricados nas prisões;
- f) impostas para a proteção de tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico;

- g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais;
- h) tomadas em aplicação de compromissos contraídos em virtude de acordos intergovernamentais sobre produtos básicos, concluídos dentro dos princípios aprovados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, na sua resolução de 28 de março de 1947, que instituiu uma Comissão Provisória de Coordenação para os acordos Internacionais relativos aos produtos básicos;
- i) que impliquem em restrições à exportação de matérias primas produzidas no interior do país e necessárias para assegurar a uma indústria nacional de transformação as quantidades essenciais das referidas matérias-primas durante os períodos nos quais o preço nacional seja mantido abaixo do preço mundial, em execução de um plano governamental de estabilização; sob reserva de que essas restrições não tenham por efeito reforçar a exportação ou a proteção concedida à referida indústria nacional e não sejam contrárias às disposições do presente acordo relativas à não discriminação.
- j) essenciais à aquisição e à repartição de produtos dos quais se faz sentir uma penúria geral ou local; todavia, as referidas medidas deverão ser compatíveis com todos os acordos multilaterais destinados a assegurar uma repartição internacional equitativa desses produtos ou, na ausência de tais acordos, com o princípio segundo o qual todas as Partes Contratantes têm direito a uma parte equitativa do aprovisionamento internacional dos referidos produtos.

Segundo a jurisprudência da OMC, a análise da conformidade de uma medida ao Artigo XX do GATT é desenvolvida em dois passos. O Órgão de Apelação, no caso *US – Gasoline*, afirmou que essa justificação depende, em primeiro lugar, de a medida em questão ser acobertada por algum dos subparágrafos do Artigo XX; e, em segundo lugar, de a medida ser compatível com o *caput* do Artigo XX¹⁶¹.

No que diz respeito à primeira etapa da análise, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC já interpretou alguns dos subparágrafos do Artigo XX do GATT. No relatório do caso *China – Publications and Audiovisual Products*, disputa acerca do duopólio de distribuição chinês de produtos de filme, o Órgão de Apelação recordou a jurisprudência da OMC sobre o requisito de necessidade aplicado ao Artigo XX, em particular no contexto dos subparágrafos (b) e (d).

O Órgão de Apelação havia examinado anteriormente o teste de necessidade em diversos recursos, especialmente nos casos *Korea – Various Measures on Beef* (no contexto do Artigo XX(d) do GATT); *US – Gambling* (no contexto do Artigo XIV(a) do GATS); e *Brazil – Retreaded Tyres* (no contexto do Artigo XX(b) do GATT). De maneira geral, o

¹⁶¹Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, p. 20.

Órgão de Apelação, fazendo referência a esses casos, considerou que uma análise sobre a “necessidade” envolve o processo de “ponderação e equilíbrio” de fatores distintos relativos tanto à medida que pretende ser justificada como necessária quanto às possíveis medidas alternativas razoavelmente disponíveis para o Membro demandado para alcançar o objetivo almejado. Dentre esses fatores, destaca-se a contribuição da medida para atingir o seu objetivo; quanto maior essa contribuição mais provável que a medida em questão seja caracterizada como “necessária” na visão do Órgão de Apelação¹⁶².

Na disputa *China – Publications and Audiovisual Products*, o Órgão de Apelação considerou que o mesmo entendimento referente ao Artigo XX (b) e (d) poderia ser aplicado ao subparágrafo (a). Desse modo, seria necessário um processo de ponderação e equilíbrio, incluindo, quando relevante, a proposta de medidas alternativas que poderiam ser menos restritivas ao comércio e oferecessem uma contribuição equivalente para o objetivo pretendido¹⁶³.

A hipótese prevista no Artigo XX (g) é diferente dos mencionados subparágrafos, uma vez que a terminologia utilizada não inclui a natureza “necessária” da medida. O Artigo XX (g) estabelece que a medida estará justificada sob o GATT quando “relativa à” conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais. A terminologia adotada no Artigo XX (g) demonstra que os critérios para a sua aplicabilidade podem ser menos rigorosos que os exigidos para o Artigo XX (a), (b) e (d).

Na análise sobre a verificação de a medida ser relativa à conservação de recursos naturais esgotáveis, o Órgão de Apelação afirmou, no caso *US – Gasoline*, que a expressão não deveria corresponder necessariamente ao termo “primariamente voltada a”, como disposto pelo *Panel* na disputa *Canada – Herring and Salmon*¹⁶⁴. O Órgão de Apelação declarou, no caso *US – Shrimp*, em referência à disputa *US – Gasoline*, que a análise do requisito “relativa à” contido no Artigo XX (g) deve-se basear em uma relação próxima e real entre fins e meios entre a medida em questão e o objetivo desejado¹⁶⁵.

O Órgão de Apelação também explicou, no caso *US – Gasoline*, a segunda parte do Artigo XX (g), que requer que a medida seja tomada em conjunto com restrições na produção

¹⁶²Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010, DSR 2010:I, par. 239; par. 251.

¹⁶³*Ibidem*, par. 242.

¹⁶⁴Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. *Op. Cit.*, p. 18-19.

¹⁶⁵Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998:VII, par. 136.

ou no consumo domésticos. Esse dispositivo poderia ser apropriadamente interpretado como uma exigência de que as medidas contestadas imponham restrições não apenas para produtos importados, mas também para os domésticos¹⁶⁶.

Após o exame de adequação da medida a um dos subparágrafos do Artigo XX do GATT, a análise passa para a etapa de justificação da medida sob os termos do *caput* do Artigo XX. O caso *US – Shrimp* oferece uma perspectiva relevante sobre a interpretação do *caput* do Artigo XX. A disputa, levada à OMC pela Índia, Paquistão, Malásia e Tailândia, envolveu a proibição da importação de determinados tipos de camarão e produtos contendo camarão por parte dos Estados Unidos, que exigiam o uso de um instrumento que impedia a lesão de tartarugas-marinhas no processo de colheita de camarões (*Turtle Excluder Devices* ou *TEDs*).

Durante a análise de conformidade da medida ao *caput* do Artigo XX, o Órgão de Apelação definiu, no caso *US – Shrimp*, que há três critérios contidos no *caput*: primeiro, discriminação arbitrária entre países onde existem as mesmas condições; segundo, discriminação injustificada entre países onde existem as mesmas condições; e terceiro, restrição disfarçada ao comércio internacional. O Órgão de Apelação afirmou que o objetivo principal do *caput* é evitar o desvio no uso das exceções listadas no Artigo XX do GATT¹⁶⁷.

O Órgão de Apelação concluiu que a medida contestada na disputa *US – Shrimp* não preencheu os requisitos dispostos no *caput* do Artigo XX, visto que constituía uma discriminação arbitrária (havia pouca ou nenhuma flexibilidade no programa regulatório imposto pela medida dos Estados Unidos¹⁶⁸). Os processos de certificação seguidos pelos Estados Unidos foram considerados informais e casuísticos e conduzidos de modo que poderiam resultar na negação dos direitos dos Membros¹⁶⁹). A medida também consistia em uma discriminação injustificada (outras políticas específicas e medidas que os Membros exportadores poderiam ter adotado para a proteção e conservação de tartarugas-marinhas não foram levadas em consideração¹⁷⁰). Os Estados Unidos não entraram em negociação, acerca da proteção e conservação das tartarugas-marinhas, com os recorrentes antes que impusessem o banimento da importação¹⁷¹; os Membros demandantes tiveram apenas quatro meses para

¹⁶⁶Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. *Op. Cit.*, p. 20.

¹⁶⁷Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. *Op. Cit.*, par. 150-151.

¹⁶⁸*Ibidem*, par. 177.

¹⁶⁹*Ibidem*, par. 181.

¹⁷⁰*Ibidem*, par. 163.

¹⁷¹*Ibidem*, par. 166.

implementar o requisito obrigatório de uso dos mecanismos TEDs, enquanto um grupo de quatorze países tiveram um período inicial de três anos¹⁷².

No que diz respeito ao terceiro e último critério disposto no *caput* do Artigo XX, o *Panel* no caso *EC – Asbestos* observou que o significado da expressão “restrição disfarçada ao comércio internacional” não havia sido bem definido ainda. O *Panel* lembrou alguns casos discutidos na época do GATT, os quais consideraram, de forma geral, que uma restrição disfarçada ao comércio internacional seria uma restrição que não teria tomado a forma de uma medida de comércio, que não havia sido previamente anunciada ou que não teria sido objeto de publicação ou mesmo de uma investigação¹⁷³.

O *Panel* no caso *EC – Asbestos*, contudo, desenvolveu uma nova abordagem para analisar as hipóteses em que uma medida poderia ser tida como uma restrição disfarçada ao comércio internacional. No caso em deslinde, o *Panel* não pode concluir, com base no *design*, arquitetura e estrutura externa da medida contestada, que esta almejava objetivos protecionistas. O *Panel* acrescentou que não havia informações sugerindo que o banimento das importações haviam beneficiado a indústria doméstica do Membro demandado em detrimento de produtores de países terceiros; nesse contexto, não se pode concluir que a medida em questão estava sendo aplicada de modo a constituir uma restrição disfarçada ao comércio internacional¹⁷⁴.

O Artigo XX do GATT, então, funciona como um dispositivo que objetiva estabelecer um equilíbrio entre os interesses econômicos dos Membros da OMC e outros interesses públicos, como a proteção da saúde humana e do meio ambiente. As exceções contidas no Artigo XX do GATT autorizam a implementação de medidas que, de outro modo, não seriam compatíveis com as regras do GATT porque, por exemplo, violariam as obrigações de tratamento nacional ou de nação mais favorecida. Se uma medida adotada por um Membro da OMC é acobertada por qualquer dos subparágrafos do Artigo XX e é justificada sob seu *caput*, esta deve ser considerada consistente com o GATT.

Após revisitar algumas regras básicas de acesso a mercados contidas no GATT, a análise da tese passa a se centrar na questão específica da relação entre o GATT e standards privados. A fim de avaliar a possibilidade de aplicação do GATT a standards privados, é imprescindível investigar se e como o GATT, bem como, posteriormente, outros Acordos que

¹⁷²*Ibidem*, par. 173.

¹⁷³Panel Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R and Add.1, adopted 5 April 2001, as modified by Appellate Body Report WT/DS135/AB/R, DSR 2001:VIII, par. 8.233.

¹⁷⁴*Ibidem*, par. 8.238-8.239.

compõem o arcabouço normativo da OMC, lida com a conduta de entes privados, que pode incluir a preparação e a adoção de standards privados.

De forma geral, sob a ótica da OMC, governos são responsáveis por medidas adotadas por eles próprios, por seus órgãos ou por entes em exercício de autoridade governamental. Normalmente, atos praticados por atores privados, sem qualquer relação com o governo, estão fora do escopo de aplicação dos Acordos da OMC, que vinculam apenas os Membros da Organização.

É comum, entretanto, que o comportamento de entes privados seja motivado por medidas adotadas pelo governo, as quais podem requerer que estes atuem de uma determinada forma e até mesmo lhes fornecendo incentivos. Na prática do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, a responsabilidade dos Membros da OMC pode surgir a partir do estímulo a que entes privados atuem de uma forma inconsistente com um Acordo da OMC ainda que este incentivo não constitua uma exigência direta. Nesse contexto, a responsabilidade do Membro da OMC estará caracterizada quando a medida em si, adotada pelo Membro, for incompatível com uma regra veiculada em um Acordo da OMC¹⁷⁵. Nos casos adiante abordados, o Órgão de Solução de Controvérsias analisou regulações governamentais que influenciavam a conduta de entes privados e a sua consistência com o GATT.

Na disputa *Argentina – Hides and Leather*, a medida em questão dizia respeito, em primeiro lugar, a regulações argentinas que autorizavam a presença de representantes de fabricantes da indústria argentina de couro no processo alfandegário de exportação de pele bovina; e, em segundo lugar, a pagamentos prévios de tributos que, supostamente, impunham um ônus tributário maior a importações. A União Europeia então entrou em consultas com a Argentina acerca dessa proibição de fato sobre a exportação de peles bovinas, de um tributo adicional de nove por cento a produtos importados pela Argentina e do pagamento prévio de um tributo com base no preço dos produtos importados imposto aos operadores para a importação de produtos para a Argentina¹⁷⁶.

Segundo o *Panel*, a Resolução 2235, medida questionada pela União Europeia, poderia ser contestada em face do Artigo XI:1 do GATT, uma vez que o dispositivo se estende a restrições de fato, bem como a mencionada Resolução estaria enquadrada na

¹⁷⁵ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 143-144.

¹⁷⁶ Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R and Corr.1, adopted 16 February 2001, DSR 2001:V, par. 1.1.

categoria de “outras medidas” contida no Artigo XI:1¹⁷⁷. O *Panel* determinou que a Resolução 2235 era, de fato, uma medida governamental legalmente vinculante, inclusive porque o fato de a conduta partir de um ente privado não elimina a possibilidade de uma medida ser caracterizada como governamental. Isso pode ocorrer quando há um grau suficiente de envolvimento governamental na medida, conforme já estabelecido em um caso anterior, *Japan – Film*. O *Panel* afirmou, ainda em referência à disputa *Japan – Film*, que não há limites perfeitamente definidos para se distinguir uma conduta governamental de uma conduta privada, o que significa que esta análise deve ser feita caso a caso a depender do grau de envolvimento do governo¹⁷⁸.

É importante ressaltar que, nesta disputa, o argumento do demandante era de que a Argentina havia adotado uma medida que, apesar de não restringir o comércio diretamente, produzia este resultado quando combinada com a operação do alegado cartel de exportação, uma conduta privada portanto. Nesse sentido, o *Panel* reafirmou o entendimento disposto no caso *Japan – Film* de que um ato privado pode ser caracterizado como governamental a depender do grau de envolvimento do governo¹⁷⁹.

O *Panel* enfatizou, contudo, que o Artigo XI:1 não contém uma obrigação de que os Membros da OMC excluam qualquer possibilidade de entes privados atuarem, direta ou indiretamente, de forma restritiva ao comércio, exceto quando as próprias medidas dos Membros forem em si restritivas. Sendo assim, o *Panel* declarou que o Artigo XI:1 não cria uma obrigação de *due diligence* para Membros da OMC adotarem medidas que vão além da necessária conformidade da medida governamental em si com o Artigo XI:1¹⁸⁰.

Desse modo, o *Panel* na disputa *Argentina – Hides and Leather* entendeu que, para que uma medida esteja em violação do Artigo XI:1, é necessário que esta medida em si esteja em violação à obrigação geral de eliminação de restrições quantitativas. Uma conduta privada, incompatível com o Artigo XI:1, ainda que sob influência ou incentivo do governo, não ensejaria, em princípio, a responsabilidade do Membro sob o dispositivo, apenas se a medida do Membro fosse em si incompatível com este dispositivo. Além disso, o *Panel* declarou que o Artigo XI:1 não contém uma obrigação de *due diligence*, o que significa que o Membro não tem obrigação de garantir que entes privados se comportem de forma consistente com o Artigo XI:1.

¹⁷⁷*Ibidem*, par. 11.17.

¹⁷⁸*Ibidem*, par. 11.18.

¹⁷⁹*Ibidem*, par. 11.19 e *footnote* 336.

¹⁸⁰*Idem*.

Uma conclusão similar pode ser extraída da disputa *Korea – Various Measures on Beef*, submetida à OMC pelos Estados Unidos e Austrália, que se centrou na interação entre medidas do governo coreano e a conduta de supermercados, ou seja, entes privados. No caso, os demandantes contestaram o sistema coreano de venda de carnes; sob este sistema, pequenos vendedores deveriam escolher entre a venda exclusiva de produtos de carne coreanos ou de produtos de carne importados, enquanto grandes redes de supermercados poderiam determinar um local específico para a disposição e venda de produtos de carne importados. Na prática, este sistema implantado pelo governo coreano resultava em um decréscimo significativo de estabelecimentos dispostos a vender produtos de carne importados.

Segundo o Órgão de Apelação, o tratamento concedido à carne importada, como uma consequência deste sistema duplo de vendas implementado pela legislação e regulação coreanas, era menos favorável que o tratamento dispensado à carne nacional similar, o que resultou na violação do Artigo III:4 do GATT. O Órgão de Apelação ressaltou, entretanto, que tal conclusão não significava constatar que um sistema de distribuição duplo ou paralelo, não imposto direta ou indiretamente pela legislação ou regulação do governo, mas exclusivamente decorrente da atividade empresarial privada no contexto de suas próprias projeções de custos e benefícios comparativos de sistemas de distribuição diferenciados, seria ilegal sob o Artigo III:4. Este dispositivo lida apenas com a intervenção governamental que afeta as condições sobre as quais produtos, domésticos e importados, concorrem no mercado do território de um Membro da OMC¹⁸¹.

Sendo assim, o Órgão de Apelação no caso *Korea – Various Measures on Beef* chegou à mesma conclusão quanto à interpretação do Artigo III:4 que o *Panel* na disputa *Argentina – Hides and Leather* obteve quanto ao Artigo XI:1, ambos do GATT. O Órgão de Apelação determinou que a análise acerca da violação do Artigo III:4 e da consequente responsabilidade do Membro estava limitada à medida adotada pelo próprio Membro, e não à atuação privada se esta estiver desacompanhada de um envolvimento governamental significativo.

Nesse mesmo sentido o Órgão de Apelação se posicionou na disputa *China – Auto Parts*, levada à OMC pela União Europeia, Estados Unidos e Canadá sobre a imposição do governo chinês de medidas que afetavam de forma negativa a exportação de peças automobilísticas. O litígio também abordou a interpretação do Artigo III:4. Os demandantes argumentaram que peças automobilísticas importadas utilizadas na fabricação de veículos

¹⁸¹ Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, DSR 2001:I, par. 148-149.

para venda na China eram sujeitas a taxas equivalentes a tarifas para veículos completos se estas fossem importadas acima de um determinado limite. Os Estados Unidos frisaram que as medidas em questão aparentemente penalizavam fabricantes por usarem partes automobilísticas importadas para a fabricação de veículos para venda na China.

Segundo o Órgão de Apelação, as medidas chinesas de fato criaram um incentivo para fabricantes limitarem o uso de peças importadas em relação a peças nacionais. Ademais, as medidas em questão impunham procedimentos administrativos e relacionados atrasos a fabricantes de automóveis que utilizassem peças importadas, que poderiam ser completamente evitadas se o fabricante empregasse apenas peças nacionais. Esses incentivos afetaram as condições de concorrência para peças automobilísticas importadas no mercado interno chinês. O Órgão de Apelação concluiu, portanto, que as medidas chinesas contestadas eram incompatíveis com o Artigo III:4 do GATT¹⁸².

É importante mencionar que as disputas acima referidas dizem respeito à interpretação dos Artigos III:4 e XI:1 do GATT à luz da responsabilidade dos Membros da OMC por atos de entes privados. A análise dessas disputas permite a conclusão de que, em relação a estes dispositivos do GATT, quando um Membro fornece um incentivo à atuação privada que resulta em uma restrição ao comércio, o Membro será considerado responsável, sob estes dispositivos, se a sua própria medida for em si inconsistente com tais regras; não haverá responsabilidade, contudo, se a restrição ao comércio for resultado exclusivamente de atuação privada sem a influência direta ou indireta de uma medida governamental. Neste caso, não havendo medida governamental incompatível com norma da OMC, apenas conduta puramente privada restritiva ao comércio, a esta não se aplica o arcabouço normativo da OMC, uma vez que seu escopo de aplicação se restringe à atuação dos Membros.

Uma situação diferente ocorre quando um ato praticado por um ator privado pode ser atribuído a um Membro da OMC e, nesse contexto, o Membro seria tido como responsável pelo ato, como se ele mesmo o tivesse praticado, se incompatível com o GATT ou qualquer outro Acordo da OMC¹⁸³. A possibilidade de atribuição de uma medida privada a um Membro da OMC objetiva evitar que os Membros se eximam de responsabilidade perante regras da OMC; se a atribuição não fosse possível no âmbito da OMC, os Membros da Organização poderiam se esconder por trás do “véu” de atores privados e disfarçar suas

¹⁸² Appellate Body Reports, *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adopted 12 January 2009, DSR 2009:I, par. 195-197.

¹⁸³ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 142-143.

próprias medidas como se fossem não-governamentais, o que poderia excluir sua responsabilidade¹⁸⁴.

O texto do GATT não contém dispositivos específicos sobre a responsabilidade de Membros da OMC por atribuição de conduta privada de modo geral. Dessa forma, é relevante relembrar o entendimento do Órgão de Apelação esposado no caso *US – Gasoline*, no qual se estabeleceu que as regras da OMC em geral, e as regras do GATT 1994 em particular, não podem ser interpretadas de modo isolado do direito internacional público¹⁸⁵.

Por essa razão, é importante analisar, mesmo que de forma breve, a regulamentação e a jurisprudência de cortes e tribunais internacionais relevantes sobre o tema da atribuição a fim de verificar se e como esses casos refletem nas hipóteses de atribuição de uma conduta privada a um Membro da OMC no contexto do GATT. Deve-se salientar, contudo, que diferentemente das disputas levadas ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, os casos adiante mencionados dizem respeito à conduta de indivíduos ou grupos de indivíduos em um contexto de atos criminosos, o que gera o debate sobre a possível responsabilidade do governo. Ainda assim, a análise desses casos é relevante para que se tenha um parâmetro acerca do standard de atribuição de uma conduta privada ao governo, e compará-lo com as disputas específicas relativas a comércio internacional na OMC.

No direito internacional público, o principal instrumento de disciplinamento da responsabilidade do Estado consiste no Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade de Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos¹⁸⁶. A base jurídica para aplicação da responsabilidade do Estado por atribuição encontra-se no Capítulo II da Parte Um do Projeto, que pode ser dividido nestas três categorias: 1) nos Artigos 4 a 7, está o centro da doutrina sobre atribuição, que lida com órgãos e agências estatais no exercício de autoridade soberana; 2) o Artigo 8 regulamenta as hipóteses em que o Estado, por meio da direção e controle de outra entidade, cria um órgão ou agente *de facto* com o objetivo de atribuição; e 3) Artigos 9, 10 e 11 dizem respeito a categorias específicas de atribuição, nas quais os atos praticados por atores não-estatais podem ser atribuídas ao

¹⁸⁴ AMARAL, Manuela. Padrões Privados e a Atuação ou Omissão do Estado: Protecionismo Público-Privado? **Contexto Internacional (PUC)**, vol. 37, nº 2, maio/agosto 2015, 403-434, p. 406.

¹⁸⁵ Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, par. 17.

¹⁸⁶ O texto do Projeto dos Artigos sobre a Responsabilidade de Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos foi adotado pela Comissão de Direito Internacional (ILC) na ocasião de sua 53ª sessão, em 2001, e submetido à Assembleia Geral da ONU como parte do relatório da Comissão sobre o trabalho desenvolvido na sessão (A/56/10).

Estado sem que haja uma intervenção, delegação ou instrução prévia oriunda de um órgão ou agência governamental¹⁸⁷.

Os Artigos 8 e 11 dos Artigos da ILC são relevantes para a compreensão da responsabilidade do Estado por atribuição da conduta privada no âmbito da proposta de estudo desta tese no momento, haja vista tratar da responsabilidade do Estado por conduta de ente privado que não está no exercício de autoridade governamental, mas que possui uma relação com o Estado, que exerce um grau de controle sobre este ente. O Artigo 8 determina que a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas deve ser considerada um ato de Estado sob o direito internacional se esta pessoa ou grupo de pessoas está, em verdade, agindo sob a instrução ou sob a direção ou controle do Estado que está promovendo esta conduta.

O Artigo 8 dos Artigos da ILC concerne à responsabilidade do Estado em duas frentes: primeira, quando um Estado instrui uma pessoa ou entidade privada a agir em seu favor; e segunda, quando uma pessoa ou entidade privada age sob a direção ou controle do Estado. No primeiro caso, as instruções dadas pelo Estado podem envolver, por exemplo, corporações privadas militares ou de segurança. No caso *Genocide*, a Corte Internacional de Justiça considerou que, para que o Estado seja tido como responsável nos termos do Artigo 8, suas instruções devem estar relacionadas com cada operação em que as violações foram praticadas, e não de forma geral em relação a todas as ações praticadas pelas pessoas ou grupo de pessoas que cometeram as violações¹⁸⁸.

No segundo caso, também há responsabilidade do Estado quando uma pessoa ou entidade privada atua sob a direção ou controle estatal. O caso *Nicaragua* abordou a possível responsabilidade dos Estados Unidos pela violação do direito internacional humanitário cometida por pessoas privadas (*contras*) durante a guerra civil do Nicarágua. A CIJ constatou que a participação dos Estados Unidos, ainda que preponderante ou determinante, no financiamento, organização, treinamento, fornecimento e equipagem dos *contras*, na seleção dos alvos militares ou paramilitares e no planejamento de toda a operação, foi ainda insuficiente para o propósito de atribuir ao país os atos cometidos pelos *contras* no curso da sua operação no Nicarágua. De acordo com a CIJ, apenas haveria responsabilidade dos Estados Unidos se estes tivessem exercido um controle efetivo das operações na quais ocorreram as supostas violações¹⁸⁹. Sendo assim, o critério do “controle efetivo” de atribuição

¹⁸⁷CRAWFORD, James. **State responsibility**: The General Part. Cambridge University Press, 2013, p. 115-16.

¹⁸⁸*Ibidem*, p. 145.

¹⁸⁹*Ibidem*, p. 149.

para fins de reconhecimento de responsabilidade do Estado foi adotado pela CIJ no caso *Genocide*¹⁹⁰.

Já o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia posicionou-se de forma diversa quanto ao critério de atribuição sob o auspício do Artigo 8 dos Artigos da ILC. O caso *Tadić* abordou a participação de Duško Tadić em crimes de guerra e crimes contra a humanidade como um guarda de um dos campos de internação bósnio na Bósnia e Herzegovina. No caso, a Câmara de Apelação rejeitou a aplicação do critério de “controle efetivo” ao decidir sobre a responsabilidade do Estado. A Câmara de Apelação entendeu que, no direito internacional, o critério de atribuição dos Estados por atos executados por pessoas privadas é o do exercício de controle por parte do Estado sobre esses indivíduos; o grau de controle pode variar em conformidade com as circunstâncias de cada caso. Quando a violação é cometida por um grupo com estrutura organizada e hierarquizada, o controle geral do Estado seria suficiente para ensejar sua responsabilidade na visa da Câmara de Apelação¹⁹¹.

Além do Artigo 8, o Artigo 11 é uma categoria residual para a responsabilidade do Estado pela conduta de atores não-privados por atribuição. O dispositivo estabelece que o ato não atribuído ao Estado sob os artigos precedentes deve ser considerado um ato deste Estado sob o direito internacional se e na extensão em que o Estado reconhece e adota a conduta em questão como se fosse própria.

Tendo em vista os casos supracitados, o critério de atribuição de uma conduta privada ao Estado sob as mencionadas normas dos Artigos da ILC e de acordo com a interpretação conferida pelas cortes internacionais correspondentes consiste no controle “efetivo” ou “geral”. É importante analisar, portanto, como o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC tem lidado com a questão da atribuição e se o entendimento adotado nos referidos casos, em interpretação dos Artigos da ILC, podem ser aplicados aos casos regulados pela OMC.

A disputa *Japan – Semi-Conductor* foi submetida pela União Europeia contra restrições de exportação voluntárias impostas pela indústria japonesa sobre exportações de semicondutores dos Estados Unidos. O Japão alegou que tais medidas não poderiam ser questionadas em face do GATT, haja vista serem resultado puramente da atividade de entidades privadas. O *Panel* reconheceu, no entanto, que as medidas tomadas por entes privados podiam ser atribuídas ao Japão. No caso, o *Panel* fundamentou sua conclusão na existência de uma estrutura administrativa, criada no âmbito do governo japonês, com a finalidade de exercer um sistema formal de controle sobre exportações, assim como na

¹⁹⁰*Ibidem*, p. 149.

¹⁹¹*Ibidem*, p. 151-152.

operacionalização das medidas como requisitos obrigatórios. Diante disso, o *Panel* concluiu que a medida do Japão era inconsistente com o Artigo XI:1 do GATT¹⁹².

No caso *EEC – Dessert Apples*, as alegações de violação envolveram os sistemas de regulação dos preços de maçãs no mercado da União Europeia, que consistia em um regime híbrido, a partir da combinação de elementos de responsabilidade pública e privada. O *Panel* observou que o esquema privado de limitação de mercado de maçãs nacionais havia sido instaurado por regulações da União Europeia, que sua operação dependia de decisões e financiamento público da União Europeia e, por fim, que qualquer maçã nacional tirada de circulação pelo esquema privado era disposta de acordo com regulação própria da União Europeia. Diante dessas constatações, o *Panel* concluiu que as medidas adotadas por grupos privados deveriam ser atribuídas à União Europeia para fins do Artigo XI:1 do GATT, assim como que tal conduta estava em violação do referido dispositivo¹⁹³.

Na disputa *Japan – Film*, submetida pelos Estados Unidos, houve o questionamento acerca de leis, regulações e exigências do Japão que afetavam a distribuição, a oferta para venda e a venda interna de filme e papel fotográfico importados. O *Panel* declarou que, de acordo com antigos casos do GATT (dentre eles, os acima mencionados), uma medida privada pode ser tida como governamental se houver um envolvimento suficiente do governo, que deve ser examinado caso a caso¹⁹⁴.

Outros casos da OMC reafirmam o entendimento esposado em disputas anteriores ao exigir um nexos significativo entre a medida privada e a regulação do Membro a fim de estabelecer a atribuição desta medida ao Membro em questão¹⁹⁵. Tal posicionamento ficou muito claro, inclusive, no relatório do *Panel* na disputa *Canada – Autos*. O caso envolveu os compromissos firmados por fabricantes canadenses de motor de veículos, veiculados em cartas endereçadas ao governo, a fim de aumentar o valor agregado canadense na produção de motor de veículos. Nessa oportunidade, o *Panel* determinou que, para que o governo seja responsável por uma conduta privada, deve haver um nexos entre a ação do governo e a tal conduta privada¹⁹⁶.

¹⁹² GATT Panel Report, *Japan – Trade in Semi-Conductors*, L/6309, adopted 4 May 1988, BISD 35S/116, par. 117.

¹⁹³ GATT Panel Report, *European Economic Community – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile*, L/6491, adopted 22 June 1989, BISD 36S/93, par. 12.9.

¹⁹⁴ Panel Report, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, DSR 1998:IV, par. 10.56.

¹⁹⁵ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, n. 1, p. 162-63.

¹⁹⁶ Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopted 19 June 2000, as modified by Appellate Body Report WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, DSR 2000:VII, par. 10.106-10.107.

Um posicionamento similar foi adotado na disputa *China – Publications and Audiovisual Products*, submetida à OMC pelas Estados Unidos acerca do duopólio de distribuição de produtos de filme na China. O *Panel* concluiu que o demandante não havia conseguido demonstrar que a regulação e regras da China teriam criado, *de jure* ou *de facto*, um duopólio de distribuição, o que significava a impossibilidade de se atribuir tal conduta privada à China¹⁹⁷.

Deve-se observar que o critério adotado nestes casos da OMC em relação à atribuição de uma conduta privada a um Membro, no contexto do GATT, difere substancialmente dos critérios endossados nos casos *NicaraguaeTadić* através da interpretação do Artigo 8 dos Artigos da ILC. A jurisprudência da OMC adotou o teste de “envolvimento suficiente”, que requer, para que um ato privado seja atribuído a um Membro, seu envolvimento ou incentivo em um grau significativo para aquela atuação privada. Este teste desenvolvido no âmbito da jurisprudência da OMC, portanto, é mais flexível que os critérios de atribuição de “controle efetivo” e mesmo de “controle geral” adotados nos casos *NicaraguaeTadić*¹⁹⁸.

É importante ressaltar, ademais, que o critério de atribuição adotado nas mencionadas cortes internacionais não pode ser aplicado indistintamente às disputas submetidas ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Tais casos envolvem atividades paramilitares, policial ou de força, praticadas por indivíduos ou grupos privados, normalmente ligadas à integridade física de pessoas ou de propriedades, o que representa uma perspectiva completamente diferente do contexto do comércio internacional. Por este motivo, não é apropriado considerar que o envolvimento governamental em uma conduta privada suficiente para ensejar a responsabilidade do governo seja essencialmente o mesmo para situações tão distintas¹⁹⁹.

Como visto, o GATT não trata explicitamente da responsabilidade dos Membros por atribuição de forma geral, tendo ficado a cargo do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC interpretar o critério de atribuição à luz dos casos concretos. No entanto, o GATT regulamenta uma espécie de responsabilidade do Membro por atribuição de uma conduta praticada por um ente não-governamental. Tal situação é prevista no Artigo XVII:1 do GATT, que dispõe, no que concerne a Empreendimentos Comerciais do Estado, o seguinte:

¹⁹⁷ Panel Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R and Corr.1, adopted 19 January 2010, as modified by Appellate Body Report WT/DS363/AB/R, DSR 2010:II, par. 7.1693.

¹⁹⁸ ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. International State Responsibility for Acts of Non-State Actors: The Recent Standards Set by the International Court of Justice in Genocide and Why the WTO Appellate Body Should Not Embrace Them. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 35: 1, 2007, p. 19.

¹⁹⁹ ZEDALIS, Rex J. When do the activities of private parties trigger WTO rules? *Journal of International Economic Law* 10(2), 2007, 335–362, p. 353-354.

(a) Cada Parte Contratante que funde ou mantenha uma empresa de Estado, seja onde for, ou que conceda de direito ou de fato, a qualquer empresa privilégios exclusivos ou especiais compromete-se a que essa empresa, em suas compras ou vendas que tenham por origem ou por consequência importações ou exportações, se conforme ao princípio geral de não discriminação adotado pelo presente Acordo para as medidas de natureza legislativa ou administrativa relativas às importações ou exportações efetuadas pelos comerciantes particulares. (b) As disposições da alínea (a) do presente parágrafo deverão ser interpretadas como impondo a essas empresas a obrigação, levadas devidamente em conta as outras disposições do presente Acordo, de proceder às compras e vendas dessa natureza inspirando-se unicamente em considerações de ordem comercial, inclusive no que diz respeito ao preço, à qualidade, às quantidades disponíveis, às possibilidades de venda, aos transportes e outras indicações de compra ou venda, e como impondo a obrigação de oferecer às empresas de outras Partes Contratantes todas as facilidades de livre concorrência nas vendas ou compras dessa natureza, de acordo com as práticas comerciais usuais, (c) Nenhuma Parte Contratante impedirá qualquer empresa quer se trate ou não de uma empresa mencionada na alínea (a) do presente parágrafo sujeita à sua jurisdição, de agir de acordo com os princípios enunciados nas alíneas (a) e (b) do presente parágrafo.

Deve-se pontuar, inicialmente, que nem toda empresa não-governamental que pertence ao Estado ou é por ele controlado poderá ser considerada um Empreendimento Comercial do Estado para fins do GATT. Uma empresa estará caracterizada como um Empreendimento Comercial do Estado se esta servir como um agente de uma política governamental ou gozar de privilégios especiais ou exclusivos. Ao agir como um braço da autoridade governamental, as atividades de um Empreendimento Comercial do Estado naturalmente podem ser atribuídas ao Membro da OMC correspondente, cuja responsabilidade pode-se configurar se a conduta estiver em violação das normas da OMC²⁰⁰.

Após a análise de situações que podem ensejar a responsabilidade dos Membros da OMC por condutas privadas a eles atribuídas, pode-se concluir que o critério de atribuição presente no GATT é a presença de um envolvimento suficiente do governo na conduta do ator privado. Uma vez configurado esse nexos entre o ato privado e a interferência do governo, a conduta privada será tida como uma medida governamental; se em violação a uma regra da OMC, o Membro será responsável por tal conduta como se por ele mesmo tivesse sido praticada.

²⁰⁰ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 164.

Desse modo, é possível observar que a conduta privada é relevante, no contexto do GATT, nas seguintes situações: (i) quando a conduta privada é resultado de um incentivo por parte do Membro da OMC, o que ocasiona a responsabilidade deste Membro se a sua própria medida de estímulo for incompatível com as regras da OMC; (ii) quando a conduta privada é resultado de uma interferência significativa do Membro da OMC de tal modo que esta é praticada como se sua fosse, o que enseja a atribuição desta conduta ao Membro e a sua responsabilidade diante da violação de normas da OMC; e (iii) quando a conduta é praticada por Empreendimentos Comerciais do Estado, nos termos do GATT, podendo ser atribuída ao respectivo Membro da OMC e gerando sua responsabilidade em caso de violação de normas da OMC.

3.3 Conduta privada no Acordo TBT

Como já mencionado, os Acordos da OMC vinculam apenas os governos Membros da Organização, o que cria algum nível de dificuldade para a configuração de responsabilidade dos Membros pela conduta de atores privados, tais como os entes que criam ou adotam standards privados. Entretanto, os Estados podem ser responsabilizados não apenas no contexto do direito internacional público e da prática do GATT, como visto, mas também por meio de outros Acordos da OMC, os quais, por exemplo, estabelecem obrigações específicas para os Membros em relação a entes não-governamentais. Já que esta tese aborda a responsabilidade de Membros da OMC no que se refere a standards privados, que podem configurar uma barreira não-tarifária ao comércio internacional, o estudo dos Acordos TBT e SPS é relevante neste aspecto.

Inicialmente, deve-se observar que a questão das barreiras técnicas não foi diretamente regulamentada no GATT 1947. Em princípio, pode-se afirmar que o princípio da nação mais favorecida (Artigo I) e o princípio do tratamento nacional (Artigo III) podem ser aplicados de modo a evitar que barreiras técnicas atuem como obstáculos ao comércio internacional, da mesma maneira se estas tomassem a forma de restrições quantitativas a importações (Artigo XI). O GATT 1947 já havia previsto a possibilidade de as Partes Contratantes restringirem o comércio internacional com fundamento em questões ambientais e sanitárias, por exemplo, como disposto no Artigo XX. No entanto, os desafios impostos pelas barreiras técnicas ao

comércio internacional não poderiam ser adequadamente transpostos pela regulamentação contida no GATT 1947²⁰¹.

A preocupação acerca de múltiplos standards nacionais divergentes aumentou após a Rodada Kennedy, que a década de 1960, quando as Partes começaram a enxergar essa multiplicidade de standards como uma barreira potencial ao comércio internacional e, portanto, a considerar sua harmonização. Com a conclusão da Rodada Tóquio, que ocorreu entre 1973 e 1979, o *Standards Code* surgiu com a finalidade, de modo geral, de proibir a discriminação e a proteção da produção doméstica por meio de especificações, regulamentos técnicos e standards, bem como da preparação, adoção e aplicação de regulações, especificações e standards de uma forma mais restritiva que o necessário. O *Standards Code* exigia, ainda, que os signatários baseassem suas medidas em standards internacionais, assim como colaborassem e cooperassem para a harmonização de tais normas²⁰².

Apesar de representar um avanço no disciplinamento de barreiras técnicas ao comércio internacional, o *Standards Code* continha diversas deficiências que dificultaram um combate efetivo a barreiras comerciais técnicas desnecessárias. Em primeiro lugar, o *Standards Code*, como outros acordos negociados ao longo da Rodada Tóquio, não vinculava todas as Partes Contratantes, o que gerou uma fragmentação normativa haja vista os países terem obrigações distintas. Além disso, havia uma grande elasticidade interpretativa, sobretudo em razão da ausência de critérios previstos no *Standards Code* que auxiliassem a identificação de obstáculos desnecessários ao comércio, que configurariam a utilização indevida de barreiras técnicas. Ademais, sob a égide do *Standards Code*, o ônus de provar o caráter protecionista ou mesmo a desnecessidade da medida cabia ao demandante, tarefa impraticável em razão da falta de parâmetros no acordo²⁰³.

Em relação aos produtos agrícolas, ficou evidente a deficiência do *Standards Code*, que não oferecia uma regulamentação adequada para medidas restritivas ao comércio internacional com a finalidade e proteção da saúde. Outro fator que gerou críticas ao *Standards Code* foi o fato de que este não abrangia os métodos de produção, tão somente os produtos finais, o que foi alvo de protestos por parte dos movimentos ambientalistas²⁰⁴.

Desse modo, na década posterior à Rodada Tóquio, havia um consenso de que o *Standards Code* havia falhado em atingir seu objetivo, assim como, durante a Rodada Uruguai, percebeu-se a necessidade de se estabelecer um Acordo de Medidas Sanitárias e

²⁰¹ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Op. Cit.*, p. 79-80.

²⁰² MARCEAU, Gabrielle; TRACHTMAN, Joel P. *Op. Cit.*, p. 354-355.

²⁰³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Op. Cit.*, p. 188-189.

²⁰⁴ *Idem.*

Fitossanitárias (que veio a ser o Acordo SPS), e da sua aplicação de forma multilateral. Enquanto nas negociações iniciais na Rodada Uruguai a intenção era de se adicionar uma regulamentação mais rígida acerca de medidas sanitárias e fitossanitárias ao *Standards Code*, um Grupo de Trabalho paralelo, designado para elaborar um projeto de Acordo SPS, afirmou que não era conveniente que seus dispositivos fossem incorporados ao Acordo TBT (que viria substituir o *Standards Code*)²⁰⁵.

Sendo assim, com o fim da Rodada Uruguai e a formação da OMC, passaram a incorporar o arcabouço normativo da Organização os Acordos TBT e SPS. Por ora, a tese dedica-se ao estudo do Acordo TBT, em particular sobre as medidas abrangidas pelo seu escopo de aplicação e sobre seus principais dispositivos. Destaca-se, neste estudo, o possível alcance das medidas previstas no Acordo TBT a standards privados.

No que diz respeito ao âmbito de incidência do Acordo TBT, seus dispositivos aplicam-se a três tipos de medidas: (i) regulamentos técnicos (Anexo 1.1); (ii) standards (Anexo 1.2); e (iii) procedimentos de avaliação da conformidade (Anexo 1.3).

O primeiro parágrafo do Anexo 1 define regulamento técnico como documento que enuncia as características de um produto ou os processos e métodos de produção a ele relacionados, incluídas as disposições administrativas aplicáveis, cujo cumprimento é obrigatório. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção.

Nesse sentido, é importante destacar que a maioria dos standards privados estabelece requisitos relacionados ao processo de produção a fim de atingir objetivos tais como a proteção do meio ambiente, bem-estar animal e comércio justo, os quais não necessariamente apresentam um efeito nas características físicas de um produto. Dessa forma, standards privados poderiam estar enquadrados na primeira parte da definição de regulamento técnico se o termo “processos e métodos de produção a ele relacionados” (PPMs, sigla para o termo em inglês *Process and Production Methods*) incluir aqueles que não apresentem um impacto nas características físicas do produto²⁰⁶.

Sendo assim, deve-se determinar o significado dessa expressão a fim de avaliar se PPMs não-relacionados ao produto estão acobertados pela definição de regulamento técnico contida no Anexo 1.1 do Acordo TBT. Nesse contexto, o caso *EC – Seal Products* foi a

²⁰⁵MARCEAU, Gabrielle; TRACHTMAN, Joel P. *Op. Cit.*, p. 355-356.

²⁰⁶VAN DER ZEE, Eva. Disciplining Private Standards Under the SPS and TBT Agreement: A Plea for Market-State Procedural Guidelines'. *Journal of World Trade*, 52, nº 3, 2018, pp. 393-414, p. 404.

primeira disputa a oferecer uma perspectiva sobre esse tema. A medida contestada neste litígio foi o banimento, por parte da União Europeia, da importação e da venda de focas e produtos de foca. O *EC Seal Regime*, contudo, permitia a colocação no mercado de produtos de foca resultados de caça tradicionalmente desenvolvido pelos Inuit e por outras comunidades nativas a fim de contribuir para a sua subsistência.

Segundo o Órgão de Apelação no caso *EC – Seal Products*, a referência a “processos e métodos de produção a ele relacionados” indicava que o objeto de um regulamento técnico poderia consistir em um processo ou método de produção relacionado às características do produto. O Órgão de Apelação acrescentou que, para determinar se uma medida estabelece PPMs relacionados ao produto, o Órgão de Solução de Controvérsias teria que demonstrar a existência de umnexo suficiente entre os processos e métodos de produção prescritos na medida e as características de um produto²⁰⁷.

O Órgão de Apelação não aprofundou sua interpretação acerca da possibilidade de o *EU Seal Regime* estabelecer PPMs relacionados ao produto nos termos do Anexo 1.1 do Acordo TBT, uma vez que essa questão não foi explorada pelo *Panel* nem os demandantes haviam focado nesse tópico em sua postulação²⁰⁸. Dessa forma, a extensão desse “nexo suficiente” entre um PPM e as características do produto exigido para que uma medida se configure como um regulamento técnico permanece incerta.

Considerando esta interpretação (de relação com as características do produto), parece razoável afirmar que apenas PPMs relacionados ao produto são acobertadas pelo Acordo TBT nos termos da primeira frase da definição de regulamento técnico. Isso excluiria os PPMs não-relacionados ao produto, que não deixam vestígios físicos no produto final, do âmbito da definição de regulamento técnico contida no Anexo 1.1.

O histórico de negociação do Acordo TBT parece embasar esse entendimento. O *StandardsCode*, concluído no fim da Rodada Tóquio, não cobria qualquer tipo de PPM, independentemente de ser ou não relacionado ao produto. Isso mudou quando, durante a Rodada Uruguai, o México propôs a inserção da expressão “a ele relacionados” após “processos e métodos de produção”, com a finalidade de excluir PPMs não-relacionados ao produto do âmbito de aplicação do Acordo TBT. A proposta do México foi adotada no final do texto do Acordo TBT, o que fortalece o argumento de que PPMs não-relacionadas ao

²⁰⁷Appellate Body Reports, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adopted 18 June 2014, DSR 2014:I, par. 5.12.

²⁰⁸*Ibidem*, par. 5.67-5.69.

produto não estão abrangidos pela definição de regulamento técnico nos termos da primeira frase do Anexo 1.1 do Acordo TBT²⁰⁹.

No entanto, o status de PPMs não-relacionados ao produto no âmbito do Acordo TBT ainda é controverso, em particular porque a definição de regulamento técnico contida em seu Anexo 1.1 não se limita à primeira frase do dispositivo. A definição de regulamento técnico, nos termos do Anexo 1.1, continua a partir da segunda frase, que estabelece que um regulamento técnico “poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção”.

De acordo com o Órgão de Apelação no caso *EC – Asbestos*, a segunda frase é uma exemplificação da primeira, que define o regulamento técnico como um documento que estabelece características do produto. O relatório do Órgão de Apelação enfatiza que as características de um produto incluem os aspectos, as qualidades, os atributos ou outros sinais distintivos objetivamente definíveis de um produto. A terminologia, os símbolos, os requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem constituiriam, na visão do Órgão de Apelação, exemplos de características dos produtos, conforme a primeira frase da definição de regulamento técnico contida no Anexo 1.1. O Órgão de Apelação prosseguiu em sua interpretação para afirmar que tais exemplos indicam que as características do produto não abrangem apenas aspectos e qualidades intrínsecas ao produto em si, mas também as características relacionadas, como os meios de identificação, a apresentação e a aparência do produto²¹⁰.

O Órgão de Apelação então entendeu que “terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem”, como disposto na segunda frase do Anexo 1.1 do Acordo TBT, são, em verdade, características do produto, como ficou ressaltado também no caso *EC – Trademarks and Geographical Indications*. Nessa disputa, o *Panel* seguiu o posicionamento do Órgão de Apelação firmado no caso *EC – Asbestos*, e determinou que o rótulo em um produto é uma característica desse produto, o que significa que um documento

²⁰⁹WTO SECRETARIAT. **Negotiating History of the Coverage of the Agreement on Technical Barriers to Trade with regard to Labeling Requirements, Voluntary Standards, and Processes and Production Methods Unrelated to Product Characteristics**, WT/CTE/W/10 (29 August, 1995), par. 146-147.

²¹⁰Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*. *Op. Cit.*, par. 67.

que enuncia uma exigência acerca de um detalhe que deve estar contido em um rótulo de um produto, em verdade, um documento que enuncia uma característica do produto²¹¹.

Um aspecto relevante no que concerne PPMs não-relacionados ao produto e a segunda frase da definição de regulamento técnico é que o dispositivo não utiliza o termo “relacionado a” quando se refere a “terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção”. Como já discutido, a primeira frase da definição de regulamento técnico, que trata de documentos que enunciam características do produto ou os PPMs a eles relacionados, parece ter excluído PPMs não-relacionados ao produto. No entanto, no que diz respeito a “terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem”, o dispositivo não menciona os PPMs relacionados, o que faz surgir a interpretação de que, quanto a “terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem”, o regulamento técnico pode abranger tanto os PPMs relacionados quanto os não-relacionados ao produto²¹².

Este entendimento cria duas situações distintas a respeito da aplicação do Acordo TBT a PPMs não-relacionados ao produto. Segundo tal interpretação, se um documento estabelece requisitos não relacionados ao produto por meio de rotulagem deste produto, por exemplo, o documento pode ser qualificado como um regulamento técnico sob o Acordo TBT; contudo, se os mesmos requisitos forem impostos sem essa rotulagem, por exemplo, o documento não seria uma medida abarcada pelo Acordo TBT²¹³.

Apesar dessa controvérsia, em conformidade com a terminologia utilizada no Anexo 1.1 do Acordo TBT e com a interpretação do Órgão de Apelação sobre o tema, não é necessário que os PPMs estabelecidos em terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem sejam relacionados ao produto. Desse modo, é razoável afirmar que um standard privado cujos requisitos sejam baseados em PPMs não-relacionados ao produto, como os que envolvem proteção ambiental ou segurança alimentar, podem ser enquadrados na segunda parte da definição de regulamento técnico presente no Anexo 1.1 do Acordo TBT.

Após a análise quanto ao aspecto de característica do produto na definição de regulamento técnico sob o Acordo TBT, como debatido acima, ainda há dois elementos que compõem a definição desse tipo de medida, como indicado pelo Órgão de Apelação na

²¹¹Panel Reports, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS290/R (Australia) / WT/DS174/R (US), adopted 20 April 2005, DSR 2005:VIII, p. 3499 / DSR 2005: X, par. 7.449; 7.451.

²¹²MARCEAU, Gabrielle Zoe; TRACHTMAN, Joel P. *Op. Cit.*, p. 421.

²¹³KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 280.

disputa *EC – Asbestos*²¹⁴. Nesse caso, a medida em questão consistiu em um banimento de amianto e, em regra, de produtos contendo amianto. O Órgão de Apelação então, considerando a medida como um todo, fornece algumas considerações a fim de identificar se uma medida é um regulamento técnico. Em primeiro lugar, para uma medida ser tratada como um regulamento técnico, esta deve enunciar as características de um produto, como já examinado acima²¹⁵.

Em segundo lugar, exige-se ainda que a medida seja aplicável a um produto ou grupo de produtos identificável, que permite o cumprimento do regulamento. O Órgão de Apelação frisou, todavia, que isso não significa que um regulamento técnico deve-se aplicar a produtos dados que estão de fato nomeados, identificados ou especificados no regulamento. Nesse sentido, o Órgão de Apelação acrescentou que, embora o Acordo TBT claramente se aplique a produtos de forma geral, nada no texto do Acordo sugere que esses produtos necessitam ser nomeados ou de outro modo expressamente identificados em um regulamento técnico²¹⁶.

Esse entendimento também foi adotado na disputa *EC – Sardines*, na qual a medida em deslinde se tratava de uma regulação da União Europeia que estabelecia várias prescrições para a venda de sardinhas preservadas, inclusive uma exigência que o produto vendido sob o nome “sardinhas preservadas” contivesse apenas uma espécie de sardinha (*Sardina pilchardus Walbaum*), o que excluiria outras espécies, como a *Sardinops sagax*. Nesse contexto, o Órgão de Apelação declarou que uma medida que não identifica de forma expressa os produtos aos quais se aplica ainda poderia ser considerada “aplicável a produtos identificáveis”, e caracterizada como um regulamento técnico. Neste caso, o Órgão de Apelação entendeu que o produto era identificável porque o cumprimento da regulação europeia havia de fato levado à proibição da rotulagem de *Sardinops sagax* como “sardinhas preservadas”²¹⁷.

O terceiro e último aspecto a ser analisado a fim de se reconhecer uma medida como regulamento técnico decorre da obrigatoriedade de seu cumprimento. Este é um elemento-chave para que se possa examinar se um standard privado pode ser considerado um regulamento técnico, já que, em princípio, um standard privado consiste em um conjunto de regras voluntárias normalmente relacionadas a objetivos sociais. A natureza compulsória de um regulamento técnico é também o aspecto principal na sua definição, nos termos do Anexo

²¹⁴Este teste separado em três etapas também foi aplicado no relatório do Órgão de Apelação em: Appellate Body Report, *European Communities – Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002, DSR 2002:VIII, par. 176.

²¹⁵VAN DEN BOSSCHE, Peter; ZDOUC, Werner. **The Law and Policy of the World Trade Organization: text, cases and materials**. Cambridge University Press, 2017, p. 889.

²¹⁶Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*. *Op. Cit.*, par. 70.

²¹⁷ VAN DEN BOSSCHE, Peter; ZDOUC, Werner. *Op. Cit.*, p. 891.

1.1 do Acordo TBT, uma vez que esta característica o distingue de um standard, medida também acobertada pelo Acordo TBT, cujo cumprimento é voluntário.

Nesse sentido, é importante investigar em que circunstâncias uma medida será considerada de cumprimento compulsório nos termos do Acordo TBT. O Órgão de Apelação elucidou esta questão na disputa *EC – Asbestos*, em que estabeleceu que um regulamento técnico deve regulamentar as características de produtos de uma forma vinculante ou obrigatória. O Órgão de Apelação prosseguiu com seu posicionamento sobre o tema, afirmando que, no que diz respeito a produtos, um regulamento técnico tem o efeito de prescrever ou impor uma ou mais características – aspectos, qualidades, atributos ou outro sinal distintivo²¹⁸.

Na disputa *US – Tuna II (Mexico)*, o Órgão de Apelação examinou a natureza compulsória de exigências de rotulagem para produtos de atum determinadas pelos Estados Unidos. Como demandante no litígio, o México arguiu que as medidas adotadas pelos Estados Unidos se qualificavam como regulamentos técnicos, já que efetivamente proibiam a rotulagem de produtos de atum como “seguro para golfinhos” se as condições específicas para conferir tal rótulo não fossem preenchidas. Os Estados Unidos argumentaram que as medidas não eram compulsórias, não podendo ser consideradas regulamentos técnicos portanto, uma vez que não proibiam a venda de produtos de atum que não cumprissem com os requisitos estabelecidos pela rotulagem “seguro para golfinhos” no mercado dos Estados Unidos²¹⁹.

No que concerne a essa discussão, o Órgão de Apelação ressaltou que o texto do Anexo 1.1 do Acordo TBT não utiliza os termos “mercado” ou “território”, nem indica que a rotulagem será considerada compulsória apenas se consistir em uma exigência para colocação do produto no mercado para venda. O Órgão de Apelação frisou, portanto, que o mero fato de não existir uma exigência de utilização de um rótulo para que um produto seja disponibilizado à venda no mercado não obsta que uma medida seja caracterizada como um regulamento técnico nos termos do Anexo 1.1 do Acordo TBT. Na verdade, segundo a interpretação do Órgão de Apelação no contexto do caso em deslinde, apesar de ser possível vender produtos de atum sem o rótulo de “seguro para golfinhos” nos Estados Unidos, qualquer produtor, importador, exportador, distribuidor ou vendedor de produtos de atum teria que cumprir os

²¹⁸ Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*. *Op. Cit.*, par. 68.

²¹⁹ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 252.

requisitos da medida em questão para anunciar que um produto é, de fato, seguro para golfinhos²²⁰.

No entanto, o Órgão de Apelação também concluiu que o fato de requisitos de rotulagem consistirem em critérios ou condições que devem ser cumpridas para o uso de um determinado rótulo não significa que a medida, exclusivamente por este motivo, seria um regulamento técnico nos termos do Anexo 1.1 do Acordo TBT. A fim de determinar se esses requisitos de rotulagem constituem um regulamento técnico é necessário analisar as características da medida em questão e as circunstâncias do caso²²¹.

O Órgão de Apelação considerou que, em algumas situações, é insuficiente, para qualificar uma medida como um regulamento técnico, determinar se as condições que devem ser preenchidas para o uso de um rótulo são compulsórias ou vinculantes e obrigatórias. É necessário então considerar as características adicionais da medida para determinar sua regulamentação no âmbito do Acordo TBT. Este exercício envolve, normalmente, a consideração dos seguintes aspectos: 1) se a medida consiste em uma legislação ou uma regulação promulgada por um Membro da OMC; 2) se a medida prescreve ou proíbe uma conduta específica; 3) se a medida estabelece requisitos específicos cuja única atribuição é lidar com um determinado assunto; e 4) a natureza do assunto tratado na medida²²².

De volta à análise da disputa *US – Tuna II (Mexico)*, o Órgão de Apelação notou que a medida dos Estados Unidos era composta de atos legislativos e regulatórios de autoridades federais dos Estados Unidos e incluía, ainda, disposições administrativas. Além disso, a medida em questão estabelecia uma definição única e prevista em lei de produtos de atum “seguros para golfinhos” e não permitia o uso de outros rótulos em produtos de atum com tal finalidade que não satisfizessem os requisitos dessa definição. A medida então prescrevia, de forma ampla e restritiva, as condições aplicáveis para qualificação de um produto de atum como “seguro para golfinhos”, independentemente do modo em que tal declaração fosse feita. Consequentemente, a medida cobria todas as possibilidades de significado para um produto de atum “seguro para golfinhos”. Diante desses fatores, a medida em análise foi considerada como um regulamento técnico nos termos do Anexo 1.1 do Acordo TBT²²³.

Outra questão relevante que surge durante a abordagem acerca da natureza compulsória de um regulamento técnico é a forma em que a medida se faz obrigatória, uma

²²⁰Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 13 June 2012, DSR 2012:IV, par. 196.

²²¹*Ibidem*, par. 187-188.

²²²*Ibidem*, par. 188.

²²³*Ibidem*, par. 199.

vez que tal aspecto não está claro na definição de regulamento técnico no Anexo 1.1 do Acordo TBT. A forma mais fácil de se identificar a natureza compulsória de uma medida é quando esta é veiculada por meio da legislação, quando é, portanto, obrigatória *de jure*. No entanto, os termos da definição de regulamento técnico não parecem excluir medidas compulsórias *de facto*, aquelas que, na prática, são de cumprimento obrigatório²²⁴.

Na disputa *US – Tuna II (Mexico)*, em que também se discutiu essa questão, concluiu-se que as medidas adotadas pelos Estados Unidos eram compulsórias *de jure*. É importante, contudo, apontar o posicionamento do *Panelist* divergente sobre tal matéria, que se opôs à qualificação das medidas como compulsórias *de jure* e, diante disso, investigou se elas poderiam ser consideradas obrigatórias *de facto*.

O *Panelist* divergente observou que, para uma medida ser considerada compulsória *de facto*, esta teria que preencher os requisitos de um teste de duas etapas: 1) deve ser praticamente impossível para um produto entrar no mercado sem o rótulo e 2) a impossibilidade de acesso ao mercado deve ter sido causada pela conduta do Membro e não a fatores externos de mercado. O *Panelist* então concluiu que os obstáculos à comercialização de produtos de atum sem o selo “seguros para golfinhos” no mercado dos Estados Unidos derivavam da conduta de atores privados, e não da política pública dos Estados Unidos. O *Panelist* concordou com o argumento dos Estados Unidos de que existem decisões tomadas por atores privados que não necessariamente envolvem a participação do governo, e, desta forma, como normas voluntárias, não deveriam ser consideradas regulamentos técnicos²²⁵.

Na opinião vencida deste *Panelist*, exige-se o envolvimento governamental na medida de obstaculização de acesso ao mercado de produtos que não preenchem determinados requisitos para a configuração de tal medida como um regulamento técnico. Apesar deste posicionamento não ter predominado no Órgão de Apelação, a exigência de envolvimento do governo na medida é um aspecto importante para ser considerado acerca da possível configuração de um standard privado como regulamento técnico.

Embora standards privados não sejam compulsórios *de jure* via de regra, eles podem-se tornar compulsórios *de facto* quando o cumprimento de seus requisitos for o único ou praticamente o único meio para o produtor acessar determinados mercados. Nesse sentido, deve-se investigar, a exemplo da interpretação do *Panelist* acima mencionado, se uma medida somente pode ser considerada compulsória *de facto* se esta envolver a conduta do governo.

²²⁴ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 253.

²²⁵ ARCURI, Alessandra. Back to the Future: US – Tuna II and the New Environment-Trade Debate. **European Journal of Risk Regulation**, Vol. 3, Issue 2, June 2012, pp. 177-189, p. 186-187.

Nesse contexto, é importante levar em consideração que o Órgão de Apelação não enfrentou essa questão, logo não é possível, especialmente diante da atual inativação do Órgão, saber qual seria seu posicionamento sobre a exigência de envolvimento governamental em uma medida privada a fim de caracterizá-la como obrigatória e, preenchidos outros requisitos, como um regulamento técnico. No entanto, tal questionamento tem sido debatido pela doutrina.

Por um lado, considerando que a definição de regulamento técnico do Anexo 1.1 do Acordo TBT parece incluir medidas compulsórias *de facto*, alguns estudiosos argumentam que standards privados amplamente aceitos e demandados no mercado, portanto “obrigatórios” para o acesso a determinados mercados, deveriam ser qualificados como regulamentos técnicos e assim abrangidos pelo Acordo TBT²²⁶. Excluir standards privados que, apesar de não receberem um apoio governamental, de fato limitam o acesso a mercados do escopo de aplicação do Acordo TBT acabaria por colocar em xeque o principal objetivo do Acordo, qual seja, garantir que medidas técnicas não criem obstáculos desnecessários ao comércio internacional²²⁷.

Por outro lado, há uma corrente que entende que apenas standards privados que recebam um apoio ou incentivo substancial do governo, suficiente para torná-los obrigatórios *de facto* no mercado de um Membro da OMC, poderiam ser definidos como regulamentos técnicos²²⁸. Este posicionamento encontra-se alinhado à visão do *Panelist* divergente da disputa *US – Tuna II (Mexico)*, que exige, para a configuração de uma medida como compulsória *de facto*, o envolvimento do Membro para a limitação do acesso a mercados.

A análise do relatório do *Panel* na disputa *US – COOL* parece ser também relevante a esse respeito. A medida em questão se tratava de um sistema de país de origem para determinados produtos de carne adotado pelo Estados Unidos, o qual, de acordo com os demandantes, Canadá e México, restringia suas exportações. A demanda fundamentou-se, entre outros aspectos, em uma carta enviada pelo Secretário de Agricultura dos Estados Unidos, Thomas J. Vilsack (carta Vilsack), sugerindo três práticas adicionais voluntárias a serem seguidas pela indústria local. O *Panel* observou que a carta Vilsack não era compulsória *de facto*, já que a “ameaça” para a adoção de recomendações voluntárias não se materializou na prática²²⁹.

²²⁶ WLOSTOWSKI, Tomasz. *Op. Cit.*, p. 219.

²²⁷ VAN DER ZEE, Eva. *Op. Cit.*, p. 406.

²²⁸ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, p. 254.

²²⁹ *Idem*.

Deve-se notar que não está claro se o *Panel*, no referido caso, exigia uma “pressão” ou “incentivo” governamental significativo para qualificar a medida como compulsória *de facto*. No caso, as recomendações veiculadas na carta Vilsack não eram obrigatórias na prática, ou seja, a indústria não era de fato compelida a cumprir com as recomendações para desenvolver suas atividades de forma adequada.

De toda forma, na disputa *US – COOL*, rejeitou-se o argumento de que a carta Vilsack era *de facto* compulsória porque não se demonstrou sua real obrigatoriedade para o setor industrial. Não há, nesta disputa ou na jurisprudência da OMC, um posicionamento claro em relação à identificação de uma medida *de facto* compulsória no contexto do Acordo TBT, em particular no que se refere à necessidade ou não de um envolvimento governamental significativo para que uma medida seja considerada obrigatória *de facto* de acordo com a definição de regulamento técnico contida no Anexo 1.1 do Acordo.

Entretanto, no que diz respeito à natureza compulsória do regulamento técnico, os fundamentos adotados na disputa *US – Tuna II (Mexico)*, mencionados anteriormente, parecem ser contrários à configuração de standards privados como regulamentos técnicos. O Órgão de Apelação indica, no referido caso, que um regulamento técnico deve estabelecer condições compulsórias ou vinculantes e obrigatórias que devem ser cumpridas a fim de se utilizar um rótulo. Uma vez que tais características são normalmente atribuídas a atos governamentais, parece improvável que uma medida pudesse ser compulsória, nesses termos, ainda que *de facto*, por outros meios que não por ação governamental

Outro aspecto presente no relatório do Órgão de Apelação na disputa *US – Tuna II (Mexico)* que fundamenta o argumento de que um regulamento técnico pressupõe uma ação governamental relaciona-se à exigência de se considerar características adicionais da medida a fim de qualificá-la como regulamento técnico ou standard. Segundo o Órgão de Apelação, este exercício pode envolver a análise acerca do modo de apresentação da medida, se por legislação ou regulação promulgada por um Membro da OMC²³⁰.

Sendo assim, o envolvimento de um Membro da OMC na medida parece ser essencial para qualificá-la como um regulamento técnico. Nesse sentido, parece improvável que um standard privado, mesmo que amplamente aceito e aplicado por atores do mercado, possa entrar no âmbito de aplicação de um regulamento técnico nos termos do Anexo 1.1 do Acordo TBT. Diante disso, é relevante avaliar se um standard privado poderia ser acobertado pelo Acordo TBT como uma medida descrita como standard.

²³⁰Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*. *Op. Cit.*, par. 188.

O Acordo TBT define standard, no seu Anexo 1.2, como um documento aprovado por uma instituição reconhecida que fornece, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para produtos ou processos e métodos de produção relacionados, cujo cumprimento não é obrigatório. Poderá também tratar parcial ou exclusivamente de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção.

É importante mencionar que o Acordo TBT adota as definições contidas no Guia ISO/IEC quando aplicáveis e não forem inconsistentes com as descritas no próprio Acordo. Deve-se observar que, conforme a Nota Explicativa ao Anexo 1.2, há algumas distinções cruciais entre o Guia ISO/IEC 2 e o Acordo TBT no que concerne à definição de standard. A Nota Explicativa indica que o Guia ISO/IEC 2 cobre produtos, processos e serviços, enquanto o Acordo TBT lida apenas com regulamentos técnicos, standards e procedimentos de avaliação de conformidade relacionados a produtos ou processos e métodos de produção. A Nota prossegue e explica que, segundo o Guia ISO/IEC 2, standards podem ser compulsórios ou voluntários, porém, para o Acordo TBT, standards são sempre medidas voluntárias, enquanto regulamentos técnicos são obrigatórios. Por fim, a Nota enfatiza que, sob o prisma do Guia ISO/IEC 2, standards criados pela comunidade internacional de normalização são baseados em consenso, mas o Acordo TBT não restringe a sua aplicação a standards baseados em consenso.

Apesar de a definição de standard contida no Anexo 1.2 do Acordo TBT não ter sido ainda interpretada pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, deve-se ressaltar que a terminologia é praticamente idêntica àquela adotada para a definição de regulamento técnico, pelo que se conclui que os referidos dispositivos devem ser interpretados da mesma forma quanto às suas similaridades. O critério decisivo para distinguir um standard de um regulamento técnico reside na natureza voluntária do primeiro.

É essencial esclarecer, a fim de averiguar se standards privados podem ser qualificados como standards nos termos do Acordo TBT, se eles são desenvolvidos por órgãos reconhecidos, como exigido pelo Anexo 1.2 do Acordo. Nesse sentido, deve-se analisar se entidades que criam standards privados poderiam estar enquadradas na categoria de instituições normalizadoras não-governamentais prevista no Acordo TBT.

O Acordo TBT define o termo “instituições não-governamentais” por exclusão da definição de instituições governamentais centrais e locais, que se encontram descritas no Anexo 1. Segundo o Anexo 1.8 do Acordo TBT, uma instituição não-governamental é uma instituição que não seja do governo central, nem instituição pública local, inclusive uma

instituição não governamental legalmente habilitada para fazer cumprir um regulamento técnico.

A definição de instituição não governamental formulada pelo Acordo TBT parece bastante ampla e, em um primeiro momento, é difícil precisar se esta poderia abranger instituições cuja atividade é eminentemente privada. Embora uma interpretação literal do termo “instituição não-governamental” pareça incluir entidades privadas, tais como empresas, conglomerados e fundações, seu significado sob o Acordo TBT não é unânime na doutrina²³¹.

Uma corrente doutrinária aduz que a definição contida no Anexo 1.8 do Acordo TBT parece indicar que esta engloba não apenas instituições normalizadoras clássicas, mas também aquelas que criam standards de forma ocasional, enquanto exercem outras atividades precipuamente²³². Esta interpretação parece encontrar amparo na história da negociação do Acordo TBT. Na Nota Explicativa à definição de standard no texto do Acordo TBT durante a Rodada Tóquio, esclarece-se que a definição de standard não abrange especificações legais preparadas por uma empresa individual para cumprir exigências de sua própria produção ou consumo. Tal exclusão, todavia, não consta do texto final do Acordo TBT, o que implica afirmar que a intenção dos Membros era conferir uma definição mais ampla a instituições normalizadoras não-governamentais que a previamente concedida no texto anterior²³³.

Deve-se notar, contudo, que esta interpretação encontra posicionamentos contrários, os quais atribuem uma visão mais restrita à definição de instituições não-governamentais. Argumenta-se que a definição de instituições não-governamentais está intimamente relacionada à sua “habilitação legal para fazer cumprir um regulamento técnico”, como disposto no Anexo 1.8 do Acordo TBT. Sob o prisma dessa interpretação mais restritiva, uma entidade apenas seria considerada uma instituição não-governamental, nos termos do Anexo 1.8, se envolvida com o processo de regulamentos técnicos, cujo cumprimento é obrigatório²³⁴.

Apesar de se tratar de uma interpretação plausível e razoável, em especial diante dos termos vagos utilizados no Anexo 1.8, parece improvável que a definição pretendesse excluir instituições não-governamentais relacionadas a exigências técnicas voluntárias do escopo de aplicação do Acordo TBT. A mera referência a instituições “legalmente habilitadas para fazer

²³¹ WLOSTOWSKI, Tomasz. *Op. Cit.*, p. 225.

²³² ARCURI, Alessandra. The TBT Agreement and private standards. EPPS, Tracey; TREBILCOCK, Michael (Eds.) **Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade**, Edward Elgar Publishing, 2013, 485-524, p. 505.

²³³ *Idem.*

²³⁴ SCOTT, Joanne. **The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures – A Commentary**. Oxford University Press, 2007, p. 32-33.

cumprir um regulamento técnico” não exclui, *per se*, instituições normalizadoras privadas da definição de instituições não-governamentais disposta no Anexo 1.8 do Acordo TBT. A inclusão dessa frase parece muito mais frisar que instituições, mesmo dissociadas do governo, mas envolvidas no processo de criação, adoção ou implementação de regulamentos técnicos não foram “negligenciadas” pelo Acordo, e se encontram na categoria de instituições não-governamentais.

Sendo assim, a interpretação de que a definição de instituições não-governamentais, em princípio, parece incluir instituições privadas é consentânea não apenas com o histórico de negociação do Acordo TBT sobre a questão, mas também com o fato de que o Acordo abrange a atividade de instituições não-governamentais envolvidas com regulamentos técnicos e, ainda, standards. A inclusão de instituições não-governamentais no Acordo TBT, na realidade, indica os esforços de se incluir todos os atores envolvidos a fim de maximizar a efetividade do Acordo na regulação de potenciais barreiras técnicas ao comércio internacional.

No que diz respeito à definição de standard, o Acordo TBT determina, ainda, que este seja criado por uma instituição reconhecida, o que leva ao questionamento acerca da possível qualificação de instituições normalizadoras privadas como “instituições reconhecidas” nos termos do Anexo 1.2. Nesse sentido, deve-se analisar que tipo de reconhecimento é demandado pelo Acordo TBT.

Por um lado, é possível argumentar que é necessário que a instituição normalizadora seja reconhecida pelo próprio Membro da OMC, uma vez que a adoção de um standard proveniente deste tipo de instituição pode acarretar a obrigação do Membro de tomar medidas razoáveis para garantir o cumprimento do Acordo TBT conforme disposto no Artigo 4 do Acordo, ainda a ser abordado neste subcapítulo. Por outro lado, a fim de melhor corresponder ao objetivo do Acordo TBT de evitar obstáculos desnecessários ao comércio internacional, é razoável considerar o reconhecimento amplo das atividades normalizadoras da instituição pelo mercado como suficiente para qualificação de um standard segundo o Anexo 1.2 do Acordo TBT²³⁵.

Conforme esta segunda abordagem, portanto, pode-se defender que instituições normalizadoras privadas que criam standards amplamente aceitos nas cadeias de mercado são abrangidas pelo Acordo TBT. Essa abordagem fornece maior efetividade ao Acordo TBT, em

²³⁵BOHANES, Jan; SANDFORD, Iain. The (untapped) potential of WTO rules to discipline private trade-restrictive conduct. **Society of International Economic Law**, Online Proceedings, Working Paper nº 56/08, Inaugural Conference, Geneva, July 15-17, 2008, p. 33.

particular no que concerne a eventuais efeitos restritivos ao comércio internacional decorrentes das atividades de instituições normalizadoras privadas.

Deve-se destacar, ainda, o histórico de negociações relativas à criação do atual Código de Boas Práticas, disposto no Anexo III do Acordo TBT. Os documentos que relatam as discussões acerca da criação e implementação de um Código de Boas Práticas demonstram que as então Partes Contratantes mencionaram diversas vezes os termos “standards privados”, “instituições privadas” e “setor privado” no contexto de normalização²³⁶.

É possível argumentar que a intenção original das Partes, ao debater e negociar os termos do Código de Boas Práticas, não considerasse as atividades desempenhadas por instituições normalizadoras privadas. Mesmo esse argumento não significa, contudo, que tal interpretação seja a mais adequada no presente caso, em especial porque esta colocaria em xeque uma parte substancial da efetividade do Acordo TBT em eliminar barreiras técnicas desnecessárias ao comércio internacional. Um contraponto plausível a este entendimento seria uma interpretação evolutiva do Acordo TBT, ao expandir seu âmbito de incidência a instituições normalizadoras privadas, a fim de efetivamente materializar o objetivo principal do Acordo²³⁷.

Um forte argumento favorável à inclusão de instituições normalizadoras privadas na esfera de aplicação do Acordo TBT são os comentários feitos pelas Partes, transcritos nos mencionados documentos que mostram o histórico de negociação do Código de Boas Práticas. Das ponderações feitas pelas Partes, não parece haver uma exclusão de entidades privadas da definição de instituições normalizadoras. As Partes, em verdade, afirmam que iriam consultar instituições normalizadoras privadas localizadas em seus territórios a fim de analisar uma possível implementação do Código de Boas Práticas. Em outras ocasiões, as Partes argumentam que é importante expandir o escopo de aplicação do Código de Boas Práticas a todas instituições não-governamentais que desenvolvessem atividades normalizadoras.

Desse modo, a tese defende a aplicação do Acordo TBT a standards preparados e adotados por instituições normalizadoras privadas, em particular, na forma de standards nos termos do Anexo 1.2 pelos argumentos já expostos. Deve-se ressaltar que este posicionamento corrobora o fundamento basilar de que o Acordo TBT, como negociado pelas

²³⁶ Documentos encontrados no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob as seguintes identificações: TBT/W/93 (Paragraph “J”), TBT/W/117 (Paragraph “F”), TBT/W/122 (Paragraph “F”), TBT/W/130 (Paragraph “G”), TBT/W/131 (Paragraph “F”). Acesso em: 22 jan. 2020.

²³⁷No que diz respeito à aplicação da interpretação evolutiva, em particular no que se refere a standards privados, ver o subcapítulo sobre conduta privada no Acordo SPS, especialmente quando se discute a interpretação evolutiva do Anexo A.1 do Acordo SPS, que estabelece a definição de medidas SPS.

Partes, tem como missão efetivamente promover a eliminação de barreiras técnicas desnecessárias ao comércio internacional a partir da abrangência de todos os atores envolvidos nesse processo, o que inclui instituições normalizadoras privadas.

Após discutir a questão do enquadramento de standard privado como uma medida acobertada pelo Acordo TBT na forma de um regulamento técnico ou de um standard, é importante destacar que o Acordo TBT, como já elucidado, aplica-se não apenas a essas medidas, mas também a procedimentos de avaliação de conformidade. O Anexo 1.3 define o procedimento de avaliação de conformidade como qualquer procedimento utilizado direta ou indiretamente para determinar que as prescrições pertinentes de regulamentos técnicos ou normas são cumpridos. A Nota Explicativa a esse dispositivo informa que os procedimentos de avaliação de conformidade incluem, por exemplo, procedimentos para amostragem, teste e inspeção, avaliação, verificação e garantia de conformidade, registro, credenciamento e homologação, bem como suas combinações.

Todas essas medidas abrangidas pelo Acordo TBT são, de forma geral, submetidas ao Artigo 2, que representa o núcleo normativo mais importante do Acordo. O Artigo 2.1 do Acordo TBT requer um tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional e a produtos similares originários de outros países, incorporando os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida respectivamente.

O Acordo TBT não contém um dispositivo de exceção a essas obrigações, à semelhança do previamente abordado Artigo XX do GATT. Isso porque o Acordo TBT alça o que era exceção no GATT à categoria de direito; no preâmbulo, parágrafo 6º, do Acordo TBT consta que os Membros reconhecem o direito dos países de adotar um nível apropriado de proteção, desde que não seja exercido de modo a constituir uma discriminação arbitrária ou injustificável nem uma restrição disfarçada ao comércio internacional e, de forma geral, respeite os demais dispositivos do Acordo.

O Órgão de Apelação teve a oportunidade de abordar a questão das obrigações de tratamento nacional e da nação mais favorecida, assim como dos “produtos similares”, no contexto do Acordo TBT na disputa *US – Clove Cigarettes*. O caso envolveu a demanda da Indonésia relativa a uma medida dos Estados Unidos de proibição de cigarros com sabores característicos, além de tabaco ou mentol²³⁸.

Na análise dessa disputa, o Órgão de Apelação lembrou que o Acordo TBT não fornece uma lista de exceções às obrigações de tratamento nacional e da nação mais

²³⁸Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, DSR 2012:XI, par. 1.

favorecida à semelhança do Artigo XX do GATT. O Órgão de Apelação observou que o ponto de equilíbrio almejado pelo preâmbulo do Acordo TBT localiza-se entre a busca pela liberalização comercial e o direito de regulação dos Membros; este equilíbrio não se diferencia, em princípio, do estabelecido entre a obrigação de tratamento nacional e as exceções gerais contidas no Artigo XX do GATT. O Órgão de Apelação enfatizou que o segundo parágrafo do preâmbulo do Acordo TBT o conecta com o GATT ao expressar o desejo de aprimorar os objetivos do GATT; além disso, o reconhecimento do direito de regulação do Membro, previsto no parágrafo sexto do preâmbulo, equilibra-se com o desejo expresso no quinto parágrafo no sentido de garantir que regulamentos técnicos, standards e procedimentos de avaliação de conformidade não criem obstáculos desnecessários ao comércio internacional²³⁹.

O Órgão de Apelação, contudo, entendeu que, no GATT, este equilíbrio é expresso por meio do princípio do tratamento nacional no Artigo III:4, qualificado pelas exceções dispostas no Artigo XX, enquanto no Acordo TBT, este equilíbrio é encontrado no próprio Artigo 2.1, compreendido à luz do seu contexto e do seu objeto e propósito²⁴⁰. Diante disso, o Órgão de Apelação estabeleceu um teste composto de duas etapas para aplicação do Artigo 2.1 do Acordo TBT a fim de avaliar se a medida em questão poderia ser considerada legítima.

Em primeiro lugar, a análise de uma alegação de violação do Artigo 2.1 deve procurar identificar se a medida em deslinde modifica as condições de concorrência no mercado do Membro regulador em detrimento de um grupo de produtos importados em face de um grupo de produtos domésticos similares. Em segundo lugar, o contexto e o objeto e propósito do Acordo TBT pesam em favor da interpretação do requisito de “tratamento menos favorável”, nos termos do Artigo 2.1, como uma norma que não proíbe impactos negativos nas importações quando decorrentes, exclusivamente, de uma distinção regulatória legítima²⁴¹. A fim de determinar o alcance desta norma, o Órgão de Solução de Controvérsias deve verificar as circunstâncias particulares do caso concreto, quais sejam, o design, a arquitetura, a estrutura externa, a operação e a aplicação do regulamento técnico em questão e, em particular, se o regulamento técnico realiza uma discriminação justificável em relação ao grupo de produtos importados²⁴². O teste de duas etapas envolve, portanto, a análise acerca do tratamento discriminatório oriundo da medida em apreço e, posteriormente, da existência de uma justificativa regulatória legítima para a adoção de tal medida.

²³⁹*Ibidem*, par. 109.

²⁴⁰*Ibidem*, par. 109.

²⁴¹*Ibidem*, par. 180-181.

²⁴²*Ibidem*, par. 182.

No que diz respeito à questão da similaridade no caso *US – Clove Cigarettes*, o Órgão de Apelação discordou da interpretação conferida pelo *Panel* à definição de “produtos similares” contida no Artigo 2.1 do Acordo TBT, a qual focava nos propósitos da medida. O Órgão de Apelação entendeu que o contexto fornecido pelo Artigo 2.1, por outros dispositivos do Acordo TBT, pelo Acordo como um todo e pelo Artigo III:4 do GATT, bem como o objeto e propósito do Acordo TBT, amparam a interpretação segundo a qual a definição de “similaridade”, no contexto do Artigo 2.1, fundamenta-se na relação de competitividade entre os produtos; essa relação considera os interesses regulatórios de um regulamento técnico à medida em que são relevantes para a análise de certos critérios de “similaridade” e estarem refletidos na relação de competitividade entre os produtos²⁴³.

O Órgão de Apelação então concluiu que havia um grau suficiente de substitutibilidade entre cigarros de cravo e de mentol de modo a embasar a constatação de “similaridade” entre os produtos conforme o Artigo 2.1 do Acordo TBT²⁴⁴. Dessa forma, o Órgão de Apelação concluiu que a medida dos Estados Unidos era inconsistente com o Artigo 2.1 do Acordo TBT, haja vista conceder a cigarros de cravo importados um tratamento menos favorável ao conferido a cigarros de mentol “similares” nacionais²⁴⁵.

O Acordo TBT também fornece um teste de necessidade, prescrito no Artigo 2.2, que dispõe o seguinte:

Os Membros assegurarão que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional. Para este fim, os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo tendo em conta os riscos que a não realização criaria. Tais objetivos legítimos são, *inter alia*, imperativos de segurança nacional, a prevenção de práticas enganosas, a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal ou do meio ambiente. Ao avaliar tais riscos, os elementos pertinentes a serem levados em consideração são, *inter alia*, a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento conexa ou os usos finais a que se destinam os produtos.

É importante mencionar que o Artigo 2.2 não contém uma lista restritiva de políticas públicas aptas a justificar a adoção de regulamentos técnicos restritivos ao comércio internacional. Qualquer política pública, considerada legítima sob o prisma do Acordo TBT, pode fundamentar uma medida TBT²⁴⁶.

Na interpretação dos requisitos de necessidade contidos no Artigo 2.2 do Acordo TBT, o *Panel* deve determinar, em primeiro lugar, o objetivo legítimo almejado pela medida.

²⁴³*Ibidem*, par. 156.

²⁴⁴*Ibidem*, par. 157.

²⁴⁵*Ibidem*, par. 234.

²⁴⁶MARCEAU, Gabrielle; TRACHTMAN, Joel P. *Op. Cit.*, p. 380.

Posteriormente, uma análise relacional deve ser realizada, seguida, normalmente, de uma comparação a medidas alternativas razoáveis para estabelecer a necessidade da medida em questão. Nesse exame relacional, o *Panel* deve comparar o nível de contribuição da medida para o objetivo legítimo, os riscos derivados da não-concretização desse objetivo legítimo e a restrição ao comércio gerada pela medida em relação a medidas alternativas potencialmente disponíveis²⁴⁷.

No caso específico do *US – Tuna II*, o Órgão de Apelação reverteu a conclusão do *Panel* de que a medida dos Estados Unidos seria mais restritiva ao comércio do que o necessário para alcançar os objetivos legítimos do país, considerando os riscos gerados pela não-concretização desses objetivos. O Órgão de Apelação discordou da constatação do *Panel* de que a medida alternativa proposta pelo México atingiria os objetivos dos Estados Unidos na mesma extensão que a medida estadunidense de estabelecer a rotulagem de produtos de atum como “seguros para golfinhos”. O Órgão de Apelação concluiu então que a medida dos Estados Unidos não violara o Artigo 2.2 do Acordo TBT²⁴⁸.

O Artigo 2 do Acordo TBT também requer dos Membros a adoção de standards internacionais relevantes. O Artigo 2.4 demanda que os Membros usem standards internacionais como uma base para seus regulamentos técnicos, exceto se os considerarem meios inefetivos ou inapropriados para alcançar objetivos legítimos almejados, por exemplo, em razão de fatores geográficos ou climáticos ou, ainda, de problemas tecnológicos. O Artigo 2.5 acrescenta que, na hipótese de o regulamento técnico estar de acordo com standards internacionais, deve-se presumir que este não gera um obstáculo desnecessário ao comércio internacional.

Deve-se ressaltar, no contexto de standards internacionais, que o Comitê TBT elaborou, em 2000, uma Decisão sobre os Princípios para o Desenvolvimento de Standards, Guias e Recomendações Internacionais Relacionais aos Artigos 2, 5 e Anexo 3 do Acordo TBT. A Decisão compõe a Segunda Revisão Trienal do Acordo TBT, e ficou conhecida como os “Seis Princípios”. O instrumento estabelece os seguintes seis princípios que devem ser seguidos para o processo de desenvolvimento de standards internacionais:

- a. **Transparência:** Todas informações essenciais relativas aos programas de trabalho correntes, assim como a propostas de standards, guias e recomendações em consideração e em resultados finais devem

²⁴⁷Esse posicionamento foi adotado pelo Órgão de Apelação na disputa *US – Tuna II*, par. 322. Ver MARCEAU, Gabrielle; TRACHTMAN, Joel P. *Op. Cit.*, p. 378-379.

²⁴⁸Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*. *Op. Cit.*, par. 330-331.

ser facilmente acessíveis a, pelo menos, todas as partes interessadas nos territórios de, pelo menos, todos os Membros da OMC. Os procedimentos devem ser estabelecidos de modo que um período adequado e oportunidades sejam fornecidas para comentários escritos.

b. **Abertura:** A filiação de uma instituição normalizadora internacional deve ser aberta, de forma não-discriminatória, a instituições relevantes de, pelo menos, todos os Membros da OMC. Isso inclui abertura, sem discriminação, para a participação no estágio de desenvolvimento de políticas e em cada estágio do desenvolvimento de standards. Devem-se fornecer oportunidades significativas de participação em todos os estágios de desenvolvimento de standards, de forma especial, para países em desenvolvimento, com interesse em uma atividade de normalização específica.

c. **Imparcialidade e consenso:** Todas as instituições relevantes de Membros da OMC devem receber oportunidades para contribuir na elaboração de standards internacionais para que o processo de desenvolvimento de standards não gere privilégios nem favoreça os interesses de um fornecedor, país ou região em particular. Os processos de consenso devem ser estabelecidos a fim de considerar as visões de todas as partes envolvidas e de conciliar quaisquer argumentos divergentes.

d. **Efetividade e relevância:** A fim de servir aos interesses dos Membros da OMC ao facilitar o comércio internacional e evitar barreiras comerciais desnecessárias, standards internacionais devem ser relevantes e efetivamente responder as necessidades regulatórias e de mercado, assim como ao desenvolvimento científico e tecnológico de vários países. Standards internacionais não devem distorcer o mercado global, ensejar efeitos adversos na concorrência nem prejudicar a inovação e o desenvolvimento tecnológico. Além disso, standards internacionais não devem conferir preferência a requisitos ou características de países ou regiões específicas quando houver necessidades ou interesses diferentes em outros países ou regiões. Sempre que possível, standards internacionais devem se basear mais no desempenho que no design ou características descritivas.

e. **Coerência:** A fim de evitar o desenvolvimento de standards internacionais divergentes, é importante que instituições normalizadoras internacionais evitem a duplicação ou a sobreposição juntamente com o trabalho de outras instituições normalizadoras internacionais. Nesse sentido, a cooperação e a coordenação com outras instituições internacionais relevantes é essencial.

f. **Dimensão de desenvolvimento:** O processo de desenvolvimento de standards deve considerar as dificuldades enfrentadas, especialmente pelos países em desenvolvimento, para participar de forma efetiva. Maneiras tangíveis de facilitar a participação de países em desenvolvimento na criação de standards internacionais devem ser buscadas. A imparcialidade e abertura de qualquer processo de standards internacionais requer que países em desenvolvimento não sejam *de facto* excluídos. A respeito do incremento da participação de países em desenvolvimento, o uso de assistência técnica pode ser apropriado, em linha com o disposto no Artigo 11 do Acordo TBT. Os dispositivos sobre construção de capacidade e assistência técnica relacionados a instituições normalizadoras internacionais são importantes neste aspecto²⁴⁹.

²⁴⁹MCDANIELS, Devin; WIJKSTRÖM, Erik. International standards and the WTO TBT Agreement: improving governance for regulatory alignment. World Trade Organization – Economic Research and Statistics Division, **Staff Working Paper ERSD-2013-06**, p. 10.

A questão do standard internacional no contexto do Acordo TBT, em particular no que se refere à inconsistência de uma medida com o Artigo 2.4, foi abordada no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. O primeiro aspecto controverso nessa análise é a existência de um standard internacional relevante. Na disputa *US – Tuna II*, por exemplo, o Órgão de Apelação teve que averiguar se os standards de definição e certificação de “seguro para golfinhos” estabelecidos no Acordo sobre o Programa Internacional de Conservação de Golfinhos (na sigla em inglês, AIDCO) constituía um standard internacional relevante; vale frisar que o AIDCO determinava limites de mortalidade de golfinhos, técnicas de pesca específicas e mecanismo de pesca para redução de coleta de golfinhos por meio da pesca. Nesse caso, estabeleceu-se que o standard internacional relevante é determinado pelas características da instituição normalizadora²⁵⁰.

O Órgão de Apelação condicionou a definição de standard internacional, para fins do Acordo TBT, à aprovação do standard em questão por uma instituição normalizadora internacional, isto é, uma instituição que exerce atividades de normalização reconhecidas e cuja filiação seja aberta para as instituições relevantes de, pelo menos, todos os Membros da OMC, em conformidade com a definição do Anexo 1 do Acordo TBT e do Guia ISO/IEC 2:1991²⁵¹.

No caso *US – Tuna II*, o Órgão de Apelação estabeleceu três requisitos para a abertura de filiação: (i) sem restrições de filiação para Membros da OMC; (ii) acessão automática; e (iii) abertura para todos os estágios de desenvolvimento de standards, a ser decidido no caso concreto. O Órgão de Apelação considerou que o AIDCO não se qualificava como uma instituição normalizadora internacional porque a acessão dependia de convite apenas, e isso dependia de consenso entre os Membros. Sendo assim, o requisito da abertura da filiação, que impõe a proibição de restrições na filiação por Membros da OMC, não foi preenchido pelo AIDCO, o que levou à violação do Artigo 2.4 do Acordo TBT²⁵².

Outro aspecto relevante do Artigo 2.4 do Acordo TBT é que o dispositivo contém uma recomendação de uso de standards internacionais como base para os regulamentos técnicos dos Membros. O Órgão de Apelação interpretou o termo “usado como base para” na disputa *EC – Sardines*. Nesse caso, o Órgão de Apelação afirmou que o standard internacional é usado “como base para” um regulamento técnico quando é parte constituinte principal ou

²⁵⁰MAIDANA-ELETTI, Mariela. International food standards and WTO Law. *Deakin Law Review*, Vol. 19, nº 2, 2014, p. 5.

²⁵¹Appellate Body Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*. *Op. Cit.*, par. 359.

²⁵²MAIDANA-ELETTI, Mariela. *Op. Cit.*, p. 6.

princípio fundamental para o regulamento técnico. Uma “relação muito forte e íntima” entre a medida e o standard também é exigida para considerar um como base do outro; no mínimo, não pode haver contradição²⁵³.

Essa forte sugestão prescrita no Acordo TBT acerca do uso de standards internacionais pode ser evitada pelos Membros quando deste derivar um nível inapropriado ou inefetivo de proteção para alcançar seus objetivos legítimos. Quanto à interpretação dos termos “inapropriado” e “inefetivo”, o Órgão de Apelação na disputa *EC – Sardines* concordou com o *Panel* na sua constatação que o termo “inefetivo” refere-se a algo que não tem a função de realizar, não apresenta um resultado, não foi feito para comportar, enquanto o termo “inapropriado” remete a algo que não é especialmente adequado, próprio ou apropriado²⁵⁴.

No contexto do Artigo 2.4 do Acordo TBT, o Órgão de Apelação reafirma o entendimento do *Panel* no sentido de que, por um lado, um meio inefetivo é aquele que não possui a função de concretizar o objetivo legítimo almejado, enquanto um meio inapropriado é aquele que não é especialmente adequado para alcançar o objetivo legítimo desejado. Por outro lado, a questão da efetividade centra-se nos resultados dos meios empregados, enquanto a adequação relaciona-se mais à natureza dos meios empregados²⁵⁵.

Além dos dispositivos mencionados do Artigo 2 do Acordo TBT, o Acordo estabelece um conjunto de normas relevantes para a regulamentação de standards: o Código de Boas Práticas, disposto em seu Anexo 3. O Artigo 4 do Acordo TBT requer que os Membros da OMC garantam o cumprimento do Código de Boas Práticas pelos seus órgãos no uso de standards. Os dispositivos do Código de Boas Práticas são similares aos que disciplinam os regulamentos técnicos, como as obrigações de tratamento nacional e de nação mais favorecida, a proibição de criação de obstáculos desnecessários ao comércio, a harmonização com standards internacionais relevantes, a recomendação de evitar a duplicação na criação de standards, a equivalência e o reconhecimento mútuo, a transparência e a notificação e a assistência técnica²⁵⁶.

No que diz respeito a standards privados, há dispositivos relevantes contidos no Acordo TBT, dirigidos a Membros da OMC em relação a instituições não-governamentais, grupo no qual podem estar incluídas as instituições normalizadoras privadas.

²⁵³ MCDANIELS, Devin; WIJKSTRÖM, Erik. *Op. Cit.*, p. 14.

²⁵⁴ Appellate Body Report, *European Communities – Trade Description of Sardines*. *Op. Cit.*, par. 285.

²⁵⁵ Appellate Body Report, *European Communities – Trade Description of Sardines*. *Op. Cit.*, par. 285.

²⁵⁶ KUDRYAVTSEV, Arkady. Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation? **Society of International Economic Law, Third Biennial Global Conference**, July 12 - 14, 2012, National University Of Singapore, Nus Faculty Of Law, Centre For International Law, Online Proceedings, Working Paper No. 2012/02, p. 18.

O Artigo 3 do Acordo TBT estabelece obrigações para os Membros relativas à preparação, adoção e aplicação de regulamentos técnicos por instituições locais governamentais e instituições não-governamentais. Segundo o Artigo 3.1, que impõe uma obrigação positiva, os Membros tomarão as medidas razoáveis a seu alcance para assegurar o cumprimento por tais instituições das disposições do Artigo 2 do Acordo TBT.

O Artigo 3 também dispõe, no parágrafo 5, que os Membros são inteiramente responsáveis sob o Acordo TBT pela observância de todas as disposições do Artigo 2. Determina, ainda, que os Membros formularão e implementarão medidas positivas e mecanismos de apoio à observância das disposições do Artigo 2 por instituições que não sejam do governo central. Finalmente, o Artigo 3.4 estabelece uma obrigação negativa aos Membros, exigindo que não tomem medidas que obriguem ou encorajem instituições locais governamentais ou instituições não-governamentais existentes em seu território a agir de forma incompatível com as disposições do Artigo 2.

O Artigo 4 também é relevante para o estudo de standards privados no contexto do Acordo TBT, uma vez que lida com a preparação, adoção e aplicação de standards. O Artigo 4.1 traz uma obrigação positiva para os Membros para tomar as medidas razoáveis a seu alcance para assegurar que as instituições de normalização locais governamentais ou não-governamentais existentes em seu território, bem como as instituições de normalização regionais das quais eles ou uma ou mais instituições existentes em seu território sejam Membros, aceitem e cumpram o Código de Boas Práticas. O dispositivo ainda estabelece uma obrigação negativa ao determinar que os Membros não tomarão medidas que tenham o efeito direto ou indireto de obrigar ou encorajar tais instituições de normalização a agir de forma incompatível com o Código de Boas Práticas.

Por fim, o Acordo TBT, no seu Artigo 8, estabelece obrigações para os Membros acerca de procedimentos de avaliação de conformidade por instituições não-governamentais. O Artigo 8.1, à semelhança dos supracitados Artigos 3.1 e 4.1, impõe uma obrigação positiva aos Membros de tomar as medidas razoáveis a seu alcance para assegurar o cumprimento das disposições dos Artigos 5 e 6 por instituições não-governamentais existentes em seu território que operam procedimentos de avaliação de conformidade. Como uma obrigação negativa, o dispositivo determina que os Membros não tomarão medidas que tenham o efeito direto ou indireto de obrigar ou encorajar tais instituições a agir de forma incompatível com as disposições dos Artigos 5 e 6.

Desse modo, os Artigos mencionados determinam obrigações positivas e negativas aos Membros da OMC em relação a instituições não-governamentais. Os dispositivos então

estabelecem, em uma abordagem tida como de “melhores esforços”, que os Membros devem tomar medidas razoáveis para garantir o cumprimento com o Acordo TBT por parte dessas instituições, bem como que os Membros estão proibidos de adotar medidas que encorajem tais instituições a agir de forma inconsistente com o Acordo TBT²⁵⁷. Apesar de haver acadêmicos que interpretem essas obrigações como uma obrigação de *due diligence*²⁵⁸, não está claro se existe tal obrigação dos Membros da OMC em relação a instituições não-governamentais nem o conteúdo de tal obrigação de *due diligence* no contexto do Acordo TBT.

Os referidos dispositivos são relevantes para abordar a questão de standards privados na OMC, porém não foram ainda discutidos no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização²⁵⁹. Sendo assim, a interpretação dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT permanece incerta, o que significa que é difícil precisar a extensão das obrigações positivas e negativas dos Membros da OMC para garantir o cumprimento do Acordo TBT por instituições não-governamentais. Esta questão relativa ao conteúdo da obrigação de Membros da OMC sobre a conduta de instituições não-governamentais, em particular de instituições normalizadoras privadas, constitui o principal objeto de estudo desta tese e será devidamente abordada em sua parte final.

3.4 Conduta privada no Acordo SPS

Assim como o Acordo TBT, o Acordo SPS guarda uma importante relação com standards privados, uma vez que também trata de medidas regulatórias que afetam o comércio internacional, mais especificamente às voltadas à proteção sanitária ou fitossanitária. Neste subcapítulo, portanto, serão abordados o âmbito de incidência do Acordo SPS (e se aplicável a standards privados) e seus principais dispositivos.

O Acordo SPS possui um escopo de aplicação mais restrito que o Acordo TBT ainda que ambos compartilhem a mesma origem e sua regulamentação seja bastante similar em alguns tópicos. Segundo o Artigo 1.1 do Acordo SPS, este se aplica a medidas sanitárias e fitossanitárias que possam, direta ou indiretamente, afetar o comércio internacional.

²⁵⁷STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja; WOLFRUM, Rüdiger (Eds). **WTO – Technical Barriers and SPS Measures**. Leiden, Boston: Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 3, 2007, p. 238, 255, 298.

²⁵⁸BOHANES, Jan; SANDFORD, Iain. *Op. Cit.*, p. 27; HIRSCH, Moshe. Private Food Safety Standards, Obligations of Governments, and Unresolved Questions in Contemporary WTO Law. **Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series**, nº 17-18, Março 2017, p. 10-17.

²⁵⁹Após consultar o *WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice*, mecanismo do sítio eletrônico da OMC, que fornece um guia de interpretação e aplicação artigo por artigo dos Acordos da OMC, observou-se que não há qualquer jurisprudência da OMC sobre os Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT.

O Anexo A.1 define uma medida SPS como qualquer medida aplicada: (a) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde animal ou vegetal, dos riscos resultantes da entrada, do estabelecimento ou da disseminação de pragas, doenças ou organismos patogênicos ou portadores de doenças; (b) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal, dos riscos resultantes da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal; (c) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal, de riscos resultantes de pragas transmitidas por animais, vegetais ou por produtos deles derivados ou da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas ou (d) para impedir ou limitar, no território do Membro, outros prejuízos resultantes da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas.

O segundo parágrafo do Anexo A.1 estabelece, ainda, que medidas SPS incluem toda legislação pertinente, decretos, regulamentos, exigências e procedimentos, incluindo, *inter alia*, critérios para o produto final, processos e métodos de produção, procedimentos para testes, inspeção, certificação e homologação, regimes de quarentena, incluindo exigências pertinentes, associadas com o transporte de animais ou vegetais ou com os materiais necessários para sua sobrevivência durante o transporte, disposições sobre métodos estatísticos pertinentes, procedimentos de amostragem e métodos de avaliação de risco e requisitos para embalagem e rotulagem diretamente relacionadas com a segurança dos alimentos.

No que diz respeito à discussão acerca da aplicação do Acordo SPS a standards privados, o principal questionamento reside na análise da definição de medidas SPS. Nos casos antigos julgados no âmbito da OMC, não havia controvérsia sobre a configuração da medida em questão ser qualificada como uma medida SPS. Já que as partes não contestavam a qualificação da medida como uma medida SPS, esta avaliação era essencialmente direta. A primeira vez em que se indagou sobre a identificação da medida em deslinde como uma medida SPS ocorreu na disputa *EC – Biotech Products*, cujo relatório do *Panel* circulou em 2006²⁶⁰.

O caso foi submetido à OMC pelos Estados Unidos, Canadá e Argentina. Os demandantes questionaram algumas medidas adotadas pela União Europeia acerca da aprovação de produtos transgênicos e o banimento por alguns Estados Membros de determinados produtos transgênicos já aprovados em nível comunitário.

²⁶⁰ KUDRYAVTSEV, Arkady. *Op. Cit.*, 2015, p. 352-353.

A primeira etapa na avaliação para qualificar uma medida como uma medida SPS é, nos termos do *Panel* na disputa *EC – Biotech Products*, averiguar se a medida preenche o requisito do objetivo contido na definição de medida SPS no Anexo A.1. Os objetivos de uma medida SPS estão exaustivamente dispostos nos subparágrafos (a) a (d) do Anexo A.1: a) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde animal ou vegetal, dos riscos resultantes da entrada, do estabelecimento ou da disseminação de pragas, doenças ou organismos patogênicos ou portadores de doenças; (b) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal, dos riscos resultantes da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal; (c) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal, de riscos resultantes de pragas transmitidas por animais, vegetais ou por produtos deles derivados ou da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas ou (d) para impedir ou limitar, no território do Membro, outros prejuízos resultantes da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas.

O caso *EC – Biotech Products* envolveu diferentes tipos de medidas, o que resultou em diferentes conclusões do *Panel* no tocante à sua qualificação como medidas SPS abrangidas pelo Acordo SPS. O método ao qual o *Panel* recorreu para determinar se as medidas em questão configuravam ou não medidas SPS foi o mesmo para cada medida, então a tese analisará esses critérios concernentes a apenas uma das medidas contestadas, qual seja, o procedimento de aprovação de produtos transgênicos adotado pela União Europeia; reputa-se suficiente tal análise para a compreensão de como o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC tem interpretado a definição de uma medida SPS nos termos do Anexo A.1.

Em relação à disputa em comento, o *Panel* constatou que o objetivo das Diretivas 90/220 e 2001/18 da União Europeia consistia na proteção da saúde humana e do meio ambiente em face de possíveis efeitos adversos resultantes de produtos geneticamente modificados (OGMs)²⁶¹. Segundo o *Panel*, os riscos que as Diretivas buscavam coibir estavam cobertos por um ou mais dos subparágrafos do Anexo A.1, o que significa que as Diretivas cumpriram o elemento do objetivo constante da definição de medida SPS²⁶².

A análise conduzida pelo *Panel* prosseguiu a fim de verificar se as medidas deveriam ser consideradas medidas SPS de acordo com sua forma e sua natureza; requisito este presente no segundo parágrafo do Anexo A.1, que inclui na definição de uma medida SPS toda legislação pertinente, decretos, regulamentos, exigências e procedimentos, incluindo, *inter*

²⁶¹Panel Reports, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, Add.1 to Add.9 and Corr.1 / WT/DS292/R, Add.1 to Add.9 and Corr.1 / WT/DS293/R, Add.1 to Add.9 and Corr.1, adopted 21 November 2006, DSR 2006:III, par. 7.196.

²⁶²*Ibidem*, par. 7.393.

alia, critérios para o produto final, processos e métodos de produção, procedimentos para testes, inspeção, certificação e homologação, regimes de quarentena, incluindo exigências pertinentes, associadas com o transporte de animais ou vegetais ou com os materiais necessários para sua sobrevivência durante o transporte, disposições sobre métodos estatísticos pertinentes, procedimentos de amostragem e métodos de avaliação de risco e requisitos para embalagem e rotulagem diretamente relacionadas com a segurança dos alimentos.

O *Panel* entendeu que a referência a “legislação, decretos e regulamentos” não deveria ser compreendida como uma exigência de uma forma legal específica. O *Panel* considerou, aliás, que uma medida SPS pode, em princípio, revestir-se de diferentes formas legais. O *Panel* constatou que as medidas em questão preencheram o requisito de forma para a configuração de uma medida SPS, uma vez que compreendiam atos legislativos, legalmente vinculantes²⁶³.

No que diz respeito ao elemento de natureza de uma medida SPS, deve-se analisar se a medida contestada consiste em um dos vários requisitos e procedimentos listados no já mencionado segundo parágrafo do Anexo A.1. O *Panel* considerou que algumas das medidas em questão preencheram o elemento de natureza para a qualificação de uma medida SPS, visto que, ao buscarem evitar novos alimentos de representarem um perigo para os consumidores, constituíram “procedimentos de homologação” nos termos do Anexo A.1²⁶⁴.

Desse modo, de acordo com o relatório do *Panel* na disputa *EC – Biotech Products*, a definição de uma medida SPS perpassa pela análise, em primeiro lugar, do objetivo da medida, abrangido pela lista exaustiva disposta nos subparágrafos (a) a (d) do Anexo A.1. Posteriormente, a análise deve considerar os elementos encontrados no segundo parágrafo do Anexo A.1, tais como a forma e a natureza da medida.

Após algumas disputas relativas à definição de uma medida SPS, como a supracitada *EC – Biotech Products*, além de *US – Poultry (China)* e *US/Canada – Continued Suspension*, tal discussão finalmente chegou ao Órgão de Apelação na disputa *Australia – Apples* em 2010. Nesse caso, o Órgão de Apelação segue, essencialmente, as mesmas etapas do *Panel* na disputa *EC – Biotech Products* a fim de avaliar se uma medida pode ser qualificada como uma medida SPS. No entanto, há uma questão relevante explicitada no caso *Australia – Apples*, que coloca em questionamento o caráter compulsório de uma medida SPS.

²⁶³*Ibidem*, par. 7.422-7.423.

²⁶⁴*Ibidem*, par. 7.424; 7.430.

Como já mencionado, o segundo parágrafo do Anexo A.1 estabelece uma lista aberta de legislação pertinente, decretos, regulamentos, exigências e procedimentos que podem-se configurar como medidas SPS. Ainda restou a dúvida acerca da necessidade de uma medida ser compulsória para que se encaixe na definição de medida SPS. Além disso, mesmo que se verifique tal exigência, ainda seria controverso se a medida teria que ser compulsória *de jure* ou se poderia ser compulsória *de facto*.

Essa questão é relevante para o estudo da relação entre standards privados e o Acordo SPS. Standards privados, como já ressaltado, não são compulsórios *de jure*, mas podem ser compulsórios *de facto* quando se exige que os produtores cumpram com os requisitos estabelecidos por esses standards para que possam acessar determinados mercados. Nesse sentido, o relatório do *Panel* no caso *Australia – Apples* pode fornecer alguns subsídios para este debate.

A disputa foi submetida ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pela Nova Zelândia acerca de medidas de quarentena impostas pela Austrália para importação de maçãs. No total, havia dezesseis medidas contestadas com o objetivo de evitar a introdução no território australiano de praga do fogo, cancro europeu e insetos causadores de onda nas folhas. Essas medidas compunham o Relatório Final de Análise de Risco de Importação de Maçãs (IRA), elaborado por uma comissão independente e circulado por uma agência pública australiana. O *Panel* então conduziu uma análise sobre a qualificação dessas medidas como medidas SPS a partir da investigação acerca do objetivo das medidas. Nesta etapa, o *Panel* verificou que as medidas cumpriam o requisito de objetivo da definição de uma medida SPS, uma vez que o objetivo do IRA, assim como as dezesseis medidas abrangidas pelo ato, correspondiam ao subparágrafo (a) do Anexo A.1²⁶⁵.

A etapa seguinte diz respeito à análise da forma e da natureza das medidas, o que direciona a interpretação ao segundo parágrafo do Anexo A.1. De acordo com o *Panel* no caso *Australia – Apples*, citando o relatório do *Panel* no caso *EC – Biotech Products*, o elemento de forma está presente no segundo parágrafo do Anexo A.1 (“legislação, decretos, regulamentos), bem como o elemento de natureza da medida (“exigências e procedimentos, incluindo, *inter alia*, critérios para o produto final, processos e métodos de produção, procedimentos para testes, inspeção, certificação e homologação” etc.)²⁶⁶. O *Panel* no caso *Australia – Apples* discordou com a maneira de que estes exemplos se relacionam os itens

²⁶⁵Panel Report, *Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, WT/DS367/R, adopted 17 December 2010, as modified by Appellate Body Report WT/DS367/AB/R, DSR 2010:VI, par. 7.142.

²⁶⁶*Ibidem*, par. 7.143.

anteriores. Segundo o *Panel*, o dispositivo deveria ser lido como uma lista de cinco itens (“legislação, decretos, regulamentos, exigências e procedimentos”), e os exemplos seguintes seriam relacionados a cada um desses itens²⁶⁷.

O *Panel* enfatizou, ainda, que o IRA, como parte da política australiana de importação de maçãs vindas da Nova Zelândia, foi adotado de forma oficial, integrante do arcabouço normativo e tendo como base documentos legais já estabelecidos. Nesse sentido, o *Panel* frisou que o IRA foi submetido pelo Chefe Executivo de Biossegurança da Austrália, parte do Departamento de Agricultura, Pesca e Florestas da *Commonwealth*, e sob o selo do governo australiano. Além disso, havia uma possibilidade de recorrer em face do relatório do IRA no âmbito do mesmo Departamento australiano²⁶⁸.

Em face do nível significativo de formalidade legal do IRA, o *Panel* atribuiu ao ato o caráter de “regulamento”. Ainda que assim não fosse, poderia ser enquadrado na categoria de “exigências e procedimentos”, sobretudo porque o próprio IRA frequentemente utilizava um ou outro desses termos para se referir às suas medidas²⁶⁹. O IRA e as medidas nele contidas poderiam ser qualificados como “exigências”, já que a Nova Zelândia precisava cumprir com cada uma das medidas a fim de conseguir exportar maçãs para a Austrália, ou como “procedimentos”, uma vez que prescreviam um meio específico para fazer algo, o qual deveria ser seguido pela Nova Zelândia para exportar maçãs para a Austrália²⁷⁰.

Sendo assim, o *Panel* na disputa *Australia – Apples* ressaltou que o IRA era, na prática, compulsório, haja vista seu conteúdo e seu caráter oficial, que o tornavam legalmente vinculante. A interpretação do *Panel* sobre a aplicação do Anexo A.1 às medidas objeto da controvérsia recebeu o aval do Órgão de Apelação, que rejeitou os argumentos de insurgência da Austrália²⁷¹.

Deve-se salientar, no entanto, que o caráter compulsório da medida, embora destacado no caso *Australia – Apples*, nem sempre é requisito para a configuração de uma medida SPS, como estabelecido pelo *Panel* na disputa *Japan – Agricultural ProductsII*. A disputa foi submetida ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pelos Estados Unidos diante de um conjunto de regras japonesas de proteção de vegetais relacionadas a exigências de testagem de varietal e fumigação denominado “Guias Experimentais”. O *Panel* considerou que, embora o requisito de teste de varietal não fosse de cumprimento obrigatório, uma vez que os países

²⁶⁷*Ibidem*, par. 7.150.

²⁶⁸*Ibidem*, par. 7.157.

²⁶⁹*Ibidem*, par. 7.158-7.159.

²⁷⁰*Ibidem*, par. 7.160; Par. 7.163.

²⁷¹Appellate Body Report, *Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, WT/DS367/AB/R, adopted 17 December 2010, DSR 2010:V, par. 178-183.

exportadores poderiam comprovar a quarentena de produtos por outros meios, a medida configuraria um regulamento fitossanitário sujeito às disciplinas do Acordo SPS. Nesse sentido, o *Panel* afirmou que o Anexo A.1 não exige que medidas SPS sejam compulsórias ou legalmente vinculantes²⁷².

Desse modo, percebe-se que, assim como no GATT, é difícil precisar quando uma medida é compulsória ou voluntária, e, em face disso, quando se deve aplicar o Acordo SPS; tal interpretação requer uma análise baseada no caso concreto. Diante das controvérsias em torno da definição de uma medida SPS, há um intenso debate sobre a possibilidade de standards privados se enquadrarem na definição conferida pelo Anexo A.1 do Acordo SPS.

Em um primeiro momento, deve-se observar que o Anexo A.1, para definir uma medida SPS, determina que “medidas SPS incluem toda legislação pertinente, decretos, regulamentos, exigências e procedimentos”. O dispositivo lista, de forma exemplificativa e não-exaustiva, alguns tipos de medidas que poderiam configurar medidas SPS, o que deixa um espaço para interpretação acerca de uma possível aplicação do Acordo SPS a standards privados. O fato de o Anexo A.1 adotar o verbo “incluir” para definir uma medida SPS poderia sugerir que a aplicação do Acordo SPS não se limita a medidas tomadas pelo Membros da OMC²⁷³.

Por um lado, a terminologia adotada pelo Anexo A.1 do Acordo SPS não parece oferecer uma resposta taxativa acerca de medidas SPS englobarem apenas medidas governamentais, uma vez que sua lista exemplificativa abre espaço para a interpretação de que também abrange medidas privadas. Por outro lado, considerando o histórico de negociação do Acordo SPS, não parece provável que as Partes vislumbrassem a aplicação do Acordo a medidas que não fossem provenientes do governo. Nesse sentido, algumas testemunhas da negociação da Rodada Uruguai afirmaram que não havia, naquele período, qualquer indicação de que o Acordo SPS seria aplicável a atividades de instituições privadas²⁷⁴.

O histórico de negociação do Acordo SPS pode sugerir que seus autores nunca pretenderam expandir o seu escopo de aplicação para atos desenvolvidos por instituições não-governamentais sem qualquer ligação significativa com o governo. Essa interpretação estaria em confronto com uma interpretação evolutiva do Acordo SPS, que enfatiza o papel relevante

²⁷²Panel Report, *Japan – Measures Affecting Agricultural Products*, WT/DS76/R, adopted 19 March 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS76/AB/R, DSR 1999:I, par. 8.111.

²⁷³ARCURI, Alessandra. *Op. Cit.*, 2013, p. 516-517.

²⁷⁴Documento encontrado no banco de dados do sítio eletrônico da OMC sob a identificação G/SPS/GEN/802 (Relatório do Reino Unido sobre standards privados no âmbito normativo da OMC). Acesso em: 28 jul. 2020.

desempenhado por atores privados na elaboração, implementação e avaliação de conformidade em relação a standards SPS privados²⁷⁵. Nesse sentido, Denise Prévost entende que, apesar do fato de standards privados não serem o alvo inicial dos negociadores do Acordo SPS, uma interpretação baseada na boa-fé, em conformidade ao Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é exigida para a aplicação do Acordo SPS a standards privados²⁷⁶.

Sobre a interpretação evolutiva e a sua aplicação às normas relativas à OMC, não se pretende exaurir ou abordar de forma extensa e aprofundada este tema. Entretanto, deve-se destacar que a interpretação evolutiva tem ganhado relevância para a aplicação de normas contidas no arcabouço normativo da OMC, em especial no que se refere a conciliá-las com interesses não-comerciais, como valores sociais e ambientais.

Nesse contexto, Gabrielle Marceau destaca quatro grupos de mudanças que demandam uma interpretação evolutiva: (i) uso de termos genéricos, que poderia confirmar a intenção dos negociadores de que esses termos cobrem novas situações ou situações diferentes daquelas presentes no momento da conclusão do tratado; (ii) evolução do significado ordinário ou específico/técnico dos termos, a qual não poderia ter sido prevista no momento da conclusão do tratado; (iii) evoluções e transformações físicas ou técnicas, inconcebíveis no momento da conclusão do tratado; e (iv) evolução de normas de direito internacional pertinentes ou relacionadas à questão desde o momento da conclusão do tratado²⁷⁷.

No que diz respeito ao recurso à interpretação evolutiva no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, deve-se destacar que esta foi pioneiramente abordada na disputa *US – Shrimp*. No caso, o Órgão de Apelação interpretou evolutivamente o termo “recursos naturais esgotáveis”, disposto no Artigo XX(g) do GATT de modo a incluir seres vivos (no caso, as tartarugas-marinhas). Prévost então argumenta que uma interpretação evolutiva se faz necessária em relação ao termo “instituições não-governamentais” em face da crescente proliferação de instituições normalizadoras privadas a fim de que estas sejam alcançadas pela regulamentação do Acordo SPS²⁷⁸.

²⁷⁵ Alessandra Arcuri entende que uma interpretação evolutiva não é necessária porque o Acordo TBT cobriria medidas SPS privadas, as quais, dessa forma, estariam no escopo de aplicação do ordenamento jurídico da OMC. Uma interpretação evolutiva também não é desejável porque a possível regulamentação de standards privados pelo Acordo SPS seria vaga, enquanto o Acordo TBT conta, pelo menos, com o Código de Boas Práticas, que fornece indicações mais concretas no que se refere às obrigações de instituições privadas. Ver: ARCURI, Alessandra. *Op. Cit.*, 2013, p. 519.

²⁷⁶PRÉVOST, Denise. Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities, **33 South African Yearbook of International Law** 1, 2008, p. 20-26.

²⁷⁷MARCEAU, Gabrielle. Evolutive Interpretation by the WTO Adjudicator. **Journal of International Economic Law**, 21, 791-813, 2018, p. 810-811.

²⁷⁸PRÉVOST, Denise, *Op. Cit.*, p. 21.

Tal interpretação evolutiva estaria em consonância com o disposto no Artigo 13 do Acordo SPS, que estabelece obrigações aos Membros da OMC em relação a instituições não-governamentais, que não necessariamente precisariam estar ligadas ao governo, haja vista o dispositivo não fazer essa restrição. Além disso, mais importante que o histórico de negociação do Acordo SPS deve ser o seu objetivo, que consiste em estabelecer um equilíbrio entre o direito soberano dos Membros de proteger a vida, a saúde e o meio ambiente e a necessidade de se evitar o abuso desse direito por meio de medidas SPS²⁷⁹.

Ao aplicar uma interpretação evolutiva do Acordo SPS, é possível argumentar pela sua aplicabilidade a standards privados. Nesse sentido, conforme frisado por Gabrielle Marceau, a interpretação evolutiva garante uma maior efetividade dos Acordos da OMC ao considerar seus dispositivos conforme perspectivas atuais, assim como promove uma maior integração de interesses sociais, humanos e ambientais e, de certa forma, uma maior coerência internacional²⁸⁰.

Além disso, também é possível afirmar que a interpretação restritiva da definição de medidas SPS, limitada a medidas governamentais, é incompatível com o princípio do *single undertaking*, do qual decorre que o Acordo SPS não pode ser interpretado como um acordo em separado, dissociado dos demais componentes do arcabouço normativo da OMC. Isso significa que o Acordo SPS deve ser interpretado em consonância com outros Acordos da OMC, como o Acordo TBT, que fornece uma definição de standard e instituições normalizadoras aplicáveis ao Acordo SPS sem desconsiderar suas especificidades. Este posicionamento, aliás, confere coerência e harmonia ao sistema da OMC²⁸¹.

Após discutir brevemente o escopo de aplicação do Acordo SPS, em particular no que concerne à definição de medidas SPS e à possibilidade de esta englobar standards privados, é importante abordar o arcabouço normativo introduzido pelo Acordo SPS a partir do estudo de seus principais dispositivos²⁸². Deve-se destacar, inicialmente, que, enquanto o Acordo TBT especifica os tipos de medidas aos quais ele se aplica (regulamento técnico, standards e procedimentos de avaliação de conformidade) adotadas por motivos não especificados, o

²⁷⁹*Ibidem*, p. 20-26.

²⁸⁰MARCEAU, Gabrielle. *Op. Cit.*, p. 813.

²⁸¹THORSTENSEN, Vera; VIEIRA, Andreia Costa. **Private Standards or Market Standards**: in search for legitimacy and accountability in the international trading system, 2015, p. 11. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16370/Private%20Standards%20or%20Market%20Standards_%20in%20search%20for%20legitimacy%20in%20the%20International%20Trading%20System.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 28 jul. 2020.

²⁸² Para uma análise mais aprofundada sobre o Acordo SPS, ver: BARZA, Eugênia Cristina Nilsen; BONNOMI, Natália Paulino. Segurança alimentar e Organização Mundial do Comércio: análise crítica do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFG**, v. 41, p. 196-218, 2017.

Acordo SPS incide sobre uma ampla variedade de medidas SPS, nos termos do já discutido Anexo A.1, adotadas especificamente para os objetivos listados²⁸³.

O Acordo SPS garante o direito dos Membros da OMC de tomar medidas SPS necessárias para a proteção da vida ou saúde humana, animal e vegetal, desde que não sejam inconsistentes com o Acordo (Artigo 2.1). Aos Membros da OMC exige-se que as medidas SPS não sejam arbitrária ou injustificadamente discriminatórias, nem sejam aplicadas de modo a constituir uma restrição disfarçada ao comércio internacional (Artigo 2.3).

As medidas SPS devem ser aplicadas apenas na medida necessária para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal, devem-se fundamentar em princípios científicos e não devem ser mantidas sem evidências científicas suficientes, exceto pelo disposto no Artigo 5.7 (Artigo 2.2). Tal exceção estabelece que, em casos em que evidências científicas relevantes sejam insuficientes, um Membro da OMC pode adotar medidas SPS provisoriamente com base nas informações adicionais necessárias para uma análise de risco mais objetiva e deve rever a medida de acordo com tal análise em um período razoável (Artigo 5.7).

Presume-se a consistência de medidas SPS com o Acordo SPS e consideram-se necessárias para a proteção da vida ou da saúde humana, animal ou vegetal quando estas se encontram em conformidade com standards, diretrizes ou recomendações internacionais (Artigo 3.2). O Acordo SPS reconhece como organizações internacionais relevantes, qualificadas para criar standards, diretrizes ou recomendações internacionais, a Comissão *Codex Alimentarius*, o Escritório Internacional de Epizootias (OIE) e as organizações internacionais e regionais competentes que operam no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal (IPPC) (sexto parágrafo do preâmbulo).

Os Membros da OMC podem introduzir ou manter medidas SPS que resultem em um maior nível de proteção sanitária ou fitossanitária que seria alcançado por medidas baseadas em standards, diretrizes ou recomendações internacionais relevantes se houver justificação científica ou como consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que o Membro determine ser apropriado. A determinação do nível apropriado de proteção sanitária ou fitossanitária deve estar em consonância com os dispositivos relevantes do Artigo 5 (Artigo 3.3).

Os Membros da OMC devem assegurar que suas medidas SPS serão baseadas na avaliação de riscos para a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal (Artigo 5.1). Na

²⁸³GRUSZCZYNSKI, Lukasz. The SPS Agreement within the Framework of WTO Law: The Rough Guide to the Agreement's Applicability. **European University Institute**, October, 2008, p. 16-17.

avaliação de riscos, os Membros levarão em consideração a evidência científica disponível; os processos e métodos de produção pertinentes; os métodos para teste, amostragem e inspeção pertinentes; a prevalência de pragas e doenças específicas; a existência de áreas livres de pragas ou doenças; condições ambientais e ecológicas pertinentes; e regimes de quarentena ou outros (Artigo 5.2).

Ao avaliar o risco para a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal, e ao determinar a medida a ser aplicada para se alcançar o nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária para tal risco, os Membros levarão em consideração como fatores econômicos relevantes: o dano potencial em termos de perda de produção ou de vendas no caso de entrada, estabelecimento e disseminação de uma peste ou doença; os custos de controle e de erradicação no território do Membro importador; a relação custo-benefício de enfoques alternativos para limitar os riscos (Artigo 5.3); e o objetivo de reduzir ao mínimo os efeitos negativos ao comércio (Artigo 5.4).

Além disso, ao determinar o nível apropriado de proteção SPS, os Membros deverão evitar distinções arbitrárias ou injustificáveis nos níveis que considera apropriados em diferentes situações, se tais distinções resultam em discriminação ou em uma restrição disfarçada ao comércio internacional (Artigo 5.5). Os Membros também deverão garantir que tais medidas não são mais restritivas ao comércio do que o necessário para alcançar seu nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária, levando-se em consideração a exequibilidade econômica e técnica (Artigo 5.6).

Em uma visão geral, as medidas SPS devem ser baseadas em princípios científicos e não devem ser mantidas sem evidências científicas suficientes. Exceto quando as medidas SPS estejam em conformidade com standards, diretrizes e recomendações internacionais, exige-se a justificação científica ou o fundamento em um nível de proteção que o Membro determinar ser apropriado, a partir de uma análise de riscos, a qual deve levar em consideração, dentre outros aspectos, as evidências científicas disponíveis. Em caso de insuficiência de dados científicos, uma medida SPS pode ser provisoriamente adotada com base na informação pertinente disponível e, durante este período, o Membro deve buscar obter informações necessárias adicionais para uma avaliação de risco mais objetiva²⁸⁴.

Os dispositivos supracitados do Acordo SPS foram objeto de algumas disputas submetidas ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. O Acordo SPS regulamenta diversos aspectos de medidas SPS adotadas pelos Membros, mas algumas normas e sua

²⁸⁴GRUSZCZYNSKI, Lukasz. The Role of Science in Risk Regulation under the SPS Agreement. *EUI Law Working Paper*, nº 2006/03, February 2006.

aplicação na prática devem ser enfatizadas nesta tese em face do seu papel essencial para a disciplina dessas medidas.

O *Panel* da já mencionada disputa *EC – Biotech Products*, por exemplo, interpretou diversos dispositivos do Acordo SPS, inclusive o Artigo 2.2. Segundo o *Panel*, o Artigo 2.2 contém três requisitos em separado: (i) a exigência de que medidas SPS sejam aplicadas apenas na extensão necessária para a proteção da vida ou da saúde humana, animal ou vegetal; (ii) a exigência de que medidas SPS sejam baseadas em princípios científicos; e (iii) a exigência de que medidas SPS não sejam mantidas sem evidências científicas suficientes²⁸⁵.

A primeira frase do Artigo 2.2 estabelece o requisito de necessidade da medida, mas ainda não foi definido pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. No entanto, um teste de necessidade também é uma exigência encontrada no Artigo 5.6 do Acordo SPS, que lida com a avaliação de risco e com a determinação de nível apropriado de proteção sanitária ou fitossanitária.

O Artigo 5.6 do Acordo SPS foi discutido no caso *Australia – Salmon*, submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pelo Canadá em face da proibição da Austrália de importação de salmão fresco, resfriado ou congelado do Canadá sob a Proclamação de Quarentena 86^a para prevenir a introdução de qualquer doença infecciosa ou contagiosa ou doença ou praga que afetasse pessoas, animais ou vegetais²⁸⁶.

O Artigo 5.6 contém um teste de três etapas para estabelecer a violação do dispositivo por uma medida e tais requisitos são cumulativos, ou seja, todos devem ser preenchidos para se demonstrar a inconsistência de uma medida com o Artigo 5.6. O teste deve demonstrar que existe uma medida SPS alternativa que: (i) seja razoavelmente disponível, levando em consideração a viabilidade técnica e econômica; (ii) atinja o nível apropriado de proteção sanitária ou fitossanitária determinado pelo Membro; e (iii) seja significativamente menos restritiva ao comércio que a medida SPS contestada²⁸⁷.

Sendo assim, de acordo com o Órgão de Apelação, se não houver uma medida alternativa disponível, considerando-se a viabilidade técnica e econômica, ou se a medida alternativa não alcance o nível apropriado de proteção sanitária ou fitossanitária determinado pelo Membro, ou se a medida alternativa não seja significativamente menos restritiva ao comércio, a medida SPS em questão será considerada consistente com o Artigo 5.6.

²⁸⁵Panel Reports, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*. *Op. Cit.*, par. 7.1424.

²⁸⁶Appellate Body Report, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, WT/DS18/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998:VIII, par. 1-2.

²⁸⁷*Ibidem*, par. 194.

No caso *Australia – Salmon*, o Órgão de Apelação considerou que o primeiro requisito do Artigo 5.6 havia sido preenchido em face da constatação do *Panel* de que havia medidas SPS alternativas que seriam razoavelmente disponíveis considerando a viabilidade técnica e econômica²⁸⁸. Já em relação ao segundo requisito do Artigo 5.6, o Órgão de Apelação ressaltou que o que se exige, nesse caso, é um exame acerca da possibilidade de existirem medidas SPS alternativas que atinjam o nível de proteção sanitária ou fitossanitária determinado como apropriado pelo Membro. No caso específico da disputa *Australia – Salmon*, o Órgão de Apelação foi impossibilitado de realizar tal análise diante da insuficiência de dados fáticos²⁸⁹.

Além dos requisitos de necessidade, o Acordo SPS também estabelece normas relacionadas à exigência de não-discriminação no contexto de medidas SPS. A primeira frase do Artigo 2.3 determina que os Membros garantirão que suas medidas SPS não farão discriminação arbitrária ou injustificada entre os Membros nos casos em que prevalecerem condições idênticas ou similares, incluindo entre seu próprio território e o de outros Membros. A segunda frase do dispositivo estabelece que as medidas SPS não serão aplicadas de forma a constituir restrição disfarçada ao comércio internacional.

A disputa *Índia – Agricultural Products*, submetida ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pelos Estados Unidos, fornece algumas diretrizes para a interpretação das normas de não-discriminação estabelecidas no Artigo 2.3. O caso envolveu medidas impostas pela Índia sobre a importação de diversos produtos agrícolas relacionadas ao receio em torno da gripe aviária²⁹⁰.

Em relação à primeira frase do Artigo 2.3, o *Panel* enfatizou a ausência de jurisprudência sobre discriminação arbitrária ou injustificável no contexto específico do Artigo 2.3. O *Panel*, todavia, observou a similaridade entre o texto do Artigo 2.3 do Acordo SPS e o texto do Artigo XX do GATT, dessa forma interpretando o primeiro em consonância com o entendimento do Órgão de Apelação em relação ao segundo no que fora apropriado²⁹¹.

Sendo assim, o *Panel* considerou que o significado de “discriminação arbitrária ou injustificável” no contexto do Artigo 2.3 do Acordo SPS envolve a análise sobre a causa ou a razão para explicar a discriminação em questão e se há uma conexão racional entre as razões apresentadas e o objetivo da medida. O *Panel* concluiu que as medidas da Índia

²⁸⁸*Ibidem*, par. 204.

²⁸⁹*Ibidem*, par. 213.

²⁹⁰Panel Report, *Índia – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, WT/DS430/R and Add.1, adopted 19 June 2015, as modified by Appellate Body Report WT/DS430/AB/R, DSR 2015:V, par. 2.1.

²⁹¹*Ibidem*, par. 7.427.

representavam uma exigência rígida e inflexível e não apresentavam qualquer flexibilidade no tocante às diferenças entre países exportadores²⁹².

No que concerne à segunda parte do Artigo 2.3 do Acordo SPS, o *Panel* novamente ressaltou que a frase “restrição disfarçada ao comércio internacional” não havia sido interpretada ainda por algum *Panel* ou pelo Órgão de Apelação no contexto do Artigo 2.3. Por isso, o *Panel* examinou a interpretação conferida ao Artigo 5.5 do Acordo SPS pelo Órgão de Apelação, que também determina normas de não-discriminação, porém especificamente relacionadas ao nível apropriado de proteção sanitária ou fitossanitária²⁹³.

O *Panel* relembra o posicionamento do Órgão de Apelação na disputa *Australia – Salmon*, quando este foi instado a analisar diversos fatores considerados pelo *Panel* no caso ao determinar que distinções em níveis de proteção equivaliam à restrição disfarçada ao comércio internacional. Nessa ocasião, o Órgão de Apelação estabeleceu que, quando uma medida SPS não está baseada em uma avaliação de risco, incluindo instâncias em que sequer houve tal avaliação, há um forte indício de que a medida não está de fato voltada à proteção da vida ou da saúde humana, animal ou vegetal, mas é, em verdade, uma medida de restrição ao comércio com a “roupagem” de uma medida SPS, ou seja, uma “restrição disfarçada ao comércio internacional”²⁹⁴.

O *Panel* na disputa *India – Agricultural Products* novamente recorre à interpretação do *caput* do Artigo XX do GATT, conferida pelo Órgão de Apelação, cujo texto possui uma linguagem similar à do Artigo 2.3 do Acordo SPS. Nesse contexto, o Órgão de Apelação havia afirmado que uma “restrição disfarçada” poderia ser adequadamente compreendida como a adoção de restrições equivalentes a uma discriminação arbitrária ou injustificada no comércio internacional sob a aparência de uma medida formalmente em conformidade com os termos de uma exceção prevista no Artigo XX²⁹⁵.

Quanto às suas constatações acerca dos fatos envolvidos na disputa, o *Panel* observou que: a Índia não havia aplicado os standards de forma similar às transações internas de produtos associados com o risco de gripe aviária como havia feito com produtos importados; a Índia não havia conduzido uma análise de risco conforme o Código Sanitário de Animais Terrestres da OIE; a Índia não havia conduzido uma análise de risco sob a qual basear suas medidas. Com fundamento na interpretação do Órgão de Apelação conferida ao Artigo 5.5 do Acordo SPS e ao Artigo XX do GATT, a partir da qual se explica o que constitui uma

²⁹²*Ibidem*, par. 7.429-7.435.

²⁹³*Ibidem*, par. 7.475.

²⁹⁴*Ibidem*, par. 7.475.

²⁹⁵*Ibidem*, par. 7.476.

restrição disfarçada ao comércio internacional, o *Panel* concluiu que o conjunto de tais constatações demonstra que as medidas da Índia foram aplicadas de modo a constituir uma restrição disfarçada ao comércio internacional²⁹⁶.

Outro tópico relevante no contexto do Acordo SPS diz respeito ao seu objetivo, presente em seu preâmbulo, mais especificamente no parágrafo sexto, que consiste no estímulo à harmonização de medidas SPS entre os Membros da OMC com base em standards, diretrizes e recomendações internacionais desenvolvidos por organizações internacionais pertinentes. A fim de alcançar tal objetivo, o Acordo SPS estabelece, no seu Artigo 3.1, que os Membros devem adotar medidas SPS com base em standards, diretrizes e recomendações internacionais; quando os Membros adotam medidas SPS em conformidade com standards, diretrizes e recomendações internacionais, o Artigo 3.2 lhes confere a presunção de consistência com o Acordo SPS.

No entanto, o Acordo SPS reconhece, em seu Artigo 3.3, o direito dos Membros da OMC de adotar medidas SPS que resultem em um nível de proteção sanitária ou fitossanitária mais elevado que o que seria alcançado por medidas baseadas em standards, diretrizes e recomendações internacionais. Isso se faz possível em face de justificação científica ou como consequência do nível de proteção SPS que o Membro determine como apropriado em consonância com uma avaliação de risco, conforme disposto no Artigo 5 do Acordo SPS.

Não é difícil presumir que a principal controvérsia acerca do Artigo 3 do Acordo SPS relaciona-se ao direito dos Membros de adotar medidas SPS cujo nível de proteção SPS excede o estabelecido por standards, diretrizes e recomendações internacionais. Nesse sentido, a fim de melhor compreender a aplicabilidade do Artigo 3.3 do Acordo SPS, é importante destacar alguns pontos discutidos ao longo da disputa *EC – Hormones*. O caso envolveu a proibição, por parte da União Europeia, de importação de carnes ou produtos contendo carne derivados de gado que haviam recebido hormônios.

No caso *EC – Hormones*, o Órgão de Apelação afirmou que o Artigo 3.3 do Acordo SPS representa o direito do Membro de determinar seu próprio nível de proteção sanitária ou fitossanitária, e relacionou este direito ao parágrafo sexto do preâmbulo: “desejando estimular o uso de medidas sanitárias e fitossanitárias entre os Membros, com base em normas, guias e recomendações internacionais elaboradas pelas organizações internacionais pertinentes (...)

²⁹⁶*Ibidem*, par. 7.477.

sem que com isso se exija dos Membros que modifiquem seu nível adequado de proteção da vida e saúde humana, animal ou vegetal”²⁹⁷.

Na análise dos requisitos dispostos no Artigo 3.3, o Órgão de Apelação observou, inicialmente, que o direito do Membro de determinar seu próprio nível de proteção SPS não é absoluto ou incondicionado. A fim de introduzir ou manter uma medida SPS que resulte em um nível de proteção SPS mais elevado, o Membro deve demonstrar: (i) a justificação científica da medida; ou (ii) a medida é consequência do nível de proteção que o Membro determina ser apropriado em consonância com o Artigo 5 do Acordo SPS, que trata da avaliação de risco²⁹⁸.

Embora uma interpretação literal deste dispositivo possa induzir a ideia de que o Artigo 5 refere-se apenas à situação (ii), o Órgão de Apelação recorda a nota de rodapé do Artigo 3.3, que define “justificação científica” como um exame e avaliação de informações científicas disponíveis em conformidade com dispositivos pertinentes do Acordo. Esta definição parece fundamentar o argumento de que a avaliação de risco exigida pelo Artigo 5.1 também se aplica à situação (i), quando a justificação científica é requerida. O Órgão de Apelação manteve o posicionamento do *Panel* de que, mesmo que a União Europeia tenha estabelecido um nível de proteção SPS mais elevado que o determinado em normas cabíveis do *Codex Alimentarius*, exigia-se que a medida europeia cumprisse os requisitos do Artigo 5.1 sobre avaliação de risco²⁹⁹.

O Órgão de Apelação reafirmou o entendimento já firmado na disputa *Japan – Agricultural Products II*. Segundo o Órgão de Apelação, há “justificação científica” para uma medida SPS, nos termos do Artigo 3.3, se houver uma relação racional entre a medida SPS em questão e as informações científicas disponíveis³⁰⁰.

O Acordo SPS como um todo é guiado pela justificação de políticas SPS com fundamento em evidências científicas. Os Membros possuem o direito de adotar medidas SPS de acordo com o nível de proteção que determinarem apropriado, desde que justificadas em informações científicas. A segunda parte do Artigo 2.2 determina que toda medida SPS adotada por um Membro deve se basear em princípios científicos. A terceira parte do Artigo 2.2 estabelece que as medidas SPS não podem ser mantidas sem que haja evidências científicas suficientes.

²⁹⁷Appellate Body Report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, par. 172.

²⁹⁸*Ibidem*, par. 173; 175.

²⁹⁹*Ibidem*, par. 175-176.

³⁰⁰Appellate Body Report, *Japan – Measures Affecting Agricultural Products*. *Op. Cit.*, par. 79.

Em relação a esta questão, deve-se ressaltar uma exceção, contida no Artigo 5.7 do Acordo SPS, que se aplica em face da insuficiência de evidências científicas pertinentes e permite a adoção de medidas SPS de forma provisória e com base nas informações cabíveis disponíveis, inclusive oriundas de organizações internacionais relevantes ou de medidas SPS adotadas por outros Membros. Nessas circunstâncias, o dispositivo demanda que o Membro busque obter informações necessárias adicionais para uma análise de risco mais objetiva e revise a medida de acordo com tal análise em um período razoável.

O fato de o Acordo SPS permitir a adoção excepcional de medidas SPS diante da insuficiência de evidências científicas abriu o debate acerca da aplicabilidade do princípio da precaução no contexto da OMC³⁰¹. O princípio da precaução foi introduzido em instrumentos internacionais na década de 1980, mas encontrou fundamento sobretudo a partir da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992 no Rio de Janeiro, tendo sido consolidado no Princípio 15 da Declaração do Rio. O referido Princípio dispõe que, quando há ameaças de dano sério ou irreversível, a falta de certeza científica não pode ser utilizada como uma justificativa para adiar medidas efetivas para evitar a degradação ambiental³⁰².

Não um posicionamento homogêneo sobre a definição ou o status do princípio da precaução no Direito Internacional, porém o princípio tem sido largamente adotado, em especial na esfera do Direito Internacional do Meio Ambiente. De modo geral, o princípio da precaução significa que, em face da ausência de certeza científica acerca do risco de danos provenientes de certas atividades, em particular para o meio ambiente, os governos devem adotar medidas para afastar esse risco, ainda que isso acarrete a paralisação dessas atividades³⁰³.

A aplicação do princípio da precaução no contexto normativo da OMC é bastante controverso. O Órgão de Apelação na disputa *EC – Hormones* afirmou que o princípio encontra respaldo no parágrafo sexto do preâmbulo, no Artigo 3.3 e no Artigo 5.7 do Acordo SPS, que salvaguarda o direito dos Membros de adotar um nível de proteção SPS que determinem apropriado. O Órgão de Apelação, contudo, ressaltou que o princípio da precaução não havia sido previsto no Acordo SPS como uma forma de justificar medidas SPS

³⁰¹ Sobre o tema, ver: BONNOMI, Natália Paulino. O princípio da precaução no comércio internacional: confronto entre a proteção ambiental e o livre comércio. In: Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza; Francisco Antônio de Barros e Silva Neto; Paul Hugo Weberbauer. (Org.). **Integração regional, globalização e direito internacional**. 1ed. Recife: UFPE, 2019, v. 2, p. 105-128.

³⁰²SANDS, Philippe. **Principles of International Environmental Law**. Cambridge University Press, 2003, p. 267-268.

³⁰³*Ibidem*, p. 272.

inconsistentes com as obrigações dos Membros prescritas no Acordo. Nesse sentido, o Órgão de Apelação concluiu que o princípio da precaução não se sobrepõe ao disposto nos Artigos 5.1 e 5.2, que exigem a condução de uma avaliação de risco para definir o nível apropriado de proteção do Membro e assim fundamentar suas medidas SPS³⁰⁴.

Além dos dispositivos mencionados, o Acordo SPS também determina obrigações para os Membros em relação às atividades de atores não-governamentais, o que contribui para o debate acerca da relação entre standards privados e o Acordo SPS. O Acordo SPS apresenta uma linguagem similar aos já abordados Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT, que impõem obrigações positivas e negativas aos Membros no que diz respeito à atuação de instituições não-governamentais.

O Artigo 13 dispõe que os Membros adotarão as medidas razoáveis que estiverem a seu alcance para assegurar que as instituições não-governamentais existentes em seus territórios, assim como os órgãos regionais dos quais instituições pertinentes em seus territórios sejam membros, cumpram com as disposições relevantes do presente Acordo. Ademais, os Membros não adotarão medidas que tenham o efeito de, direta ou indiretamente, obrigar ou encorajar tais instituições não-governamentais ou regionais, a agirem de forma incompatível com as disposições do presente Acordo. Este dispositivo será melhor examinado na última parte da tese, que trata do conteúdo da obrigação de Membros da OMC em relação a instituições não-governamentais, em particular instituições normalizadoras privadas.

3.5 Conduta privada em outros Acordos da OMC

No conjunto normativo da OMC, há outros Acordos que lidam com a atuação privada, em especial diante da interação entre a matéria que tratam e a relevante participação do setor privado. Embora as obrigações estabelecidas por estes Acordos restrinjam-se aos Membros, afinal a OMC é uma instituição intergovernamental, há um impacto direto na relação entre governos e entes privados. Desse modo, a análise acerca das obrigações impostas aos Membros em relação a atores privados nestes Acordos é essencial para que se possa compreender a eventual responsabilidade dos Membros por atos privados.

O estudo acerca do Acordo Geral sobre Comércio em Serviços (GATS) faz-se relevante neste sentido. Os dispositivos que guardam uma relação mais próxima com a atuação de atores privados concernem à conduta anticoncorrencial. O Artigo VIII do GATS,

³⁰⁴Appellate Body Report, *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*. *Op. Cit.*, par. 124-125.

por exemplo, determina que os Membros deverão garantir que fornecedores que detenham o monopólio de um serviço não atuem de forma inconsistente com os compromissos firmados pelos Membros.

Já o Anexo sobre Telecomunicações do GATS determina, em seu Artigo 5(a), que os Membros garantirão que os prestadores de serviços de qualquer outro Membro tenham acesso às redes públicas de transportes de telecomunicações e serviços e possam utilizá-los em termos e condições razoáveis e não discriminatórios para a prestação de um serviço incluído em sua Lista. Como um compromisso adicional às suas respectivas Listas, alguns Membros adotaram um Livro de Referências em Telecomunicações. A Seção do Livro de Referências estabelece que os Membros devem manter medidas apropriadas com o objetivo de evitar que grandes fornecedores, de forma isolada ou conjunta, deem início ou continuidade a práticas anticoncorrenciais.

É interessante notar que o termo “medidas apropriadas” é bastante similar à expressão “medidas razoáveis”, disposta tanto no Acordo TBT quanto no Acordo SPS em relação às obrigações dos Membros da OMC no tocante à atuação de instituições não-governamentais. Isso poderia indicar que ambas expressões tratariam do mesmo tipo de obrigação imposta aos Membros. O fato de que o Livro de Referências não restringe a obrigação dos Membros a entes privados que mantenham algum vínculo com o governo ou cuja atividade receba alguma influência deste também poderia apontar que o envolvimento governamental na conduta privada não seria uma exigência para a aplicabilidade dos Acordos TBT e SPS em relação a instituições normalizadoras “puramente” privadas. Esta questão será melhor debatida na última parte da tese, em que será abordado, com maior profundidade, o conteúdo das obrigações contidas nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e do Artigo 13 do Acordo SPS.

No que diz respeito ao significado do termo “medidas apropriadas” no contexto da Seção 1.1 do Livro de Referências em Telecomunicações do GATS, o relatório do *Panel* instaurado na disputa *Mexico – Telecoms* pode contribuir para elucidar tal questão. O caso foi submetido ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC pelos Estados Unidos, que contestou a legislação e os regulamentos do México sobre o fornecimento de serviços de telecomunicação. Em relação à Seção 1.1 do Livro de Referências, os Estados Unidos argumentaram que os regulamentos do México restringiam a concorrência ao limitar a capacidade de atingir tarifas de interconexão baseadas em custo. Os Estados Unidos alegaram, ainda, que esses regulamentos impediam fornecedores mexicanos e estrangeiros de acordarem

tarifas alternativas que poderiam exercer uma pressão de competitividade em relação à tarifa negociada exclusivamente pela Telmex, uma empresa mexicana de telecomunicação³⁰⁵.

Segundo o relatório do *Panel*, o termo “medidas apropriadas”, no sentido literal do dicionário, significa “especialmente adequadas, apropriadas”. Na Seção 1.1 do Livro de Referências em Telecomunicações do GATS, “medidas apropriadas” são aquelas adequadas para atingir seu objetivo, neste caso, o de evitar que um grande fornecedor dê início ou continuidade a práticas anticoncorrenciais³⁰⁶.

O *Panel* enfatizou que “apropriada”, no sentido da Seção 1 do Livro de Referência, não pressupõe a necessidade de prevenir todos os casos de práticas anticoncorrenciais de grandes fornecedores. No entanto, em um patamar mínimo, se uma medida legalmente requer determinado comportamento, logicamente esta não pode ser considerada “apropriada” em evitar esta mesma conduta. O *Panel* então concluiu que, em razão de o México exigir legalmente uma conduta anticoncorrencial por parte de um grande fornecedor, houve a violação de sua obrigação de manter “medidas apropriadas” para evitar tal comportamento, como disposto na Seção 1 do Livro de Referência³⁰⁷.

Além do GATS, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (Acordo SCM) também lida com atividades privadas. Embora subsídios normalmente sejam transferências de valores de governos a determinadas empresas ou grupos, a contribuição financeira também pode ser realizada por entes privados quando o governo confia tal atividade a eles ou os instrui, como se extrai do Artigo 1.1(a)(1)(iv) do Acordo SCM.

Entretanto, não é qualquer atividade privada de fornecimento de subsídio que está abrangida pelo supracitado dispositivo. O Órgão de Apelação na disputa *US — Countervailing Duty Investigation on DRAMs (Korea)* estabeleceu que o Artigo 1.1(a)(1)(iv) do Acordo SCM apenas se aplica quando a conduta privada pode ser de alguma forma atribuída ao governo ou órgão público por confiança ou instrução³⁰⁸.

O caso envolveu medidas compensatórias impostas pelos Estados Unidos sobre chips semicondutores de memória dinâmica de acesso aleatório produzidos pela fabricante coreana Hynix. Segundo os Estados Unidos, os subsídios incluíam arranjos financeiros entre credores da Hynix realizados por entes privados sob a direção de ou por confiança concedida pelo

³⁰⁵Panel Report, *Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services*, WT/DS204/R, adopted 1 June 2004, DSR 2004:IV, par. 4.261.

³⁰⁶*Ibidem*, par. 7.265.

³⁰⁷*Ibidem*, par. 7.266.

³⁰⁸Appellate Body Report, *United States – Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea*, WT/DS296/AB/R, adopted 20 July 2005, DSR 2005:XVI, par. 107.

governo da Coreia. O Órgão de Apelação afirmou que “confiar”, no sentido do do Artigo 1.1(a)(1)(iv) do Acordo SCM, significa que o governo confere responsabilidade a um ente privado, enquanto o termo “instruir” significa que o governo “concede instruções de autoridade” a um ente privado³⁰⁹.

Da mesma forma que o Acordo SCM trata de obrigações de Membros da OMC por atribuição de uma conduta privada, o Acordo sobre Agricultura também o faz por meio do Artigo 9.1(c). O referido dispositivo estabelece como subsídios à exportação sujeitos aos compromissos de redução assumidos no âmbito do Acordo os pagamentos para exportação de um produto agrícola financiado por medidas governamentais que representem ou não um ônus ao tesouro nacional, incluindo os pagamentos financiados com recursos procedentes de uma taxa, imposto ao referido produto agrícola ou imposta a um produto agrícola a partir do qual o produto exportado é obtido.

Na disputa *Canada – Dairy Products (Article 21.5)*, os Estados Unidos e a Nova Zelândia questionaram medidas relativas aos pagamentos para determinados laticínios. Esses pagamentos, todavia, não haviam sido financiados pelo governo canadense, mas por meio da venda de leites abaixo do valor total de custo da produção por parte de produtores de laticínios a processadores; esse procedimento ocorria apenas para produtos importados e isolados do mercado doméstico de laticínios altamente protegido. Embora o subsídio não fosse fornecido pelo próprio governo canadense, a ação governamental – legislação, altas taxas de importação e atuação de agências governamentais – concedia a produtores um retorno altamente subsidiado através do preço de mercado doméstico³¹⁰.

Nesse sentido, o Órgão de Apelação considerou que o Artigo 9.1(c) do Acordo sobre Agricultura não exige que os pagamentos sejam financiados em virtude de um mandato governamental ou outro tipo de instrução; o dispositivo requer uma participação suficientemente importante do governo no processo pelo qual o ente privado financia tais pagamentos, de modo a haver um nexo entre a ação governamental e o financiamento³¹¹. Nesse caso, em havendo um nexo entre a conduta privada e o governo, haverá a sua atribuição ao Membro da OMC.

A obrigação dos Membros da OMC por atribuição de um ato privado também está presente no Acordo sobre Inspeção Pré-embarque. Esta inspeção envolve a prática de certos

³⁰⁹*Ibidem*, par. 116.

³¹⁰Ver BOHANES, Jan; SANDFORD, Iain. *Op. Cit.*, p. 14.

³¹¹Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by New Zealand and the United States*, WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, adopted 18 December 2001, DSR 2001:XIII, par. 133.

governos de empregar empresas privadas para inspecionar produtos antes de sua exportação a fim de verificar seu preço, qualidade e quantidade e de assegurar que essas informações estão corretamente especificadas nos detalhes de embarque³¹².

Os dispositivos do Acordo sobre Inspeção Pré-embarque são relacionados sobretudo a Membros que contratam o serviço de inspeção pré-embarque. Uma vez que estas empresas estão conduzindo suas atividades em favor e sob a contratação do governo, parece lógico que a conduta desses entes privados, dado o grau significativo de envolvimento governamental, poderia ser atribuída ao Membro usuário dos seus serviços, o que pode ensejar sua responsabilidade na hipótese de violação do Acordo³¹³.

Por fim, porém em um contexto diferente, o Acordo sobre Salvaguardas também estabelece uma obrigação para os Membros da OMC em relação a atores privados, mais especificamente uma obrigação negativa. O Artigo 11.3 do Acordo sobre Salvaguardas determina que os Membros não estimularão nem apoiarão a adoção ou a manutenção, por empresas públicas ou privadas, de medidas não-governamentais equivalentes às medidas a que se refere o parágrafo primeiro, que, de modo geral, proíbe a formação de cartéis de importação e exportação e outros arranjos voluntários similares firmados entre empresas.

Observa-se que tal obrigação negativa contida no Acordo sobre Salvaguardas é similar ao disposto nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e no Artigo 13 do Acordo SPS, que abordam a atuação de instituições não-governamentais. Os dispositivos mencionados não apenas impõem uma obrigação positiva aos Membros de adotar “medidas razoáveis” para garantir o cumprimento dos Acordos por parte destas instituições, mas também impõem uma obrigação negativa, proibindo os Membros de obrigá-las ou encorajá-las a agir de forma inconsistente com os Acordos.

Deve-se notar que, assim como no Livro de Referências em Telecomunicações do GATS, a obrigação negativa contida no Acordo sobre Salvaguardas não restringe a sua aplicação a entes privados que mantenham algum vínculo com o governo ou cuja atividade receba alguma influência deste. Diante disso, se ambos os Acordos poderiam ser aplicados à atuação de empresas privadas, não parece haver óbice à incidência dos Acordos TBT e SPS a instituições normalizadoras privadas considerando que estes trazem obrigações positivas e negativas aos Membros da OMC em relação a instituições não-governamentais.

Esta parte da tese, portanto, dedicou-se a explicar as diversas obrigações direcionadas aos Membros da OMC em relação à conduta de entes privados. A próxima parte da tese

³¹² Ver BOHANES, Jan; SANDFORD, Iain. *Op. Cit.*, p. 20.

³¹³ *Ibidem*, p. 20-21.

abordará o conteúdo específico das obrigações dispostas nos Acordos TBT e SPS, neste sentido, a fim de identificar a possível existência de uma obrigação de *due diligence* dos Membros da OMC no tocante a entes privados, em particular a instituições normalizadoras privadas.

4 STANDARDS PRIVADOS E OBRIGAÇÃO DE *DUE DILIGENCE* NOS ACORDOS DA OMC

4.1 *Due diligence* no direito internacional

Conforme brevemente mencionado na parte anterior desta tese, analisa-se o conteúdo da obrigação dos Membros da OMC em relação às atividades de instituições normalizadoras privadas, em particular a fim de se estabelecer um paralelo com a obrigação de *due diligence*. Antes que se adentre neste tema, entretanto, faz-se necessário estudar os principais aspectos da obrigação de *due diligence* na esfera do direito internacional para que se possa, posteriormente, examinar sua aplicabilidade ao direito do comércio internacional e aos Acordos da OMC e, de forma mais específica, a standards privados.

A obrigação derivada do dever de *due diligence* desempenha um importante papel no direito internacional e, como será discutido ao longo deste tópico, tem-se feito presente em diversas áreas, como as relacionadas à proteção do meio ambiente, ao direito do mar, ao investimento estrangeiro, aos direitos humanos, ao direito internacional humanitário e à segurança no ciberespaço. Embora a abordagem de *due diligence* tenha sido amplamente reconhecida na prática do direito internacional, ainda resta um espaço considerável de controvérsia acerca da sua natureza, seu conteúdo e seu escopo de aplicação.

A doutrina aponta como marco da *due diligence* no direito internacional o caso *Alabama*, litígio entre Estados Unidos e Reino Unido acerca de danos causados à frota estadunidense por um navio armado em portos ingleses. Questionou-se a possível violação da obrigação de neutralidade, na forma de *due diligence*, prevista no Tratado de Washington de 1871. A definição de *due diligence*, nessas circunstâncias, mostrou-se essencial para apurar a responsabilidade do governo britânico³¹⁴.

Além disso, a obrigação de *due diligence* está presente em diversos acordos internacionais firmados desde o século XX, sobretudo em matéria ambiental. Ainda que muitos tratados não utilizem expressamente o termo *due diligence*, a obrigação é extraída de disposições contidas nos acordos, a exemplo da obrigação de adotar “todas as medidas possíveis”³¹⁵.

³¹⁴BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 108.

³¹⁵*Ibidem*, p. 104.

Antes da incursão em temas mais específicos sobre *due diligence*, é fundamental que se aborde, inicialmente, o trabalho desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional (ILC) da ONU sobre responsabilidade do Estado a fim de identificar como a obrigação de *due diligence* se enquadra neste cenário. Neste sentido, há alguns projetos elaborados pela ILC relevantes para a compreensão da noção de *due diligence* neste contexto, tais como os Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos (2001), os Artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas (2001) e os Artigos sobre Usos Não Navegacionais de Águas Internacionais (1994).

Na sua primeira sessão, em 1949, a Comissão de Direito Internacional selecionou o tema sobre responsabilidade do Estado como um tópico para codificação. No entanto, apenas em 1955, em sua sétima sessão, a ILC decidiu iniciar o estudo acerca da responsabilidade do Estado a partir da indicação de García Amador como Relator Especial para o tópico³¹⁶.

O primeiro relatório de García Amador, apresentado em 1956, abordou a responsabilidade dos Estados por danos causados a pessoas e a propriedade de estrangeiros. Esse relatório levantou uma série de discussões ao longo das reuniões do plenário da ILC, e alguns membros o criticaram por extrapolar os limites da regulamentação do tópico ao tratar de aspectos gerais da responsabilidade, a partir da introdução de temas de, por exemplo, crimes estatais, indivíduo como sujeito do direito internacional e direitos humanos. Tais discussões, iniciadas sobretudo em 1957, foram lideradas por Robert Ago, quem reintroduziu a questão sobre a metodologia adotada no relatório de García Amador ao distinguir entre a noção geral de responsabilidade do Estado e o dano causado em seu território a pessoa ou a propriedade de estrangeiros³¹⁷.

Havia, portanto, uma oposição crescente a abordagem seguida por García Amador, e a manutenção de sua posição como Relator Especial tornou-se delicada após a apresentação de seis relatórios. Em 1962, García Amador não era mais um membro da ILC, o que criou a oportunidade de recomeçar o estudo sobre responsabilidade do Estado no âmbito da Comissão³¹⁸.

Já que havia visões divergentes sobre o escopo e a abordagem do estudo acerca do tópico da responsabilidade do Estado, a ILC decidiu estabelecer um Subcomitê para a submissão preliminar de um relatório para realizar esta tarefa. Em sua décima quinta sessão,

³¹⁶INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Summaries of the Work of the International Law Commission on State responsibility**. Available in: https://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.shtml. Acesso em: 16 out. 2020.

³¹⁷GALINDO, George Rodrigo Bandeira. The “second road”: State responsibility and the emergence of the distinction between primary and secondary rules in the International Law Commission. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Volume XV, Número 1, p. 84-115, 2020, p. 91-92.

³¹⁸*Ibidem*, p. 99-100.

em 1963, os membros da ILC concordaram com as conclusões do relatório apresentado pelo Subcomitê, em especial que: i) a prioridade deveria ser conferida às definições das regras gerais de disciplinamento da responsabilidade internacional do Estado; e ii) ao definir essas regras gerais, a experiência e o material coletado em determinados setores especiais, particularmente no que se refere à responsabilidade por danos causados a pessoas ou a propriedade de estrangeiros, não poderiam ser negligenciadas e atenção especial deveria ser concedida às possíveis repercussões que desdobramentos no direito internacionais poderiam ter sobre a responsabilidade do Estado³¹⁹.

A sugestão de que o estudo da responsabilidade de outros sujeitos de direito internacional, tais como organizações internacionais, deveria ser abandonado foi acatada pelos membros da ILC. Nesta sessão, a ILC nomeou Robert Ago como Relator Especial para o tópico da responsabilidade do Estado³²⁰.

A partir daí, a ILC havia abandonado a abordagem de García Amador para codificação do tema e havia decidido que o trabalho da Comissão para codificação não envolveria regras de conteúdo. Neste sentido, Robert Ago distinguiu de forma clara entre “regras primárias” (regras de direito internacional que impõem obrigações específicas para os Estados) e “regras secundárias” (regras que determinam as situações em que uma obrigação primária tenha sido violada e as consequências dessa violação). Foi deliberado, então, que o trabalho da ILC sobre responsabilidade do Estado estaria limitada às “regras secundárias”³²¹.

Robert Ago apresentou questões fundamentais sobre o tema da responsabilidade do Estado entre 1963 e 1979, período em que ocupou a posição de Relator Especial e produziu oito relatórios sobre o tópico. No texto denominado “As origens da responsabilidade internacional”, Ago determinou o método, a substância e a terminologia essencial para a continuação do trabalho. De acordo com o Relator, a codificação promovida pela ILC estaria limitada à responsabilidade do Estado por ato ilícito, o que modificado posteriormente para inclusão da responsabilidade por atos não proibidos pelo direito internacional. Ago, ainda, formulou a estrutura do projeto, que seria dividido em três partes: origem da responsabilidade internacional; conteúdos, formas e graus de responsabilidade internacional; e aplicação das regras sobre responsabilidade internacional e solução de controvérsias³²².

³¹⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. Cit.* Acesso em: 16 out. 2020.

³²⁰ *Idem.*

³²¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Op. Cit.*, p. 107-110.

³²² GARCIA, Márcio P. P. Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, nº 162, 273-286, abr./jun. 2004, p 279-280.

Além disso, Robert Ago propôs uma classificação que distinguia obrigações de conduta e obrigações de resultado de acordo com o critério de maior ou menor discricionariedade do Estado de executar suas obrigações. Segundo a teoria de obrigações internacionais criada por Ago, a obrigação de conduta seria aquela que permitiria o Estado escolher os meios para adequadamente alcançar o objetivo final da obrigação; já a obrigação de resultado não permitiria esse nível de flexibilidade³²³.

Após a ida de Robert Ago para a Corte Internacional de Justiça, a ILC apontou Willem Riphagen, em 1979, como Relator Especial para o tópico da responsabilidade do Estado. Em face da expiração de seu mandato, a ILC indica Gaetano Arangio-Ruiz para substituí-lo em 1987. Tanto Riphagen quanto Arangio-Ruiz seguiram, de forma geral, a abordagem de Ago, e concluíram a segunda e a terceira partes do projeto, quais sejam, “conteúdos, formas e graus de responsabilidade internacional” e “solução de controvérsias”. O projeto foi, então, aprovado em primeira leitura em 1996, mas não obteve consenso na ILC e recebeu reações desfavoráveis de representantes de diversos governos³²⁴.

Em 1998, James Crawford foi apontado como Relator Especial para o tópico da responsabilidade do Estado para conduzir a segunda leitura do projeto. Crawford ficou encarregado de enfrentar os problemas indicados no texto de 1996 e incorporar, no que possível, os comentários oferecidos e a jurisprudência mais recente da Corte Internacional de Justiça³²⁵.

As principais intervenções de James Crawford no projeto de codificação do tópico da responsabilidade do Estado são as seguintes: i) eliminação do controverso artigo 19, que tratava de crime do Estado, haja vista o receio de que a manutenção do dispositivo poderia comprometer o projeto como um todo; ii) a exclusão da distinção entre obrigação de conduta e obrigação de resultado, respectivamente previstas nos artigos 20 e 21, uma vez que causava confusão, sobretudo para países de tradição romano-germânica, cujo direito civil compreende tal distinção de forma diversa³²⁶; iii) definição da regra de esgotamento de recursos internos unicamente como requisito para admissibilidade da reclamação, como previsto no artigo 44(b); e iv) supressão da terceira parte do texto, que tratava de solução de controvérsias, o que

³²³CASSELLA, Sarah. Les travaux de la Commission du Droit International sur la Responsabilité Internationale et le standard de *due diligence*. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, pp. 11-24, 2018, p. 14-15.

³²⁴GARCIA, Márcio P. P. *Op. Cit.*, p. 280.

³²⁵*Idem*.

³²⁶CASSELLA, Sarah. *Op. Cit.*, p. 14-15.

correspondia ao anseio de vários Estados, porém eliminava um dos elementos mais avançados do projeto de 1996³²⁷.

James Crawford apresentou seu trabalho final em 2001 à ILC, que foi adotado em sua 53ª sessão, ainda no mesmo ano. A Comissão decidiu apresentar o projeto para a apreciação da Assembleia Geral com vistas a transformar o conjunto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos em uma convenção. Por meio de suas Resoluções 56/83 e 59/35, de 2001 e 2004, respectivamente, a Assembleia Geral submeteu os Artigos à avaliação e aos comentários dos governos³²⁸.

O projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, organizado por Crawford em 2001³²⁹, foi por fim sistematizado em cinco capítulos. No primeiro Capítulo, o projeto estabelece os três princípios gerais, em seus três primeiros Artigos, que norteiam a responsabilidade internacional dos Estados: i) todo ato internacionalmente ilícito de um Estado enseja sua responsabilidade internacional; ii) há um ato internacionalmente ilícito de um Estado quando a conduta de ação ou omissão pode ser atribuída ao Estado segundo o direito internacional, bem como constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado; e iii) a caracterização de um ato internacional ilícito baseia-se no direito internacional, e não é afetada pela caracterização como lícita pelo direito interno³³⁰.

O segundo Capítulo dos Artigos, brevemente mencionado na parte anterior desta tese, lida com a atribuição de conduta ao Estado ao longo de seus oito Artigos. O Artigo 4 determina a responsabilidade do Estado pela atribuição da conduta de seus órgãos. O Artigo 5 aborda a conduta de entidades que recebem o poder de exercer a autoridade governamental do Estado. O Artigo 6 lida com uma situação específica de responsabilidade em face da disposição de um órgão de um Estado para outro Estado, exercendo a autoridade governamental daquele. Já o Artigo 7 esclarece que a conduta de órgãos e entidades no exercício de autoridade governamental pode ser atribuída ao Estado mesmo que seja realizada fora dos limites de sua autoridade ou de forma contrária às instruções.

³²⁷ GARCIA, Márcio P. P. *Op. Cit.*, p. 281.

³²⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Op. Cit.* Acesso em: 16 out. 2020.

³²⁹ Texto dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos encontra-se disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

³³⁰ Este princípio está em consonância com o que foi decidido no caso *Alabama arbitration*, que ocorreu entre 1861 e 1872. No referido caso, estabeleceu-se, dentre outras questões relevantes, que o Estado não pode se apoiar em seu direito interno para se isentar de cumprir suas obrigações internacionais. Disponível em: https://spacelaw.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/p_spacelaw/EPIL_State_Responsibility.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

Os Artigos 8 a 11 tratam da conduta que, embora não praticada por órgãos ou entidades do Estado, são a este atribuídas sob as normas do direito internacional. O Artigo 8 abrange a conduta praticada sob as instruções de um órgão estatal ou sob sua direção ou controle. O Artigo 9 aborda determinadas condutas envolvendo elementos de autoridade governamental, praticada na ausência de autoridades oficiais. O Artigo 10 diz respeito ao caso específico de responsabilidade relacionado a circunstâncias definidas para a conduta de movimentos de insurreição. Por fim, o Artigo 11 constitui uma categoria residual, que engloba condutas que não podem ser atribuídas ao Estado segundo os dispositivos anteriores, mas que são adotadas pelo Estado como suas próprias de forma expressa ou por sua conduta.

O Capítulo III do projeto aborda a violação de obrigação internacional, disposta ao longo dos Artigos 12 a 15. O Artigo 12 estabelece que haverá a violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato deste Estado não estiver em conformidade com o que lhe é demandado por esta obrigação, independentemente de sua origem ou natureza. Já o Artigo 13 enuncia o princípio de que o Estado somente será responsabilizado pela violação de uma obrigação internacional se a obrigação pertinente estiver em vigor em relação a este Estado no momento da violação. O Artigo 14 trata de violações contínuas de obrigações internacionais. Finalmente, o Artigo 15 dispõe sobre violações de obrigações internacionais por meio da composição de atos.

O Capítulo IV do projeto aborda, entre os Artigos 16 e 19, a responsabilidade do Estado em conexão com o ato de outro Estado. Desse modo, o ato internacionalmente ilícito pode resultar da conduta independente de mais de um Estado ou mesmo por meio de um órgão em comum ou pela ação de um Estado em favor de outro. O Artigo 16 trata da ajuda ou assistência de um Estado na prática de um ato internacionalmente ilícito. Já o Artigo 17 dispõe sobre a direção ou o controle exercido por um Estado sobre o outro para a prática de ato internacionalmente ilícito. O Artigo 18 trata de uma situação mais extrema, em que há coerção de um Estado para que outro Estado pratique um ato tido como internacionalmente ilícito. Por fim, o Artigo 19 faz a ressalva de que a responsabilidade internacional do Estado que assiste, direciona ou coage outro Estado a praticar ato internacionalmente ilícito não exclui a responsabilidade internacional do Estado que efetivamente praticou o ato.

O quinto e último capítulo do projeto estabelece seis circunstâncias que excluem a ilicitude da conduta que, nas demais situações, não estaria em conformidade com as obrigações internacionais do Estado em questão. A primeira circunstância, prevista no Artigo 20, é o consentimento válido de um Estado para que outro pratique um ato que seria ilícito em princípio. A segunda circunstância, descrita no Artigo 21, é a autodefesa, medida lícita em

conformidade com a Carta das Nações Unidas. A terceira circunstância, conforme previsão no Artigo 22, diz respeito a medidas compensatórias em face de atos internacionalmente ilícitos. A quarta circunstância, de acordo com o Artigo 23, é a *force majeure* (força maior), que se aplica diante da força irresistível de um evento imprevisível, além do controle do Estado, tornando materialmente impossível o cumprimento de uma obrigação sob estas circunstâncias. As quinta e sexta circunstâncias, conforme os Artigos 24 e 25, relacionam-se às situações de perigo e de estado de necessidade. O Capítulo V finaliza suas disposições com o Artigo 26, que determina que não haverá a exclusão de ilicitude de ato de um Estado quando este não estiver em conformidade com uma obrigação decorrente de uma norma peremptória do direito internacional.

No que diz respeito à responsabilidade do Estado por violação de uma obrigação de *due diligence*, é importante ressaltar que essa ideia ocupava um lugar de destaque na primeira fase dos debates para a codificação do tema da responsabilidade internacional do Estado na ILC, que durou até 1963. É importante observar que a obrigação de *due diligence*, vista na época de forma ampla como “dever”, “regra”, “conceito”, “standard”, foi abordada por García-Amador no contexto da responsabilidade do Estado. O standard de *due diligence* seria aplicado para justificar a responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros por parte de entes privados, porém somente em face da negligência manifesta de órgão ou autoridades estatais em adotar medidas normalmente tomadas para prevenir ou punir tais atos³³¹.

Segundo García-Amador, o princípio de *due diligence* seria a demonstração por excelência da teoria da culpa no âmbito da responsabilidade do Estado. De modo geral, a responsabilidade do Estado seria, em princípio, de natureza objetiva; elementos subjetivos apenas seriam necessários quando especificamente exigidos. Este, de acordo com García-Amador, seria o caso da regra de *due diligence*, que estabelece a responsabilidade do Estado por ato de entes privados, porém requer a negligência de entes estatais de tal modo que sua conduta constitua ato contrário ao direito internacional³³².

García-Amador relutou em abandonar a abordagem de questões substantivas em seu projeto de codificação da responsabilidade do Estado, a exemplo da enumeração de direitos humanos fundamentais que deveriam ser garantidos pelos Estados. Apesar de este motivo ser apontado como determinante para o fracasso de seu projeto, tal entendimento de García-

³³¹ FEIHLE, Prisca; PHILIPP, Helmut. Due Diligence in the History of the Codification of the Law of State Responsibility. In: KREUZER, Leonhard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 42-58, 2020, p. 44-46.

³³²*Ibidem*, p. 46.

Amador foi essencial para a compreensão acerca da posição ocupada pela *due diligence* em seu trabalho. O princípio de *due diligence* transitava entre as regras primárias e as secundárias: primária porque havia requisitos específicos para casos particulares de acordo com as circunstâncias e regras aplicáveis, e secundária porque estabelece uma regra a partir da qual Estados são internacionalmente responsáveis por não prevenir ou punirem atos praticados por entes privados se falharem em exercer a *due diligence*³³³.

Com a sucessão de García-Amador por Robert Ago como Relator Especial para codificação do tema da responsabilidade internacional do Estado na ILC, houve uma mudança significativa na compreensão de *due diligence* nesse contexto. Como já explicitado, a passagem de Ago na elaboração de um projeto de codificação do tópico foi marcada pela distinção entre regras primárias (regras substantivas nos diferentes ramos do direito internacional) e regras secundárias (questões gerais de responsabilidade do Estado).

Ago propôs que a codificação do tópico da responsabilidade do Estado fosse limitada às regras secundárias, o que afetava a abordagem de discussão sobre o princípio de *due diligence*, uma vez que este transitava entre regras primárias e secundárias na percepção de García-Amador. Ao invés de posicionar o standard de *due diligence* na categoria de regras primárias e, portanto, excluí-lo do projeto de codificação, Ago optou por enquadrá-lo na categoria de regras secundárias. Ago também discutiu sobre o princípio de *due diligence* em face dos elementos subjetivos (atribuição de ato ao Estado) e objetivos (violação de uma obrigação internacional) da responsabilidade do Estado³³⁴.

No contexto de *due diligence* e elementos subjetivos, a abordagem de Ago foi manifestada por meio da inserção do Artigo 11 de seu projeto, o qual estabelecia, por um lado, que a conduta de entes privados, em regra, não seriam consideradas atos do Estado; por outro lado, o dispositivo, em seu segundo parágrafo, determinava que esta regra não eliminava a atribuição ao Estado de qualquer omissão de seus órgãos quando estes deveriam prevenir ou punir a conduta de um ente privado. Enquanto García-Amador havia tentado estabelecer regras para a responsabilidade do Estado pela conduta de entes privados, Ago apenas tocou na possibilidade de uma omissão em separado do Estado ensejar sua responsabilidade. Isso gerou o debate sobre a existência ou não de um conteúdo significativo do Artigo 11(2)³³⁵.

³³³*Ibidem*, p. 45-47.

³³⁴*Ibidem*, p. 47.

³³⁵*Ibidem*, p. 48.

No contexto de *due diligence* e elementos objetivos, Ago introduziu o Artigo 23 em seu projeto, que estipulava não haver violação por parte do Estado de uma obrigação internacional que demande a prevenção de um evento, exceto se, diante da falta de prevenção pelo Estado, o evento em questão ocorra. A percepção de Ago sobre esta obrigação de prevenção relaciona-se à sua compreensão acerca da distinção entre uma obrigação de resultado e uma obrigação de conduta. A obrigação de prevenção, descrita no Artigo 23 do projeto de Ago, pertencia à categoria de obrigação de resultado, a qual permite um maior espaço de discricionariedade para o Estado adotar as medidas necessárias, bem como requer a ocorrência de um evento externo (por exemplo, dano causado por um ente privado). Nessa perspectiva, a noção de *due diligence* representaria um *link* entre a conduta externa, que em si não é atribuída ao Estado, e a responsabilidade do Estado pela violação de uma obrigação de prevenção³³⁶.

Sendo assim, é possível constatar que o princípio de *due diligence* não desapareceu durante o projeto de codificação de Ago. Embora Ago tenha levado em consideração a noção de *due diligence* como relevante para os princípios gerais da responsabilidade do Estado, a análise acerca do seu conteúdo foi muitas vezes ambígua, tanto no contexto da atribuição quanto da obrigação de prevenção, sobre o seu enquadramento na categoria de regras primárias ou secundárias³³⁷.

Quando Crawford assumiu a posição de Relator Especial para codificação do tópico da responsabilidade do Estado, a distinção entre regras primárias e secundárias foi ainda mais consolidada que por Ago. Nesse cenário, Crawford remeteu o standard de *due diligence* para a categoria de regras primárias, e assim excluiu o tema do processo de codificação.

A característica central no projeto de codificação de Crawford foi a exclusão da exigência de culpa. Nesse sentido, Crawford propôs a eliminação do Artigo 11, inserido por Ago, tendo em vista que o dispositivo não apresentaria qualquer conteúdo independente, qual seja, a extensão da obrigação de um Estado de prevenir a ocorrência de atos praticados por entes privados. Desse modo, a questão substantiva acerca de um fundamento distinto para a responsabilidade do Estado por atos privados não atribuídos ao Estado foi alçada ao nível de regras primárias, não discutidas no projeto de codificação de Crawford³³⁸.

Dessa forma, o capítulo do projeto de Crawford que trata de responsabilidade do Estado por atribuição não faz qualquer referência à existência de responsabilidade com base

³³⁶*Ibidem*, p. 48-49.

³³⁷*Ibidem*, p. 49.

³³⁸*Ibidem*, p. 50.

em outro fundamento³³⁹. Ademais, Crawford esclarece, no parágrafo 3 dos Comentários ao Artigo 2, que, embora o elemento de atribuição tenha sido muitas vezes descrito como um elemento subjetivo, enquanto a violação, um elemento objetivo, seu projeto evita esta terminologia. Crawford declara que, sendo a responsabilidade subjetiva ou objetiva, havendo requisitos de culpa, culpabilidade, negligência ou *due diligence*; nenhuma dessas questões são abrangidas pelo seu projeto de codificação do tópico da responsabilidade internacional do Estado, uma vez que dizem respeito à interpretação e à aplicação das regras primárias pertinentes ao caso a ser analisado.

Sendo assim, o projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, elaborado por Crawford e submetido em 2001, excluiu a noção de *due diligence* neste contexto³⁴⁰. Embora a *due diligence* tenha desempenhado um papel relevante ao longo das propostas de codificação, optou-se por retirá-la do projeto, bem como qualquer questão relacionada ao elemento de culpa, a fim de alcançar um consenso sobre a codificação do tema da responsabilidade do Estado.

Ainda que o princípio de *due diligence* tenha sido removido do projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, a noção de *due diligence* faz-se presente em outros projetos de codificação da ILC. Por exemplo, os Artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas³⁴¹ manifestam a obrigação de *due diligence*, que se tornou essencial para a configuração da responsabilidade em caso de danos ambientais.

O Artigo 3 dos Artigos, que trata de prevenção, estabelece que o Estado de origem deve adotar todas as medidas apropriadas para prevenir danos transfronteiriços significativos ou, em qualquer situação, minimizar este risco³⁴². De acordo com os Comentários ao dispositivo, esta obrigação de adoção de medidas de prevenção ou de minimização de riscos de danos transfronteiriços significativos é uma obrigação de *due diligence*, cujo cumprimento

³³⁹ *Idem*.

³⁴⁰ Embora o projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos tenha excluído *due diligence* de sua regulamentação, argumenta-se que ainda é possível encontrar uma referência ao standard em alguns dispositivos, a exemplo do Artigo 16, que trata de cumplicidade, como disposto em: FEIHLE, Prisca; PHILIPP, Helmut. *Op. Cit.*, p. 58. Há, ainda, uma categoria no projeto que se relaciona a *due diligence*: a obrigação de prevenção, disposta no Artigo 14, também encontrada no Artigo 12 dos Artigos sobre Responsabilidade de Organizações Internacionais. Vale ressaltar, contudo, que esse dispositivo trata de obrigação de prevenção somente na perspectiva de elementos temporais da violação, conforme esclarecido em: CASSELLA, Sarah. *Op. Cit.*, p. 15-16.

³⁴¹ Texto dos Artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021.

³⁴² Esta obrigação de prevenção, denominada de “*no-harm principle*”, tem base costumeira no direito internacional, e será melhor abordada posteriormente neste subcapítulo ao se discutir sobre a obrigação de *due diligence* na prática do direito internacional do meio ambiente.

é averiguado a partir da análise da conduta do Estado. Entretanto, o Comentário ressalva que o dever de *due diligence*, nesse contexto, não supõe a garantia de que danos transfronteiriços sejam totalmente evitados se assim não for possível; na eventualidade de não ser possível prevenir tais danos, ao Estado de origem se exigem os melhores esforços (*best efforts*) possíveis para minimizar o risco de ocorrência dos danos.

O Comentário ao Artigo 3 destaca, ainda, que a obrigação de *due diligence* é a base para a proteção do meio ambiente em face de danos, sendo amplamente utilizada para esta finalidade na prática convencional internacional. O Comentário faz referência ao caso *Alabama*, em que foram contrapostas duas definições de *due diligence* apresentadas pelas partes. Os Estados Unidos apresentaram uma definição mais ampla de *due diligence*, enquanto o Reino Unido relacionou o dever de *due diligence* ao emprego ordinário de cuidado para tratar questões domésticas. O tribunal no caso *Alabama* discordou da definição adotada pelo Reino Unido, afirmando que as obrigações internacionais não poderiam ser restringidas à legislação local.

Para fins dos Artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas, o Comentário estabelece que a *due diligence* manifesta-se nos esforços razoáveis adotados por um Estado de se informar sobre os componentes legais e factuais que previsivelmente se relacionam a um procedimento contemplado e de tomar medidas apropriadas de forma rápida para abordá-los. As medidas unilaterais que devem ser adotadas pelo Estado, no exercício de seu dever de *due diligence*, incluem a formulação de políticas destinadas a prevenir ou minimizar os riscos de danos transfronteiriços significativos, bem como a sua implementação; essas políticas podem ser expressas na forma de legislação e regulamentos administrativos, e ser implementadas por diversos mecanismos de cumprimento.

O Comentário também determina que o standard de *due diligence* a partir do qual a conduta do Estado de origem é analisada corresponde ao que é geralmente considerado apropriado e proporcional ao grau de risco de dano transfronteiriço em uma instância específica. Por exemplo, atividades consideradas ultra perigosas, de acordo com fatores como o tamanho da operação, sua localização, condições climáticas e materiais utilizados, requerem um standard de diligência muito alto na definição de políticas e no nível de esforços a serem empreendidos pelo Estado para sua implementação. O Comentário enfatiza que o standard de *due diligence* pode variar com o tempo, uma vez que um procedimento, standard ou regra tido como razoável e apropriado em um dado momento pode não ser assim considerado no futuro;

diante disso, a *due diligence* demanda ao Estado o acompanhamento das evoluções tecnológicas e dos desenvolvimentos científicos.

O Comentário ao Artigo 3 faz importante ponderação acerca do nível econômico do Estado e a obrigação de *due diligence*. O Comentário determina que, embora o nível econômico de um Estado não possa ser usado como justificativa para eximi-lo da obrigação expressa no dispositivo, este constitui um dos fatores considerados para verificar se o Estado cumpriu sua obrigação de *due diligence*.

O Comentário ao Artigo 3, por fim, sumariza os principais elementos que formam a obrigação de *due diligence* no dever de prevenção: i) o grau de diligência em questão é o esperado de um bom governo, o que significa que o Estado deve possuir um sistema legal e recursos suficientes para manter um aparato administrativo adequado para controlar e monitorar atividades; ii) o grau de diligência necessário é proporcional ao nível de dano em questão; iii) o nível de dano deve ser previsível e o Estado deve ou deveria estar ciente do risco de dano significativo decorrente de determinada atividade; e iv) quanto maior o nível de dano maior deve ser o dever de diligência para evitar sua ocorrência.

Os Artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas fazem referência à *due diligence*, ainda, quando dispõem sobre a obrigação de consultas sobre medidas preventivas (Artigo 9) e de troca de informações (Artigo 12). Os Comentários aos dispositivos esclarecem que o dever de *due diligence* não se restringe a um momento, a exemplo da concessão de autorização de determinada atividade, mas sim configura uma obrigação contínua que permanece em relação ao monitoramento da implementação da atividade enquanto esta perdurar.

Além dos Artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas, deve-se ressaltar o trabalho de codificação da ILC por meio dos Artigos sobre Usos Não Navegacionais de Águas Internacionais, que menciona o princípio de *due diligence* no Artigo 7. O dispositivo estabelece que o Estado deve exercer *due diligence* ao utilizar águas internacionais de modo a não causar dano significativo a outro Estado; quando este dano ocorre, apesar do exercício de *due diligence*, o Estado cujo uso causou o dano, na ausência de acordo sobre tal uso, deve entrar em consultas com o Estado que sofre o dano.

O Comentário esclarece que a obrigação de *due diligence* contida no Artigo 7 determina o parâmetro para a atividade lícita do Estado. O Comentário afirma que a obrigação de *due diligence*, neste contexto, é uma obrigação de conduta, e não de resultado, o que significa que aquela não exige a garantia de que o uso de águas internacionais não gere dano significativo; o Estado pode estar em descumprimento de sua obrigação de *due diligence* se

tiver, de modo intencional ou negligente, causado – ou não evitado que outros em seu território causassem – o evento que deveria ter prevenido. Pode-se considerar que o Estado violou sua obrigação de *due diligence* apenas se este soubesse ou devesse saber que o uso específico de água internacional causaria dano significativo a outro Estado.

As referências à *due diligence*, no entanto, foi retirada durante o processo de negociação que acarretou na celebração da Convenção sobre Usos Não Navegacionais de Águas Internacionais (1997)³⁴³. A eliminação da definição de *due diligence* e de sua expressa previsão no texto foi necessária para se alcançar o consenso para a conclusão da Convenção. Embora o texto do Artigo 7 não mais mencione *due diligence*, a terminologia adotada demonstra que a obrigação prevista ainda reflete uma obrigação de *due diligence*, haja vista determinar que os Estados, ao usar águas internacionais, devem adotar todas as medidas apropriadas para evitar causar danos significativos a outros Estados; tal texto é similar ao encontrado no já mencionado Artigo 3 dos Artigos sobre a Prevenção de Danos Transfronteiriços Decorrentes de Atividades Perigosas.

Após examinar os esforços empreendidos no âmbito da ILC para codificação de temas e sua relação com a obrigação de *due diligence*, é fundamental que se explore como esta obrigação é compreendida na prática do direito internacional. Deve-se iniciar essa análise pela aplicação da obrigação de *due diligence* no direito internacional do meio ambiente, ramo em que esta tem sido amplamente discutida pela doutrina e abordada na jurisprudência internacional.

A *due diligence* é uma obrigação basilar no ramo do direito internacional do meio ambiente, ainda que tenha base costumeira e não seja bem definida em instrumentos convencionais. A obrigação de *due diligence* está intrinsecamente ligada à obrigação de prevenção de danos ao meio ambiente e, portanto, está no centro do direito internacional do meio ambiente³⁴⁴.

A aplicação de *due diligence* no direito internacional do meio ambiente enseja certa regulamentação de atividades desempenhadas por atores privados. Em princípio, o direito internacional do meio ambiente destina-se a regular a conduta de Estados, enquanto os entes

³⁴³ Texto da Convenção sobre Usos Não Navegacionais de Águas Internacionais disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁴⁴ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Les obligations de diligence dans la pratique: la protection de l'environnement. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 145-162, 2018, p. 145.

privados ocupam um papel secundário nesta área. A *due diligence*, contudo, permite a imposição de uma obrigação, ainda que de forma indireta, a tores privados³⁴⁵.

Neste sentido, é relevante observar a disputa *Trail Smelter*, de 1941, que envolveu poluição transfronteiriça causada por uma empresa privada canadense localizada perto da fronteira com os Estados Unidos. A decisão deste caso lançou as bases para o *no-harm principle*, segundo o qual nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de modo a causar dano ambiental significativo ao território de outro Estado. Ao atribuir esta responsabilidade ao Estado, que indiretamente afeta as atividades de entes privados, é possível visualizar a aplicação da obrigação de *due diligence*³⁴⁶.

No ramo do direito internacional do meio ambiente, a obrigação de *due diligence* possui fundamento tanto em convenções quanto em costumes internacionais. Dentre os vários acordos internacionais que estabelecem uma obrigação de *due diligence*, deve-se destacar, inicialmente, a Convenção da ONU sobre o Direito do Mar (1982)³⁴⁷, em particular o primeiro parágrafo de seu Artigo 194. O dispositivo, que trata de medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, estabelece que os Estados devem tomar, individual ou conjuntamente, como apropriado, todas as medidas compatíveis com a Convenção que sejam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, qualquer que seja a sua fonte, utilizando para este fim os meios mais viáveis de que disponham e de conformidade com as suas possibilidades, e devem esforçar-se por harmonizar as suas políticas a esse respeito.

A Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985)³⁴⁸ também impõe uma obrigação de *due diligence* às Partes, em especial em seu Artigo 2. O dispositivo estabelece como obrigação geral das Partes a adoção de medidas adequadas, de acordo com os dispositivos da Convenção, bem como dos protocolos em vigor aos quais sejam Parte, a fim de proteger a saúde humana e o meio ambiente contra efeitos adversos que resultem, ou possam resultar, de atividades humanas que modifiquem ou possam modificar, a camada de ozônio.

Por fim, destaca-se a previsão da obrigação de *due diligence* no primeiro parágrafo do Artigo 2 da Convenção para a Proteção e Utilização de Cursos de Águas Transfronteiriças e

³⁴⁵ MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *Op. Cit.*, p. 146.

³⁴⁶ *Idem.*

³⁴⁷ Texto da Convenção da ONU sobre o Direito do Mar encontra-se disponível em: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁴⁸ Texto da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio disponível em: <https://ozone.unep.org/treaties/vienna-convention>. Acesso em: 24 abr. 2021.

de Lagos Internacionais (1992)³⁴⁹. O dispositivo determina que as Partes devem tomar todas as medidas apropriadas para prevenir, controlar e reduzir todo e qualquer impacto transfronteiriço.

Já em sua base costumeira, observa-se a manifestação da obrigação de *due diligence* no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo³⁵⁰, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972. Por um lado, o dispositivo afirma que o Estado tem o direito soberano de explorar seus próprios recursos de acordo com suas políticas ambientais. O dispositivo ressalva, por outro lado, que o Estado tem a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou controle não causem dano ao meio ambiente de outro Estado ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional. Da mesma forma a Declaração do Rio³⁵¹, fruto da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada em 1992, trouxe em seu Princípio 2 a mesma obrigação de *due diligence*.

Além disso, a obrigação de *due diligence* foi interpretada pela jurisprudência nos casos *Pulp Mills* e *Costa Rica v. Nicaragua/Nicaragua v. Costa Rica*. Ambas disputas foram apreciadas pela Corte Internacional de Justiça em 2010 e 2015, respectivamente.

O caso *Pulp Mills*, julgado em 2010 pela CIJ, refere-se à construção de duas fábricas de celulose pelo Uruguai na margem esquerda do Rio Uruguai (apenas uma foi efetivamente construída), sob suposta violação de um acordo bilateral firmado com a Argentina sobre a utilização do Rio Uruguai. Ao apreciar a controvérsia, a CIJ fundamentou sua decisão em uma distinção restrita entre obrigações procedimentais e substantivas para especificar o escopo da obrigação de prevenção de danos transfronteiriços³⁵².

Em relação à obrigação de *due diligence*, a CIJ destacou que o princípio de prevenção, como uma regra costumeira, tinha origem na *due diligence* que se exige de um Estado em seu território. A Corte, então, refere-se ao caso *Corfu Channel*, para declarar que todo Estado tem a obrigação de não permitir, conscientemente, que seu território seja utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados. O Estado é, portanto, obrigado a adotar

³⁴⁹ Texto da Convenção para a Proteção e Utilização de Cursos de Águas Transfronteiriças e de Lagos Internacionais disponível em: <https://unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁵⁰ Texto da Declaração de Estocolmo disponível em: <http://undocs.org/en/A/CONF.48/14/Rev.1>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁵¹ Texto da Declaração do Rio encontra-se disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁵² MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; RICHARD, Vanessa. The International Court of Justice's Judgement of 20 April 2010 in the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) case. In: ALMEIDA, Paula; SOREL, Jean-Marc. **Latin America and the International Court of Justice**, Routledge, 2017.

todos os meios disponíveis a fim de evitar que atividades desempenhadas em seu território ou em qualquer área sob sua jurisdição causem dano significativo ao meio ambiente de outro Estado. A Corte estabeleceu, ainda, em menção ao caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, que tal obrigação faz parte do corpo do direito internacional relacionado ao meio ambiente³⁵³. A CIJ ainda afirmou que a obrigação de agir com *due diligence* pressupõe não apenas a adoção de regras e medidas apropriadas, mas também certo nível de vigilância sobre o seu cumprimento e o exercício de um controle administrativo aplicável a operadores públicos e privados, que se desenvolve por meio de, por exemplo, monitoramento das atividades praticadas por estes operados e proteção dos direitos da outra parte³⁵⁴.

Já os casos *Costa Rica v. Nicaragua/Nicaragua v. Costa Rica* foram reunidos e apreciados em conjunto pela CIJ em 2015. A disputa envolveu dois tipos de questões: a primeira relativa a princípios gerais do direito internacional, em particular sobre integridade territorial, soberania e a proibição de uso da força; a segunda (relevante para esta tese) relacionada a princípios do direito internacional do meio ambiente, tais como a obrigação de *due diligence* em prevenir danos transfronteiriços significativos e os correspondentes requisitos para condução de um estudo de impacto ambiental (EIA), bem como de notificar e entrar em consultar com o Estado afetado³⁵⁵.

Em relação à suposta violação de princípios procedimentais do direito internacional do meio ambiente, a CIJ, em referência ao caso *Pulp Mills*, reafirmou que a condução de um EIA é um requisito sob a ótica do direito internacional em face do risco de a atividade gerar um impacto adverso transfronteiriço significativo. A CIJ ressalva que, embora no caso *Pulp Mills* tenha-se referido a atividades industriais, o princípio estende-se a qualquer atividade que ofereça este risco. A CIJ afirma, ainda, que a obrigação de *due diligence* em prevenir dano transfronteiriço significativo enseja as obrigações procedimentais de conduzir um EIA e de notificar e entrar em consultas com o Estado potencialmente afetado se o EIA confirmar a existência de risco³⁵⁶.

Apesar dos avanços da interpretação da CIJ no que diz respeito aos princípios do direito internacional do meio ambiente, algumas questões não foram bem esclarecidas pela Corte. No julgamento dos casos *Costa Rica v. Nicaragua/Nicaragua v. Costa*

³⁵³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment, 20 april 2010, par. 101.

³⁵⁴ *Ibidem*, par. 197.

³⁵⁵ YOTOVA, Rumiana. The principles of due diligence and prevention in international environmental law – case and comment. *Cambridge Law Journal*, 75(3), p. 445–477, November 2016, p. 446.

³⁵⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. Judgment, 16 december 2015, par. 104.

Ricaespecificamente, a CIJ não estabeleceu a relação entre o princípio de *due diligence* e o princípio de prevenção, nem a correspondente questão mais ampla, qual seja, a relação entre obrigações procedimentais e obrigações substantivas no âmbito do direito internacional do meio ambiente, principal objeto de divergência entre os Juízes da Corte. Além disso, a CIJ não elucidou qual seria o *status* legal do EIA no direito internacional³⁵⁷.

Além do papel relevante no direito internacional do meio ambiente, a obrigação de *due diligence* também exerce uma função de destaque no direito do mar, em particular na já mencionada Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, e na prática jurisprudencial, sobretudo no âmbito do Tribunal Internacional do Direito do Mar. As obrigações dos Estados (entre elas a de *due diligence*), no contexto do direito do mar, diferem de acordo com a zona marinha onde se pretende exercer determinada atividade. Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar estabelece um regime particular para cada atividade – por exemplo, pesca, pesquisa científica marinha, pesquisa e exploração de minerais – em função da zona em que esta é exercida³⁵⁸.

No Parecer Consultivo emitido pela Câmara de Controvérsia dos Fundos Marinho em 2011, abordou-se a questão relativa às responsabilidades e obrigações dos Estados quando são a autoridade responsável pelo controle de atividades realizadas na Área (zona que compreende o leito do mar, os fundos marinhos e seus subsolos para além dos limites da jurisdição nacional). Nesse contexto, o Parecer tratou do conteúdo da obrigação de *due diligence*, o qual explicitou ser difícil de precisar em virtude de dois principais fatores: *due diligence* é um conceito variável de acordo com, por exemplo, a evolução tecnológica (o que antes poderia ser considerado suficientemente diligente pode não ser tido como diligente o suficiente em um momento posterior), bem como os riscos que envolvem a atividade (o standard de *due diligence* é mais rígido para atividades que ofereçam maior risco)³⁵⁹.

O Parecer cita, como reflexo de uma obrigação de *due diligence*, diversos dispositivos na Convenção da ONU sobre o Direito do Mar³⁶⁰. O Artigo 153 da Convenção estabelece no parágrafo 4 que a Autoridade deve exercer, sobre as atividades na Área, o controle que for necessário para assegurar o cumprimento das disposições pertinentes da presente Parte e dos anexos pertinentes e das normas, regulamentos e procedimentos da Autoridade e dos planos

³⁵⁷ YOTOVA, Rumiana. *Op. Cit.*, p. 447.

³⁵⁸ CARACCILO, Ida. *Due diligence et droit de la mer. In: Le standard de due diligence et la responsabilité internationale.* Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 163-185, 2018, p. 165.

³⁵⁹ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion Submitted to The Seabed Disputes Chamber).** Advisory Opinion, 1 february 2011, par. 117.

³⁶⁰ *Ibidem*, par. 118-119.

de trabalho aprovados. A manifestação da obrigação de *due diligence* ocorre com a parte final do dispositivo, que determina que os Estados Partes devem prestar assistência à Autoridade, tomando *todas as medidas necessárias para assegurar tal cumprimento* de conformidade com o Artigo 139.

Ao cumprir sua obrigação de *due diligence*, o Estado está isento de responsabilidade nos termos da Convenção, a exemplo do que dispõem o parágrafo 4 do Artigo 4 do Anexo III e o parágrafo 4 do Artigo 153. O primeiro isenta o Estado de responsabilidade pelos danos causados pelo não-cumprimento das obrigações se este tiver adotado leis e regulamentos e tomado medidas administrativas que, no âmbito do seu sistema jurídico, forem razoavelmente adequadas para assegurar o cumprimento das obrigações dispostas na Convenção pelas pessoas sob sua jurisdição. Já o segundo determina que o Estado não será responsável pelos danos causados pelo não-cumprimento das obrigações da Parte correspondente por uma pessoa jurídica a quem esse Estado patrocinou se este tiver tomado todas as medidas necessárias e apropriadas para assegurar o cumprimento efetivo do parágrafo 4 do Artigo 153 e do parágrafo 4 do Artigo 4 do Anexo III.

Além disso, o Parecer Consultivo submetido pela Comissão Sub-Regional de Pesca (CSRP) ao Tribunal Internacional de Direito do Mar em julho de 2015 é relevante para a compreensão acerca da obrigação de *due diligence*, em particular para o Estado de bandeira no que concerne à pesca ilícita, não comunicada e não regulamentada (pesca INN ou, na sigla em inglês, *IUU fishing*). O Parecer declara que, sob o Artigo 58, parágrafo 3, Artigo 62, parágrafo 4 e Artigo 194 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os Estados têm obrigação de adotar as medidas necessárias para garantir que seus nacionais e embarcações de sua bandeira não pratiquem pesca INN na Zona Econômica Exclusiva³⁶¹.

Esta “responsabilidade de garantir”, conforme aponta o Parecer, não é uma obrigação de alcançar o resultado em todos os casos, e sim uma obrigação de empregar os meios adequados, de empreender os melhores esforços possíveis, de fazer o máximo possível para atingir o resultado. Essa obrigação é, como reitera o Parecer, uma obrigação de conduta, e, portanto, de *due diligence*, e não uma obrigação de resultado. Isto significa, no contexto analisado no Parecer, que o Estado não é obrigado a atingir o cumprimento de embarcações de sua bandeira de não praticar atividades de pesca INN em toda e qualquer situação, mas sim que o Estado possui uma obrigação de *due diligence* de adotar todas as medidas necessárias

³⁶¹ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA. **Request For an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (Request For Advisory Opinion Submitted to the Tribunal)**. Advisory Opinion, 2 april 2015, par. 124.

para garantir o cumprimento desta regra e evitar que embarcações de sua bandeira pratiquem pesca INN³⁶².

Por fim, deve-se destacar a decisão do Tribunal Arbitral da Corte Permanente de Arbitragem (CPA) sobre disputa entre Filipinas e China quanto aos limites do mar territorial chinês, prolatada em 12 de julho de 2016. O Tribunal Arbitral concordou com a interpretação conferida aos dispositivos sobre pesca INN na zona econômica exclusiva no supracitado Parecer Consultivo, que considera a responsabilidade do Estado com base em uma obrigação de *due diligence*³⁶³. Vale ressaltar que ambos fazem menção ao caso *Pulp Mills* para definir o conteúdo da obrigação de *due diligence* de modo a englobar não somente a adoção de regras e medidas apropriadas, mas também certo grau de vigilância sobre o seu cumprimento e o exercício de um controle administrativo³⁶⁴.

Após a breve análise acerca da interpretação e da aplicação da obrigação de *due diligence* no âmbito do direito do mar, esta tese passa a examinar a obrigação de *due diligence* sob a perspectiva da proteção internacional dos direitos humanos. No campo dos direitos humanos, a obrigação de *due diligence* manifesta-se no dever de proteção do Estado, que se traduz no dever do Estado de agir de modo a proteger um direito, inclusive em face de agentes privados, sem que se exija a garantia de um resultado³⁶⁵.

O dever de proteção dos direitos humanos foi desenvolvido, inicialmente, para assegurar o exercício de direitos em face de violação por atores não-estatais (i), ou por agentes oficiais (ii), porém foi estendido para violações causadas por danos naturais (iii). Tal dever de proteção envolve não apenas medidas preventivas do Estado no sentido de salvaguardar o direito em questão, mas também medidas reativas, como reparação para eventuais danos³⁶⁶.

No primeiro grupo, há diversos instrumentos internacionais que tratam de *due diligence* em face de atividades desempenhadas por atores privados. Por exemplo, os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, de 2011, e cortes internacionais – como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de

³⁶²*Ibidem*, par. 128-129.

³⁶³ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Case N° 2013-19 in the Matter of the South China Sea Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law Of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic Of China**. Award, 12 July 2016, par. 744.

³⁶⁴*Ibidem*, par. 944.

³⁶⁵BAADE, Björnstjern. Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights. *In*: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 92-108, 2020, p. 92.

³⁶⁶*Ibidem*, p. 93.

Direitos Humanos e o Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – desenvolveram obrigações de *due diligence* para promover uma proteção adequada dos direitos humanos em face de atividades industriais potencialmente perigosas para os seres humanos³⁶⁷.

No segundo grupo, a obrigação de *due diligence* desempenha duas funções no âmbito da proteção de direitos humanos em face de conduta praticada por autoridades oficiais. A primeira delas é obrigar o Estado a conduzir uma investigação efetiva nos casos em que, embora não possam ser encontradas evidências com o necessário grau de certeza sobre a má conduta de agentes oficiais, há alegações verossímeis contra órgãos estatais. A segunda função da obrigação de *due diligence*, nesse contexto, é evitar futuras violações por parte de agentes oficiais³⁶⁸.

Por fim, a obrigação de *due diligence* também se estende ao dever de proteção do Estado em face de perigos naturais. A jurisprudência de cortes internacionais tem reconhecido tal obrigação do Estado em variadas situações, a exemplo de deslizamento de lama, queda de árvores e doenças³⁶⁹.

Pode-se destacar, ainda, a presença da obrigação de *due diligence* no campo do direito internacional humanitário, no qual, embora predominem as obrigações negativas (proibição), também há espaço para obrigações positivas na modalidade de *due diligence*. A obrigação de *due diligence* manifesta-se, no âmbito do direito internacional humanitário, em três matérias: i) conduta de hostis; ii) ocupação militar; e iii) tratamento de pessoas protegidas³⁷⁰.

No campo da conduta de hostis, há obrigações tanto negativas quanto positivas no que diz respeito à proteção dos civis, da população civil, dos bens civis e dos bens culturais. A mais antiga previsão de uma obrigação de *due diligence* neste contexto consta nos Artigos 26 e 27 dos Regulamentos de Haia de 1907³⁷¹. O Artigo 26 determina que o oficial em comando de um ataque armado deve, antes de iniciar um bombardeio, exceto em caso de investida, fazer tudo ao seu alcance para alertar as autoridades. Já o Artigo 27 estabelece que, em casos de cercos e bombardeios, devem-se tomar todos os passos necessários para evitar, no que for possível, prédios dedicados a propósitos religiosos, artísticos, científicos e de caridade,

³⁶⁷*Ibidem*, p. 94.

³⁶⁸*Ibidem*, p. 96.

³⁶⁹*Ibidem*, p. 97.

³⁷⁰VENTURINI, Gabriella. Le obligation de diligence dans les droit international humanitaire. *In: Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 135-144, 2018, p. 135-136.

³⁷¹ Texto da Convenção (IV) de Haia concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre disponível em: ihl.databases.icrc.org/ihl/INTRO. Acesso em: 30 abr. 2021.

monumentos históricos, hospitais e locais onde pessoas doentes e feridas são abrigadas, desde que não sejam utilizados para finalidades militares.

Os Artigos 57 e 58 do Protocolo I das Convenções de Genebra (1949) de 1977³⁷², que tratam de medidas de precaução, também trazem obrigações positivas de *due diligence*, sobretudo embasadas no Artigo 57, parágrafo 1. O dispositivo enuncia que, na conduta de operações militares, cuidado constante deve ser tomado para poupar a população civil, civis e objetos civis. Esta diretriz materializa-se tanto por meio de obrigações negativas quanto através de obrigações positivas, a exemplo do Artigo 57, parágrafo 1, “a”, “i”. O referido dispositivo estabelece que aquele que planejar ou decidir sobre um ataque deve fazer o possível para verificar que os objetos a serem atacados não são civis, objetos civis nem sujeitos à proteção especial, e sim são objetivos militares, cujo ataque não é proibido.

O Artigo 7º do Protocolo II à Convenção de Haia (1954) para a Proteção de Propriedade Cultural em caso de Conflito Armado de 1999 trata de medidas de precaução em ataques no âmbito de conflitos armados³⁷³. O dispositivo requer, na alínea “a”, que as Partes do conflito façam todo o possível para verificar que os alvos a serem atacados não sejam propriedade cultural protegida pela Convenção. Já a alínea “b” determina que as Partes do conflito tomem todas as precauções viáveis na escolha de meios e métodos de ataque com a finalidade de evitar, e em todo caso minimizar, dano incidental a propriedade cultural protegida pela Convenção.

Na temática de ocupação militar, também existem normas internacionais que impõem obrigações de *due diligence* aos Estados, a exemplo dos Regulamentos de Haia de 1907. O Artigo 43 dos Regulamentos dispõe que, tendo a autoridade do poder legítimo de fato passado para as mãos do ocupante, este deve adotar todas as medidas ao seu alcance para restaurar e garantir, no que for possível, a ordem e segurança, respeitando, exceto se absolutamente impossibilitado, a legislação em vigor no país.

É relevante destacar que a Convenção (IV) de Haia concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre de 1907 foi objeto de apreciação da Corte Internacional de Justiça na disputa *Armed Activities on the Territory of Congo*, que se originou das condutas de Uganda na ocupação militar da região congoleza Ituri entre 1998 e 2002 durante o conflito armado conhecido como

³⁷² Texto do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, relacionado à Proteção de Vítimas de Conflitos Internacionais Armados (Protocolo I), disponível em: ihl.databases.icrc.org/ihl/INTRO. Acesso em: 02 maio 2021.

³⁷³ Texto do Protocolo II à Convenção de Haia para a Proteção de Propriedade Cultural em caso de Conflito Armado disponível em: ihl.databases.icrc.org/ihl/INTRO. Acesso em: 02 maio 2021.

a segunda guerra do Congo³⁷⁴. A CIJ declarou que Uganda, na condição de poder ocupante, havia violado seu dever de vigilância, disposto no Artigo 43 da Convenção, ao não adotar as medidas adequadas para garantir que suas forças militares não se engajassem no saque, pilhagem e exploração de recursos naturais do Congo. Segundo a CIJ, esta obrigação não restringe o dever de vigilância sobre os membros das forças militares de Uganda, mas estende este controle sobre entes privados³⁷⁵.

A Convenção (IV) de Genebra relativa à Proteção de Civis em Tempo de Guerra de 1949 também estabelece diversas obrigações de *due diligence*³⁷⁶. Os dispositivos requerem a adoção de todas as medidas necessárias em várias situações que implicam a proteção de civis, tais como a indicação de hospitais civis (Artigo 18, alínea 5), as medidas relacionadas ao bem-estar de crianças (Artigo 24), e a identificação de crianças e registro de sua filiação (Artigo 50).

No campo do tratamento de pessoas protegidas, há a Convenção (III) de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra de 1949, que impõe diversas normas de *due diligence*³⁷⁷. A Convenção estabelece obrigações na modalidade de “melhores esforços” em vários aspectos, a exemplo de escola de procedimentos disciplinares e judiciais (Artigo 83), repatriação e acomodação em países neutros (Artigo 109, alínea 2), alojamento em países neutros (Artigo 111), disposições acerca dos mortos, inclusive testamentos e certidões de óbito (Artigo 120, alínea 4), redução de taxas para telegramas (Artigo 74, última alínea) e estruturação de escritórios nacionais de informação (Artigo 122, alínea 1).

Ademais, a Convenção (IV) de Genebra relativa à Proteção de Civis em Tempo de Guerra também estabelece obrigações de *due diligence*. A Convenção também requer o exercício de “melhores esforços” para, por exemplo, a evacuação de pessoas protegidas de áreas sob cerco (Artigo 17), indicação de hospitais civis (já mencionado Artigo 18, alínea 5) e distribuição livre de bens para territórios ocupados (Artigo 61, última alínea).

Observa-se, portanto, à luz dos dispositivos mencionados, que as convenções e os protocolos que compõem o direito internacional humanitário trazem diversas obrigações de *due diligence*. Tais obrigações traduzem-se na exigência de condutas positivas pelas Partes no sentido de empreender os máximos esforços para evitar a ocorrência de atos que incorram em violação das normas veiculadas nos referidos tratados.

³⁷⁴ VENTURINI, Gabriella. *Op. Cit.*, p. 140.

³⁷⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)**. Judgment, 19 december 2005, par. 246, 248 e 250.

³⁷⁶ Texto da Convenção (IV) de Genebra relativa à Proteção de Civis em Tempo de Guerra disponível em: ihl.databases.icrc.org/ihl/INTRO. Acesso em: 02 maio 2021.

³⁷⁷ Texto da Convenção (III) de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra disponível em: ihl.databases.icrc.org/ihl/INTRO. Acesso em: 02 maio 2021.

Além das áreas já mencionadas, a obrigação de *due diligence* exerce um papel relevante no direito internacional do investimento. A *due diligence* faz-se presente, neste contexto, sobretudo para orientar a conduta do Estado receptor com a finalidade de garantir standards mínimos de proteção ao investidor estrangeiro em seu território³⁷⁸.

A cláusula de proteção plena e segurança, constata em acordos internacionais de investimento, reflete uma obrigação de *due diligence*, na medida que impõe às autoridades locais não apenas que se abstenham de violar seus compromissos internacionais, mas também que ajam positivamente para garantir que os direitos internacionalmente reconhecidos a investidores estrangeiros sejam respeitados em seu território. Desse modo, a cláusula de proteção plena e segurança serve para salvaguardar os direitos do investidor estrangeiro mesmo em face da omissão do Estado. Em virtude desta cláusula, que estabelece uma obrigação de conduta, o Estado deve empregar os meios à sua disposição para garantir a proteção do investimento, assim como exercer uma vigilância sobre o efetivo cumprimento desta proteção por parte de atores governamentais e privados³⁷⁹.

Da mesma forma, a obrigação de *due diligence* destinada ao Estado na proteção do investimento manifesta-se em diversas cláusulas presentes em acordos internacionais de investimento, tais como as cláusulas de tratamento justo e equitativo e de proteção contra a expropriação. A obrigação de *due diligence* representa, portanto, o centro do direito internacional do investimento, já que permeia as principais cláusulas de proteção. A obrigação de *due diligence* não apenas está presente no direito internacional do investimento, mas é essencial para sua compreensão, haja vista se traduzir de diferentes maneiras a depender da cláusula de proteção sob análise³⁸⁰.

Por fim, deve-se destacar a relevância da obrigação de *due diligence* direcionada a garantir a paz no ciberespaço por meio da promoção da segurança de computadores, redes e infraestrutura de tecnologia da informação. Esta atuação torna-se cada vez mais importante a fim de salvaguardar a cibersegurança em face das constantes ameaças e ataques praticados em ambiente virtual³⁸¹.

Embora não se tenha diretamente apreciado a obrigação de *due diligence* no ciberespaço, é importante analisar algumas decisões da Corte Internacional de Justiça, cujos

³⁷⁸NANTEUIL, Arnaud de. *Due diligence et investissements étrangers*. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 93-106, 2018, p. 93-94.

³⁷⁹*Ibidem*, p. 95-96.

³⁸⁰*Ibidem*, p. 106.

³⁸¹BANNELIER, Karine. *Le standard de due diligence et la cyber-sécurité*. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 67-92, 2018, p. 67-68.

princípios podem-se aplicar nesse contexto³⁸². A primeira decisão da CIJ que merece ser lembrada é a prolatada na disputa *Corfu Channel*, em 1949, um dos primeiros casos da Corte que aborda standards de *due diligence*.

O caso *Corfu Channel* originou-se do afundamento de dois navios de guerra britânicos, atingidos por minas, em um estreito internacional localizado em águas territoriais da Albânia. A CIJ declarou que as autoridades albanesas tinham obrigação de notificar a existência de um campo minado em suas águas territoriais e de alertar os navios de guerra britânicos do perigo iminente a que estariam expostos em razão das minas. A Corte fundamentou sua decisão, neste ponto, em determinados princípios gerais e reconhecidos, especificamente os seguintes: considerações elementares de humanidade, princípio de liberdade de comunicação marítima e obrigação de todo Estado de não utilizar, conscientemente, seu território para atos contrários aos direitos de outros Estados³⁸³.

Esta obrigação de que o Estado não deve usar seu território de modo a violar os direitos de outros Estados, mesmo que aplicada no contexto de cursos de água domésticos, torna-se também relevante para o campo da cibersegurança. Esta obrigação traduz-se, no ciberespaço, como o dever do Estado de alertar outros Estados operando em suas redes domésticas de vulnerabilidades existentes nessas redes³⁸⁴.

Outro caso relevante para a compreensão acerca da obrigação de *due diligence* no âmbito da cibersegurança é o já citado caso *Trail Smelter* julgado em 1941. O caso é de suma importância para a formação do *no-harm principle*. Embora o princípio seja amplamente aplicado no contexto de graves danos ambientais, no sentido de exigir que as atividades desenvolvidas sob a jurisdição ou o controle de um Estado respeitem o meio ambiente dos demais, este também pode ser aplicado de forma paralela à cibersegurança. Desta aplicação derivaria uma obrigação mais ampla do Estado de não permitir que atividades domésticas resultem em consequências graves internacionalmente³⁸⁵.

Além dos mencionados casos, deve-se ressaltar o caso *Nicaragua*, julgado pela CIJ em 1986, e também já citado nesta tese. A obrigação de *due diligence*, apesar de não se apresentar de forma clara no deslinde do litígio, poderia estar inserida no contexto da soberania do Estado. Ao tratar do princípio da não-intervenção, a Corte esclarece que o princípio proíbe os Estados de intervirem direta ou indiretamente, na forma de coerção, em questões internas ou

³⁸²KUEHN, Andreas; RUSSELL, Scott; SCHAKELFORD, Scott J. Unpacking the International Law on Cybersecurity Due Diligence: Lessons from the Public and Private Sectors. **Chicago Journal of International Law**, Vol. 17, nº 1, Article 1, p. 7-20.

³⁸³INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Corfu Channel Case**. Judgment, 9 april 1949, p. 22.

³⁸⁴KUEHN, Andreas; RUSSELL, Scott; SCHAKELFORD, Scott J. *Op. Cit.*, p. 9.

³⁸⁵*Ibidem*, p. 11.

externas de outros Estados, em particular aquelas resolvidas livremente por cada Estado em decorrência de sua soberania, tais como a escolha dos sistemas político, econômico, social e cultural, bem como a formulação de políticas estrangeiras³⁸⁶.

A análise acerca da discussão sobre a obrigação de *due diligence* no âmbito da ILC e sobre sua aplicação nos diversos ramos do direito internacional, tanto em acordos quanto na jurisprudência de cortes pertinentes, é essencial para que sejam estabelecidos os elementos basilares sobre a obrigação de *due diligence*. A tese, então, passa a discutir sobre o conceito, a natureza e as principais características da obrigação de *due diligence*, tarefa fundamental para verificar a sua possível existência nas relações de comércio internacional disciplinadas nos Acordos da OMC (Subcapítulo 2), sobretudo nos Acordos TBT e SPS em relação a standards privados (Subcapítulo 3).

É importante destacar que, após o caso *Alabama*, no final do século XIX, em que começou a se desenvolver o conceito e aspectos de *due diligence* no direito internacional, a *due diligence* passou um longo tempo ignorada pela doutrina internacionalista e nenhum avanço substancial quanto ao seu conceito foi alcançado até o período compreendido entre a década de 1970 e 1980³⁸⁷. Alguns fatores podem ser apontados para justificar a negligência dispensada ao conceito de *due diligence* pela doutrina internacionalista durante esse período.

O primeiro obstáculo ao desenvolvimento do conceito de *due diligence* no âmbito do direito internacional advém das dificuldades enfrentadas para formular uma teoria da responsabilidade internacional, tema que demandou longos anos de trabalho na Comissão de Direito Internacional da ONU. Como já abordado neste capítulo, o projeto de artigos sobre responsabilidade internacional apresentado pelo Relator Ago foi objeto de diversos questionamentos, sobretudo acerca da possível distinção entre normas primárias e secundárias, dos elementos constitutivos e das consequências de ilícitos internacionais e do papel da culpa no ilícito internacional. O projeto de Ago, como já mencionado, gerou algumas imprecisões teóricas, e partes significativas de seu trabalho, em particular no que se refere à *due diligence*, foram removidas no atual projeto, conduzido por Crawford, a fim de sanar eventuais confusões³⁸⁸.

³⁸⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)**. Judgment, 27 June 1986, par. 202-205.

³⁸⁷PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. Le chemin étrange de la due diligence: d'un concept mystérieux à un concept surévalué. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 225-239, 2018, p. 225-226.

³⁸⁸*Ibidem*, p. 228-229.

A escassez de obrigações positivas no direito internacional tradicional também pode ser indicada como um obstáculo à maior dedicação da doutrina internacionalista à *due diligence*. Tradicionalmente, o direito internacional dedica-se a estabelecer obrigações negativas entre os Estados, o que explicaria a ausência de um estudo mais aprofundado sobre *due diligence*, que é essencialmente uma categoria de obrigação positiva³⁸⁹.

Entre as décadas de 1970 e 1980, começou a se desenvolver uma teoria mais sistematizada sobre o conceito de *due diligence* com base na prática do direito internacional, em especial no contexto da proteção de estrangeiros, da segurança dos Estados estrangeiros e do meio ambiente. De acordo com essa teoria, a *due diligence* constitui um standard ou elemento que caracteriza uma categoria específica de obrigação internacional, definida como uma obrigação de conduta. A aplicação desta teoria foi ampliada, como já abordado neste capítulo, a diversos ramos do direito internacional, como os campos de direitos humanos, do direito internacional humanitário e do direito do mar³⁹⁰.

Vale frisar que a obrigação de conduta, que reflete o standard de *due diligence*, traduz-se na exigência de que Estados adotem todas as medidas necessárias para prevenir danos. Dessa forma, os Estados não estão obrigados a garantir que o resultado danoso não venha a ocorrer, o que significa que apenas poderia responsabilizado internacionalmente se falhar em cumprir sua obrigação de conduta caracterizada por um determinado standard de *due diligence*³⁹¹.

Desse modo, se o Estado demonstrar que adotou todos os meios à sua disposição, o Estado respeitou sua obrigação de *due diligence*. Da violação da obrigação de *due diligence* pode ou não decorrer um dano, uma vez que a violação da obrigação de *due diligence* não parte do questionamento sobre a ocorrência do resultado (dano), mas sim sobre a adoção das medidas necessárias ao alcance do Estado³⁹².

A *due diligence* pode ser definida, portanto, como um elemento de uma modalidade de obrigação traduzida como um dever de cuidado, o que importa afirmar que a *due diligence* é uma espécie de obrigação acessória. Exige-se uma conduta de *due diligence* quando um risco necessita ser contido ou controlado a fim de evitar prejuízo e dano a algum ator ou ao

³⁸⁹*Ibidem*, p. 229.

³⁹⁰*Ibidem*, p. 230.

³⁹¹KULESZA, Joanna. **Due diligence in international law**. Serie: Queen Mary studies in international law: volume 26. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2016, p. 266.

³⁹²MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *Op. Cit.*, p. 155.

interesse público. Este elemento de *due diligence* comporta uma faceta relevante de seu conceito, que diz respeito ao gerenciamento de riscos³⁹³.

O conceito de *due diligence* é elástico e flexível, apto a se adaptar a diversas situações singulares e concretas. A *due diligence* pode ser definida como um standard de conduta que o Estado deve respeitar na execução de uma determinada categoria de obrigações³⁹⁴. É importante ressaltar, portanto, que é difícil precisar *ex ante* o que é exigido pela *due diligence*, uma vez que os requisitos impostos pela *due diligence* dependem de um contexto. É comum, neste sentido, que cortes internacionais e outras instâncias de monitoramento sejam instadas a decidir em que situação a *due diligence* foi violada, e não qual conduta abstrata deveria ter sido adotada idealmente³⁹⁵.

Deve-se destacar, ainda, que a ideia de *due diligence* engloba um componente normativo, que demanda um juízo de valor no que se refere ao que é considerado *due* ou devido. Tal juízo de valor deve ter como parâmetro as expectativas legítimas direcionadas à conduta dos atores em questão. Por sua vez, essas expectativas dependem de fatores ligados aos próprios atores pertinentes, sobretudo no que concerne à sua capacidade de atuação, e derivam do contexto social, político e jurídico. Sendo assim, a exemplo de termos como “boa-fé”, “expectativas legítimas” e “ordem pública”, o conceito de *due diligence* situa-se em uma zona cinzenta entre direito e outras esferas relevantes, como a moral e a política³⁹⁶.

Desse modo, o standard de *due diligence* é flexível, e o grau exigido de *due diligence* depende, essencialmente, das circunstâncias do caso em questão, o que torna impossível descrever todos os seus elementos. Ainda assim, a partir da jurisprudência internacional, é possível identificar três principais critérios para examinar o exercício de *due diligence*: i) efetividade do controle do Estado sobre seu território, o que significa que se requer do Estado a adoção de todas as medidas necessárias para garantir essa efetividade; ii) ponderação de interesses que o Estado está obrigado a salvaguardar; e iii) previsibilidade do dano, que pressupõe todos os esforços possíveis e razoáveis destinados a obter a ciência necessária sobre os riscos e ameaças³⁹⁷.

O nível de *due diligence* exigido para um “bom governo” (*good government*) varia de acordo com circunstâncias particulares, a depender, muitas vezes, da natureza de uma

³⁹³KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. Due diligence in the International Legal Order. In: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 1-19, 2020, p. 2.

³⁹⁴PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. *Op. Cit.*, p. 231.

³⁹⁵KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. *Op. Cit.*, p. 12.

³⁹⁶*Ibidem*, p. 2-3.

³⁹⁷KULESZA, Joanna. *Op. Cit.*, p. 264.

obrigação internacional específica. Em algumas áreas do direito internacional pode-se exigir um standard comum de *due diligence*, enquanto em outras, por expressa previsão em tratados internacionais ou pela própria natureza da obrigação, pode-se demandar um grau mais elevado de *due diligence*. Por exemplo, no caso do direito internacional do meio ambiente, em virtude do risco mais alto de ocorrência de danos potenciais significativos ou, ainda, do elevado valor de um recurso protegido, o grau de *due diligence* requerido tende a ser maior³⁹⁸.

Embora o conceito de *due diligence* seja dotado de flexibilidade e demande um contexto, uma situação concreta para que seja precisado, a crescente relevância da *due diligence* nos tratados e na prática internacional ensejou uma maior variedade de requisitos de *due diligence* em obrigações internacionais. De modo geral, duas categorias podem ser indicadas: i) obrigações relacionadas à capacidade institucional do Estado, como medidas legislativas ou administrativas de proteção, bem como mecanismos adequados de monitoramento; e ii) obrigações procedimentais de notificação, de informação, de entrar em consulta, de cooperação, de condução de avaliações de risco, de monitoramento, de alerta, de explicação pública e de medidas viáveis de precaução³⁹⁹.

Além da flexibilidade do conceito de *due diligence*, o seu *status* no direito internacional é também objeto de controvérsia. Diversos termos têm sido atribuídos à *due diligence*, como princípio geral do direito internacional, obrigação, dever, standard ou conceito. Essa variedade de categorias demonstra que o conceito de *due diligence* não foi ainda bem desenvolvido no direito internacional. O enquadramento da *due diligence* em uma categoria não é somente uma questão formal, mas é necessário para se avaliar uma determinada qualidade normativa ou, ainda, uma interrelação específica com outras normas internacionais⁴⁰⁰.

Se entendida como um princípio geral do direito internacional, a *due diligence* poderia compor a base de normas costumeiras mais específicas. Se compreendida como princípio geral do direito, a *due diligence* também teria que ser interpretada e construída à luz de outros princípios jurídicos internacionais, a exemplo da soberania. Se considerada uma obrigação ou um dever, a função e o conteúdo da *due diligence* estariam provavelmente mais restritas à norma específica a que se refere. Já um standard de *due diligence* poderia refletir uma expectativa normativa⁴⁰¹.

³⁹⁸*Ibidem*, p. 264-265.

³⁹⁹ KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. *Op. Cit.*, p. 12.

⁴⁰⁰*Ibidem*, p. 8-9.

⁴⁰¹*Ibidem*, p.9.

Diante do amplo reconhecimento da *due diligence* pela doutrina e pela jurisprudência internacional, há argumentos no sentido de que a *due diligence* configuraria um princípio geral do direito internacional. No entanto, esta tese alinha-se ao posicionamento de que a *due diligence* constitui, em verdade, um elemento, um componente distintivo de uma categoria de obrigação internacional⁴⁰² e, ainda, um standard de comportamento⁴⁰³.

A *due diligence* não seria, portanto, uma obrigação internacional autônoma, mas sim um componente de uma obrigação, que se qualifica como um standard de comportamento. Ademais, a definição do que é devido (*due*) depende de referência a outras regras substantivas e ao objeto e propósito do regime regulatório no qual a obrigação está inserida. Desse modo, qualificar a *due diligence* como um princípio geral não traria um proveito significativo sem que houvesse essa referência, já que esta consistiria apenas em um dever não-específico de boa conduta⁴⁰⁴.

Por fim, um importante fundamento que corrobora o entendimento de que a *due diligence* não é considerada um princípio geral do direito internacional é de que isto criaria um ônus argumentativo legal adicional para os Estados diante da aplicação de um standard de responsabilidade distinto. Isto significaria a criação de um standard de comportamento uniforme, o que conseqüentemente ensejaria a preferência pela adoção normativa do standard de *due diligence* mesmo nas situações em que não seja o mais adequado. Haveria, então, uma redução na liberdade dos Estados de optar pela forma de *accountability* mais apropriada para cada situação⁴⁰⁵.

Em suma, pode-se afirmar que a obrigação qualificada por um elemento de *due diligence* é uma obrigação de conduta, a qual não exige a garantia de um resultado, e normalmente se traduz em uma obrigação positiva, de agir com “melhores esforços” para atingir um resultado desejado. Tal obrigação é direcionada aos Estados em relação a atos praticados não apenas por agentes governamentais ou sob sua jurisdição, mas também pode-se estender a atos privados. Além disso, a análise para se precisar a conduta de *due diligence* exigida geralmente é feita *a posteriori*, uma vez que pode ser difícil determinar seu alcance de forma abstrata, ou seja, sem um contexto de uma situação concreta.

Ressalta-se que esta tese adota a terminologia “obrigação de *due diligence*” para se referir a obrigações de conduta que demandem um standard de comportamento específico de

⁴⁰² PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. *Op. Cit.*, p. 238.

⁴⁰³ KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. Due diligence in the International Legal Order. In: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 351-390, 2020, p. 375.

⁴⁰⁴ *Idem*.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 376.

due diligence. Pelo já exposto, este standard de comportamento reflete-se em uma obrigação de “melhores esforços” por parte do Estado, no sentido de adotar todas as medidas razoáveis ao seu alcance para alcançar determinado resultado.

Sendo assim, observaram-se, neste subcapítulo, as principais considerações acerca da obrigação de *due diligence*, como sua origem e o extenso trabalho na Comissão de Direito Internacional da ONU sobre o tema, em particular no contexto da responsabilidade internacional dos Estados. Examinaram-se, ainda, a interpretação e a aplicação da *due diligence* nos diversos ramos do direito internacional, especificamente quanto à proteção ambiental, ao direito do mar, à proteção internacional dos direitos humanos, ao direito internacional humanitário, ao direito internacional do investimento e à cibersegurança. Por fim, analisaram-se a definição de *due diligence*, sua natureza e suas principais características.

O aprofundamento em temas específicos de *due diligence* no âmbito geral do direito internacional público, neste subcapítulo, foi essencial para uma compreensão adequada acerca da possível aplicação da *due diligence* no arcabouço normativo da OMC. Adiante, esta tese debruça-se sobre uma eventual obrigação de *due diligence* no contexto da OMC, em particular dos Acordos TBT e SPS, que, como já mencionado no segundo capítulo desta tese, estabelecem obrigações positivas e negativas aos Membros da Organização no que diz respeito a atividades privadas, dentre elas a de normalização.

4.2 *Due diligence* nos Acordos da OMC

É possível constatar, a partir da análise conduzida no subcapítulo anterior deste terceiro capítulo da tese, que a obrigação de *due diligence* é amplamente reconhecida e tem assumido um papel cada vez mais relevante nos diversos ramos do direito internacional. No entanto, observa-se que pouca atenção tem sido conferida à obrigação de *due diligence* no comércio internacional. Tanto a doutrina especializada em direito do comércio internacional quanto os acordos internacionais e a jurisprudência de cortes internacionais pertinentes pouco fazem referência à obrigação de *due diligence* nesse contexto. Alguns fatores podem explicar por que a obrigação de *due diligence* não tem sido objeto de destaque no estudo e na prática do direito do comércio internacional.

De modo geral, pode-se afirmar que a *due diligence* é um termo “estranho” ao direito do comércio internacional em razão de este, em princípio, não adotar uma abordagem inerente à obrigação de *due diligence*. Como já exposto, a existência de uma obrigação de *due diligence* direcionada à conduta dos Estados pressupõe que estes levem em consideração os

efeitos negativos de atividades realizadas em seus territórios nos territórios de outros Estados. Além disso, a falta de uma ligação mais íntima entre a *due diligence* e o direito do comércio internacional deve-se ao fato de que este ramo, em tese, não disciplinaria a conduta de atores privados em si mesmo que esta atividade seja essencialmente o objeto de regulamentação do direito do comércio internacional. Por fim, o direito do comércio internacional não conta com um princípio geral de cuidado, uma vez que, normalmente, a questão da responsabilidade de Estados por atos de entes privados não é um problema neste contexto⁴⁰⁶.

A *due diligence* foi mencionada em alguns casos apreciados pelo Órgão de Solução de Controvérsias na OMC, a exemplada disputa *US – Cotton Yarn*. O caso foi submetido à OMC em 2000 pelo Paquistão em decorrência de salvaguardas comerciais transitórias sobre fios de algodão penteado por parte dos Estados Unidos. O Artigo 6 do Acordo de Têxteis e Vestuários estabelece que uma medida de salvaguarda pode ser adotada diante da demonstração, com base na determinação de um Membro, de que um produto específico está sendo importado para seu território em quantidades tão elevadas de modo a causar dano ou ameaça de dano à indústria doméstica⁴⁰⁷.

O Órgão de Apelação enfatiza que o Artigo 6 do Acordo não expressa os órgãos ou os procedimentos que devem ser seguidos para que o Membro faça esta determinação, e não exige a participação de todas as partes interessadas neste processo. Neste sentido, o Órgão de Apelação afirma que o exercício de *due diligence* é essencial para alcançar esta determinação nos termos do Acordo de Têxteis e Vestuários. O Órgão de Apelação ressalta que o exercício de *due diligence* não poderia implicar, contudo, o exame de evidências que não existiam na época em que o Membro realizou tal determinação⁴⁰⁸.

O caso *Argentina – Financial Services* também menciona o exercício de *due diligence* por Membros da OMC. A disputa foi iniciada em 2012 pelo Panamá diante de medidas argentinas alegadamente aplicadas a apenas alguns países listados em um conjunto de regulamentos sobre questões tributárias. Um regulamento estabelecia que fornecedores estrangeiros de serviços de resseguro podem ser autorizados a oferecer operações de resseguro de seu país de origem, desde que preenchidos alguns requisitos especificados⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶KRAJEWSKI, Markus. *Due diligence in international trade law*. In: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 312-328, 2020, p. 313-317.

⁴⁰⁷Appellate Body Report, *United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan*, WT/DS192/AB/R, adopted 5 November 2001, DSR 2001:XII, par. 75.

⁴⁰⁸*Ibidem*, par. 76-77.

⁴⁰⁹Appellate Body Report, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R and Add.1, adopted 9 May 2016, DSR 2016:II, par. 5.20.

Conforme salienta o Órgão de Apelação, um dos requisitos seria a comprovação de que os fornecedores haviam sido incorporados e registrados em países que cooperam na luta global contra a lavagem de dinheiro e o financiamento de terrorismo. Caso o fornecedor não comprovasse o preenchimento de tal requisito, a análise do seu pedido de autorização seria submetido à *due diligence*, proporcional aos riscos⁴¹⁰.

Por fim, a disputa *EC and certain member States – Large Civil Aircraft*, iniciada em 2004 pelos Estados Unidos, originou-se do uso de subsídios para aeronaves civis por parte da União Europeia. No caso, o *Panel* declarou que o método e os fatos que ampararam a decisão de Estados Membros da União Europeia de financiamento de fabricantes de aeronaves não havia alcançado o nível de *due diligence* esperado de investidores, dos quais se demanda o exercício de um determinado grau de *due diligence* em relação às condições econômicas atuais e futuras antes de celebrar um contrato de empréstimo⁴¹¹.

A referência à *due diligence* pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC no deslinde de litígios é um argumento favorável à sua aplicação no âmbito de Acordos da Organização. No entanto, o fato de que a obrigação de *due diligence* não é historicamente inserida no contexto do direito do comércio internacional, como mencionado, além da vagueza com que a *due diligence* foi abordada nas disputas citadas, demonstra que a *due diligence* ainda não obteve a atenção devida no âmbito da OMC, ao contrário do que ocorre em outros ramos do direito internacional, como os especificados no subcapítulo anterior.

Ainda que a *due diligence* não se tenha mostrado como um dos princípios gerais do direito do comércio internacional, pode-se verificar que obrigações específicas contidas em acordos internacionais, sobretudo Acordos da OMC, podem ser consideradas como a concretização da *due diligence*. Para analisar as diversas obrigações com conteúdo de *due diligence* dispostas ao longo dos variados Acordos da OMC, esta tese classifica essas obrigações em três categorias⁴¹²: i) requisitos procedimentais; ii) consideração sobre os efeitos em outros países; e iii) requisitos para considerar a conduta de entes privados.

O primeiro grupo de obrigações que remetem à *due diligence* identificadas no arcabouço normativo da OMC diz respeito a obrigações procedimentais, que refletem certo grau de *due diligence* na medida que geram uma oportunidade de um Membro levar em

⁴¹⁰*Ibidem*, par. 5.21.

⁴¹¹Panel Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, WT/DS316/RW and Add.1, adopted 28 May 2018, as modified by Appellate Body Report WT/DS316/AB/RW, par. 6.651.

⁴¹² Esta classificação encontra-se disposta texto de KRAJEWSKI, Markus. *Op. Cit.*, p. 317-323.

consideração os interesses dos demais. Estas englobam a) requisitos de consulta e notificação; b) obrigações de investigação, explicação e justificativa; e c) obrigações de negociação.

Quanto à primeira categoria, deve-se ressaltar um dos mais importantes requisitos de consulta no âmbito da OMC, que está contido no Artigo 4 do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização. Embora o dispositivo não tenha como finalidade precípua a consideração dos interesses de outro país, e sim a busca por uma solução para o conflito sem que se recorra ao mecanismo formal da OMC, este requisito de consulta pode ser considerado um elemento de *due diligence* nesta primeira categoria⁴¹³.

Outros Acordos da OMC estabelecem requisitos de entrar em consulta e de notificação. O Acordo sobre Salvaguardas, por exemplo, coloca exigências neste sentido em seus Artigos 12.1 e 12.3. O Artigo 12.1 do Acordo sobre Salvaguardas determina que os Membros notifiquem o Comitê sobre Salvaguardas da OMC acerca de quaisquer etapas com a finalidade de imposição de medidas de salvaguarda. Este requisito, vale salientar, não se destina à notificação de outros Membros afetados, mas sim ao órgão pertinente da OMC. Já o Artigo 12.3 do Acordo sobre Salvaguardas requer que o Membro que aplique ou estenda uma medida de salvaguarda forneça uma oportunidade apropriada para consulta prévia com os Membros com interesse substancial como exportadores do produto afetado⁴¹⁴.

O Artigo 12(1)(b) do Acordo sobre Agricultura estabelece requisito similar ao do dispositivo supracitado. Em casos de instituição de novas proibições ou restrições de produtos alimentícios, o Artigo 12(1)(b) determina que o Membro deve entrar em consulta, a pedido, com Membros que possuam um interesse substancial como importador no que diz respeito a qualquer questão relacionada à medida. O Membro instituidor da medida deverá, aliás, fornecer as informações necessárias ao Membro interessado se este assim o requerer⁴¹⁵.

Deve-se ressaltar que o propósito da obrigação de consulta, no contexto da OMC, é permitir que o Membro potencialmente afetado pela medida possa apresentar argumentos de modo que esta seja revista pelo Membro que a impõe ou, ao menos, que o Membro afetado esteja informado e preparado para o caso e para o momento de a medida ser adotada. De tal obrigação não decorre qualquer obrigação do Membro que adota a medida comercial restritiva de levar em consideração os efeitos desta medida para outros Membros e, em face disso, possivelmente ter que rever a medida. Do mesmo modo, a obrigação de notificação contida nos Acordos da OMC não englobam este elemento de consideração dos interesses dos demais,

⁴¹³*Ibidem*, p. 317-318.

⁴¹⁴*Ibidem*, p. 318.

⁴¹⁵*Idem*.

uma vez que essa obrigação não se direciona a Membros potencialmente afetados pelas medidas, e sim ao órgão da OMC pertinente. A notificação de uma medida a um órgão ou comitê da OMC confere, portanto, a oportunidade de outros Membros serem informados sobre esta medida, mas não enseja uma obrigação em relação a outros Membros⁴¹⁶.

No segundo grupo de requisitos procedimentais, pode-se identificar um elemento de *due diligence* nas obrigações de investigação, explicação e justificativa. Essas obrigações fazem-se presentes no contexto de medidas antidumping e compensatórias, no sentido de que se requer uma avaliação objetiva pelas autoridades domésticas competentes acerca da ameaça ou dano potencial provenientes de dumping ou subsídios na indústria local do Membro que impõe tais medidas. Nesses casos, a investigação deve ser conduzida de forma imparcial, sem favorecimento de nenhuma parte ou grupo de partes interessadas⁴¹⁷.

Recorda-se, neste contexto, a lição apresentada pelo Órgão de Apelação na disputa *US – Cotton Yarn* no que concerne à obrigação de investigação sob a égide do Acordo de Têxteis e Vestuários. Como explanado anteriormente neste subcapítulo, o Órgão de Apelação estabeleceu, ao apreciar esta controvérsia, que tal obrigação compreenderia um requisito de *due diligence*, em especial porque se trata de uma obrigação de conduta de adotar procedimentos objetivos e imparciais, levando em conta os interesses de outras partes afetadas, para analisar uma ameaça ou dano grave à indústria doméstica ocasionado por práticas desleais de comércio.

O terceiro e último grupo contido na categoria de requisitos procedimentais abrange as obrigações de negociação. De modo geral, pode-se afirmar que a finalidade do sistema do comércio internacional é prover o ambiente de negociações para celebração de acordos comerciais com vistas à liberalização do comércio e de encontrar soluções para conflitos comerciais por meio de mecanismos de resolução de disputas. As negociações são, portanto, de caráter voluntário, o que permite que os Membros participem ou se recusem a participar destas⁴¹⁸.

Embora os Membros não sejam obrigados a participar de negociações comerciais, quando assim o fazem, estão obrigados a conduzi-las de boa-fé, como pode-se depreender do que estabeleceu o Órgão de Apelação no caso *US – Shrimp* acerca da interpretação do Artigo XX do GATT. Deve-se relembra que o referido dispositivo contém uma lista de exceções gerais que, se não estivessem assim elencadas, seriam consideradas inconsistentes com as

⁴¹⁶*Idem.*

⁴¹⁷*Ibidem*, p. 319.

⁴¹⁸*Ibidem*, p. 320.

obrigações do GATT. Já o *caput* do Artigo XX proíbe que os Membros façam uso dessas medidas, em tese justificadas pelo GATT, de modo discriminatório ou protecionista⁴¹⁹.

Segundo o Órgão de Apelação, ao analisar a referida disputa, o *caput* do Artigo XX do GATT reflete o princípio da boa-fé. De acordo com o Órgão de Apelação, no caso específico, os Estados Unidos haviam violado este princípio ao negociar políticas mais flexíveis relacionadas às restrições comerciais com alguns países e não com outros. Neste sentido, o Órgão de Apelação considerou que os Estados Unidos haviam adotado uma conduta injustificadamente discriminatória em suas negociações, afrontando, portanto, o princípio da boa-fé extraído do *caput* do Artigo XX do GATT⁴²⁰.

Pode-se afirmar, dessa forma, que a obrigação de conduzir negociações comerciais de boa-fé, de modo não discriminatório a exemplo do caso *US – Shrimp*, é um elemento de *due diligence*. O Artigo XX do GATT trata de medidas restritivas que normalmente impactam de forma negativa outros países, e torna-se fundamental que a condução de negociações nesse cenário seja realizada de boa-fé a fim de se viabilizar a demonstração de interesses dos demais e de se reduzir potenciais efeitos prejudiciais. Sendo assim, tal obrigação, por pressupor que os Membros levem em consideração os interesses de outros Estados e os deem a oportunidade de demonstrar suas perspectivas nessas negociações, expressa um elemento de *due diligence*⁴²¹.

A segunda categoria de obrigações presentes no arcabouço normativo na OMC que refletem elementos de *due diligence* dizem respeito à obrigação de que os Membros levem em conta os interesses de outros países e os efeitos de suas políticas comerciais. Um exemplo, nesse sentido, refere-se ao Artigo XII:2(a) do GATT, que regulamenta restrições a volume ou valor de mercadorias importadas com o fito de proteger o equilíbrio da balança de pagamentos. O dispositivo requer que sejam levados em consideração todos os fatores especiais que afetem as reservas monetárias do Membro ou suas necessidades de reservas monetárias, especialmente, em caso de disponibilidade de créditos exteriores especiais ou de outros recursos, a necessidade de prover o emprego apropriado destes créditos ou recursos⁴²².

De maneira semelhante, o Artigo 8.1 do Acordo Sobre Salvaguardas dispõe que todo Membro que se proponha a aplicar ou queira prorrogar uma medida salvaguarda procurará manter um nível de concessões e de outras obrigações substancialmente equivalente ao

⁴¹⁹*Idem*.

⁴²⁰Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. *Op. Cit.*, par. 158, 172.

⁴²¹KRAJEWSKI, Markus. *Op. Cit.*, p. 320-321.

⁴²²*Ibidem*, p. 321-322.

existente nos termos do GATT entre tal Membro e os Membros exportadores que seriam afetados por tal medida. Com o fim de alcançar esse objetivo, os Membros interessados poderão chegar a acordo com relação a qualquer forma adequada de compensação comercial pelos efeitos adversos da medida sobre o seu comércio. Esse objetivo materializa-se na forma de consultas prévias com Membros que tenham interesse substancial como exportadores, conforme estabelecido no Artigo 12.3 do Acordo sobre Salvaguardas⁴²³.

Por fim, destaca-se o Artigo 12(1)(a) do Acordo sobre Agricultura como exemplo de obrigação destinada a que sejam levados em conta os interesses de outros países na adoção de medidas comerciais. O mencionado dispositivo determina que o Membro que impõe uma restrição ou proibição à exportação deve considerar os efeitos de tal medida na segurança alimentar dos Membros importadores⁴²⁴.

A terceira e última categoria de obrigações impostas em Acordos da OMC que expressam um conteúdo de *due diligence* abrange as exigências relacionadas à conduta de atores privados. Como já abordado neste subcapítulo, pouco se tem estudado sobre a obrigação de *due diligence* no contexto dos Acordos da OMC. A escassez de estudos sobre a matéria ainda se agrava quando se trata de obrigações de *due diligence* impostas aos Membros para que interfiram ou evitem interferir em atividades desenvolvidas por atores privados. Isso ocorre sobretudo em razão de o estudo sobre a responsabilidade dos Membros por conduta privada, no âmbito da OMC, dedicar-se predominantemente ao campo da atribuição.

Por se tratar de obrigações de Membros da OMC com elemento de *due diligence* direcionadas à atuação privada, principal objeto desta tese, a análise acerca do conteúdo e do escopo das obrigações de *due diligence* de Membros que envolvem o comportamento de atores privados, em particular instituições normalizadoras privadas, será conduzida no subcapítulo seguinte.

4.3 *Due diligence* e standards privados

No segundo capítulo desta tese, em que se abordou a regulamentação da conduta de atores privados pelos Acordos da OMC, mencionou-se que os Acordos TBT e SPS estabeleciam obrigações positivas e negativas para os Membros em relação a atividades de instituições não-governamentais. Os Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e o Artigo 13 do Acordo SPS determinam que os Membros deverão adotar as medidas razoáveis ao seu alcance para

⁴²³*Ibidem*, p. 322.

⁴²⁴*Idem*.

que instituições não-governamentais localizadas em seus territórios observem as principais disposições dos respectivos Acordos. Além disso, os dispositivos proíbem os Membros de adotar medidas que tenham o efeito de, direta ou indiretamente, obrigar ou estimular que estas instituições ajam de maneira incompatível com os Acordos correspondentes.

Fez-se breve referência, ainda, à natureza das obrigações impostas por esses dispositivos, que podem ser consideradas como obrigações de “melhores esforços” (*best efforts*). O intuito de tais obrigações é de que os Membros empreendam todos os esforços possíveis para atingir o resultado almejado pelas normas, ou seja, o cumprimento dos dispositivos dos Acordos TBT e SPS também por atores privados a fim de ampliar a efetividade dos Acordos.

Este subcapítulo, portanto, busca aprofundar o estudo sobre o conteúdo das obrigações dos Membros em relação a instituições não-governamentais no contexto dos Acordos TBT e SPS, dentre elas instituições envolvidas no processo de preparação, adoção e aplicação de standards privados. A partir daí, pretende-se distinguir as formas de responsabilidade dos Membros previstas em Acordos da OMC, inclusive a oriunda de obrigações de “melhores esforços”, a exemplo dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e do Artigo 13 do Acordo SPS. Por fim, o principal objetivo deste subcapítulo é estabelecer um eventual paralelo entre as obrigações dos Membros relacionadas a instituições não-governamentais e obrigações formadas pela *due diligence*, e demonstrar possíveis comportamentos para que os Membros atuem em conformidade aos citados dispositivos, em particular no que se refere a instituições normalizadoras privadas.

Em um primeiro momento, é importante destacar o histórico de negociação do Acordo TBT no que se refere a standards. O histórico mostra a origem dos debates que cercaram a definição dos tipos de obrigação no contexto do Acordo TBT aplicado a requisitos de rotulagem, standards voluntários e processos e métodos de produção não-relacionados a características de produtos.

No histórico de negociação da aplicação do Acordo TBT a requisitos de rotulagem, standards voluntários e processos e métodos de produção não-relacionados a características de produtos, as Partes estabeleceram uma distinção entre obrigações de primeiro grau e obrigações de segundo grau com base no projeto do *Standards Code*. O projeto do *Standards Code* utilizou o termo *standard* para se referir tanto a standards compulsórios quanto a standards voluntários e estabeleceu obrigações distintas em relação à preparação, adoção e utilização de standards em três categorias: i) standards compulsórios de governo central, ii) standards compulsórios de governo local e iii) standards voluntários. Para o primeiro grupo, o

projeto do *Standards Code* determinou obrigações de primeiro grau para os signatários. Já para as outras duas categorias especificaram-se obrigações de segundo grau, o que significa que os signatários deveriam adotar todos os meios razoáveis ao seu alcance para garantir o cumprimento das obrigações pertinentes⁴²⁵.

O projeto do *Standards Code* regulamentou a preparação, adoção e utilização de standards voluntários em sua Seção 4. Esse disciplinamento estava fundamentado em termos de obrigações de segundo grau ou de “melhores esforços”. O primeiro parágrafo da Seção 4 estabeleceu que “aderentes devem adotar todos os meios razoáveis ao seu alcance para garantir que standards privados não sejam preparados, adotados ou aplicados de modo a criar obstáculos ao comércio internacional. Os aderentes devem, da mesma forma, adotar todos os meios razoáveis ao seu alcance para garantir que nem os standards voluntários em si nem sua aplicação tenham o efeito de criar obstáculos injustificáveis ao comércio internacional”⁴²⁶.

Durante a Rodada Tóquio, várias propostas foram submetidas e um projeto revisado do Acordo TBT foi apresentado em outubro de 1978. Os termos “standards compulsórios” e “standards voluntários” foram substituídos por “regulamentos técnicos” e “standards” respectivamente. O projeto combinou, em uma única seção, o disciplinamento sobre preparação, adoção e utilização de regulamentos técnicos e standards por instituições de governo central, impondo obrigações de primeiro grau a esses entes. Já a preparação, adoção e utilização de regulamentos técnicos e standards por instituições de governo local foram abordadas separadamente. Outra seção tratou da preparação, adoção e utilização de standards por instituições não-governamentais. Às instituições, com exceção daquelas vinculadas ao governo central, foram impostas obrigações de segundo grau⁴²⁷.

Em suma, segundo o projeto do Acordo TBT, as Partes Contratantes tinham uma obrigação de primeiro grau em relação às instituições de governo central no que se refere a regulamentos técnicos e standards. No que concerne às instituições de governo local e não-governamentais, as Partes tinham obrigação de segundo grau, ou seja, de “melhores esforços”.

A distinção entre os dois níveis de obrigações também foi levada em consideração na seção do projeto do Acordo TBT que regulava a solução de controvérsias. O Artigo 14.21 determinou que as disposições sobre solução de litígios estabelecidas no projeto poderiam ser invocadas nos casos em que um aderente considerasse que outro não havia atingido resultados satisfatórios no que tocante às suas obrigações em relação a instituições de governo local e

⁴²⁵ WTO SECRETARIAT. *Op. Cit.*, par. 50.

⁴²⁶ *Ibidem*, par. 51.

⁴²⁷ *Ibidem*, par. 56.

não-governamentais, afetando seus interesses comerciais. Nesse sentido, tais resultados seriam os equivalentes aos exigidos para as obrigações concernentes a instituições de governo central como se a instituição em questão fosse um aderente⁴²⁸.

Houve, ainda, uma mudança na nomenclatura da seção relacionada à preparação, adoção e utilização de regulamentos técnicos e standards por instituições não-governamentais. Uma sugestão formulada pelo Canadá foi acatada, e a frase “deve adotar as medidas razoáveis disponíveis para garantir” substituiu “deve adotar todos os meios razoáveis ao seu alcance para garantir”. Essa terminologia baseou-se em nomenclatura similar contida no Artigo XXIV, parágrafo 12, do GATT, que trata de uniões aduaneiras e áreas de livre comércio. Além disso, a seguinte frase foi acrescentada nos dispositivos sobre preparação, adoção e utilização de regulamentos técnicos e standards por instituições de governo local e não-governamentais (Artigos 3 e 4): “Adicionalmente, as Partes não devem adotar medidas que possuem o efeito de, direta ou indiretamente, exigir ou incentivar instituições não-governamentais a agir de maneira inconsistente com qualquer disposição do Artigo 2 (obrigações relativas a instituições do governo central)”⁴²⁹.

Como já observado, a terminologia é mantida no Acordo TBT no que diz respeito às obrigações dos Membros da OMC para a preparação, adoção e aplicação de regulamentos técnicos e standards por instituições de governo central, de governo central e não-governamentais. Em conformidade com o histórico de negociação do Acordo TBT, a obrigação dos Membros em relação às atividades desempenhadas por instituições não-governamentais é uma obrigação de segundo grau ou de “melhores esforços”.

A obrigação de segundo grau constitui, portanto, uma obrigação do Membro de adotar as medidas razoáveis que estiverem a seu alcance para garantir o cumprimento do Acordo por instituições não-governamentais. Esta obrigação de segundo grau encontra-se expressa, em particular no que guarda pertinência com o objeto desta tese, nos Artigos 3 (regulamentos técnicos por instituições locais e não-governamentais), 4 (standards por instituições locais e não-governamentais) e 8 (processos de avaliação de conformidade por instituições não-governamentais) do Acordo TBT e no Artigo 13 (medidas SPS por instituições regionais e não-governamentais) do Acordo SPS.

A adoção de terminologia praticamente idêntica nos Acordos TBT e SPS denota que os dispositivos impõem uma obrigação de mesma natureza para as situações por eles regulamentadas, uma obrigação de segundo grau ou de “melhores esforços”. A questão que

⁴²⁸*Ibidem*, par. 57.

⁴²⁹*Ibidem*, par. 54; 58.

para, ante a vagueza da expressão “medidas razoáveis disponíveis”, é qual seria o conteúdo desta obrigação no contexto dos Acordos da OMC, mais especificamente nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e Artigo 13 do Acordo SPS.

A tese objetiva, portanto, investigar se tal obrigação pode ser interpretada e aplicada como uma obrigação de *due diligence*, o que permitiria não apenas precisar mais adequadamente seu conteúdo, mas também analisar a conduta ideal dos Membros, no âmbito de “melhores esforços”, em relação a instituições normalizadoras privadas. Desse modo, pretende-se compreender quais condutas ensejariam a responsabilidade dos Membros sob o fundamento destes dispositivos, bem como que medidas poderiam ser exigidas dos Membros neste sentido.

Quanto ao primeiro ponto, é importante fazer uma distinção entre os tipos de condutas que ensejam a responsabilidade do Membro no âmbito da OMC, em particular no que se refere à interação com atos privados. No segundo capítulo desta tese, tratou-se deste assunto sem que fosse ainda realizado um estudo aprofundado sobre os diversos tipos de condutas incompatíveis com determinado Acordo da OMC e, sendo o caso, a respectiva responsabilização do Membro.

De modo geral, cada Membro é responsável, perante a OMC, pelas medidas adotadas por atores governamentais ou investidos de poderes para agir em nome do governo. No entanto, a responsabilidade do Membro também pode surgir em virtude de uma conduta privada, desde que reunidos alguns requisitos, conforme será adiante abordado.

O fundamento para que haja responsabilidade por atos praticados por entes privados é a constante e crescente presença desses atores nas relações de comércio internacional; por um lado, caso os Acordos da OMC não conseguissem atingir condutas privadas, mesmo que indiretamente, isso significaria uma redução substancial em sua efetividade dada a grande quantidade de condutas restritivas ao comércio internacional que estariam fora do seu escopo de aplicação. Por outro lado, não é qualquer ato privado que pode ensejar a responsabilidade de um Membro sob um Acordo da OMC, uma vez que o arcabouço normativo da OMC, uma organização intergovernamental, destina-se a regular as atividades governamentais, e não as puramente privadas.

A conduta de um Membro pode interagir com as atividades de atores privados de formas distintas, e isso repercute na determinação da responsabilidade do Membro pelos atos privados perante a OMC. A literatura, ao abordar o tema da responsabilidade dos Membros da OMC, como já citado, tende a não diferenciar de maneira clara as situações que ensejam responsabilidade e em que circunstâncias.

Nesse cenário, pode-se considerar que há três grupos de situações em que pode haver responsabilidade do Membro em virtude de ato privado inconsistente com determinado Acordo da OMC: a primeira situação ocorre quando um Membro fornece incentivos, a exemplo de subsídios, para influenciar um desejado comportamento por parte de atores privados; a segunda situação acontece quando uma atividade privada recebe apoio substancial de um Membro em tamanho grau que é possível atribuir a conduta privada ao seu governo. Por fim, a terceira situação ocorre quando um Membro é responsável por não adotar determinadas políticas para regulamentação de atividades privadas restritivas ao comércio (este grupo engloba tanto a responsabilidade derivada de uma obrigação especificamente prescrita por um Acordo da OMC quanto a oriunda de dispositivos que, embora não tragam uma obrigação explícita, podem ser interpretados dessa forma).

O primeiro grupo representa a parte mais frequente de situações que se desenvolvem relacionando medidas governamentais e conduta privada. Quando um governo incentiva ou apoia atores privados a agir de um determinado modo incompatível com um Acordo da OMC, a sua responsabilidade recai sobre a análise das medidas do Membro em si e sua eventual inconsistência com uma norma da OMC.

Na disputa *Argentina – Hides and Leather*, vale recordar, o *Panel* determinou que o Artigo XI:1 do GATT, que trata de eliminação de restrições quantitativas, não continha uma obrigação para que os Membros da OMC excluíssem toda e qualquer possibilidade de que medidas governamentais pudessem permitir que atores privados, direta ou indiretamente, atuassem de forma restritiva ao comércio, exceto se as medidas governamentais fossem em si restritivas. Não haveria, portanto, uma obrigação de *due diligence*, segundo o *Panel*, de que o Membro garantisse que suas medidas não acarretariam em uma conduta privada inconsistente com o Artigo XI:1 do GATT⁴³⁰.

Posicionamento similar foi adotado nos já citados casos *Korea – Various Measures on Beef* e *China – Auto Parts*, que abordaram a interação entre medida governamental e conduta privada no contexto do Artigo III:4 do GATT, que estabelece o princípio do tratamento nacional. Destaca-se o entendimento do Órgão de Apelação, enunciado na disputa *Korea – Various Measures on Beef*, que, embora tenha reconhecido a incompatibilidade da medida coreana com o Artigo III:4 do GATT, fez uma ressalva importante. O Órgão de Apelação enfatizou que seu posicionamento pela incompatibilidade não significava que um sistema de distribuição dual ou paralelo que não havia sido imposto direta ou indiretamente por uma

⁴³⁰Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*. *Op. Cit.*, par. 11.19 e footnote 336.

medida governamental, mas que resultasse apenas da ação de empreendedores privados na consideração de custos e benefícios para o melhor desempenho de suas atividades, seria inconsistente com o Artigo III:4 do GATT⁴³¹. Neste sentido, o Órgão de Apelação frisou que a medida coreana em si era inconsistente com o referido dispositivo, e não o sistema adotado por entes privados.

Nas situações como as do primeiro grupo, é possível realizar a seguinte interpretação, a exemplo dos casos supracitados: quando uma medida governamental facilita ou influencia uma determinada conduta privada, e, em não havendo obrigação específica do Membro de regular a atividade privada, sua responsabilidade surge, no âmbito da OMC, apenas se a medida do Membro em si for incompatível com alguma norma da Organização. Nesses casos, não há uma obrigação direcionada ao Membro para que atue de uma determinada forma em relação a atores privados, nem um envolvimento suficiente do governo na conduta privada. Sendo assim, as normas da OMC não poderiam responsabilizar o Membro nas hipóteses em que, não havendo obrigação específica neste sentido, a conduta for puramente privada.

Já o segundo tipo de situação diz respeito à responsabilidade do Membro por atribuição de um ato privado. Quando há um envolvimento significativo do governo em um comportamento privado, tal ato ou conjunto de atos pode ser atribuído a este governo, gerando a responsabilidade do Membro por esta conduta, se incompatível com um Acordo da OMC, como se ele mesmo a houvesse praticado.

A denominada responsabilidade por atribuição já foi abordada no segundo capítulo desta tese ao se tratar da conduta privada no GATT. Foi-se traçado um paralelo entre responsabilidade dos Estados por atos privados a eles atribuídos sob os parâmetros do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos da Comissão de Direito Internacional das ONU e a responsabilidade dos Membros da OMC por atos privados a eles atribuídos.

Nos já citados casos *Nicaragua* e *Tadić*, por exemplo, a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional Penal para a antiga Iugoslávia, respectivamente, entenderam que a responsabilidade do Estado dependeria da existência de um controle efetivo das operações por parte do governo, no caso *Nicaragua*, e de um controle geral dos agentes violadores de normas internacionais. O Tribunal Internacional Penal para a antiga Iugoslávia reforça, ademais, que o standard de atribuição para o Estado de atos exercidos por entes privados

⁴³¹Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*. Op. Cit., par. 148-149.

consiste no controle do Estado sobre esses indivíduos; segundo o tribunal, o grau de controle deve variar de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Nas disputas analisadas no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias, no entanto, adotou-se um standard de atribuição menos elevado que o dos casos acima. O posicionamento dos *Panels* em diversos casos já citados no segundo capítulo desta tese consolidou-se no sentido de que, a fim de que certa conduta privada possa ser atribuída a um Membro, é necessário que haja um nexó significativo entre o ato privado e a medida governamental, conforme estabelecido, por exemplo, na disputa *Canada – Autos*⁴³². Além disso, de acordo com o *Panel* no caso *Japan – Film*, uma conduta privada pode ser considerada governamental quando há envolvimento suficiente do governo, critério que deve ser averiguado caso a caso⁴³³.

Observou-se, então, ao se analisar algumas disputas dirimidas por cortes internacionais sobre a matéria, que o standard de atribuição adotado para fins de responsabilização sob os parâmetros dos Artigos da ILC é mais rígido que o adotado no âmbito da OMC. Enquanto os Artigos da ILC, segundo a interpretação aplicada nos casos acima mencionados, demandam um controle geral ou mesmo efetivo da conduta privada por parte do Estado para ensejar sua eventual responsabilidade por atribuição, o Órgão de Solução de Controvérsias tem adotado, como standard de atribuição, o envolvimento suficiente do governo na conduta privada.

Percebe-se, portanto, que esta segunda categoria difere completamente da primeira, haja vista o grau de envolvimento do governo na prática da conduta por atores privados. O primeiro grupo engloba situações corriqueiras das relações internacionais de comércio, em que o governo adota certas políticas que acabam por impactar nas estratégias de comércio de entes privados; neste caso, a responsabilidade do governo limita-se à sua própria medida, se inconsistente com o arcabouço normativo da OMC, não podendo ser o governo instado a eliminar toda e qualquer possibilidade que suas medidas impactem estratégias restritivas comerciais de entes privados, nos termos do que foi dito no caso *Argentina – Hides and Leather*.

Já o segundo grupo abrange situações específicas em que a conduta, embora praticada por atores privados, foi determinada, viabilizada, controlada ou de qualquer modo intimamente apoiada pelo governo; neste caso, a responsabilidade do governo surge, no

⁴³²Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopted 19 June 2000, as modified by Appellate Body Report WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, DSR 2000:VII, par. 10.106-10.107.

⁴³³Panel Report, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, DSR 1998:IV, par. 10.56.

âmbito da OMC, pela própria conduta privada, que recebeu envolvimento suficiente do governo, se esta for incompatível com uma norma da OMC, uma vez que esta conduta, dado o grau de envolvimento do governo, pode ser atribuída a este.

Finalmente, o terceiro grupo de situações ocorre quando o Membro é considerado responsável por não atuar de modo a coibir atividades privadas restritivas ao comércio internacional. Como mencionado, essa responsabilidade pode surgir de duas formas: i) quando o Membro viola uma obrigação expressa de um Acordo da OMC neste sentido; e ii) quando não age conforme determinada norma da OMC, que, embora não preveja explicitamente tal atuação, é interpretada deste modo.

Uma vez que o cerne desta tese diz respeito ao primeiro grupo de situações, incluindo os Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e o Artigo 13 do Acordo SPS, a análise do primeiro grupo será conduzida por último. A tese passa a examinar, ainda que de forma breve, a possibilidade de responsabilidade do Membro da OMC por não regular atividades privadas restritivas ao comércio internacional na ausência de obrigação expressa para tanto (grupo ii).

O Artigo XI:1 do GATT, por exemplo, determina a eliminação geral de restrições quantitativas. Do mesmo modo que governos podem estabelecer restrições quantitativas proibidas pelo GATT, entes privados também o podem. Tendo em vista que o GATT não prevê uma obrigação específica para os governos em relação à atuação privada nesse contexto, indaga-se sobre a possível aplicação do GATT a situações em que o governo se mantém inerte em face de restrições quantitativas adotadas por atores privados⁴³⁴.

O posicionamento adotado pelo *Panel* na já mencionada disputa *Argentina – Hides and Leather* pode elucidar este questionamento. Vale recordar que o caso envolveu a contestação, por parte da União Europeia, da autorização por autoridades argentinas da presença de representantes de fabricantes da indústria doméstica de couro no processo alfandegário de exportação de pele bovina. Isso acarretou, conforme alegado pela União Europeia, restrições à exportação de tais produtos.

O *Panel* afirmou, no entanto, que o Artigo XI:1 não contém uma obrigação de *due diligence*, o que significa que o Membro não tem obrigação de garantir que entes privados se comportem de forma consistente com o Artigo XI:1⁴³⁵. É interessante notar que, embora o *Panel* não se tenha aprofundado nesta questão, o seu posicionamento parece permitir a seguinte conclusão, em especial diante do que foi abordado neste capítulo: quando não há

⁴³⁴BOHANES, Jan; SANDFORD, Iain, p. 43-44.

⁴³⁵Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*. *Op. Cit.*, par. 11.19 e footnote 336.

uma previsão expressa para que o governo atue de uma determinada forma em relação a entes privados, o governo não pode ser responsabilizado sob uma disposição específica, exceto se a sua própria conduta for com ela incompatível ou se a conduta privada, violadora da disposição, for atribuída ao governo.

Outra observação relevante é de que, na leitura do *Panel* no caso *Argentina – Hides and Leather*, é possível extrair uma conclusão *a contrario sensu*: um dispositivo contém uma obrigação de *due diligence* quando impõe ao Membro uma obrigação de garantir que entes privados se comportem de forma compatível com determinado conteúdo normativo. Este é o caso dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e do Artigo 13 do Acordo SPS, que serão melhor examinados adiante.

Percebe-se, portanto, a dificuldade em se reconhecer a responsabilidade do Membro por sua falha na regulamentação de atividades privadas restritivas ao comércio internacional, quando não há uma obrigação específica de um Acordo da OMC neste sentido. No entanto, tal responsabilidade fica mais clara quando há uma previsão expressa de uma obrigação para que o Membro aja de uma determinada maneira em face da atuação privada. Este é o caso dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e do Artigo 13 do Acordo, os quais representam o principal objeto de discussão desta tese, uma vez que lidam com a obrigação de Membros em face da atuação normalizadora de entes privados.

Como já antecipado, alguns acordos da OMC demandam que os Membros atuem ou se abstenham de atuar de uma determinada forma em relação a entes privados. Quando há obrigações positivas e negativas direcionadas aos Membros no que se refere à atuação privada, sua responsabilidade surge quando estes fracassam em cumprir com tais obrigações.

Pode-se identificar um exemplo de imposição de obrigação aos Membros em relação a atividades privadas no Artigo VIII do GATS. O dispositivo determina que os Membros deverão garantir que fornecedores que detenham o monopólio de um serviço não atuem de forma inconsistente com os compromissos firmados pelos Membros.

O Anexo sobre Telecomunicações do GATS determina ainda, em seu Artigo 5(a), que os Membros garantirão que os prestadores de serviços de qualquer outro Membro tenham acesso às redes públicas de transportes de telecomunicações e serviços e possam utilizá-los em termos e condições razoáveis e não discriminatórios para a prestação de um serviço incluído em sua Lista. Além disso, alguns Membros adotaram um Livro de Referências em Telecomunicações como um compromisso adicional. A Seção 1.1 do Livro de Referências estabelece que os Membros devem manter medidas apropriadas com o objetivo

de evitar que grandes fornecedores, de forma isolada ou conjunta, deem início ou continuidade a práticas anticoncorrenciais.

O Acordo sobre Salvaguardas também estabelece uma obrigação aos Membros referente à atuação privada, mas na modalidade negativa. O Artigo 11.3 do referido Acordo determina que os Membros não estimularão nem apoiarão a adoção ou a manutenção, por empresas públicas ou privadas, de medidas não-governamentais equivalentes às medidas a que se refere o parágrafo primeiro, que, de modo geral, proíbe a formação de cartéis de importação e exportação e outros arranjos voluntários similares firmados entre empresas.

Por fim, destacam-se o Acordo TBT e o Acordo SPS como exemplos de instrumentos internacionais, no âmbito da OMC, que impõem obrigações específicas aos Membros em relação a entes privados. Uma vez que os referidos Acordos, em particular os Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e o Artigo 13 do Acordo SPS, estão no centro da discussão acerca da obrigação dos Membros no tocante à atuação de instituições normalizadoras privadas, a tese irá se deter adiante ao estudo desses dispositivos.

No entanto, antes que se proceda ao exame desses dispositivos, deve-se frisar que é possível identificar quatro tipos de obrigações dos Membros conforme os Acordos TBT e SPS⁴³⁶. A primeira categoria, de responsabilidade plena dos Membros pela observância, engloba a) os regulamentos técnicos, no caso do Acordo TBT; e b) as medidas SPS, no caso do Acordo SPS.

Já a segunda categoria, que impõe a obrigação de adotar medidas razoáveis ao alcance dos Membros, aplica-se a a) instituições governamentais locais e instituições não-governamentais, cujos regulamentos técnicos devem observar o Artigo 2 do Acordo TBT⁴³⁷, exceto no que se refere à obrigação de notificação; b) instituições governamentais locais, instituições não-governamentais e instituições regionais, cujos standards devem observar o Código de Boas Práticas do Acordo TBT; e c) instituições não-governamentais e instituições regionais, cujas medidas SPS devem observar o Acordo SPS.

A terceira categoria traz uma obrigação negativa aos Membros, que não devem adotar medidas que a) no caso de regulamentos técnicos, instituições governamentais locais e instituições não-governamentais; b) no caso de standards, tenham o efeito de direta ou indiretamente requerer ou encorajar instituições governamentais locais, instituições não-governamentais e instituições regionais a agir de forma incompatível com o Código de Boas

⁴³⁶WLOSTOWSKI, Tomasz. *Op. Cit.*, p. 227-288.

⁴³⁷ O Artigo 2 do Acordo TBT, deve-se lembrar, regulamenta a preparação, adoção e aplicação de regulamentos técnicos por instituições governamentais centrais.

Práticas do Acordo TBT; e c) tenham o efeito de direta ou indiretamente requerer ou encorajar instituições governamentais locais, instituições não-governamentais e instituições regionais a agir de forma inconsistente com o Acordo SPS.

Por fim, a quarta categoria diz respeito às obrigações dos Membros de formular e implementar medidas positivas e mecanismos que apoiem o cumprimento do disposto no Artigo 2 do Acordo TBT, no caso de regulamentos técnicos sob o Acordo TBT, e do disposto no Acordo SPS, no caso de medidas SPS, no contexto do respectivo Acordo, por entes que não os governamentais centrais.

Além disso, uma observação relevante no que concerne às obrigações impostas aos Membros, no contexto do Acordo TBT, é de que o nível da obrigação varia de acordo com a instituição em questão⁴³⁸. Enquanto às instituições governamentais centrais cabem as obrigações de maior grau, que geram plena responsabilidade do Membro, o Acordo TBT impõe obrigações mais flexíveis aos Membros no tocante a instituições governamentais locais e instituições não-governamentais, na forma de “medidas razoáveis a seu alcance”.

No que se refere a obrigações dos Membros pela atuação privada, destaca-se, em primeiro lugar, o Artigo 3 do Acordo TBT, que regulamenta a preparação, adoção e aplicação de regulamentos técnicos por instituições governamentais locais e instituições não-governamentais. O Artigo 3, portanto, estende o escopo de aplicação do Acordo TBT para o setor privado e para o nível local de governo. O objetivo do Artigo 3 do Acordo TBT, assim como dos demais dispositivos que estabelecem obrigações de “melhores esforços” para os Membros, é proporcionar um equilíbrio entre a necessidade de uma maior flexibilidade para que eles lidem com essas instituições e a de uma garantia de sua responsabilidade, ao menos em algum grau, pela conduta desses entes⁴³⁹.

O Artigo 3 do Acordo TBT abrange quatro obrigações principais: a primeira consiste na obrigação de “melhores esforços”, no sentido de que o Membro deve adotar medidas razoáveis a seu alcance para garantir que instituições governamentais locais e instituições não-governamentais cumpram com as normas estabelecidas no Artigo 2 do Acordo TBT, exceto no que diz respeito à notificação de regulamento técnico (Artigo 3.1); a segunda é a obrigação de que o Membro não tome medidas que demandem ou encorajem instituições governamentais locais e instituições não-governamentais a agir de forma inconsistente com o Artigo 2 do Acordo TBT (Artigo 3.4); a terceira corresponde à responsabilidade plena do

⁴³⁸SEIBERT-FOHR, Anja; STOLL, Peter-Tobias; WOLFRUM, Rüdiger (Eds). **Max Planck Commentaries on World Trade Law** – Volume 3 – WTO-Technical Barriers and SPS Measures. Leiden/Boston, 2007, p. 238.

⁴³⁹*Ibidem*, p. 236-237.

Membro pelo cumprimento do Artigo 2 do Acordo TBT (Artigo 3.5); e a quarta diz respeito à obrigação do Membro de formular e implementar medidas e mecanismos positivos para apoiar entidades dispostas a cumprir as normas do Artigo 2 do Acordo TBT (Artigo 3.5)⁴⁴⁰.

Já o Artigo 4 do Acordo TBT disciplina a preparação, adoção e aplicação de standards. Quando essas atividades são desempenhadas por instituições governamentais centrais, o dispositivo estabelece que os Membros assegurarão que estas aceitem e cumpram o Código de Boas Práticas, constante no Anexo 3 do Acordo. Deve-se frisar que o termo aceitar não pressupõe medidas legais vinculantes necessariamente, desde que o conteúdo do Código de Boas Práticas seja reconhecido como determinante no desenvolvimento e na administração de standards. O termo cumprir significa que a prática dessas instituições deve estar em conformidade com o disposto no Código de Boas Práticas. Observa-se, ainda, que tal obrigação independe da aceitação do Código de Boas Práticas por parte de instituições normalizadoras pertinentes⁴⁴¹.

O Artigo 4 do Acordo TBT também determina obrigações para os Membros no contexto de preparação, adoção e aplicação de standards por instituições de normalização governamentais locais, não-governamentais e regionais, para que aceitem e cumpram o Código de Boas Práticas. Ao contrário do disposto a instituições governamentais centrais, em relação às quais os Membros possuem obrigação direta de fazê-las aceitar e observar o Código de Boas Práticas, a obrigação dos Membros para instituições normalizadoras governamentais locais, não-governamentais e regionais restringe-se à adoção de medidas razoáveis que estiverem a seu alcance para atingir tal objetivo, ou seja, uma obrigação de “melhores esforços”.

É importante ressaltar que a terminologia dessa obrigação de “melhores esforços” contida no Artigo 4 do Acordo TBT origina-se do seu predecessor, o *Standards Code*, que, por sua vez, deriva do Artigo XXIV:12 do GATT. O referido dispositivo demanda que as então Partes Contratantes adotem medidas razoáveis ao seu alcance para garantir o cumprimento do GATT por parte de governos e autoridades locais e regionais em seus territórios. O objetivo principal do Artigo XXIV:12 do GATT é de acomodar as necessidades de países com estrutura de federação, os quais podem enfrentar dificuldades para a implementação do direito internacional ao longo de sua estrutura⁴⁴².

⁴⁴⁰*Ibidem*, p. 238.

⁴⁴¹*Ibidem*, p. 254.

⁴⁴²*Ibidem*, p. 255.

O Artigo 4 do Acordo TBT, no entanto, vai além do estabelecido pelo Artigo XXIV:12 do GATT, uma vez que determina uma obrigação de “melhores esforços” não apenas em relação a instituições governamentais locais e regionais, mas também a instituições não-governamentais. A inclusão dessas instituições demonstra a relevância da normalização privada e a conseqüente necessidade de que esta atividade seja desenvolvida em conformidade com as normas estabelecidas pelo Acordo TBT, em particular pelo Código de Boas Práticas⁴⁴³.

Além disso, o Artigo 4 do Acordo TBT prevê uma regra geral de abstenção aos Membros relacionada a instituições de normalização governamentais locais e não-governamentais. O dispositivo veda os Membros de adotar medidas que tenham o efeito direto ou indireto de demandar ou encorajar tais instituições a agir de forma incompatível com o Código de Boas Práticas.

Por fim, o Artigo 8 do Acordo TBT regulamenta as obrigações dos Membros em relação a procedimentos de avaliação de conformidade por instituições não-governamentais. O dispositivo, em seu primeiro parágrafo, estabelece que os Membros devem adotar medidas razoáveis a seu alcance para assegurar o cumprimento do disposto nos Artigos 5 e 6 do Acordo TBT por instituições não-governamentais que operam procedimentos de avaliação de conformidade, exceto no que diz respeito à obrigação de notificar projetos desses procedimentos. Além disso, o Artigo 8.1 do Acordo TBT proíbe os Membros de adotar medidas que tenham o efeito de direta ou indiretamente obrigar ou encorajar instituições não-governamentais a agir de forma incompatível com os Artigos 5 e 6 do Acordo.

Em seu segundo parágrafo, o Artigo 8 do Acordo TBT estabelece que os Membros assegurarão que as instituições governamentais centrais apenas se apoiem em procedimentos de avaliação de conformidade operados por instituições não-governamentais se estas cumprirem as disposições dos Artigos 5 e 6 do Acordo, com exceção, novamente, da obrigação de notificação. Vale frisar que os Artigos 5 e 6 do Acordo TBT dispõem sobre procedimentos e reconhecimento de avaliação de conformidade por instituições governamentais centrais.

Conduzida a análise dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT, passa-se ao exame do Artigo 13 do Acordo SPS. O dispositivo abrange, em suma, cinco obrigações para os Membros.

Em primeiro lugar, o Artigo 13 do Acordo SPS estabelece que os Membros são integralmente responsáveis pelo cumprimento de todas as obrigações dispostas no Acordo.

⁴⁴³*Idem.*

Além disso, o dispositivo prevê que os Membros formularão e implementarão medidas e mecanismos positivos em favor da observância das disposições do Acordo por outras instituições além das instituições governamentais centrais. Há, portanto, uma distinção entre a obrigação para instituições governamentais centrais, que coincidem com os Membros e são, portanto, integralmente responsáveis pelo cumprimento do Acordo SPS, e a obrigação relacionada a outras instituições. Em relação a instituições que não as governamentais centrais, os Membros deverão adotar e implementar mecanismos efetivos para garantir o cumprimento do Acordo por parte destas instituições⁴⁴⁴.

Por fim, o Artigo 13 do Acordo SPS impõe obrigações aos Membros em relação a instituições não-governamentais. De forma similar aos mencionados dispositivos do Acordo TBT, o Artigo 13 do Acordo SPS exige que os Membros adotem medidas razoáveis a seu alcance para assegurar o cumprimento das principais disposições do Acordo por parte de instituições não-governamentais e regionais, bem como veda que os Membros adotem medidas que tenham o efeito direto ou indireto de obrigar ou encorajar essas instituições a agir de forma incompatível com essas disposições. O Artigo 13 do Acordo SPS estabelece, ainda, que os Membros garantirão que apenas se apoiem em serviços de instituições não-governamentais para a implementação de medidas SPS se estas cumprirem com as disposições do Acordo.

Como mencionado, os Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e do Artigo 13 do Acordo SPS Acordos TBT e SPS não foram ainda objeto de apreciação no sistema de solução de controvérsias da OMC, o que contribui para que a interpretação acerca do seu conteúdo permaneça imprecisa, tornando difícil determinar a extensão das obrigações positivas e negativas dos Membros da OMC para garantir o cumprimento das principais disposições dos Acordos por parte de instituições locais e não-governamentais. Não apenas o conteúdo dessas obrigações não é suficientemente claro, mas também há divergência por parte da literatura quanto à existência das obrigações quando não há interferência governamental na conduta privada.

Pode-se argumentar que, quando uma medida TBT ou SPS é atribuída a um Membro da OMC, este tem a obrigação de garantir o cumprimento das normas correspondentes e, em havendo violação, o Membro será plenamente responsabilizado, haja vista ter uma obrigação de resultado neste sentido. Esta atribuição ocorreria quando uma medida estivesse revestida de efeitos jurídicos no campo do direito público. Se a medida não pode ser atribuída a um

⁴⁴⁴*Ibidem*, p. 539-540.

Membro nestes termos, o Estado apenas teria uma obrigação de conduta de empreender esforços possíveis para assegurar o cumprimento das normas dos respectivos Acordos⁴⁴⁵.

Se uma medida pode ser atribuída a um Membro da OMC, não há dificuldades em reconhecer sua responsabilidade diante da falha em garantir que a medida esteja em conforme o Acordo TBT ou SPS. No entanto, quando esta atribuição não pode ser visualizada, ainda é questionável se pode haver responsabilidade do Membro, mesmo na forma de uma obrigação de conduta, pelas atividades de um ente atuando de maneira privada, sem apoio ou interferência do governo.

Neste caso, é possível identificar um tipo de obrigação de *due diligence*, conforme será melhor explorado adiante, dos Membros da OMC em relação a entes privados, que pode ser traduzida como a adoção de medidas razoáveis para garantir o cumprimento dos Acordos TBT e SPS por esses atores. Nesse contexto, os Membros da OMC seriam indiretamente responsáveis pelo comportamento privado, uma vez que, em certa medida, devem zelar para que atores privados respeitem as normas dos referidos Acordos⁴⁴⁶.

É importante distinguir esta obrigação, que gera a responsabilidade do Membro se este falhar em adotar tais medidas razoáveis, da obrigação de Membros oriunda da atribuição de uma conduta privada. No primeiro caso, a norma da OMC não exige que haja um envolvimento governamental na conduta privada para que esteja configurada a responsabilidade do Membro, desde que seja demonstrado que este não cumpriu sua obrigação de adotar medidas razoáveis a seu alcance para garantir a observância dos Acordos TBT e SPS por parte de atores privados. Já no segundo caso, o Membro será considerado responsável diante do envolvimento substancial na conduta privada, que torna a conduta, que está em violação de uma obrigação da OMC, como se fosse sua própria⁴⁴⁷.

Desse modo, as normas dos Acordos TBT e SPS que impõem obrigações de “melhores esforços” para os Membros para a observância dos Acordos por parte de instituições normalizadoras privadas não consistem em regras de atribuição. Estes dispositivos determinam uma obrigação distinta e em separado para que os Membros interfiram na atividade privada. Eventual responsabilidade do Membro, assim sendo, não decorre da conduta privada em si. Ainda que a conduta de uma instituição normalizadora privada possa ser atribuída ao Membro sob as regras gerais do direito internacional sobre responsabilidade

⁴⁴⁵VAN DER ZEE, Eva. *Op. Cit.*, p. 409.

⁴⁴⁶AMARAL, Manuela. *Op. Cit.*, p. 429-430.

⁴⁴⁷ In that sense: Bohanes and Sandford, above at 8, at p. 27-28; and Geraldo Vidigal. ‘Attribution in the WTO: the limits of “sufficient government involvement”’, *Journal of International Trade and Arbitration Law*, 2017, 6(Special Issue): 133-160, at 147.

do Estado, a responsabilidade do Membro, nos termos dos citados dispositivos dos Acordos TBT e SPS, ocorre apenas quando este falhar no seu dever de empregar as medidas razoáveis ao seu alcance para garantir a observância dos Acordos por parte dessas instituições⁴⁴⁸.

É possível concluir, ademais, que, enquanto se exige o envolvimento governamental suficiente para se atribuir uma conduta privada a um Membro e ensejar sua responsabilidade em face de violação de uma obrigação da OMC, isto não se aplica às situações em que há uma obrigação dos Membros de adotar medidas razoáveis para garantir que atores privados cumpram os dispositivos dos Acordos, em especial os Acordos TBT e SPS.

Enquanto a obrigação por atribuição existe em função de a conduta privada contar com uma interferência suficiente do governo, a obrigação disposta nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e Artigo 13 do Acordo SPS existe independentemente dessa interação da conduta privada com o governo. Tal obrigação existe por si só, e não em decorrência de a conduta privada contar com qualquer tipo de “apoio” do governo. Esta conclusão reforça, aliás, o objetivo dos Acordos TBT e SPS de evitar barreiras técnicas, sanitárias e fitossanitárias que restrinjam desnecessariamente o comércio internacional, o que implica a inclusão de todos os atores envolvidos neste processo.

Desse modo, nos citados dispositivos, há obrigações específicas dos Membros destinadas à regulação de atividades privadas relativas aos objetos dos Acordos, tanto na modalidade positiva (adotar medidas razoáveis ao seu alcance para garantir o cumprimento dos Acordos) quanto na negativa (não exigir nem encorajar condutas que violem os Acordos). Neste contexto, os Acordos não demandam um envolvimento do governo na conduta privada para o reconhecimento da responsabilidade do Estado, a qual se origina do descumprimento pelo Membro dessas obrigações positivas e negativas.

O fundamento para responsabilização dos Membros em caso de atribuição e de *due diligence* também é distinto. O principal objetivo da responsabilidade do Membro por atribuição da conduta privada é o de anticircunvenção, ou seja, o Membro não pode se eximir de suas obrigações internacionais por meio de delegação de seus poderes regulatórios (ou parte deles) a entes privados ou, ainda, interferir para que atores privados atuem de uma determinada forma. No caso da obrigação de *due diligence*, o objetivo de anticircunvenção é menos pronunciado, já que decorre do dever do Membro de disciplinar atividades privadas⁴⁴⁹.

Deve-se mencionar, ainda, que, caso tais obrigações dispostas nos Acordos TBT e SPS fossem interpretadas de maneira a se requerer um envolvimento suficiente do governo para

⁴⁴⁸ SEIBERT-FOHR, Anja; STOLL, Peter-Tobias; WOLFRUM, Rüdiger (Eds). *Op. Cit.*, p. 256.

⁴⁴⁹BOHANES, Jan; SADNFORD, Iain. *Op. Cit.*, p. 28.

gerar a responsabilidade do Membro, os citados dispositivos dos Acordos não teriam qualquer significado. Em havendo um envolvimento do governo em uma conduta privada, analisa-se se tal conduta pode ser atribuída ao governo, o que implicaria sua obrigação de resultado de que a medida seja compatível com os Acordos da OMC, sob pena de responsabilidade direta do Membro pela medida. Se essa participação não existe, ainda há uma obrigação dos Membros, na forma de “medidas razoáveis”, de garantir o cumprimento dos dispositivos dos Acordos TBT e SPS por parte de atores privados.

É importante destacar, portanto, que há, no arcabouço normativo da OMC, em especial nos Acordos TBT e SPS, obrigações específicas para os Membros, na modalidade de “melhores esforços” no sentido de garantir o cumprimento de seus dispositivos por parte de entes privados, dentre eles instituições normalizadoras privadas. Frisa-se novamente que eventual responsabilidade dos Membros oriunda dessas obrigações específicas não se confunde com a responsabilidade dos Membros por conduta privada a eles atribuída tendo em vista o envolvimento suficiente do governo nesta conduta.

Após distinguir as obrigações de “melhores esforços” previstas nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e no Artigo 13 do Acordo SPS de outros tipos de obrigações impostas por Acordos da OMC, a questão que agora se coloca é o conteúdo dessa obrigação, assim como de que forma tal conteúdo pode ser interpretado como uma obrigação de *due diligence*. Neste sentido, é importante se destacar o posicionamento do *Panel* na disputa *Canada – Provincial Liquor Boards(US)*.

O caso *Canada – Provincial Liquor Boards(US)* tratou do Artigo XXIV:12 do GATT, que exige que os Membros adotem medidas razoáveis ao seu alcance para garantir a observância das normas do Acordo por parte de governos locais e regionais e autoridades em seus territórios. Ao apreciar a controvérsia, o *Panel* entendeu que o Canadá havia falhado em cumprir sua obrigação, já que não havia demonstrado ter empreendido esforços sérios, persistentes e convincentes de garantir essa observância⁴⁵⁰.

Embora a disputa não tenha envolvido os dispositivos citados dos Acordos TBT e SPS, a extensão que foi conferida ao termo medidas razoáveis, mesma expressão utilizada nos referidos Acordos, pode ser aplicada às obrigações positivas direcionadas aos Membros, contidas nos Acordos TBT e SPS, no que se refere ao cumprimento de seus dispositivos por parte de instituições não-governamentais.

⁴⁵⁰*Canada – Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*, GATT Panel Report, DS17/R, 18 February 1992, BISD 39S/27, at 5.37.

Ainda que se coloque como parâmetro de medidas razoáveis o emprego de esforços sérios, persistentes e convincentes, nos termos do caso *Canada – Provincial Liquor Boards(US)*, isso não é suficiente para se definir quais medidas seriam razoáveis para adoção por Membros, em particular no contexto de standards privados. Para tanto, faz-se necessário que a verificação de medidas razoáveis seja efetuada na prática, a partir do caso concreto.

É fundamental, e constitui o cerne da pesquisa conduzida nesta tese, estabelecer um paralelo entre a obrigação de “melhores esforços” estabelecida nos Acordos TBT e SPS em relação a instituições não-governamentais e a obrigação de *due diligence*, abordada no primeiro subcapítulo do terceiro capítulo desta tese. Deve-se recordar que a obrigação de segundo grau, no contexto dos Acordos TBT e SPS, caracterizada pela terminologia de adoção de medidas razoáveis ao alcance do Membro, é uma obrigação de “melhores esforços”, conforme se extrai do histórico de negociação da aplicação do Acordo TBT a requisitos de rotulagem, standards voluntários e processos e métodos de produção não-relacionados a características de produtos.

Deve-se lembrar, ainda, que, segundo os diversos instrumentos internacionais tratados no primeiro subcapítulo, uma obrigação de *due diligence* consiste em uma obrigação de “melhores esforços”. Isso significa que a obrigação dirigida aos Membros de adotar medidas razoáveis a seu alcance para garantir que instituições não-governamentais em seu território cumpram as principais disposições dos Acordos TBT e SPS pode ser lida como uma obrigação de *due diligence*. Tal interpretação enseja repercussões práticas importantes, em especial porque auxilia a precisar o conteúdo desta obrigação no contexto de standards privados.

Em primeiro lugar, a categorização da obrigação relacionada às atividades de instituições não-governamentais como obrigação de *due diligence* ratifica o argumento de que tal obrigação existe para o Membro independentemente de envolvimento governamental na atuação privada. Isso porque a obrigação de *due diligence* alcança a atuação de governos para assegurar determinada conduta por entes privados sem pressupor a atribuição de tal conduta ao governo.

O Membro é responsável sob os Acordos TBT e SPS, portanto, se descumprir sua obrigação de *due diligence* de garantir a observância das principais disposições dos Acordos por instituições não-governamentais. A obrigação de *due diligence* é, nesse sentido, uma obrigação em separado, que não depende da atribuição da conduta privada ao Membro, e sim demanda um determinado comportamento do Membro em relação à atuação privada. A

responsabilidade do Membro, desse modo, não deriva do nexa entre medida governamental e conduta privada, e sim da obrigação de *due diligence* do Membro.

Além disso, como abordado no primeiro subcapítulo, a obrigação de *due diligence* é exemplo de obrigação de conduta, uma vez que impõe aos Estados que adotem todas as medidas necessárias e à sua disposição para prevenir danos. Em face de uma obrigação de conduta, os Estados não estão obrigados a garantir que o resultado que se almeja evitar não venha a ocorrer, o que significa, como citado, que apenas poderia responsabilizado internacionalmente se falhar em cumprir sua obrigação de conduta.

A obrigação de conduta, portanto, demanda que o governo adote todos os meios à sua disposição para atingir um determinado resultado; o governo será considerado responsável, no âmbito internacional, se descumprir tal obrigação de empreender todos os esforços necessários a seu alcance. Em contrapartida, a obrigação de resultado exige que o governo garanta, em todas as instâncias, que o resultado que se almeja evitar não se concretize; haverá responsabilidade internacional do governo, em princípio, se o resultado vier a ocorrer.

Em relação à obrigação dos Acordos TBT e SPS destinada aos Membros para garantir a observância das suas principais disposições por parte de instituições não-governamentais, considera-se que se traduz em uma obrigação de conduta. A terminologia de “medidas razoáveis ao alcance do Membro” denota uma maior flexibilidade da obrigação. Ademais, essa obrigação voltada à atuação de instituições não-governamentais é disposta em oposição a obrigações mais rígidas estabelecidas nos Acordos TBT e SPS direcionadas a instituições centrais de governo⁴⁵¹.

Outro argumento que pesa em favor de se enquadrar a obrigação dos Membros em relação a instituições não-governamentais como obrigação de conduta é o posicionamento do *Panel* na já citada disputa *Mexico – Telecoms*. O caso envolveu a interpretação sobre a obrigação, contida na Seção 1.1 do Livro de Referências em Telecomunicações, de os Membros manterem medidas apropriadas com o objetivo de evitar que grandes fornecedores, de forma isolada ou conjunta, deem início ou continuidade a práticas anticoncorrenciais.

O *Panel* enfatizou, no referido caso, que a obrigação de adoção de medidas apropriadas não pressupõe a necessidade de prevenir todos os casos de práticas anticoncorrenciais de grandes fornecedores. Uma vez que a obrigação de adoção de medidas apropriadas é, no contexto do Anexo sobre Telecomunicações, como já mencionado,

⁴⁵¹ Neste sentido, ver BOHANES, Jan; SANDFORD, Iain. *Op. Cit.*, p. 35-36.

intercambiável com a obrigação dos Acordos TBT e SPS de adoção de medidas razoáveis, o mesmo raciocínio se aplica.

Tais fatores constituem fortes indícios de que a obrigação dos Membros em relação às atividades de instituições não-governamentais é uma obrigação de conduta. A opção por esse tipo de obrigação cinge-se ao objetivo dos Acordos TBT e SPS de, embora não isentando o Membro de responsabilidade no contexto de atuação privada, flexibilizar o grau da obrigação do Membro nesse contexto, tendo em vista a menor capacidade de controle do governo sobre a esfera privada.

Deve-se atentar, no entanto, para o disposto no parágrafo 4 do Artigo 14 do Acordo TBT. O dispositivo estabelece que as disposições de solução de controvérsias enunciadas poderão ser invocadas nos casos em que um Membro considere que um outro Membro não obteve resultados satisfatórios sob os Artigos 3, 4, 7, 8 e 9 e seus interesses comerciais forem significativamente afetados. A este respeito, tais resultados deverão ser equivalentes aos que se preveria se a instituição em questão fosse um Membro; este é o parâmetro, portanto de resultados satisfatórios para fins de instauração de controvérsia por um Membro. Os Artigos 3, 4 e 8, deve-se recordar, são os que dispõem sobre a obrigação de “melhores esforços” dos Membros para garantir a observância do Acordo TBT por parte de instituições não-governamentais.

A leitura superficial do Artigo 14.4 do Acordo TBT pode levar à interpretação de que a obrigação imposta por esses dispositivos trata de uma obrigação de resultado, uma vez que parece requerer, para cumprimento da obrigação, a garantia de ocorrência de um resultado satisfatório por parte do Membro. O dispositivo, contudo, não condiciona o cumprimento da obrigação dos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT à ocorrência de resultado satisfatório, qual seja, a observância das principais disposições do Acordo por instituições não-governamentais.

O Artigo 14.4 do Acordo TBT apenas afirma que, se um Membro considerar que outro Membro não atingiu resultados satisfatórios na garantia dessa observância, acarretando impactos significativos em seus interesses comerciais, aquele pode recorrer ao sistema de solução de controvérsias. Este é apenas um requisito para instauração de uma controvérsia sobre esse fundamento, porém isso não significa que, em não havendo resultados satisfatórios, o Membro será automaticamente responsável em virtude de violação da obrigação disposta no Artigo 3, 4 ou do Acordo TBT. O Artigo 14.4 do Acordo TBT, portanto, não coloca tal obrigação como uma obrigação de resultado, o que aliás, seria incompatível com a previsão de uma obrigação de adoção de medidas razoáveis.

O paralelo entre a obrigação de “melhores esforços” prevista nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e no Artigo 13 do Acordo SPS permitiu que se fizesse uma análise relevante sobre a existência de uma obrigação específica destinada aos Membros para obter uma determinada conduta por parte de instituições não-governamentais; uma obrigação independente de vínculo entre uma medida governamental e uma conduta privada; e uma obrigação de conduta, cuja violação ocorre a partir do momento em que o Membro não emprega as medidas razoáveis a seu alcance para garantir a observância das principais disposições dos Acordos TBT e SPS por essas instituições.

Tal análise, entretanto, é insuficiente para que se possa determinar o comportamento ideal a ser adotado pelo Membro a fim de cumprimento dessa obrigação. Para se verificar a observância da obrigação de se adotar as medidas razoáveis a seu alcance, como se mencionou ao se abordar a obrigação de *due diligence*, é importante examinar o caso concreto e averiguar se, nas circunstâncias que envolvem o caso, o Membro empregou todos os meios à sua disposição para alcançar o resultado almejado pela obrigação.

Embora a análise do caso concreto seja essencial para investigar eventual descumprimento da obrigação de “melhores esforços” prevista nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e no Artigo 13 do Acordo SPS, é possível identificar medidas que promoveriam a observância dos Acordos por instituições normalizadoras privadas. É importante destacar que, em nível global, a atuação da OMC como fórum de discussão e negociação sobre as diretrizes aplicáveis a standards privados seria fundamental, em especial porque os Acordos TBT e SPS, contidos no arcabouço normativo da Organização, trazem uma regulamentação relevante sobre o tema.

Nesse cenário, a OMC promoveria um diálogo entre os diversos atores envolvidos na atividade de normalização a fim de se alcançar uma maior compreensão sobre os desafios e as oportunidades provenientes da implementação de standards privados, bem como incentivar as instituições normalizadoras privadas a exercer suas atividades de forma compatível com os Acordos TBT e SPS. A atuação dos Comitês pertinentes da OMC também contribuiria para a discussão acerca dos potenciais efeitos negativos de standards privados no comércio internacional⁴⁵². Além disso, contando com essas instâncias, a OMC poderia desempenhar um papel de metarregulação, no sentido de estabeleceria padrões mínimos a serem seguidos por instituições privadas na atividade de normalização⁴⁵³.

⁴⁵²SUN, Xinhua; THORSTENSEN, Vera; WEISSINGER, Reinhard. *Op. Cit.*, p. 5.

⁴⁵³MAVROIDIS, Petros C.; WOLFE, Robert. *Private Standards and the WTO: Reclusive No More*. EUI Working Paper RSCAS2016/17, p. 12.

Como abordado no segundo capítulo desta tese, ainda não houve um interesse geral dos Membros para retornar aos debates sobre os impactos e desafios dos standards privados, bem como sobre possíveis ações para se minimizar eventuais efeitos negativos desses standards, sobretudo para países em desenvolvimento. Diante disso, parece improvável que seja formado um consenso para uma discussão e propostas de regulamentação de standards privados nos termos citados⁴⁵⁴.

Em face dos obstáculos para a regulamentação de standards privados em nível multilateral, especificamente no âmbito da OMC, deve-se ressaltar a importância de iniciativas na esfera plurilateral.

Como mencionado, a cooperação internacional para evitar ou ao menos reduzir os eventuais impactos negativos dos standards privados, em especial para os países em desenvolvimento, seria ideal para promover um sistema regulatório mais coeso e efetivo. No entanto, como destacado nesta tese, não se pode negligenciar a existência de uma obrigação, direcionada aos Membros da OMC, de adotar medidas razoáveis ao seu alcance para garantir a observância das principais disposições dos Acordos TBT e SPS por parte de instituições normalizadoras privadas.

Os Membros são, portanto, instados a empregar meios à sua disposição para garantir que instituições normalizadoras privadas atuantes em seu território respeitem as normas basilares dos Acordos TBT e SPS, que envolvem, entre outras, a não-discriminação, a harmonização e o embasamento científico. Diante dessa obrigação, não cabe aos Membros isentar-se de qualquer responsabilidade sobre potenciais efeitos negativos oriundos da adoção de standards privados, sendo a eles imposto o emprego de mecanismos disponíveis e razoáveis para a concretização do objetivo precípua dos Acordos, a eliminação de barreiras técnicas, sanitárias e fitossanitárias injustificáveis ao comércio internacional.

⁴⁵⁴*Idem.*

5 CONCLUSÃO

A pergunta da pesquisa desenvolvida pela tese diz respeito à existência de uma obrigação dos Membros da OMC em relação a instituições responsáveis pela preparação e adoção de standards privados. A maior dificuldade para se reconhecer tal obrigação centra-se na aplicabilidade dos Acordos da OMC, em especial os Acordos TBT e SPS, a standards privados, que derivam de uma atividade eminentemente privada.

Antes de se debater sobre este ponto, a tese, em seu primeiro capítulo, debruçou-se sobre o tema da crescente regulamentação do comércio por atores privados e do fenômeno da proliferação de standards privados. Abordaram-se, de forma particular, os impactos negativos dos standards privados para o comércio, o que demanda seu disciplinamento em nível intergovernamental.

Além de outras iniciativas que procuram minimizar eventuais efeitos negativos e potencializar os efeitos positivos dos standards privados no comércio internacional, também mencionadas no primeiro capítulo da tese, a principal discussão sobre a regulamentação de standards privados cinge-se à aplicação dos Acordos TBT e SPS. Diante disso, o segundo capítulo da tese dedicou-se ao estudo da responsabilidade dos Membros da OMC em relação à conduta privada, com ênfase no GATT e nos Acordos TBT e SPS.

A responsabilidade do Membro pode se originar da violação de obrigação contida em Acordo da OMC ao incentivar ou requerer uma conduta privada incompatível com o Acordo; da violação de obrigação contida em Acordo da OMC por ente privado cuja conduta recebe um envolvimento governamental suficiente para gerar a sua atribuição ao Membro; e também da violação de obrigação específica contida em Acordo da OMC que impõe que os Membros ajam de uma maneira determinada em face de atores privados. O último caso está presente nos Artigos 3, 4 e 8 do Acordo TBT e no Artigo 13 do Acordo SPS.

Nesse contexto, esta tese defende que o Acordo TBT e o Acordo SPS, ao estabelecer obrigações positivas e negativas aos Membros para assegurar a observância de seus dispositivos por parte de instituições não-governamentais, aplicam-se a instituições normalizadoras privadas. Este posicionamento coaduna com o principal fundamento dos Acordos, de eliminação de barreiras técnicas e sanitárias e fitossanitárias ao comércio internacional; garante a inserção de todos os atores envolvidos no processo de normalização, em particular os entes privados, cuja participação tem-se tornado cada vez mais dominante neste tipo de atividade; e imprime coerência ao sistema multilateral de comércio no contexto de controle de barreiras regulatórias.

Quanto às obrigações negativas estabelecidas pelos Acordos, fica claro que aos Membros é vedado adotar medidas que tenham o efeito direto ou indireto de obrigar ou encorajar instituições não-governamentais a agir de forma incompatível com os Acordos. Já em relação às obrigações positivas, a linguagem empregada de “medidas razoáveis ao alcance dos Membros” permite ampla interpretação quanto ao significado da expressão.

O enquadramento da obrigação dos Membros de adotar medidas razoáveis a seu alcance para garantir o cumprimento das principais disposições dos Acordos TBT e SPS por parte de instituições não-governamentais como uma obrigação de *due diligence* permite que se amplie a compreensão acerca do conteúdo dessa obrigação. A obrigação dos Membros, em particular em relação a instituições normalizadoras privadas, é uma obrigação específica, que independe de envolvimento governamental suficiente com a conduta privada.

Tal obrigação demanda que os Membros empreguem todos os meios à sua disposição para evitar que instituições não-governamentais descumpram o disposto nos Acordos TBT e SPS. Desse modo, trata-se de uma obrigação de conduta, o que significa que se o Membro não adotar as medidas razoáveis a seu alcance para atingir essa finalidade, tal violação enseja sua responsabilidade.

Sendo um tipo de obrigação de *due diligence*, é difícil precisar *ex ante* o que se exige como conduta ideal do Membro nesse sentido. Diante disso, o comportamento esperado do Membro, com vistas a garantir a observância dos Acordos TBT e SPS por instituições não-governamentais, em particular instituições normalizadoras privadas, pode ser melhor aferido em face do caso concreto.

A importância desta tese reside, portanto, no reconhecimento de uma obrigação de *due diligence* dos Membros da OMC presente nos Acordos TBT e SPS. Tal obrigação insta os Membros a empreender os esforços possíveis e necessários para garantir o cumprimento dos Acordos por instituições não-governamentais, dentre elas as instituições normalizadoras privadas.

Desse modo, a tese demonstra que os standards privados são abrangidos pelo escopo de aplicação dos Acordos TBT e SPS. As obrigações impostas pelos referidos Acordos em relação a instituições normalizadoras privadas possuem um parâmetro de *due diligence*, são obrigações de conduta e independem de um nível determinado de envolvimento governamental na atuação privada.

Diante disso, não se sustenta a argumentação de alguns Membros de que os standards privados, por serem voluntários, bem como preparados e adotados por instituições privadas, estão fora de seu escopo de atuação. Atividades privadas podem ser objeto de regulamentação

por parte de autoridades governamentais e não há impedimento para que acordos internacionais prevejam obrigações para os contratantes com tal finalidade. A aplicação de acordos internacionais, tais como os Acordos TBT e SPS, a condutas privadas, ainda que indiretamente, proporciona uma maior efetividade para suas disposições, uma vez que engloba todos os atores cujas atividades podem ensejar barreiras injustificadas ao comércio internacional.

Nesse sentido, a obrigação de *due diligence*, presente também em alguns Acordos da OMC e de modo geral no direito internacional, como abordado na tese, impõe aos governos uma atuação positiva em relação a entes privados. Não se trata de uma obrigação irrazoável; considerando o espaço mais limitado de atuação dos governos para garantir um determinado resultado em face de uma atividade puramente privada, a obrigação relacionada a instituições normalizadoras privadas restringe-se à adoção de medidas razoáveis e ao alcance do governo em questão.

Portanto, o reconhecimento da aplicabilidade dos Acordos TBT e SPS a standards privados não se trata de uma ingerência indevida do direito internacional em atividades que se restringem à autonomia de entes privados. As atividades econômicas privadas, ainda que voltadas eminentemente ao lucro de seus empreendedores, não estão isentas de respeitar o interesse público e os valores da sociedade.

Além disso, sob o ponto de vista da sociedade internacional, é imprescindível que os acordos promovam um comércio internacional mais inclusivo e um maior desenvolvimento dos países. Nesse contexto, a existência de uma obrigação de *due diligence* dos Membros da OMC destinada à regulamentação de atividades de instituições normalizadoras privadas é um passo fundamental para a criação de um ambiente regulatório mais harmônico e abrangente.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. International State Responsibility for Acts of Non-State Actors: The Recent Standards Set by the International Court of Justice in Genocide and Why the WTO Appellate Body Should Not Embrace Them. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, Vol. 35: 1, 2007.

AMARAL, Manuela. Padrões Privados e a Atuação ou Omissão do Estado: Protecionismo Público-Privado? **Contexto Internacional (PUC)**, vol. 37, nº 2, maio/agosto 2015, 403-434.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Comércio internacional e a proteção do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2011.

ARIMA JÚNIOR, Mauro Kiithi. **Padrões privados no comércio internacional: desafios estruturais do sistema multilateral do comércio**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020.

ARCURI, Alessandra. Back to the Future: US – Tuna II and the New Environment-Trade Debate. **European Journal of Risk Regulation**, Vol. 3, Issue 2, June 2012, pp. 177-189.

ARCURI, Alessandra. The TBT Agreement and private standards. EPPS, Tracey; TREBILCOCK, Michael (Eds.) **Research Handbook on the WTO and Technical Barriers to Trade**, Edward Elgar Publishing, 2013, 485-524.

AVANT, D.; FINNEMORE, M.; SELL, S. (Eds.). **Who Governs the Globe?** Cambridge Studies in International Relations. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BAADE, Björnstjern. Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights. In: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 92-108, 2020.

BANNELIER, Karine. Le standard de due diligence et la cyber-sécurité. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 67-92, 2018.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen; BONNOMI, Natália Paulino. Segurança alimentar e Organização Mundial do Comércio: análise crítica do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFG**, v. 41, p. 196-218, 2017.

BEGHIN, John C.; MAERTENS, Miet; SWINNEN, Johan. Non-Tariff Measures and Standards in Trade and Global Value Chains. **Bioeconomics Working Paper Series**, Working Paper 2015/02.

BERSTEIN, Steven; HANNAH, Erin. Non-state global standard setting and the WTO: legitimacy and the need for regulatory space. **Journal of International Economic Law**, 11(3), 575-608, 2008.

BOHANES, Jan; SANDFORD, Iain. The (untapped) potential of WTO rules to discipline private trade-restrictive conduct. **Society of International Economic Law**, Online Proceedings, Working Paper n° 56/08, Inaugural Conference, Geneva, July 15-17, 2008.

BONNOMI, Natália Paulino. O princípio da precaução no comércio internacional: confronto entre a proteção ambiental e o livre comércio. In: Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza; Francisco Antônio de Barros e Silva Neto; Paul Hugo Weberbauer. (Org.). **Integração regional, globalização e direito internacional**. 1ed. Recife: UFPE, 2019, v. 2, p. 105-128.

BONNOMI, Natália Paulino. Tutela ambiental e seus reflexos no Direito Internacional. **Revista de Direito Ambiental**, ano 24, vol. 93. Jan.-mar./2019.

BONNOMI, Natália Paulino. Responsabilidade social corporativa e investimento estrangeiro: lições do TPP, CETA e ACFI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 128, nov./dez. 2021.

BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BÜTHER, Tim. Private Regulation in the Global Economy: a (P)Review. **Business and Politics**, Special Issue: Private Regulation in the Global Economy, vol. 12, issue 3, October 2010.

BÜTHER, Tim; MATTLI, Walter. **The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy**. Princeton University Press, 2011, Edição Kobo.

CAFAGGI, Fabrizio. New Foundations of Transnational Private Regulation. **Journal of Law and Society**, volume 38, number 1, pp. 20-49, march 2011.

CARACCILOLO, Ida. Due diligence et droit de la mer. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 163-185, 2018.

CASSELLA, Sarah. Les travaux de la Commission du Droit International sur la Responsabilité Internationale et le standard de *due diligence*. In: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, pp. 11-24, 2018.

CORVAGLIA, Maria Anna. Public Procurement and Private Standards: Ensuring Sustainability under the WTO Agreement on Government Procurement. **Journal of International Economic Law**, 19, p. 607-627, 2016.

COSTA, Cynara de Barros. **A verdadeira Lex Mercatoria: o direito além do Estado – Um estudo sobre as antigas e novas teorias da Lex Mercatoria**. Dissertação (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2011.

CRAWFORD, James. **State responsibility: The General Part**. Cambridge University Press, 2013.

FEIHLE, Prisca; PHILIPP, Helmut. Due Diligence in the History of the Codification of the Law of State Responsibility. *In*: KREUZER, Leonhard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 42-58, 2020.

FELBERMAYR, Gabriel; KINZIUS, Luisa; YALCIN, Erdal. **Hidden Protectionism: Non-Tariff Barriers and Implications for International Trade - Study on Behalf of the Bertelsmann Foundation**. IFO Institute, 2017.

FERRAZ, Lucas P. do C.; MONASTERIO, Pedro; RIBEIRO, Marcelo. On the Effects of Non-Tariff Measures on Brazilian Exports. **Revista Brasileira de Economia**, 71(3), 301–320, jul./set. 2017.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. The “second road”: State responsibility and the emergence of the distinction between primary and secondary rules in the International Law Commission. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Volume XV, Número 1, p. 84-115, 2020.

GARCIA, Márcio P. P. Responsabilidade internacional do Estado: atuação da CDI. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, nº 162, 273-286, abr./jun. 2004.

GRUSZCZYNSKI, Lukasz. The Role of Science in Risk Regulation under the SPS Agreement. **EUI Law Working Paper**, nº 2006/03, February 2006.

GRUSZCZYNSKI, Lukasz. The SPS Agreement within the Framework of WTO Law: The Rough Guide to the Agreement’s Applicability. **European University Institute**, October, 2008.

HACHEZ, Nicolas; MARX, Axel; WOUTERS, Jan. Private standards, global governance and international trade: the case of global food safety governance. *In*: MAERTENS, Miet; MARX, Axel; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan (Eds). **Private Standards and Global Governance: Economic, Legal and Political Perspectives**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.

HENSON, Spencer; HUMPHREY, John. The Impacts of Private Food Safety Standards on the Food Chain and on Public Standard-Setting Processes. **Paper prepared for FAO/WHO**, 2009.

HENSON, Stephen; HUMPHREY, John. Private standards in global agri-food chains. *In*: MAERTENS, Miet; MARX, Axel; SWINNEN, Johan; WOUTERS, Jan (Eds). **Private Standards and Global Governance: Economic, Legal and Political Perspectives**. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.

HERMAN, Lawrence L. **The New Multilateralism: The Shift to Private Global Regulation**. C.D. Howe Institute, Commentary 360, August 2012, Trade and International Policy.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Summaries of the Work of the International Law Commission on State responsibility**. Available in: https://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.shtml.

INTERNATIONAL TRADE CENTRE. **When do private standards work?** Literature Review Series on the Impacts of Private Standards, Part. IV, 2012.

KOTZIAS, Fernanda; THORSTENSEN, Vera. Barreiras regulatórias: um novo desafio para a governança da OMC. **Política Externa (USP)**, v. 24, p. 81-92, 2015.

KRAJEWSKI, Markus. Due diligence in international trade law. *In*: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 312-328, 2020.

KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. Due diligence in the International Legal Order. *In*: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 1-19, 2020.

KRIEGER, Heike; PETERS, Anne. Due diligence in the International Legal Order. *In*: KREUZER, Leonard; KRIEGER, Heike; PETERS, Anne (Eds.). **Due diligence in the international legal order**. Oxford University Press, p. 351-390, 2020.

KU, Charlotte. **International Law, International Relations and Global Governance**. London and New York: Routledge, 2012.

KUEHN, Andreas; RUSSELL, Scott; SCHAKELFORD, Scott J. Unpacking the International Law on Cybersecurity Due Diligence: Lessons from the Public and Private Sectors. **Chicago Journal of International Law**, Vol. 17, n° 1, Article 1.

KULESZA, Joanna. **Due diligence in international law**. Serie: Queen Mary studies in international law: volume 26. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2016.

KUDRYAVTSEV, Arkady. Private Standardization and International Trade in Goods: Any WTO Law Implications for Domestic Regulation? **Society of International Economic Law, Third Biennial Global Conference**, July 12 - 14, 2012, National University Of Singapore, Nus Faculty Of Law, Centre For International Law, Online Proceedings, Working Paper No. 2012/02.

KUDRYAVTSEV, Arkady. **Private-Sector Standards as Technical Barriers in International Trade in Goods: In Search of WTO Disciplines**. Wolf Publishers, 2015.

LIU, Pascal. Private standards in international trade: issues and opportunities. **Workshop on Environment-Related Private Standards, Certification and Labelling Requirements**, Switzerland, July 9, 2009.

MAIDANA-ELETTI, Mariela. International food standards and WTO Law. **Deakin Law Review**, Vol. 19, n° 2, 2014.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Les obligations de diligence dans la pratique: la protection de l'environnement. *In*: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 145-162, 2018.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; RICHARD, Vanessa. The International Court of Justice's Judgement of 20 April 2010 in the Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) case. *In: ALMEIDA, Paula; SOREL, Jean-Marc. Latin America and the International Court of Justice*, Routledge, 2017.

MARCEAU, Gabrielle. Evolutive Interpretation by the WTO Adjudicator. *Journal of International Economic Law*, 21, 791-813, 2018.

MARCEAU, Gabrielle; TRACHTMAN, Joel P. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. *Journal of World Trade* 48, n° 2, 2014, 351–432.

MARX, Axel; WOUTERS, Jan. Competition and Cooperation in the Market of Voluntary Sustainability Standards. *UNFSS Discussion Papers*, n. 3.

MAVROIDIS, Petros C.; WOLFE, Robert. Private Standards and the WTO: Reclusive No More. *EUI Working Paper RSCAS2016/17*.

MBENGUE, Makane Moïse. Private Standards and WTO Law. *BioRes Trade and Environment Review*, 2011, vol. 5, n° 1.

MCDANIELS, Devin; WIJKSTRÖM, Erik. International standards and the WTO TBT Agreement: improving governance for regulatory alignment. World Trade Organization – Economic Research and Statistics Division, *Staff Working Paper ERSD-2013-06*.

MELIADO, Fabrizio. Private Standards, Trade, and Sustainable Development: Policy Options for Collective Action. *ICTSD – International Centre for Trade and Sustainable Development*, August 2017.

MOREIRA, Maria Alice Del Ponte Camiña; MOTA, Catherine Rebouças; THORSTENSEN, Vera Helena. *Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade – A controvérsia em torno do conceito das NVS – v. 3*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2019.

MOTA, Catherine Rebouças; THORSTENSEN, Vera Helena. *Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade – NVS e as exportações brasileiras: Mercados da União Europeia, Estados Unidos e China – v. 2*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018.

NANTEUIL, Arnaud de. Due diligence et investissements étrangers. *In: Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*. Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 93-106, 2018.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Private standard schemes and developing country access to global value chains: challenges and opportunities emerging from four case studies*. AGR/CA/APM(2006)20/FINAL.

PENG, Shin-yi. “Private” Cybersecurity Standards? Cyberspace Governance, Multistakeholderism, and the (Ir)relevance of the TBT Regime, **Cornell International Law Journal**, Vol. 51, n° 2, Article 4, 445-469, 2018.

PERRATON, Jonathan; WELLS, Peter. Multi-level Governance and Economic Policy. *In*: BACHE, Ian; FLINDERS, Matthew (Eds.). **Multi-level Governance**. Oxford University Press, p. 179-194, 2004.

PISILLO MAZZESCHI, Riccardo. Le chemin étrange de la due diligence: d’un concept mystérieux à um concept surévalué. *In*: **Le standard de due diligence et la responsabilité internationale**. Société Française pour le Droit International, Journée d’études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 225-239, 2018.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Comércio internacional e protecionismo: as barreiras técnicas na OMC**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

PRÉVOST, Denise. Private Sector Food-Safety Standards and the SPS Agreement: Challenges and Possibilities, **33 South African Yearbook of International Law** 1, 2008.

SANDS, Philippe. **Principles of International Environmental Law**. Cambridge University Press, 2003.

SCOTT, Joanne. **The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures – A Commentary**. Oxford University Press, 2007.

SEIBERT-FOHR, Anja; STOLL, Peter-Tobias; WOLFRUM, Rüdiger (Eds). **Max Planck Commentaries on World Trade Law – Volume 3 – WTO-Technical Barriers and SPS Measures**. Leiden/Boston, 2007.

SMITH, Garry. Interaction of Public and Private Standards in the Food Chain, **OECD Food, Agriculture and Fisheries Working Papers**, n° 15, OECD Publishing, 2009.

STOLL, Peter-Tobias; SEIBERT-FOHR, Anja; WOLFRUM, Rüdiger (Eds). **WTO – Technical Barriers and SPS Measures**. Leiden, Boston: Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 3, 2007.

SUN, Xinhua; THORSTENSEN, Vera; WEISSINGER, Reinhard. Private Standards—Implications for Trade, Development, and Governance. **The E15 Initiative: Strengthening the Global Trade and Investment System for Sustainable Development**. September 2015.

THORSTENSEN, Vera Helena; VIEIRA, Andreia Costa. **Regulatory Barriers to Trade: TBT, SPS and Sustainability Standards**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2016.

THORSTENSEN, Vera; VIEIRA, Andreia Costa. **Private Standards or Market Standards: in search for legitimacy and accountability in the international trading system**, 2015, p. 11. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16370/Private%20Standards%20or%20Market%20Standards_%20in%20search%20for%20legitimacy%20in%20the%20International%20Trading%20System.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT AND THE WORLD BANK. **The Unseen Impact of Non-Tariff Measures: Insights from a new database.** Geneva, 2018.

VAN DEN BOSSCHE, Peter; ZDOUC, Werner. **The Law and Policy of the World Trade Organization: text, cases and materials.** Cambridge University Press, 2017.

VAN DER ZEE, Eva. Disciplining Private Standards Under the SPS and TBT Agreement: A Plea for Market-State Procedural Guidelines'. **Journal of World Trade**, 52, n° 3, 2018, pp. 393–414.

VENTURINI, Gabriella. Le obligation de diligence dans les droit international humanitaire. *In: Le standard de due diligence et la responsabilité internationale.* Société Française pour le Droit International, Journée d'études franco-italienne du Mans, Editions A. Pedone, p. 135-144, 2018.

VIDIGAL, Geraldo. Attribution in the WTO: the limits of “sufficient government involvement”. **Journal of International Trade and Arbitration Law**, 2017, 6 (Special Issue), 133-160.

WLOSTOWSKI, Tomasz. Selected Observations on Regulations of Private Standards by the WTO. **XXX Polish Yearbook of International Law**, p. 205-233, 2010.

WOLFF, Christiane. Private Standards and the WTO Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. Conference OIE 2008.

WTO SECRETARIAT. **Negotiating History of the Coverage of the Agreement on Technical Barriers to Trade with regard to Labeling Requirements, Voluntary Standards, and Processes and Production Methods Unrelated to Product Characteristics**, WT/CTE/W/10 (29 August, 1995).

YOTOVA, Rumiana. The principles of due diligence and prevention in international environmental law – case and comment. **Cambridge Law Journal**, 75(3), p. 445–477, November 2016.

ZEDALIS, Rex J. When do the activities of private parties trigger WTO rules? **Journal of International Economic Law** 10(2), 2007, 335–362.