

O Art. XXI do Acordo Geral da OMC

Denis Borges Barbosa (1994)

PRINCÍPIOS GERAIS	2
<i>Limites de aplicação</i>	2
A SEGURANÇA NACIONAL E A OMC	4
<i>A interpretação do Art. XXI</i>	4
<i>Segurança Nacional</i>	5
<i>Segurança nacional e licença de importação</i>	6
<i>Segurança Nacional e importação na legislação estrangeira</i>	8
<i>A exceção de ordem pública</i>	8

Princípios gerais

Como o seu princípio geral, a OMC prevê que o único instrumento de controle do comércio internacional devam ser as tarifas alfandegárias ¹. O Art. III do Acordo Geral e os acordos da OMC vedam o uso de tributos internos ou quaisquer outras medidas que regulem o comércio internacional em favor da produção doméstica ².

Igualmente relevante é o Art. XI (1) do Acordo Geral e dos acordos da OMC, que, além de vedar a imposição de quotas de importação, proíbe o uso de qualquer outra limitação não tarifária, especialmente o licenciamento discricionário ou não automático das importações ³.

Com o conjunto de negociações multilaterais de 1979, denominado de Rodada Tóquio, incorporaram-se ao sistema GATT acordos específicos relativos às chamadas barreiras não tarifárias, abrangendo inclusive as licenças de importação. Estas foram objeto de instrumento específico, o Código de Procedimentos em Matéria de Licenças de Importação ⁴.

Com os acordos da OMC, o Código de 1979 foi substituído pelo Acordo sobre Licenças de Importação ⁵.

Limites de aplicação

Tais princípios sofrem, como se sabe, inúmeras limitações, dentre as quais as mais importantes são a exceção relativa à proteção da balança de pagamentos e o tratamento especial dos países em desenvolvimento, instituído por força da parte IV do Acordo Geral. Por força destas, foi o Brasil posto em resguardo de sanções específicas durante a maior parte da vigência do tratado.

¹ Steiner e Vagts, *Transnational Legal Problems*, Foundation Press, 1976, p. 1153: "Generally the Agreement attempts to make tariffs as much as possible the sole authorized protective device".

² (1) As partes contratantes reconhecem que as taxas e outras tributações, bem como as leis, regulamentos e prescrições que afetem a venda, a colocação à venda, a compra, o transporte, a distribuição ou a utilização de produtos no mercado interno (...) não deverão ser aplicadas aos produtos importados ou nacionais de modo a proteger a produção nacional. Segundo Carreau, Juillard e Flory, *Droit International Économique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, "(il) apparaît, dans le système du G.A.T.T., comme l'une des expressions du principe de non-discrimination". Já como nota Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Econômico*, 1993, "Esta cláusula pode vir a acarretar limitação à soberania dos estados".

³ (1) Nenhuma parte contratante instituirá ou manterá na importação de um produto originário do território de uma parte contratante para exportação ou para venda para exportação de um produto destinado ao território de uma outra parte contratante, proibições ou restrições que não direitos alfandegários que não direitos alfandegários, taxas ou outros tributos, senão a aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou de exportação ou de qualquer outro processo. Vide também o Art. XI (4), que se refere a tratamento não discriminatório entre produtos similares de origem nacional e origem estrangeira no tocante a leis, regulamentos e exigências relativos à venda, oferta, etc., no mercado interno. Segundo Carreau, etc., *op. cit.*, p. 266, "Le champ d'application de l'interdiction énoncée par l'article XI est large puisque celle-ci vise simultanément les restrictions à l'importation et les restrictions à l'exportation".

⁴ MTN/NMT/W/231/Rev.2

⁵ Doc. MTN/FA II-A1A-12.

Ocorre que, por ato voluntário, o Itamaraty notificou em 1991 ao GATT que não mais faria uso das exceções mencionadas no parágrafo anterior. Os motivos que levaram o Governo Brasileiro a tal ato seguramente fogem a qualquer análise jurídica.

A segurança nacional e a OMC

Cláusula essencial, para nossa consideração, é a constante do Art. XXI do Acordo Geral e dos acordos da OMC. Diz ela :

ARTIGO XXI

Exceções relativas à segurança

Nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada:

a) como impondo a uma Parte Contratante a obrigação de fornecer informações cuja divulgação seja, a seu critério, contrária aos interesses essenciais de sua segurança;

b) ou como impedindo uma parte contratante de tomar todas as medidas que achar necessárias à proteção dos interesses essenciais de sua segurança.

(i) relacionando-se à matérias desintegráveis ou às matérias primas que servem à sua fabricação;

(ii) relacionando-se ao tráfico de armas, munições e material de guerra e a todo o comércio de outros artigos e materiais destinados direta ou indiretamente a assegurar o abastecimento das forças armadas;

(iii) aplicadas em tempo de guerra ou em caso de grave tensão internacional;

c) ou como impedindo uma parte contratante de tomar medidas destinadas ao cumprimento de suas obrigações em virtude da Carta da Nações Unidas, a fim de manter a paz e a segurança internacionais.

Como se vê, é a alínea “b)” do artigo a que se deve voltar nossa atenção.

Das três hipóteses pertinentes, duas são relativas a tipos específicos de produtos: a concernente ao comércio internacional de material físsil e da matéria prima a ele necessária; e a armas, munições e material de guerra e outros artigos e materiais destinados direta ou indiretamente a assegurar o abastecimento das forças armadas.

A terceira hipótese não se vincula a qualquer tipo de produto, mas a situações excepcionais, especificamente a guerra ou grave tensão internacional.

A interpretação do Art. XXI

A implicação de tal artigo é evidente: representa ele uma exceção radical aos princípios da OMC, ainda mais incisiva quanto é de caráter unilateral ⁶.

⁶ Richard Sutherland Witt, The Politics of Procedure, in Law & Policy in International Business vol. 19, pg 616.

O alcance da norma vai muito mais do que a literalidade do texto. A intenção dos elaboradores do Acordo era clara neste sentido:

“some latitude must be granted for security as opposed to commercial purposes. (...) the spirit in which Members of the Organization would interpret these provisions are the only guarantee against abuse ⁷”

Inexiste qualquer regra substantiva de aplicação deste dispositivo ⁸. Apenas, segundo estipulação da reunião Ministerial de 1982, é necessário notificar ao GATT “da forma mais abrangente possível” a utilização desta exceção à Secretaria Geral do GATT ⁹. Tal estipulação - de caráter estritamente procedimental - não prevê, em especial, qualquer sanção em caso de uso regular da exceção de segurança nacional ¹⁰.

No entanto, como se verá a seguir, a prática do GATT confirma a regra de que a exceção merece uma interpretação ampla, que não se restringe ao material físsil ou bélico, nem se limita a eventos excepcionais de guerra ou grave crise internacional. Para todos os efeitos, o artigo vem sendo aplicado para atender ao interesse essencial de cada país com sua segurança nacional, tal como definido por sua decisão de Estado.

Segurança Nacional.

A noção de segurança nacional assume uma importância crucial neste passo. No campo do Direito Econômico Internacional, não se confunde de nenhuma forma defesa militar e segurança nacional; esta última noção abrange a capacitação industrial do País, em particular, mas não só, em segmentos de interesse da defesa militar ¹¹.

Notam os autores que a defesa nacional é apenas um componente da segurança nacional; nem se resume a matéria de segurança às informações reservadas de interesse de Estado ¹².

⁷ U.N. Doc. EPCT/A/SR.33 (1947), reproduzido no GATT Analytical Index Art. XXI-2 (1985).

⁸ Na reunião ministerial de 1983, como se lê em GATT, Basic Instruments and Selected Documents, 23-24 (Suplemento nº 29, 1983), propõe-se novo código de salvaguardas incluindo a norma de Segurança Nacional, que não foi adotado.

⁹ Decision concerning Article XXI of the General Agreement, cf. GATT Index 1985, Art. XX-7, referente à reunião de 30 de novembro de 1982.

¹⁰ Witt, op. cit., p. 617: "This requirement implies that some advance warning, or at least a minimum amount of information, should be supplied to the affected country. No chance is provided, however, to the party for an initial rebuttal of the national security charges, or the intervention of a mediating third party". "(...) the only true recourse left to an affected country is to use the GATT complaint procedures, including Art. XXIII (...)". No mesmo sentido, enfatizando o aspecto de "nulification and impairment" do citado Art. XXIII, J.Jackson e Davey, Legal Problems of International Economic Relations, West, 1986, p. 748.

¹¹ Vide P. Wanke e J. Morris, National Security and International Business, in Law & Policy in Internacional Business vol. 1, p. 77 (1969): "The phrase national security usually connotes military preparedness and defense. But the requirements of national security entail something more than adequate weapons, military forces, and even collective defense agreements. Genuine national security also requires political, economic, and social development, both at home and abroad".

¹² Phone Fibers, Fujitsu and the FCC: a National Light at the end of the Northeast Corridor, in Law & Policy in International Business, vol. 15, p. 652, (1983): " This approach suggests that national defense, as a concept, is but one specific component of national security. National defense deals primarily with military considerations, while national security involve any realm - for example, social, military, political, or economic - which could potentially impact upon the

Igualmente, a exceção de segurança nacional no âmbito das legislações nacionais pertinentes não tem se restrito ao produto ou item diretamente afetado pelo interesse estratégico; o tratamento especial atinge o setor industrial pertinente. Até a simples capacitação tecnológica de um setor tem sido considerada como relevante para a segurança nacional ¹³.

O alargamento de tal noção é particularmente notável no que tange à legislação americana relativa às licenças de importação por motivo de segurança nacional, como se verá a seguir ¹⁴.

Segurança nacional e licença de importação

O uso da exceção de segurança nacional parece perfeitamente assente no tocante às licenças de exportação. Com efeito, mecanismos unilaterais e multilaterais de controle tanto de armas e artefatos bélicos quanto de “itens de uso duplo” - leia-se, de interesse estratégico não necessariamente militar - são de emprego corrente na prática internacional ¹⁵

safety and well-being of the nation. More concretely, the movement of troops during wartime is national defense information, because it deals with the military defense of the nation. Such information is also national security information. By contrast, the identity of intelligence agents constitutes only national security information". O caso em análise era a adjudicação de uma concorrência ao segundo licitante, americano, quando o primeiro colocado, japonês, fora vetado por razões de segurança nacional.

¹³ Phone Fibers, op. cit., p. 660: " In the Northeast Corridor case, for example, the Commission found "not unreasonable" AT&T's argument that a strong national research industrial base , resulting from the selection of national sources for fiber optic systems, would strengthen the national defense".

¹⁴ Vale notar aqui que, não obstante voltar-se para um segmento que não coincide exatamente com o escopo do GATT original, a legislação americana relativa a investimento estrangeiro criou um mecanismo de intervenção do Governo Federal no caso de a operação de investimento ameaçar de alguma forma a segurança nacional. É a chamada "Exon-Florio Provision" do Omnibus Trade and Competition Act of 1988 (Sec. 5021, Pub.L. nº 100-418, 102 At. 1107, 1425-26. A noção de segurança nacional, neste caso, "should be interpreted without limitation to particular industries. The Report further advises that the relevant factors include, but are not limited to domestic production needed for projected defense requirements; industrial capacity and capability to meet national defense requirements; the availability of human resources, products, technology, materials and other supplies and services; and the control of the foreign ownership of domestic industries as it affects the ability of the United States to meet its internal security requirements". (Barry K. Robinson, Practical Comments on the Exon Florio Provisions and Proposed Regulations, in The Commerce Department Speaks 1990, vol. I, p. 184, citando o relatório do Congresso Americano quanto ao Omnibus Trade Act).

¹⁵ O autor preparou por solicitação do Itamaraty, em 1991, trabalho sobre a matéria, de circulação restrita, denominado "O Acesso do Brasil, Bens e Serviços de Tecnologia Avançada". Sobre o mesmo tema, publicou O Avanço do Feudalismo Informacional (Jornal do Brasil, Idéias, 14/7/91) e Restrições Legais ao Acesso do Brasil a Bens e Serviços de Tecnologia Avançada (in Anais do IV Seminário Internacional da Federação Brasileira de Associações de Engenheiros, Rio de Janeiro 1992) Sobre a questão, vide: Coping with U.S. Export Controls 1991, PLI, um estudo de 1082 páginas quanto à prática americana e de outros países. Numa perspectiva mais acadêmica, veja-se Homer E.Moyer Jr. e Linda a. Mabry, Export Controls as Instruments of Foreign Policy, 15 Law & Pol'y Int'l Bus. 1 (1983); Christine Alexander, Preserving High Technology Secrets: National Security Controls on University Research and Teaching, 15 Law & Pol'y Int'l Bus. 173 (1983); James R. Atwood, The Export Administration Act and the Dresser Industries Case, 15 Law & Pol'y Int'l Bus. 1157 (1983); Daniel Marcus, Soviet Pipeline Sanctions, 15 Law & Pol'y Int'l Bus. 1163; Jerome J. Zaucha, The Soviet Pipeline Sanctions, 15 Law & Pol'y Int'l Bus. 1169; James Bierman, The 1983 Export Administration Act Legislation, 15 Law & Pol'y Int'l Bus. 1181; Homer O. Br, Export Controls on Nonmilitary Goods and Technology: Are we penalizing the Soviets or ourselves?, 21 Texas Int' Law Jour. 363; Harold Livine, Technology Transfer: Export Controls versus free Trade, 21 Texas Int' Law Jour. 373; Eric L. Hirschhorn e Joseph Tasker, Jr., Export Controls: toward a rational system for everyone except Toshiba, with all deliberate speed, 20 Law & Pol'y Int'l Bus. 369 (1989); Andrew P. Hurwitz, Failures in the interagency administration of national security export controls, 19 Law & Pol'y Int'l Bus. 537; Edward E. Groves, A brief History of the 1988 National Security Amendments, 20 Law & Pol'y Int'l Bus. 589 (1989). Amy L. Rothstein, 1988 Trade Act Amendments to the Export Administration Act: Streamlining National Security Export Controls in The Commerce Department Speaks 1990, PLI p. 663; Larry E. Christensen, The Export of Technical data, software and their

Não há registro de qualquer impugnação de tais mecanismos junto ao GATT que tenha sucedido, de forma a questionar o uso de embargos ou licenças de exportação por motivo de segurança nacional. Na verdade, pouquíssimas vezes o GATT apreciou demandas com base no Art. XXI do Acordo Geral ¹⁶.

Especialmente significativo, neste contexto, foi o episódio do embargo dos Estados Unidos contra a Nicarágua, no qual, perante o GATT, o embaixador americano afirmou, sem contradita, que a matéria de segurança nacional, tal como definida pela própria nação interessada, estava *ipso facto* excluída da consideração do Acordo ¹⁷.

As mesmas razões justificam a imposição de licenças de importação. O GATT tem aceito o emprego do Art. XXI como justificativa para barreiras à importação, mesmo no caso de produtos não vinculados à defesa militar *strictu sensu* ¹⁸.

Note-se que o Código da OMC relativo às licenças de importação contem dispositivo específico prevendo que no caso de segurança nacional, aplicam-se as regras do Art. XXI do Acordo Geral, e não as do Código ¹⁹

direct product in The Commerce Department Speaks 1990, PLI p. 717. Vide também National Academy of Sciences, Balancing the National Interest - U.S. National Security Export Control and Global Economic Competition 123 (1987).

¹⁶ Vale mencionar aqui os casos relativos às licenças de exportação. Em 1949, o governo da Checoslováquia argüiu a incompatibilidade dos controles de exportação americanos junto ao GATT (Summary Record of the Twenty Second Meeting, 1949; reproduzido no GATT Index 1985); o plenário acolheu a defesa americana, centrada inteiramente no Art. XXI do Acordo Geral, segundo registra a ata da sessão, "every country must be the judge in the last resort on questions relating to its own security. On the other hand, the Contracting Parties should be cautious not to take any steps which might have the effect of undermining the General Agreement". No mesmo ano, o Ceilão notificou a aplicação de medidas baseadas no mesmo dispositivo (GATT Index 1985, Art. XI-2). Em 1982, a Comunidade Européia utilizou-se do mesmo dispositivo para justificar o embargo à Argentina no caso das Ilhas Malvinas (Minutes of Meeting Held with William Rappard on 7 May 1982, GATT Doc. C/M/157, p. 10 (1982); a Comunidade referiu-se, no caso, ao seus "inherent rights, of which Article XXI of the General Agreement was a reflection". O caso mais famoso, no entanto, foi o do embargo americano à Nicarágua (GATT Activities, 1985, pg 47 (1986), cuja análise minuciosa se encontra em Witt, op. cit. Não houve condenação dos Estados Unidos no caso, apesar da oposição da Argentina, Áustria, Nigéria e Uruguai; vale dizer, o Brasil apoiou o uso do Art. XXI no caso (GATT Focus Newsletter n° 42, p. 4, novembro-dezembro de 1986).

¹⁷ Jackson e Davey, International Economic Relations, West, 2a. Ed., 1986, p. 916: "This time the United States explicitly took the position that its actions were imposed for national security reasons pursuant to Article XXI of GATT and, in the Reported words of the U.S. Ambassador to GATT, "The GATT is not an appropriate forum for debating political and security issues". According to the U.S. Ambassador, the United States sees no basis for GATT Contracting Parties to question, approve, or disapprove as to what's necessary to protect its national security interests". Reportedly, the U.S. position was supported by Australia, Canada and most European countries, as well as the EC, whose ambassador stated, "while we do not wish to pass judgment before the Council, it is not the role of GATT to resolve disputes in the field of national security".

¹⁸ Barry E. Carter, Cambridge University Press, International Economic Sanctions, 1988, p. 259. Segundo o autor, o uso da cláusula de segurança nacional pode perfeitamente justificar controle de importação. Vide também Howard N. Fenton, III, review in Law and Policy in International Business, vol. 20, n° 4, 1989; Cecil Hunt, Multilateral Cooperation in Export Controls - the Role of COCON, 14 U. Toledo L. Rev. 1285-89, 1983.

¹⁹ Em 1961, Gana notificou da aplicação de embargo contra Portugal, por razões genéricas de segurança nacional (GATT Doc. SR.19/12, p. 196 (1961). Em 1975, a Suécia invocou o artigo para justificar imposição de quotas sobre calçados (Doc. GATT L/4250/Add. 1 (1977), Doc. C/M/109, p. 9 (1975); o argumento sueco foi o seguinte: "the decrease in domestic production had become a threat to the planning of Sweden's economic defence in situations of emergency as an integral part of its security policy. This policy required the maintenance of a minimum domestic production capacity in vital industries". Não houve qualquer sanção imposta neste caso.

Segurança Nacional e importação na legislação estrangeira

O uso de licença de importação para garantia de interesses de segurança nacional é corrente nos Estados Unidos, sem que se registre questionamento no GATT sobre a matéria ²⁰.

Segundo a Seção 232 do livro 19, título 1862 do Código dos Estados Unidos, a requerimento de qualquer pessoa, ou *ex officio*, o Governo Federal pode impor proibição de importação (ou tomar outras medidas pertinentes ao caso) no caso de produtos cuja introdução no mercado interno possa influir negativamente na segurança nacional americana (vide anexo).

Notam os autores que o propósito do dispositivo legal é salvaguardar a segurança nacional, e não assegurar o bem estar econômico de uma empresa ou um setor industrial, a não ser que a saúde da empresa ou do setor possa afetar a segurança nacional.

Os eventos de aplicação da legislação tornam claro que a ação governamental não se restringe de forma alguma a produtos diretamente relativos à defesa militar ²¹. Com efeito, notam-se hipóteses de processos relativos a máquinas-ferramentas ²², rolímanos, petróleo ²³, máquinas de injeção plástica ²⁴.

Em um caso, no entanto, foi solicitado pelo próprio Governo Federal americano a imposição de licenças de importação de produtos de interesse nuclear. O pedido foi conhecido, mas julgou-se que, no mérito, havia suprimento adequado do produto .

Extremamente relevante, neste contexto, é a noção de segurança nacional específica do dispositivo em questão, que abrange não só a disponibilidade do produto para emprego imediato, mas a conveniência de manter e desenvolver um setor industrial essencial para a segurança nacional ²⁵.

A exceção de ordem pública

A par da norma de segurança nacional, o Acordo Geral e os acordos da OMC ainda determinam ser exceção às regras de livre fluxo de mercadorias as normas gerais de ordem

²⁰ No Código de 1979, a redação é a seguinte: " Art.1, 10: Por ce qui est des exceptions concernant la securité, les dispositions de l'Article XXI de l'Accord Général son applicables." Idêntica redação existe no tocante ao GATT 1994, Art. 1.10.

²¹ Hurley, op. cit., p. 764.

²² Segundo a publicação do GATT, Trade Policy Review 1989, p. 183, referente aos Estados Unidos, desde 1962 até 31 de dezembro daquele ano foram iniciados 19 processos sob a Seção 232, dos quais quatro, relativos a importação de petróleo, foram considerados precedentes, sendo aplicadas sanções em dois casos. Os demais casos são os referidos a seguir.

²³ Em julho de 1967, a Anti-Friction Bearing Manufacturers Association pediu proteção contra importação de concorrentes. Não foi deferida. Hurley, id. ead.

²⁴ Em dezembro de 1987 a National Energy Security Committe pediu proteção; o Secretário de Comércio confirmou o interesse do setor para a segurança nacional, mas opinou por medidas alternativas.

²⁵ Em janeiro de 1988, o Domestic Injection Molding Machinery Trade Group solicitou a aplicação de restrições contra produtos estrangeiros. Em setembro de 1989 o Secretário de Comércio opinou em contrário às sanções.

pública, “desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional”

É o que se lê de seu Art. XX:

Exceções gerais

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

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 parágrafo 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;

A exceção, nesta hipótese, não é incondicional, como no caso da segurança nacional. É necessário que se demonstre que as medidas pertinentes não constituem discriminação arbitrária ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições. Ou seja, que todos os países estrangeiros são tratados sem discriminação ou, havendo tal coisa, que a mesma é justificada.

É preciso também que a medida em questão não seja uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Ou seja, que a medida, ainda que tenha por efeito a restrição ao comércio, não se volte especificamente a tal fim.