

INEXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO XXI DO ACORDO GERAL NO ÂMBITO DA OMC. IMPORTAÇÃO DE LÍTIO

"[t]he General Agreement left to each contracting party the judgment as to what it considered to be necessary to protect its security interests. The contracting parties had no power to question that judgment." (Pronunciamento dos Estados Unidos no caso do embargo às Malvinas.

DOS FATOS.....	2
Os fatos técnicos.....	4
Dos fatos econômicos.....	5
Da monopolização do Mercado Mundial	5
Indústria nascente de um país em desenvolvimento	6
A CBL – a experiência brasileira.....	7
O Produto de interesse da Segurança Nacional	9
Da suficiência nacional de lítio como matéria de mobilização nos Estados Unidos.....	10
Da limitação de fonte.....	14
Do controle de exportações do lítio nos países da OECD	15
A história da proteção jurídica em face das suficiência nacional de lítio.....	16
O respaldo Constitucional	16
A tradição de proteção ao lítio na lei ordinária.....	16
A importante exposição de motivos de 1989.....	19
A norma de 1991	21
A exposição de motivos de 1994.....	21
A norma vigente	24
Regimes suplementares de anuência: ANVISA e DPF.....	26
A Exposição de Motivos do decreto de 1997	26
Da administração do regime	28
A noção constitucional de defesa nacional	28
Mobilização nacional - conceito.....	29
Mobilização industrial - conceito	30
O lítio como produto de segurança nacional	31
Os fatos e as regras da OMC	32
DA QUESTÃO INTERNACIONAL	33
<i>Da vedação</i>	33
<i>Da exceção de segurança</i>	33
A interpretação do Art. XXI	36
Segurança Nacional	36
Segurança nacional e material físsil.....	37
Segurança nacional e licença de importação.....	38
Segurança Nacional e indústrias de mobilização	41
<i>A motivação da arguição de segurança nacional</i>	42
A distinção de critérios entre o Art. XX e XXI do Acordo Geral.....	44
O caso da Nicarágua	46
A FASE PÓS-OMC	49
DO DIREITO RELEVANTE	50

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

A interpretação cautelosa do Artigo XXI	52
A visão realista	55
NOSSA CONCLUSÃO	56

Dos fatos

Nossa análise se volta especificamente quanto ao pedido de consultas feito pelos Estados Unidos quanto aos procedimentos de anuência prévia para importação de produtos relativos ao lítio ¹.

A questão em análise foi assim descrita em notícia publicada na Gazeta Mercantil de 18 de junho de 2004:

A delegação dos EUA na Organização Mundial de Comércio (OMC) apresentou à delegação brasileira um questionamento sobre o sistema de anuência prévia estabelecido pelo governo brasileiro quanto às importações de lítio e seus derivados, conforme publicado na Gazeta Mercantil de 6/5/04. Tal interpelação não consiste em um caso isolado, e atualmente essas pressões coincidem com a disposição demonstrada pelo governo de buscar uma autonomia tecnológica para o País nessa área, inclusive mantendo sigilo naquelas atividades para as quais não somos obrigados a informar, segundo dispõe acordo internacional. Logo, mostra-se conveniente fazer algumas reflexões sobre a questão, dado o seu caráter estratégico para o desenvolvimento tecnológico do Brasil.

O lítio desperta interesse pelas suas possibilidades de aplicação na produção de energia nuclear, mais especificamente na fusão nuclear controlada. Pesquisas nesse sentido há anos são conduzidas pelas nações desenvolvidas, principalmente EUA, França e Japão. Resumidamente, pode-se dizer que o lítio tem dois isótopos. Um deles é o lítio-7 (massa atômica 7, Li7), que contribui com 93% para a composição do lítio natural. O outro é o lítio-6 (massa atômica 6, Li6), que, embora responsável somente pelos 7% restantes, consiste no isótopo aproveitado na produção de energia nuclear. O lítio também é usado para acondicionar os trocadores iôni-

¹ Tal questão é agora suscitada em Carta dirigida pela parte americana às autoridades brasileiras, de 9/1/2207, cujos trechos relevantes se cita: "As you may know, on June 19, 2006, in the WTO Negotiating Group on Market Access, the United States tabled a request of Brazil concerning import restrictions for lithium carbonate and lithium hydroxide. We hope that you have taken the opportunity to review this request during the Doha Round's hiatus. In the week of January 22-25, 2007, we would like to meet with you to discuss the request. In order to facilitate a healthy discussion as well as information sharing, the U.S. has prepared several questions. Please take them into consideration in advance of that meeting".

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

cos do tratamento de água em reatores nucleares, conforme se verifica na usina de Angra.

O aproveitamento do mineral na área nuclear envolve uma particularidade: como o lítio se encontra muito diluído na natureza, ele precisa ser enriquecido por intermédio de rotas químicas que resultam na produção de seus derivados. Dessa forma, para aproveitar todas as potencialidades do produto, o País precisa dispor de unidades industriais capazes de realizar os processamentos químicos e que possam ser mobilizadas pela Nação visando à produção de Li6 para emprego na área nuclear com fins pacíficos. É o que ocorre no Brasil, onde há atualmente apenas uma empresa privada dedicada à prospecção, lavra e industrialização do espodumênio, que é um minério de lítio.

Hoje o lítio vem sendo industrializado na forma de hidróxido e carbonato. A partir desses dois compostos constrói-se uma vasta tecnologia química do lítio, que permite seu aproveitamento em processos como a eletrólise do alumínio e na fabricação de uma ampla gama de produtos como vidros, fibra de vidro, tubos de raios catódicos e cerâmica. Há de ressaltar que o carbonato de lítio tem aplicação também na agroquímica e na indústria farmacêutica, onde é utilizado na produção de medicamentos prescritos a pacientes afetados por psicose maníaco-depressiva, tratamento de doenças reumáticas, combate a uremia e até mesmo no controle da AIDS.

Outros importantes campos de aplicações são: cristais líquidos, baterias elétricas, ligas e graxas especiais. Recentemente, as pesquisas foram direcionadas para a tecnologia das células a combustíveis, na qual o Brasil já desponta como um dos países com estudos mais avançados. Essas células podem ser usadas para geração de energia elétrica e substituição dos derivados do petróleo, proporcionando significativos ganhos ambientais.

Hoje, a política brasileira para o setor é implementada por meio do Decreto n 2.413/97, que condiciona toda importação ou exportação de lítio e seus derivados à prévia autorização da Comissão Nacional de Energia Nuclear. A medida presidencial foi secundada pela Portaria n 279/97, da CNEN, que disciplinou a matéria, e pelo Decreto n 4.338/02. Embora essa exigência seja fundamental para garantir ao Brasil o tempo necessário ao desenvolvimento de tecnologia própria para viabilização do empreendimento industrial que resulte no enriquecimento do lítio, essa medida vem sendo alvo permanente de pressão por parte de empresas ligadas aos interesses de países do Primeiro Mundo.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Devido ao seu aspecto estratégico em todo o mundo, os produtores contaram com o apoio dos respectivos governos. Nos EUA, por exemplo, o Estado adquiriu dos fabricantes locais grandes quantidades de hidróxido de lítio para formar estoques estratégicos, o que viabilizou economicamente os empreendimentos empresariais. No caso brasileiro, o caráter estratégico do lítio é reforçado pelo impacto social da sua exploração industrial. A prospecção e a lavra do minério são feitas no Vale do Jequitinhonha, área geográfica de notória pobreza. Diante das múltiplas possibilidades de aplicação do lítio, da sua importância social e do fato de este ter ocorrência limitada, é aconselhável que o Brasil tenha uma política clara para o setor. E que essa política privilegie a pesquisa e o desenvolvimento de projetos destinados ao enriquecimento de lítio, o qual deve ser destinado à composição de um estoque estratégico para uso futuro. Alcídio Abrão - Ex-diretor da Diretoria de Materiais Nucleares do Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares (Ipen).

Com efeito, desde o Trade Review de 1996, o Brasil vem alegando motivos de segurança nacional para justificar as suas atuações no tocante à importação de lítio ².

Os fatos técnicos

Segundo o MME - DNPM, em dados de 2002, entre os países detentores de reservas de lítio destacam-se a Bolívia (com 50,3% das reservas mundiais), o Chile (com 27,9%) e os Estados Unidos (com 3,8%). As reservas brasileiras de lítio estão localizadas nos estados de Minas Gerais e Ceará. Minas Gerais possui reservas de espodumênio, ambligonita, lepidolita e petalita, nos municípios de Araçuai e Itinga (região do Vale do Rio Jequitinhonha). As reservas do Ceará são de ambligonita, no município de Solenópole, e de lepidolita, no município de Quixeramobim.

A produção mundial de lítio em 2002 (em óxido de lítio contido), excluída a produção dos Estados Unidos, foi de 15.402 toneladas, e os principais produtores foram: Chile (44,2%), Austrália (12,9%) e Rússia (12,9%). A produção brasileira, toda ela proveniente do Estado de Minas Gerais, representou 3,5% da produção mundial conhecida. Os Estados Unidos são os maiores produtores e consumidores de produtos derivados do lítio, porém não estão divulgadas suas estatísticas de produção e consumo.

² http://www.wto.org/english/tratop_e/tp47_e.htm

A Companhia Brasileira de Lítio-CBL lava pegmatitos (em mina subterrânea) nos municípios de Araçuaí e Itinga. O concentrado de lítio (espodumênio) produzido é transferido para a fábrica da CBL em Divisa Alegre (MG), onde é transformado em carbonato e hidróxido de lítio. Também nos municípios de Araçuaí e Itinga, a Arqueana de Minérios e Metais lava pegmatitos, produzindo, além de feldspato e quartzo, minerais de lítio.

Dos fatos econômicos

A matéria se colore de características especiais pelas seguintes razões:

- o lítio e seus derivados são itens de interesse estratégico, em particular por sua relevância para o setor nuclear;
- as jazidas do minério acham-se restritas a um número reduzido de localizações;
- o mercado do produto bruto e seus derivados é explorado por um pequeníssimo grupo de empresas transnacionais, em especial a Tanex e a Rockwood, sociedades americanas, em condições francamente duopolistas;
- a CBL é empresa brasileira de capital nacional, de pequeno porte, e em fase de estabilização.

A par destas condicionantes, vale notar que representantes de tais duopólios chegaram a cometer a CBL através de procedimentos judiciais, em sede de mandado de segurança, questionando a possibilidade jurídica da ação da CNEN. Pelo aguerrido de tais pleitos, assim como pela importância estratégica dos produtos pertinentes, podia-se antecipar que a dúvida quanto a compatibilidade entre a ação administrativa brasileira e as normas do GATT seria eventualmente suscitada.

Outra questão econômica relevante a ser considerada é o fato de que as reservas minerais brasileiras de lítio, no seu maior volume, estão localizadas em regiões muito carentes, com índice IDH dos mais baixos do país.

Da monopolização do Mercado Mundial

Com a informação obtida no fim de 2005 de que a empresa Rockwood Specialties Group Inc. incorporou a Chemetall voltamos a ter um duopólio norte americano no mercado ocidental internacional de compostos químicos de lítio :

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

- a) TANEX Corporation (incluindo SQM – Chile e Gwalia – Austrália).
- b) ROCKWOOD (incluindo Chemetall – Alemanha, Cyprus Foote – EUA, SCL – Chile).

Tais empresas detem mais de 80% das reservas mundiais do produto, configurando ao nível de unidades econômicas a situação de duopólio, que potencializa a oportunidade monopólica resultante da situação de fato mencionada.

Não só existe risco de abuso monopolista em tal situação, como notaram-se episódios em que infrações às leis de defesa da concorrência foram verificadas, reprimindo práticas das duopolistas .

No Brasil, a Foote e sua representante local, a Miracema, foram objeto de procedimento administrativo de dumping, por prática de preços abaixo dos praticados no mercado interno americano e em terceiros países.

Indústria nascente de um país em desenvolvimento

A CBL satisfaz o parâmetro da indústria nascente, viável, constituída para explorar uma vantagem comparativa economicamente evidente.

Com efeito, constituída para explorar em escala industrial jazidas próprias de espodumênio, a empresa é única de seu gênero no país, e opera sem condições especiais de subsídio fiscal ou crédito, nem reserva de mercado. O estabelecimento de concorrentes para produção no país não está restrito nem em norma legal nem em prática administrativa.

Nestas condições, consegue suprir o mercado nacional em condições compatíveis com a demanda existente, e praticar exportações. Apenas a necessidade de concluir suas pesquisas de valorização dos co-produtos minerais e químicos, a fim de afirmar seu mercado, e competir em igualdade de condições com o mercado internacional, podendo gerar retorno capaz de alargar sua linha de produção, incluindo outros derivados e subprodutos potenciais, fazem indispensável a proteção do Estado. O fim de tal ação preventiva é, motivadamente, coibir importações prejudiciais ao desenvolvimento industrial de

um setor de relevante interesse para a segurança nacional.

Esse motivo está presente nas considerações da parte americana, como se vê das discussões quanto ao licenciamento de importação, no âmbito do NAFTA, de derivados de zinco.

A CBL – a experiência brasileira

O lítio foi descoberto na região do Vale do Jequitinhonha (Araçuaí-Nordeste de Minas Gerais), na década de 1960, pelo empresário Khalil Afgouni, que obteve direito de pesquisa e lavra. Vinte anos depois (1986), após assinados acordos de transferência é que a Companhia Brasileira de Lítio foi instalada.

No período de vinte anos a CBL desenvolveu uma tecnologia própria para, a partir do espodumênio (mineral esverdeado do qual se retira o lítio), obter as transformações químicas dos compostos de lítio, carbonato e hidróxido de lítio, passando a integral o mercado mundial do produto, ainda que com percentual de cerca de 3%.

Até 1998, o processo de beneficiamento do minério era rudimentar e manual, com perdas altas e rendimento baixo, pois o mineral contido nas rochas era liberado manualmente. Em 1998 inaugurou-se o processamento mecânico para a concentração do espodumênio, encerrando o processo manual de catação. Estuda-se ainda a implantação de outras tecnologias como a de um processo de flotação que efetuará a separação criteriosa dos quatro principais minerais (espodumênio, feldspato, mica e quartzo).

Na planta química, o espodumênio concentrado passa por uma secagem e separação magnética para entrar em um forno de calcinação, após o que é moído e recebe ácido sulfúrico para o lítio ser completamente liberado. Em um segundo setor o mineral é purificado e concentrado. Nesta fase são produzidos produtos adjacentes como o silicato de alumínio (setor de plásticos e tintas), sulfato de sódio anidro, entre outros. Os co-produtos no processo de purificação do lítio é que, a longo prazo, está permitindo a redução dos custos e a maior competitividade nos preços praticados pela empresa.

Para a viabilização do desenvolvimento desta tecnologia, considerada estratégica, foi imprescindível o apoio do governo brasileiro mediante o controle de

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

importações efetuado pela CNEN de modo a direcionar o produto nacional para o mercado interno. Note-se que este apoio inclui – por força do regulamento presidencial - um compromisso da empresa com as condições de exploração da mina e trabalhadores, qualidade e preço do produto.

A CNEN efetua um controle efetivo sobre a CBL para aferir o desenvolvimento da tecnologia e produção do lítio no país. Acosta-se à presente petição um relatório de geólogos da CNEN que visitaram a mina em 2004, cujas principais conclusões reproduzimos a seguir:

- “O plano de lavra adotado, sublevel-sloping, é elaborado internamente e submetido à aprovação da empresa de consultoria. Recentes estudos geomecânicos (medições de convergência) permitiram aumento de produtividade, pois os vãos entre os pilares passaram de 59 para 62 m. A CBL investe muito em sondagens para a avaliação das reservas e orientação do plano de lavra, sendo hoje as reservas geológicas superiores às necessidades de 30 anos, mantido o atual volume de produção.” (fl. 04)
- “As reservas de minério na área são suficientes para atender a atual demanda da usina, por aproximadamente 30 anos.”
- “As técnicas de mineração utilizadas são exemplares, a mina conta com todos os requisitos de segurança e proteção aos trabalhadores.”
- “A CBL busca, através de pesquisa e desenvolvimento, melhorar seu desempenho e produtividade, tanto na mina como na usina, como pode ser constatado em relação à última visita de inspeção, realizada pela CNEN em dezembro de 1998.”
- “O moderno tratamento técnico empresarial que a CBL ministra aos seus empregados certamente é um fator multiplicador de desenvolvimento no Vale do Jequitinhonha e no norte de Minas Gerais.”
- “A demanda nacional de sais de lítio está sendo plenamente atendida por este empreendimento mineiro-industrial, tanto do ponto de vista da quantidade como de qualidade, prazos de entrega, etc. Aliás, a capacidade de produção nominal da usina não está sendo atingida devido a limitações da demanda.”

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

- “Do que foi visto, pode-se considerar que este empreendimento, sem dúvida, é de interesse social e estratégico, merecendo por isso a continuação do apoio da CNEN.”

- “Considerando-se que a Mina da Cachoeira:

- Não apresenta infiltração de água em profundidade, é “seca”;

- O mica-xisto é uma rocha muito competente, não exige escoramentos;

- A mina é ampla, permite o tráfego de caminhões no seu interior, com extensão atual de mais de 5 km;

- A profundidade atinge, atualmente, cerca de uma centena de metros;

Deve ser estudada, na ocasião oportuna, como uma das opções para o repositório nacional de rejeitos radioativos.”

Pelas conclusões acima resumidas vemos que a CBL é um empreendimento estratégico para o setor mineral e de defesa da nação com resultados qualitativos em termos de evolução de produto e atendimento do mercado nacional. Ademais, a empresa representa um desenvolvimento social importantíssimo para a região do noroeste de Minas Gerais.

A empresa opera sua mina na região de Barreiro, Município de Araçuaí e tem planta química de beneficiamento em Divisa Alegre (MG). O desenvolvimento social da região, conhecida como polígono das secas, é indiscutível em virtude das operações da empresa. A companhia mantém 300 (trezentos) empregos diretos que gera cerca de 1.200 empregos indiretos criados nos setores de educação, comércio, saúde e transporte

O Produto de interesse da Segurança Nacional

O lítio, metal de extrema leveza e alta reatividade eletroquímica, é tido como material de interesse nuclear, por suas qualidades específicas de importância estratégica. Em particular, o lítio metálico, derivado do cloreto de lítio, é elemento essencial dos procedimentos relativos à fusão nuclear; igualmente é utilizado nos detectores de nêutrons, na produção de trítio para as reações de

fusão e no controle do pH do circuito de refrigeração dos reatores de usinas, submarinos e navios de propulsão nuclear .

Já o hidróxido de lítio tem ampla utilização industrial, com especial ênfase no processo de purificação de ar em ambientes confinados, em especial em submarinos, naves espaciais, veículos e abrigos sob proteção radiológica, de guerra química ou biológica. Compostos intermetálicos do lítio, como o niobato de lítio (composto de dois metais raros, mas abundantes no Brasil) são integrantes essenciais na fabricação de cerâmicas de última geração, inclusive para sensores óticos utilizados em fins estratégicos.

O carbonato de lítio, a par de ser matéria prima necessária para a produção de hidróxido e dos demais sais de lítio, é utilizado, como sabido, como princípio ativo para um medicamento antidepressivo. Conhecido, igualmente, o uso de lítio na fabricação de componentes para computadores, especialmente em baterias para unidades de alta portabilidade e grande duração de interesse militar; em ligas com alumínio, por sua leveza característica (o mais leve de todos os metais) é material de alto interesse estratégico para a indústria aeronáutica e aeroespacial.

O uso civil do lítio se concentra na indústria do alumínio, de vidros e cerâmicas, e de lubrificantes. É importante ressaltar que a participação do lítio como matéria-prima nestes segmentos é ínfima.

A disponibilidade de jazidas brasileiras e a necessidade de desenvolvimento da tecnologia industrial relativa aos diferentes produtos do lítio tornam indispensável capacitar a indústria de transformação do mineral como um todo, viabilizando os setores de interesse estratégico direto através do fortalecimento do mercado como todo.

Da suficiência nacional de lítio como matéria de mobilização nos Estados Unidos

A absoluta relevância do lítio como material essencial para a mobilização nacional é plenamente configurada nos dois mais recentes relatórios do Departamento de Defesa dos Estados Unidos ao Congresso ³.

³ Annual Industrial Capabilities Report to Congress de 2005 e 2006, http://www.acq.osd.mil/ip/docs/annual_ind_cap_rpt_to_congress-2005.pdf e www.acq.osd.mil/ip/docs/annual_ind_cap_rpt_to_congress-2006.pdf. Os relatórios dos anos anteriores igualmente indicam a mesma decisão.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Em 2004, o Relatório apontava:

Overall manufacturing capacity—three domestic and four global sources—for silver zinc batteries is sufficient to meet current and near-term future needs. Other 30 technologies, such as liquid reserve lithium and lithium ion, which provide higher power and extend operating life in smaller and lighter packages, are being considered to replace silver zinc. To date these technologies have not been proven for missile applications. The MDA will use the findings of the study to craft acquisition strategies that capitalize on current technology advances and to develop future technology strategies to meet BMDS requirements.

Em 2005:

Advanced Materials: This technology area included titanium, aluminum, aluminum lithium, alumina oxide, silicon carbide, and High Energy Density Capacitors (HEDCs). Identified risk areas included producibility, capacity, foreign dependency, and financial viability. There were several issues requiring further analysis, including a funding issue for friction stir welding of titanium armor. This welding process will be used for aluminum and aluminum lithium armor applications. If aluminum lithium is a selected material for Future Combat System (FCS), there will be competition for this material between the FCS and the Joint Strike Fighter in the 2006 timeframe. There could be a silicon carbide production shortage for FCS requirements. Two years would be required to design and construct a new production facility. A foreign source is the current world leader in HEDC technology.

(...)

Power & Energy: This technology area included Future Force power and energy technologies, including hybrid electric propulsion (HEP), lithium ion batteries, and fuel cells. Risk areas include technology maturity, producibility, capacity, and financial viability. The HEP design configuration still is pending. There are capacity and financial issues with motor suppliers (dependent on the final HEP configuration). At this time, the domestic battery supplier lacks sufficient production capacity for FCS requirements. Prime vehicle producers are investigating commercial and foreign sources, which would have to be tested and qualified. Fuel cells are still in research and development or early prototype phase. Small scale military applications are still over 5 years away

(...)

Power Sources Industrial Base Assessment (April 2004). The need for electrical power is critical to many areas of military operations including man-portable and mounted electronics, space vehicles, aircraft, and missile systems. Over the past two years, the Air Force has conducted or

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

supported numerous industrial base assessments focused on power sources of various types. These assessments have looked at primary and secondary batteries of different chemistries, photovoltaics, and fuel cells.

As a result of these studies, a significant amount of information on the manufacturers, the market, and ongoing Research and Development investments is available. The Air Force conducted this assessment to capture and organize that information in a single document. The assessment characterized the manufacturing base for five different battery chemistries (nickel metal hydride, lithium ion, silver zinc, zinc air, and thermal), two types of photovoltaics (crystalline silicon and thin film), and the fledgling fuel cell “industry.”

There are a significant number of manufacturers (both domestic and foreign) involved in each product line or technology. Commercial market demand in several areas (e.g., Li-ion batteries for cell phones) is increasing significantly. Military requirements represent a small fraction of the total demand with the exception of thermal batteries which have limited non-military applications.

The power sources industry includes strong foreign competitors, large multinational firms addressing the commercial segment of the market, and small domestic niche manufacturers supporting the U.S. military. Many of these small manufacturers are rated as moderate or high financial risks due to declining sales, foreign competition, and limited investment in both R&D and infrastructure. Air Force and DoD decision makers will use this assessment to inform decisions allocating limited investment funds or system trade offs.

(...)

4.5 Defense Contract Management Agency (DCMA) Industrial Assessment of the Weapons Battery Industry (February 2004) DCMA assessed the financial and technical state of health of the manufacturers of thermal, reserve silver zinc, and lithium oxyhalide batteries that are used in guided weapons. The assessment concluded that the weapons battery industry has some weaknesses that may negatively impact guided weapons programs, within 2 years for thermal batteries and within 5 years for silver zinc batteries. The study recommended the Department develop an overarching strategy for the domestic battery industry consisting of twelve individual strategies: eight for OSD, two for the program offices, one for DCMA, and one for industry. The Department is considering the recommendations.

(...)

4.6 Defense Logistics Agency Capability Study of the Lithium Battery Industry (September 2004) Recent contingency operations have revealed increased demands for Lithium batteries and highlighted challenges in supporting the warfighter. DLA conducted this capability study

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

of the Lithium battery industry to evaluate its ability to produce BA-5590/5390 Lithium batteries to support the warfighter mission requirements during contingency operations and periods of surge and sustainment. The study resulted in a \$2.3 million warstopper funded investment to increase production capacity of a single vendor by 121 percent over the first 90 days of surge. The investment provided for prepositioning of critical materials and equipment. The adjusted rate of return over ten years is a 12.18:1 investment. Stated more simply, the Government would require \$27.8 million over ten years to obtain the same level of readiness that DLA obtained through this investment.

(...)

On-Going Projects - Thermal Batteries - This is the first project within the Title III High Performance Batteries & Fuel Cells Production Initiative. Military unique, high performance batteries are the only viable power source for many defense systems. The availability of these critical batteries enhances the performance of a wide variety of DoD systems.

This project addresses insufficient production capability for several high performance battery technologies. Critical materials and technologies represent gaps that must be filled before advanced defense systems can meet performance and production schedule goals. The objectives of the initiative are to establish, strengthen, and expand domestic sources for advanced battery and fuel cell components.

The DPA Title III Program is working with strategic domestic suppliers to mature large-scale production technologies for critical battery components. The project will provide domestic companies with incentives to scale up production and expand capacity. The project will support several potential battery technologies including: thermal, silver zinc, liquid reserve lithium, lithium ion, nickel metal hydride, and lead acid configurations. The first project underway in the initiative is addressing thermal battery production.

(...)

- Advanced Materials: This technology area included titanium, aluminum, aluminum lithium, alumina oxide, silicon carbide, and High Energy Density Capacitors (HEDCs). Identified risk areas included producibility, capacity, foreign dependency, and financial viability. There were several issues requiring further analysis, including a funding issue for friction stir welding of titanium armor. This welding process will be used for aluminum and aluminum lithium armor applications. If aluminum lithium is a selected material for Future Combat System (FCS), there will be competition for this material between the FCS and the Joint Strike Fighter in the 2006 timeframe. There could be a silicon carbide production shortage for FCS requirements. Two years would be required to de-

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

sign and construct a new production facility. A foreign source is the current world leader in HEDC technology

(...)

Power & Energy: This technology area included Future Force power and energy technologies, including hybrid electric propulsion (HEP), lithium ion batteries, and fuel cells. Risk areas include technology maturity, producibility, capacity, and financial viability. The HEP design configuration still is pending. There are capacity and financial issues with motor suppliers (dependent on the final HEP configuration). At this time, the domestic battery supplier lacks sufficient production capacity for FCS requirements. Prime vehicle producers are investigating commercial and foreign sources, which would have to be tested and qualified. Fuel cells are still in research and development or early prototype phase. Small scale military applications are still over 5 years away.

Em 2006, as recomendações do Departamento de defesa para a proteção da indústria nacional americana relativa a lítio ainda são mais veementes:

Lithium Ion Battery Production This project will establish a U.S.-owned domestic source of cathode materials using assured sources of precursor materials, strengthen the U.S.-owned domestic industrial base for prismatic lithium ion cells and batteries for spacecraft use, and establish U.S.-owned domestic sources for other base cell components and their precursors. Lithium ion (Li-Ion) rechargeable battery technology provides higher power for longer durations with lower weight and favorable space constraints when compared to nickel cadmium (NiCd) or nickel hydrogen (NiH) rechargeable batteries. The Li-Ion battery offers the highest energy/power package of the developed batteries today. This technology offers designers a weight saving option when compared to other battery types for overall weapon systems performance. Additional advantages include better recharging capability with no memory effect and increased temperature operating ranges.

Da limitação de fonte.

Tendo como variáveis as reservas mundiais espalhadas pelo mundo, a condição estratégica do lítio e as dificuldades para a exploração econômica viável das jazidas, observa-se um intenso apoio governamental para a implantação e manutenção da indústria desse mineral.

No Estados Unidos, a indústria do lítio prosperou tão somente após o

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

subsídio governamental, devido ao caráter estratégico. O governo americano, como principal comprador, acumulou durante muitos anos o hidróxido de lítio e garantiu o mercado local através de tarifas alfandegárias da ordem de 25%. O estoque de compostos de lítio foi autorizado para compor uma reserva de 50 anos, justificada pela confecção de combustível para reatores nucleares de energia limpa e a possibilidade de aplicação militar do minério.

Como relata o estudo pertinente do Departamento do Interior americano, à época ⁴:

STRATEGIC CONSIDERATIONS

The United States, currently the major world lithium producer is domestically self sufficient, as well as the leading exporting country. Domestic reserves are adequate to meet forecasted lithium demand at least through the end of this century. In the event of a national emergency, some of the export flow might be redirected to meet military and essential civilian demands.

There is currently no stockpile goal for lithium in the national Defense Stockpile. The General Services Administration reported year-end 1983 excess stocks were 15,390 pounds of virgin material and 39,979 tons of radioactive-isotope-depleted material that may contain 8 to 9 parts per million of mercury. This material, in the form of LiOH.H₂O, was excess from a nuclear weapons program. In the event of national emergency, these stocks could be used as an additional source of supply.

Do controle de exportações do lítio nos países da OECD

Tal fato evidencia a tendência para a criação de um monopólio de fato do produto e de seus derivados, assim como o significado estratégico do controle de sua comercialização. Tal controle é exercido, por exemplo, através da inclusão do lítio e seus sais na Lista de Produtos Controlados do Departamento de Comércio dos Estados Unidos e de outros países da OECD ⁵.

⁴ Bureau of Mines Bulletin 675, Mineral Facts and Problems, 1985 Edition, United States Department of the Interior.

⁵ Estão na lista de exportação controlada dos Estados Unidos, segundo <http://www.access.gpo.gov/bis/ear/txt/indexcl.txt>, os seguintes itens: Lithium metal, alloys, compounds, mixtures, products or devices, 1C233 Lithium isotope separation facilities, plant and equipment. 1B233 Lithium amalgam electrolysis cells 1B233.b.3 Lithium amalgam pumps. 1B233.b.2. Em particular, os minerais de lítio estão com a seguinte restrição: 1C233 Lithium enriched in the lithium-6 (6Li) isotope to greater than its natural isotopic abundance, and products or devices containing enriched lithium, as follows: elemental lithium, alloys, compounds, mixtures containing lithium, manufactures thereof, and waste or scrap of any of the foregoing. License Requirements Reason for Control: NP, AT Control(s) Country Chart. NP applies

Vale enfatizar que o controle de exportação americano se faz tanto por razões de constituir-se o lítio em matéria nuclear quanto por motivo de segurança nacional; mas em qualquer hipótese, a inclusão do produto na lista pertinente significa que é matéria não abundante na forma indicada, eis que existe um mecanismo de exclusão da lista no caso de existência de fontes alternativas abundantes .

A história da proteção jurídica em face das suficiência nacional de lítio

O respaldo Constitucional

Tais características - e, especialmente, o seu valor nuclear - o fazem objeto de proteção especial na legislação brasileira . A Constituição Federal em vigor, no artigo 177, inciso V, confirmou o monopólio detido pela União sobre

"a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a indústria e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados".

Em consonância com tal dispositivo, o artigo 21, XXIII da mesma Carta prescreve o regime de monopólio da União em relação ao comércio de minérios nucleares e seus derivados.

A tradição de proteção ao lítio na lei ordinária

A legislação ordinária recepcionada pela Carta de 1988 centrava-se na Lei 4.118 de 27 de agosto de 1962, alterada pela Lei 6.189, de 16 de dezembro de 1974 e pela Lei 6.571, de 30 de setembro de 1978. Tal lei configura o monopólio no seu artigo 1§, incisos I, II e III, nos mesmos termos da Constituição. No seu Art. 31, de outro lado, diz a lei:

entire entry NP Column 1 AT applies to entire entry AT Column 1 License Exceptions LVS: N/A GBS: N/A CIV: N/A List of Items Controlled Unit: Kilograms Related Controls: (1) See ECCNs 1E001 ("development" and "production") and 1E201 ("use") for technology for items controlled by this entry. (2) Facilities or plants specially designed or prepared for the separation of lithium isotopes are subject to the export licensing authority of the Nuclear Regulatory Commission (see 10 CFR part 110). Related Definitions: The natural isotopic abundance of lithium-6 is approximately 6.5 weight percent (7.5 atom percent). ECCN Controls: This entry does not control thermoluminescent dosimeters. Items: The list of items controlled is contained in the ECCN heading." Está também na lista de produtos estratégicos da Comunidade Européia publicada em março de 2006, segundo http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_131578.pdf e na lista da Nova Zelândia., segundo www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/Business-gateway/NZ-Strategic-Goods-List/0--pages/lastl.php.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

"As minas e jazidas de substâncias de interesse para a produção de energia atômica constituem reservas nacionais, consideradas essenciais para a segurança do País (...)

Já o Decreto 51.726, de 19 de fevereiro de 1963, que aprovou o regulamento para execução da lei 4.118, de 27 de agosto de 1962 diz o seguinte:

"Artigo 46. Para efeitos do presente regulamento, são considerados elementos nucleares o urânio, o tório, e, de interesse para a energia nuclear o lítio, berílio, zircônio e o nióbio.

Artigo 47. As minas e jazidas dos elementos mencionados no artigo 46 do presente regulamento constituem reservas nacionais, consideradas essenciais à segurança do País e são mantidas no domínio da União como bens imprescritíveis e inalienáveis."

Igualmente relevante o Art. 90 do mesmo Decreto:

"Artigo 90. Compete à CNEN, através de Resoluções, estabelecer as normas para o comércio interno e externo dos minérios de interesse para a energia nuclear e neles intervir, se assim julgar conveniente aos interesses nacionais."

A legislação superveniente confirmou tal competência da CNEN. Com efeito, no Art. 2o. da Lei 7.781 de 27 de junho de 1989, que deu nova redação à L6.189/74, estão expressas, no artigo 2§, as seguintes atribuições da autarquia:

"Artigo 2o. - Compete à CNEN:

VIII - estabelecer normas e conceder licenças e autorizações para o comércio interno e externo:

a) de minerais, minérios, materiais, equipamentos, projetos, e transferência de tecnologia de interesse para a energia nuclear; (...)

IX - expedir normas, licenças e autorizações relativas a: (...)

c) comercialização de material nuclear, minérios nucleares e concentrados que contenham elementos nucleares; (...)

XIII - especificar:

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

a) os elementos que devam ser considerados nucleares, além do urânio, tório e plutônio;

b) os elementos que devam ser considerados material fértil e material físsil especial ou de interesse para a energia nuclear;

c) os minérios que devam ser considerados nucleares;

XIV - fiscalizar: (...)

c) a produção e o comércio de materiais nucleares;"

O Art. 90 do regulamento da Lei 4.118/62 traz à tona a noção de "minerais de interesse para a energia nuclear", cuja definição é dada pelo Art. 76 do regulamento. Segundo tal norma, são de tal classificação exatamente os minerais mencionados no Art. 46, acima transcrito, dos quais interessa-nos o lítio.

Por sua vez a Resolução CNEN 3/65, de 30 de abril de 1965, da Comissão Nacional de Energia Nuclear dispôs da seguinte forma:

"Item 13 - São considerados de interesse para a energia nuclear os seguintes minerais e minérios:

a) - De Lítio: ambligonita, espodumênio, lipedolita e petalita;"

Desta maneira, tanto na extração como no comércio interno ou externo, a ação da CNEN em relação aos minérios de lítio se fez historicamente com base no interesse da segurança nacional.

O mesmo pode ocorrer com derivados do lítio, desde que resultantes do beneficiamento ou tratamento químico do minério. É o que diz o Art. 76, parágrafo único, do decreto:

"O beneficiamento, transporte e tratamento químico desses minerais e minérios poderão ser objeto de instruções especiais da CNEN."

Tais instruções seriam a seu tempo expedidas, com base inclusive na competência prevista no parágrafo único do artigo 1§ da Lei 4.118/62, pelo qual cabe ao Presidente da República o dever de orientar a Política Nacional de

Denis Borges Barbosa
Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)
Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)
Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)
Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Energia Nuclear.

Com efeito, o Presidente aprovou em 23 de dezembro de 1967 as "Diretrizes que definem a Política Nacional de Energia Nuclear", vigorantes a partir de 1o. de janeiro de 1968.

Lê-se em tal documento:

"As Diretrizes - Sendo como são, de caráter sigiloso - ULTRA SECRETO, delas tornaremos públicas, tão-somente as linhas gerais que definem nossa Política Nuclear..."

"Objetivos Imediatos

Intensificar a pesquisa mineral, a lavra, o beneficiamento, a industrialização de minerais e minérios nucleares.

Estimular a produção, no Brasil, de materiais e equipamentos destinados ao desenvolvimento nuclear, interessando nesse particular a iniciativa privada." (grifou-se)

"Responsabilidades

Ao Presidente da República cabe a orientação geral da Política Nacional de Energia Nuclear."

"Competência e Atribuições do MME:(...)

(5) através da Comissão Nacional de Energia Nuclear:

- interessar entidades privadas a cooperarem nos programas e projetos estabelecidos;

- fiscalizar e controlar todas as atividades pertinentes ao campo da energia nuclear;

A importante exposição de motivos de 1989

Em 5 de junho de 1989 recebeu aprovação presidencial uma Exposição de Motivos 20/89 da Secretaria de Assessoramento da Defesa Nacional - Saden, contendo as seguintes diretrizes para o desenvolvimento da produção nacional de lítio e seus derivados, no âmbito da Política Nacional de Energia Nuclear, que, por sua crucial importância, vale transcrição na íntegra:

Denis Borges Barbosa
Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)
Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)
Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)
Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Exposição de Motivos E.M. nº. 020/89, de 05/06/1989

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para tratar da produção brasileira de lítio e das importações do produto.

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, o lítio elemento metálico estratégico por suas aplicações na área nuclear e nas industriais aeroespacial e de transporte militar.

Na área nuclear, o lítio é utilizado na produção de detectores de nêutrons, na produção de trício para a reação de fusão e no controle de acidez da água de refrigeração de reatores.

Fora da área nuclear, tem larga aplicação em ligas que substituem o aço com economia de peso e energia (sob a forma de carbonato) e serve como matéria-prima básica para graxas lubrificantes de alto desempenho para motores aeronáuticos e transporte militar (sob a forma de hidróxido).

O mercado ocidental de carbonato de lítio, é dominado por somente duas empresas norte-americanas: a “Foote Mineral” e a “Lithium Corporation of America”, sendo que a primeira detém jazidas de salmoura no Chile, onde explora o produto em associação com uma entidade governamental daquele país.

O Brasil importa carbonato de lítio do Chile, que se prevalece de preferências autorizadas no âmbito da Associação Latino – americana de Integração (Sétimo Protocolo, Acordo nº. 3. ALADI, Decreto nº. 96.289, de 11 de Jul. 88).

Ocorre que a Companhia Brasileira de Lítio, empresa brasileira de capital nacional, está implementando no Vale do Jequitinhonha, um complexo industrial que, até fevereiro de 1990 produzirá 1000 t/ano de carbonato de lítio e 550 t/ano de hidróxido de lítio. A Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) por sua vez, vem desenvolvendo tecnologia autônoma para a obtenção de lítio metálico e suas ligas, bem como pesquisa na separação/enriquecimento de lítio – 6 e lítio – 7, com vistas à substituição de materiais presentemente importados e sujeitos a limitações de natureza política.

Como já foi mencionado anteriormente, o lítio é produto estratégico, de interesse do ponto de vista da segurança nacional. Nestes termos e tendo em vista a existência de empresa brasileira que ingressa no mercado e a dependência, até agora do Brasil em relação ao Chile e indiretamente, aos Estados Unidos da América, favorecidos por preferências tarifárias para a exportação do produto, julgo de toda conveniência sejam implementadas pela Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

(CACEX) e pela Comissão de Política Aduaneira (CPA) as seguintes medidas:

seja cancelada ou não seja prorrogada a preferência dada ao Chile, no âmbito da ALADI, para a exportação de Carbonato de Lítio para o Brasil;

sejam impostas novas tarifas aduaneiras para exportação de hidróxido de lítio, ouvida a CNEN; e

só seja autorizada a importação de minerais e de lítio mediante anuência prévia da CNEN, à semelhança do procedimento adotado para a exportação de derivados de lítio.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência os meus protestos de elevada estima e destina consideração.

Gen. Div RUBENS BAYAMÁ DENYS

Ministro de Estado Secretário-Geral da

Secretaria de Assessoramento da Defesa Nacional

É essencial enfatizar o trecho crucial dessa manifestação ministerial, aprovada pelo Presidente da República:

"c. só seja autorizada a importação de minerais e sais de lítio mediante anuência prévia da CNEN, à semelhança do procedimento adotado para a exportação de derivados de sais de lítio."

A competência para aplicar tal diretiva, como visto, era da CNEN.

A norma de 1991

A 13 de maio de 1991, foi expedida Portaria de no. 8 pelo então Diretor do Departamento de Comércio Exterior - Decex, determinando, em seu artigo 13, que as importações de minerais e de sais de lítio sejam sujeitas à anuência prévia da CNEN.

A exposição de motivos de 1994

Passando o quadriênio presidencial, uma vez mais se tornou indispensável renovar a manifestação de interesse nacional no regime do lítio. Assim o manifesta a seguinte exposição de Motivos, aprovada pelo Presidente da República:

Exposição de Motivos E.M. nº. 169/94, de 07/12/1994

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA

Exposição de Motivos

Nº. 169, de 7 de dezembro de 1994 (em conjunto com a Secretaria de Assuntos Estratégicos), Considerações relacionadas com as atribuições da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, no que diz respeito à produção, importação e comercialização do lítio e seus derivados. “Aprovo, face às informações, EM 9.12.94”.

E.M. Interministerial nº. 169/94 – MME/SAE

Brasília, 7 de dezembro de 1994

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência considerações relacionadas ao lítio e seus derivados, que são substâncias minerais de uso estratégico e de interesse nacional.

2. O lítio, devido às suas incomuns propriedades físicas e químicas, encontra inúmeras aplicações industriais e é usado em desenvolvimento de produtos com tecnologia de ponta, com alto valor econômico e estratégico. Desse importantíssimo fato decorre o interesse em sua exploração (por exemplo, o governo norte-americano mantém sob controle do Estado essa estratégica atividade).

A oferta internacional de lítio é praticamente dominada por um duopólio, que detém 80% do mercado mundial.

O Lítio tem larga aplicação nas áreas industrial, nuclear, aeroespacial e militar. Na área industrial, dentre as inúmeras aplicações, destaca-se seu uso na indústria de vidros especiais, cerâmicas, graxas, medicamentos, baterias especiais e produção de alumínio. Na área nuclear, dentre outras aplicações, o lítio é utilizado na produção de detectores de nêutrons, na produção de trício para as reações de fusão nuclear e no controle de acidez da água de refrigeração de reatores. Nas áreas aeroespacial e militar, sua aplicação é essencialmente importante na elaboração de ligas alternativas para o aço com larga vantagem de peso e resistência, e também na fabricação de lubrificantes de alto desempenho em motores.

Convém destacar que na área nuclear o lítio terá um papel importante a desempenhar como combustível para a fusão nuclear visando à produção de energia. Essa rota tecnológica deverá estar disponível no 1º quarto do próximo século e se transformará na principal fonte de demanda para o lítio.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

A atividade nuclear, pela importância estratégica para a soberania e o desenvolvimento tecnológico e econômico, é considerada pela Constituição de 1988 monopólio da União.

Em 1992, incentivada pelo Governo Federal, a Companhia Brasileira de Lítio (CBL) empresa brasileira de capital 100% nacional, iniciou a produção de 700 t/ano de carbonato de lítio, das quais são obtidas 500 t/ano de hidróxido de lítio, com qualidade de nível internacional. Com planta química em Águas Vermelhas, Minas Gerais (no Polígono das Secas), e exploração de jazidas em Araçuaí (Vale do Rio Jequitinhonha), uma das regiões mais pobres do País, a CBL investiu mais de US\$ 15 milhões de dólares em instalações, gerando cerca de 350 empregos diretos. É responsável também pela criação de vários empregos indiretos nas áreas de educação, saúde e transporte, tanto em Araçuaí como em Águas Vermelhas, contribuindo hoje com cerca de R\$ 1.000.000/ano em impostos para as comunidades locais, que encontram na indústria do lítio a sua principal fonte de recursos financeiros e de empregos diretos e indiretos.

A exploração pela CBL da Mina da Cachoeira, no Município de Araçuaí, promoveu forte impacto na engenharia de minas brasileira, pois contempla a adoção de todas as fases de um projeto de mineração, pela primeira vez em lavra de espodumênio em corpos pegmatíticos, ou seja: pesquisa geológica, projeto de mina, desenvolvimento de tecnologia para beneficiamento do minério, projeto para proteção ambiental, projeto de engenharia de implantação de mina e usina de beneficiamento. Com isto, este empreendimento, é um marco na engenharia de minas nacional que irá alavancar o aproveitamento nacional de bens minerais em pegmatitos.

A Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), por sua vez, tem projeto de desenvolvimento de tecnologia autônoma para a obtenção do lítio metálico e suas ligas e, assim como outro Instituto de pesquisa no País, desenvolve programa de separação isotópica do lítio⁶ e lítio⁷, com vistas à substituição de materiais importados e sujeitos a limitações de natureza política para seu fornecimento.

Conforme estabelecido no inciso I do § 1º do art. 171 da Carta Magna, devem ser concedidos às empresas brasileiras de capital nacional, definidas no inciso II do mesmo artigo, proteção e benefícios especiais temporários para o desenvolvimento de atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País. Por outro lado é compatível o sistema de anuência prévia utilizado atualmente pelo Governo Brasileiro, no tocante às importações de lítio e às regras do GATT, o que é garantido pela aplicação direta do art. XXI do Acordo Geral e do GATT 1994 e do art. 1º § 10 do Código de Procedimentos e Materiais de Licença de Importação de 1979, assim como do mesmo dispositivo de acordo sobre licenças do GATT de 1994.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Pelo que foi mencionado anteriormente e considerando ser o lítio produto de interesse estratégico nacional, é impositivo para o Brasil garantir a produção desse material em nosso território e, tendo em vista a necessidade de consolidar o empreendimento já realizado e estimular novos investimentos para o desenvolvimento do setor, julgamos de toda conveniência que, pelo prazo de 5 (cinco) anos, a contar da aprovação da presente Exposição de Motivos, seja a Comissão Nacional de Energia Nuclear instruída a tomar as seguintes medidas, no âmbito de sua competência, tal como disposto na Lei nº. 6.189, de 16 de dezembro de 1974; na Lei nº. 4.118, de 27 de agosto de 1962, bem como no art. 46 do Decreto nº. 51.726, de 16 de fevereiro de 1963;

autorizar as importações de minerais de lítio, produtos químicos orgânicos e inorgânicos à base de lítio, lítio metálico e ligas de lítio apenas na ausência de produto similar nacional, ou quando a produção nacional for insuficiente para atender à demanda interna; e

exigir das empresas nacionais envolvidas e das que venham a se envolver na produção dos materiais acima citados que assumam, nos prazos mínimos compatíveis às demandas do mercado nacional, compromissos de investimento, de desenvolvimento tecnológico e competitividade, requeridos pelo mercado nacional, bem como o suprimento preferencial a este mercado.

Respeitosamente,

DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ

Ministro de Estado, Interino, de Minas e Energia

MÁRIO CESAR FLORES

Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República

Não se precisa mais para evidenciar a continuidade do argumento de segurança nacional.

A norma vigente

O atual regime quanto ao lítio tem suporte regulamentar no Decreto nº 2.413, de 04.12.1997 ⁶ e na Portaria Nº 16, de 9/II/96 da CNEN. Diz o decreto presidencial:

6 Prorrogado até 2020 pelo Decreto nº. 4.338, de 19.08.2002 e, em seguida, pelo Decreto nº. 5.473, de 21.06.2005.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Dispõe sobre as atribuições da Comissão Nacional de Energia Nuclear nas atividades de industrialização, importação e exportação de minerais e minérios de lítio e seus derivados.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº. 4.118, de 27 de agosto de 1962, no art. 2º inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº. 6.189, de 16 de dezembro de 1974, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº. 7.781, de 27 de junho de 1989, e nos arts. 46 e 90 do Decreto nº. 51.726, de 19 de fevereiro de 1963,

DECRETA:

Art. 1º As atividades de industrialização, importação e exportação de minerais e minérios de lítio, de produtos químicos orgânicos e inorgânicos, inclusive suas composições, fabricados à base de lítio, de lítio metálico e das ligas de lítio e de seus derivados, todos contendo o elemento químico lítio considerado de interesse para a energia nuclear, observarão os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

Art. 2º Durante o prazo de cinco anos, contado da publicação deste Decreto, as operações de comércio exterior dos materiais referidos no artigo anterior somente serão realizadas mediante prévia autorização da Comissão Nacional de Energia Nuclear.

§ 1º A autorização prévia da Comissão Nacional de Energia Nuclear é obrigatória e indispensável à validade da importação ou exportação, independente do País de origem, da destinação e do emprego que se pretenda dar aos materiais.

§ 2º A autorização prévia da Comissão Nacional de Energia Nuclear não prejudicará a aplicação de outras medidas a que estiverem sujeitas as importações.

§ 3º A Comissão Nacional de Energia Nuclear, no prazo de trinta dias da publicação deste Decreto, deverá estabelecer critérios e limites quantitativos para as operações a que se refere o caput deste artigo, os quais deverão ser revistos pelo menos uma vez a cada ano.

Art. 3º Caberá também à Comissão Nacional de Energia Nuclear:

I - cadastrar as empresas que atuem na industrialização dos materiais referidos no art. 1º;

II - acompanhar a evolução e o desenvolvimento tecnológico do processo industrial das empresas referidas no inciso I deste artigo;

III - propor medidas de incentivo ao desenvolvimento e à consolidação do domínio tecnológico e industrial do setor;

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

IV - exigir das empresas referidas no inciso I deste artigo que assumam compromissos de investimento, de desenvolvimento tecnológico e de suprimento do mercado interno no prazo a que se refere o art. 2º deste Decreto;

V - adotar as medidas que lhe competem para assegurar o integral cumprimento do disposto neste Decreto.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de dezembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA MACIEL
Francisco Dornelles
Raimundo Brito

Regimes suplementares de anuência: ANVISA e DPF

Note-se que há duas anuências suplementares quanto à mesma área de produtos: a) a da ANVISA, através da Resolução - RDC N.º. 350, de 28 de Dezembro de 2005, e b) da Polícia Federal.

A Exposição de Motivos do decreto de 1997

Não menos aqui, se torna indispensável transcrever a exposição de motivos do ato presidencial:

Exposição de Motivos E.M. n.º. 013, de 02/12/1997

E.M. n.º. 013

Em 02 de Dezembro de 1997.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República

Tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência projeto de decreto que estabelece procedimentos para a industrialização do lítio, elemento de interesse para a energia nuclear.

2. O projeto adota de tecnologia medidas que visam salvaguardar os interesse nacionais, nos limites dos compromissos internacionais do Brasil, condensando disposições normativas sobre a matéria.

3. O domínio nacional de tecnologia necessária à obtenção de produtos à base de lítio e à sua produção em escala industrial vem exigindo vultosos investimentos no desenvolvimento de depósitos minerais, para a implantação de suas lavras e, sobretudo, em pesquisas científicas em um campo tecnológico até então dominado por um dupólio estrangeiro.

4. Pela Exposição de Motivos Interministerial n.º. 169/94 – MME/SAE, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

República, em 9 de dezembro de 1994, ficou a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN incumbida de adotar, pelo prazo de cinco anos, a contar daquela data, as seguintes medidas no âmbito de sua competência, tal como disposto na Lei nº. 4.118, de 27 de agosto de 1962, na Lei nº. 6.189, de 16 de dezembro de 1974, e no art. 4º do Decreto nº. 51.726, de 19 de fevereiro de 1963:

a) autorizar as importações de minerais de lítio, produtos químicos orgânicos e inorgânicos à base de lítio dos materiais e ligas de lítio, apenas na ausência de produto similar nacional, ou quando a produção nacional for insuficiente para atender a demanda interna;

b) exigir das empresas nacionais envolvidas e das que venham a se envolver na produção dos materiais acima citados que assumam, nos prazos mínimos compatíveis com as demandas do mercado nacional, compromissos de investimentos, de desenvolvimento tecnológico e competitividade, requeridos pelo mercado nacional, bem como o suprimento preferencial a este mercado.

5. Ocorre, no entanto, que o elenco de disposições normativas mencionadas e hoje vigentes tem se mostrado insuficiente para impedir litígios na esfera judicial os quais têm prejudicado a administração, pela CNEN, das medidas as quais foi incumbida de adotar.

6. Assim sendo, a presente proposta de decreto vem regularizar essa situação que, tanto impede a indústria nacional de realizar, com a necessária tranquilidade, os investimentos necessários à consolidação da produção do lítio e seus compostos derivados, quanto dificulta a atuação da Comissão Nacional de Energia Nuclear nas atribuições que legalmente lhe cabem.

7. Dada a necessidade de estimular a produção nacional, consolidar os empreendimentos já realizados e induzir novos investimentos no setor, tornar-se oportuno que o citado prazo de cinco anos possa ser validado a contar da publicação do decreto, ora proposto.

8. As medidas sugeridas mantêm, assim, o caráter de temporariedade de sua vigência, condicionando, pelo prazo de cinco anos, a importação ou exportação de lítio e seus derivados, à autorização prévia da Comissão Nacional de Energia Nuclear.

9. Com a aprovação do presente projeto de decreto, Vossa Excelência dará cumprimento adequado à política do Governo federal que, por pareceres técnicos e manifestação presidencial, considera explicitamente o lítio e seus compostos derivados como produtos de interesse estratégico nacional.

Respeitosamente,

FRANCISCO OSWALDO NEVES DORNELLES

Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo

Denis Borges Barbosa
Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)
Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)
Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)
Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

RAIMUNDO MENDES DE BRITO
Ministro de Estado de Minas e Energia
RONALDO MOTA SARDENBERG
Secretário de Assuntos Estratégicos
da Presidência da República

Da administração do regime

Sustenta-se que a administração do sistema de anuência prévia pela CNEN tem sido feito de forma não discriminatória, e evitando criar proteção irrazoável de mercado.

A CNEN tem garantido que a qualidade do produto nacional seja compatível com a do produto importado, e acompanha os investimentos da indústria nacional no desenvolvimento de co-produtos químicos e minerais a fim de que, no futuro, em que pese a diferença de processos (salmoura x lavra subterrânea de minério), venha a ter preço e condições de oferta compatíveis com o mercado internacional, preservando, assim, o princípio de razoabilidade na aplicação da regra constitucional.

Desta maneira, o licenciamento de importação do lítio e de seus sais vem sendo feito:

- a) regularmente, dentro do permissivo constitucional e nos limites da competência da CNEN; e
- b) por motivo de segurança nacional.

A noção constitucional de defesa nacional

Já em seu artigo primeiro, a Constituição Federal de 1988 preceitua que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento precípua a *Soberania* da nação, entendendo-se por esta o conjunto da população brasileira mais o espaço físico e geográfico do País. Conceito de extensa dimensão política e jurídica, a noção de Soberania constrói-se, no texto constitucional, com estreita correlação com o de defesa nacional e, em particular, com o de mobilização.

Em consonância com a tradição constitucional do Ocidente, a nossa Carta

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

estipula como assente que a segurança e a defesa da nação são condições de garantia de um Estado de Direito Soberano. Como bem define o Prof. Miguel Reale:

“Segurança nacional é o conjunto das condições mediante as quais a Sociedade Civil e o Estado promovem e garantem, democraticamente, o desenvolvimento ético e material da comunidade nacional, visando realizar a justiça social e a paz.”⁷

Examine-se detidamente o conceito constitucional de mobilização nacional a fim de entender suas interrelações com o de segurança e de defesa nacional.

Com efeito, diz o artigo 21 da mesma Carta que compete à União “III - assegurar a defesa nacional”. O artigo 22 da C.F., em seu inciso XXVIII, inclui entre as matérias de competência legislativa privativa da União, as seguintes: defesa territorial, aeroespacial, marítima, civil e mobilização nacional. A expressão “mobilização nacional” aparece uma vez mais no texto constitucional, em seu artigo 84, XIX, estabelecendo como competência do Presidente da República a decretação, parcial ou total, da mobilização nacional.

Como nota **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, o dispositivo citado é novidade da Carta de 1988, hábil a configurar o conceito de *mobilização nacional* como uma categoria estreitamente compatível com o Estado Democrático de Direito.

Mobilização nacional - conceito

Elevado ao texto constitucional, o conceito de *mobilização* foi gerado na tessitura da ciência política e da arte militar. Em seu presente contexto histórico, a *mobilização nacional* consiste em:

“um conjunto de atividades planejadas, empreendidas ou orientadas pelo ESTADO, complementando a LOGÍSTICA nacional, para capacitar o poder nacional a realizar ações estratégicas de defesa, em face de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.”⁸

Percebe-se que imbuído no conceito de mobilização nacional está o conceito de logística, que é:

7 Aplicações da Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, p.131.

8 Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra - Rio de Janeiro: Ed. ESG, 1995, p. 168.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

“o conjunto de atividades relativas à previsão e a provisão dos recursos necessários à realização das ações planejadas para a Estratégia Nacional.”⁹

Como se depreende das definições *supra*, a mobilização nacional engloba todas as atividades do Estado-Nação no sentido de manter preparado o país para uma eventual guerra ou ameaça de guerra com outros países. Este conjunto de ações e políticas do Estado está intimamente ligado com a previsão e provisão dos *recursos necessários à defesa da nação*, i.e., a logística.

Como definem os doutrinadores da arte militar, a mobilização nacional compreende um aspecto *político*, um aspecto *econômico*, uma importante vertente *científico-tecnológica*, a motivação psicológica e social, sem dúvida, a concretização das ações de caráter estritamente militar.

Dentre estes aspectos interessa, em particular, analisar a *mobilização econômica*, e mais especificamente a mobilização industrial, item que se analisará a seguir.

Mobilização industrial - conceito

De forma bem genérica pode-se definir mobilização industrial pelo:

“conjunto de atividades, empreendidas ou orientadas pelo Estado, no quadro da Mobilização Nacional, desde a situação de normalidade, com o propósito de possibilitar a adequação da capacidade industrial da nação ao atendimento das necessidades militares e civis, determinadas por uma situação de emergência decorrente da declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.”¹⁰ (grifo nosso)

O pressuposto técnico do atendimento à mobilização industrial é o preparo contínuo do parque industrial para sua utilização em caso de guerra. O conjunto das empresas industriais, públicas ou privadas, existentes no País, em condições de produzir qualquer tipo de material exigido pelo esforço de mobilização, dita *base industrial mobilizável* contém três grupamentos básicos:

1) Indústrias de Material de Defesa (Indústria Bélica) - dedicadas à produção de material bélico, de uso exclusivo das Forças Armadas.

⁹ Idem, p. 163.

¹⁰ Elementos Teóricos de Mobilização Industrial, organização Com. Ney Marino, Rio de Janeiro: Ed. ESG, 1995, p. 8.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

2) Indústrias de Interesse Militar - que produzem insumos e/ou material de emprego militar ou equivalente, ou que mediante transformação industrial, possam vir a produzi-los.

3) Indústrias Diversas - destinadas ao atendimento de necessidades não militares.

Distingue-se ainda, entre a base industrial mobilizável, o segmento *ativo* e a parcela industrial *de reserva*, sendo aquele representado pelas indústrias que já produzem, em tempo de paz, insumos ou material de emprego militar ou equivalente, e esta pelas indústrias aptas a serem incorporadas rapidamente ao esforço de mobilização.

Em particular, o controle sobre a produção industrial com vistas à mobilização nacional se volta aos chamados *insumos estratégicos*, de mais difícil obtenção e que necessitam de estocagem em tempo de paz. É necessário um prévio e adequado planejamento das quantidades necessárias e das formas de sua obtenção

O lítio como produto de segurança nacional

Como se verá, a definição de cada país no tocante ao que constitui matéria de sua segurança nacional merece o mais estrito respeito na prática do GATT e da OMC, mesmo quando o produto em questão eram sapatos ou máquinas-ferramentas.

Ora, o longo recital da legislação brasileira, que tomou a seção acima, demonstra que, segundo sua própria decisão, o Brasil considera o controle da importação de lítio e seus derivados como matéria de segurança nacional.

Os Estados Unidos incluem em sua Lista de Produtos Controlados por razões de segurança nacional lítio e seus sais, igualmente mantendo o controle por razões de pertinência à lista de material de interesse nuclear.

Ocorre que o lítio integra-se, não só na exceção genérica da matéria de segurança nacional, mas no caso específico do Art. XXI, b), i) do Acordo Geral e do GATT 1994. O lítio é item que claramente se relaciona "às matérias desintegráveis ou às matérias primas que servem à sua fabricação", como quer a norma internacional.

Com efeito, o lítio é essencial para a fusão termonuclear, por ser a fonte

primordial de trítio. Diz Roskill ¹¹:

"The potential of thermonuclear fusion was first recognised in connection with military applications, and was realised with the development and testing of the hydrogen bomb in the 1950s. (...)

The principle of fusion power is the exothermic reaction between deuterium and tritium to form an alpha particle and a neutron. (...)

The role of lithium in thermonuclear fusion is as a source of tritium. Deuterium can be extracted from natural waters, but tritium is most economically obtained by exposing the ⁶Li isotope to neutron bombardment (...)

Energy, Mines and Resources Canada estimates that the US Government purchased 3,000t of lithium for thermonuclear research during the 1950s. This material may have been used for military applications."

O lítio é, desta forma matéria prima que serve à fabricação de um elemento indispensável aos processos de fusão termonuclear. O controle de sua importação está, assim, plenamente amparado pelo Acordo Geral.

Os fatos e as regras da OMC

Desta maneira, a questão se insere pelo menos em três ordens de discussão jurídica, pertinentes ao Acordo Geral e o GATT 1994:

- a) a questão dos produtos de interesse da segurança nacional;
- b) a questão da indústria nascente, especialmente no caso de processamento de insumos raros, geograficamente delimitados;
- b) a questão da concorrência rarefeita em esfera internacional, e da ação preventiva do Estado Brasileiro.

Sobre tais fatos e questões ponderaremos a seguir.

¹¹ Roskill's Lithium Digest. Encontrado em http://www.roskill.com/newsletter_rld.

Da questão internacional

Da vedação

Como o seu princípio geral, o GATT prevê que o único instrumento de controle do comércio internacional devam ser as tarifas alfandegárias . O Art. III do Acordo Geral e o GATT 1994 vedam o uso de tributos internos ou quaisquer outras medidas que regulem o comércio internacional em favor da produção doméstica .

Igualmente relevante é o Art. XI (1) do Acordo Geral e do GATT 1994, 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 .

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 .

Com o GATT 1994, o Código de 1979 foi substituído pelo Acordo sobre Licenças de Importação.

Da exceção de segurança

Desde 1993 vimos reiterando a análise da invocação de motivos de segurança nacional como exceção à plena aplicação dos artigos iniciais do Acordo Geral do então GATT. A matéria foi incluída no Acordo Original, e recebeu aplicação imediata, no caso de licenças de exportação para a Tchecoslováquia ¹².

12 Assim descreve um analista do caso: " Shortly after the creation of the GATT, in 1949, the United States, through a system of export licenses, imposed a ban on the export of certain products to Czechoslovakia. Czechoslovakia, in turn, resorted to dispute settlement under Article XXIII and the United States invoked, inter alia, Article XXI, not as a procedural defence but as a substantive one. Although the Contracting Parties "decided to reject the contention of the Czechoslovak delegation that the Government of the United States had failed to carry out its obligations under the Agreement through its administration of the issue of export licences", they did not altogether deny their formal Article XXIII jurisdiction over matters involving Article XXI of the GATT 1947." UNCTAD. Resource Books on TRIPS and Development. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 806. Comenta Lindsay, Peter, The ambiguity of GATT Article XXI: subtle success or rampant failure?(Note), Duke Law Journal, April 1, 2003: " This precedent is somewhat attenuated by

Assim dissemos em trabalho publicado em 1997¹³:

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 a matérias desintegráveis ou às matérias primas que servem à sua fabricação;

(ii) relacionando-se ao tráfego de armas, munições e material de guerra e a todo o comércio de outros artigos e materiais destinados direta ou indiretamente a assegurar o aprovisionamento 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

the fact that the contracting parties showed great deference to the United States in deciding it had met its burden for invoking Article XXI. Id. Such deference could be seen as a weak or uncertain attempt to bring Article XXI under the umbrella of Article XXIII. But Schloemann and Ohlhoff explain this deference on historical grounds. They point out that the contracting parties were not anxious to disrupt the newly formed GATT by scrutinizing national security issues at the beginning of the Cold War. Id. at 433. Despite this tendency to gloss over the substantive issue, they emphasize that the United States did respond to Czechoslovakian claims that the interpretation of "war material," GATT, supra note 2, art. XXI(b)(ii), used by the United States was overly broad. Schloemann & Ohlhoff, supra note 4, at 433. This response, Schloemann and Ohlhoff suggest, indicates an early willingness to submit Article XXI exceptions to discussion on the merits. Id." A citação de Lindsay é a Hannes L. Schloemann & Stefan Ohlhoff, "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence, 93 AM. J. INT'L L. 424, 431 (1999).

13 Licitações, Subsídios e Patentes, Lumen Juris, 1997 (Direito do Desenvolvimento Industrial, vol. 2). Republicado como BARBOSA, Denis Borges. O artigo XXI do Acordo Geral da OMC. Revista Jurídica do Ministério da Defesa, v. 4, p. 125-128, 2005.

guerra e outros artigos e materiais destinados direta ou indiretamente a assegurar o provisionamento 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 unilateral¹⁴.

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 abuse¹⁵”

Inexiste qualquer regra substantiva de aplicação deste dispositivo¹⁶. 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 GATT¹⁷. Tal estipulação - de caráter estritamente procedimental - não prevê, em especial, qualquer sanção em caso de uso regular da exceção de segurança nacional¹⁸.

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

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

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

16 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.

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

18 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.

sendo aplicado para atender ao interesse essencial de cada país com sua segurança nacional, tal como definido por sua decisão de Estado.

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 unilateral¹⁹.

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 abuse²⁰.”

Inexiste qualquer regra substantiva de aplicação deste dispositivo²¹. 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 GATT²². Tal estipulação - de caráter estritamente procedimental - não prevê, em especial, qualquer sanção em caso de uso regular da exceção de segurança nacional²³.

No entanto, como se verá a seguir, a prática do GATT pré-OMC 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.

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

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

21 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.

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

23 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.

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 militar²⁴.

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 Estado²⁵.

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 seguir²⁶.

Segurança nacional e material físsil

Como se lê do Art. XXI, a invocação de segurança nacional tem efeitos particulares no tocante a material físsil²⁷:

24 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".

25 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 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.

26 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. È a chamada "Exon-Florio Provision" do Omnibus Trade and Competition Act of 1988 (Sec. 5021, Pub.L. n.º. 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).

27 Lutz Strack, Applicability of GATT and GATS to Nuclear Trade, www.world-nuclear.org/trade_issues/tbriefings/gatt/index.htm, based largely on a report entitled "Nuclear trade in a world of increasing globalisation" prepared by Working Group III of the International Nuclear Law Association (INLA), presented to the

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Clause (i) clearly could apply specifically to trade in nuclear materials, but the exact scope of the exception has never been clarified by panel rulings or additional agreements. Proposals during earlier GATT negotiations to change the wording of Article XXI to restrict the discretion of countries to invoke security exceptions were not agreed, with many parties taking the view that only the country concerned could judge its security interests.

The "nuclear exemption" has several possible interpretations. It could be limited to export restrictions in connection with nuclear non-proliferation and safeguards, i.e. it would allow the prohibition of exports of nuclear materials to countries without a full scope safeguards regime. Such trade restrictions are clearly covered by Article XXI, both under clauses (i) and (ii). A broader interpretation could also include restrictions designed to ensure security of supply, as in the case of Euratom import restrictions intended to ensure diversity of supply sources.

A still broader interpretation could allow trade restrictions to defend a country's nuclear industry against injury or to preserve its viability. Article XXI appears to leave a broad margin of discretion for the party invoking its provisions, because it allows a party to decide for itself what is necessary for its essential security interests. For example, the Euratom Treaty clearly considers security of supply as one of the EU's essential interests, as specifically set out in the Treaty.

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 internacional²⁸.

Nuclear Inter Jura 1999 Congress held in Washington DC, 24-29 October 1999.

28 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

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Recentemente, suscitou-se no Congresso Americano a questão do licenciamento de importação de zinco, com base em segurança nacional ²⁹.

Notam os autores que o propósito do dispositivo legal é salvaguardar a segurança nacional, e não assegurar – apenas - o bem estar econômico de uma empresa ou um setor industrial.

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 ³⁰. Com efeito, notam-se hipóteses de processos relativos a máquinas-ferramentas ³¹, rolimans, petróleo ³², máquinas de injeção plástica ³³.

(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 inter-agency 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 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).

29 Richard J. Bauer, American Metal Market, May 17, 1989: "There can be no doubt that the executive branch and Congress today appreciate fully the role of the zinc alloy industry in the U.S. defense industrial base. Their joint concern was stated in a section in the U.S.-Canada free-trade agreement. The section on zinc alloys reiterated that either the United States or Canada can take action under Article XXI of GATT to protect its national security interests. Congress requested that the administration carefully monitor imports of zinc alloys into the United States. Congress also expressed its concern that elimination of the tariffs on zinc alloy under the agreement could cause serious injury to U.S. zinc alloy producers, which could seriously erode the U.S. defense industrial base. The agreement also noted that zinc alloy has been considered import-sensitive material with defense applications and, for this reason, was excepted from the Tokyo GATT Round. It stated further that the United States would monitor zinc alloy imports from Canada and would take action either under the free-trade agreement or consistent with U.S. law. As a bilateral instrument, the agreement on zinc alloy production between the United States and Canada is a workable arrangement. However, the extension of this arrangement to all the GATT trading partners would be unwieldy, costly and impossible to administer. It would require monitoring of worldwide shipments of zinc alloy into the United States and mandatory subsequent trade actions against any violating countries by the executive branch. The zinc alloy industry strongly believes the only appropriate action for the GATT negotiators in the Uruguay Round is to exempt zinc alloy. I respectfully urge, on the behalf of the IZAA, that the International Trade Commission make this recommendation".

30 Hurley, op. cit., p. 764.

31 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 procedentes, sendo aplicadas sanções em dois casos. Os demais casos são os referidos a seguir.

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

33 Em dezembro de 1987 a National Energy Security Committe pediu proteção; o Secretário de Comércio confirmou o

Denis Borges Barbosa
Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)
Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)
Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)
Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

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 ³⁴.

O Código de Regulamento Federal dos Estados Unidos da América - Título 15 - Seção 705, o parágrafo 4º:

“For the purposes of this section, the Secretary and the President shall ... give consideration to domestic production needed for projected national defense requirements, the capacity of domestic industries to meet such requirements, existing and anticipated availabilities of the human resources, products, raw materials, and other supplies and services essential to the national defense, the requirements of growth of such industries and such supplies and services including the investment, exploration and development necessary to assure such growth, and the importation of goods in terms of their quantities, availabilities, character, and use of those affect such industries and the capacity of the United States to meet national security requirements ... The secretary and the President shall further ... take into consideration the impact of foreign competition on the economic welfare of individual domestic industries; and any substantial unemployment, decrease in revenues of government, lesser skills or investment, or other serious effects resulting from the displacement of any domestic products by excessive imports shall be considered, without excluding other factors, in determining whether such weakening of our internal economy may impair the national security”³⁵

interesse do setor para a segurança nacional, mas opinou por medidas alternativas.

34 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.

35 Ob cit. nota 42, pág. 363/364. - tradução: “Pelas intenções desta seção, o Presidente e a Secretaria ... devem levar em consideração a necessidade de produção nacional de projetos de defesa nacional, a capacidade das indústrias nacionais alcançarem tais exigências, tendo e antecipando a disponibilidade de recursos humanos, produtos, matérias primas, e outros suplementos e serviços essenciais para a defesa nacional, as exigências de crescimento de tais indústrias e produções e serviços incluindo o investimento, exploração e desenvolvimento necessários para assegurar o crescimento, e a importação de bens em termos de quantidade, disponibilidade, características e utilidade afetam tais indústrias e a capacidade do Estados Unidos de alcançar as expectativas da segurança nacional... A Secretaria e o Presidente devem futuramente ... levar em consideração o impacto da competição externa no âmbito da economia nacional; e qualquer desemprego, diminuição nos rendimentos do governo, perda de técnicas ou investimentos, ou qualquer outros efeitos sérios resultantes da transferência de quaisquer produtos nacionais por excesso de importações devem ser considerados, sem exclusão de outros fatores, determinando se tal enfraquecimento de nossa economia interna repercutirá em nossa segurança nacional

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Observa-se por este dispositivo que é da consideração do Poder Executivo americano avaliar em que medida as importações de artigos produzidos pelo parque industrial que compõem a indústria de defesa americana vão causar prejuízos a este parque industrial. Cabe ainda ao poder executivo tomar medidas reguladoras da importação aos E.U.A, para impedir danos às indústrias que debilitem a segurança nacional americana.

Segurança Nacional e indústrias de mobilização

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 nacional³⁶.

Ainda que se entenda que não cabe controle público sobre a economia, mesmo os países industrializados estabelecem limites (a segurança nacional ou a Ordem Pública, por exemplo), além dos quais a plena liberdade de investimento - ainda em contextos plenamente concorrenciais e, assim, economicamente “racional” - deva ser controlada.

A tendência presente é de que, para tais propósitos, a noção de segurança nacional englobe a chamada “segurança econômica”.

Assim, nenhum questionamento - nem no alcance do Acordo Geral e muito menos no TRIMS - sofreu até hoje a invocação de segurança nacional para a recusa de aquisição de empresas por controladores estrangeiros. Tal se dá, nos Estados Unidos, através da aplicação do Exon Florio Act, que desde sua promulgação manteve contínua aplicação³⁷, e sofre pressões do Congresso para uma mais extensa aplicação:

"Long considered very open to foreign investment, the United States has grown markedly less receptive in recent years to the foreign acqui-

36 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".

37 Fenton, C. R. , U.S. Policy Towards Foreign Direct Investment Post-September 11: Exon-Florio in the Age of Transnational Security, Columbia Journal Of Transnational Law: "CFIUS has received more than 1,500 notifications, of which it conducted a full investigation of 25 cases. Of these 25 cases,thirteen transactions were withdrawn upon notice that CFIUS would conduct a full review and twelve of the remaining transactions cases were sent to the President. Of these twelve transactions, one was prohibited."

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

sition of U.S. assets and properties. This is especially true when such investment is thought to implicate the U.S. national security. In 1988, prompted in part by the country's precipitous slide into debtor status and in part by a Japanese electronics company's attempt to takeover a U.S. semiconductor manufacturer with links to the U.S. defense industry, the U.S. Congress enacted the Exon Florio Provisions, which regulate foreign acquisitions of U.S. companies that threaten to impair national security.

Many members of the Congress and others believe that additional controls are necessary. For example, they believe that CFIUS has been too stingy in conceptualizing national security and that Exon-Florio should cast a wider net to include assessment of the impact of foreign investment on U.S. economic security and the industrial and technology base. After all, they argue, it is the industrial and technology bases upon which U.S. national security is ultimately founded.³⁸

Medida idêntica foi adotada, a partir de 2005, pela França³⁹.

A motivação da arguição de segurança nacional

O ponto crucial de nosso estudo é a a sindicabilidade de uma alegação de aplicação do Art. XXI, como exceção às obrigações gerais do Acordo. Sobre esse ponto específico, dissemos no mesmo trabalho:

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 Geral⁴⁰.

38 A.Holmer, J.Bello, J. Preiss, The Final Exon Florio Regulations on Foreign Direct Investment: the Final Word or Prelude to Tigher Controls?, Law and Policy in International Business, vol. 23, p. 593, (1992):

39 European Lawyer, July/August 2005: "Nearly two decades since the US passed the controversial Exon-Florio provision permitting the President to veto foreign investments that could threaten to impair national security, France has introduced a similar reform. An amendment adopted in December 2004 to France's Financial and Monetary Code will enable its minister of the economy to veto, or to impose conditions on, any foreign investment that could impair national defence. The reform was prompted by the realisation that existing provisions of the code were not broad enough to cover new technologies (eg biotechnology)".

40 Vale mencionar aqui os casos relativos às licenças de exportação. Em 1949, o governo da Checoslováquia arguiu 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

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

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 ⁴¹.

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 ⁴².

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 ⁴³.

A questão é claramente controversa. Como notou John Jackson, doutrinador americano, o mais afamado especialista em OMC, discutindo o embargo a Cuba ⁴⁴.

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).

41 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".

42 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.

43 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.

44 John H. Jackson, Helms-Burton, the U.S., and the WTO, encontrado em <http://www.asil.org/insights/insight7.htm>, visitado em 8/2/2007.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Is this a free-floating mandate to any member nation to decide when it may take a trade-restrictive action notwithstanding what is written in GATT or GATS? Or is there some implied requirement that a WTO member invoking the national security exception have a good faith rationale for avoiding the restraints of the trade treaties? After all, any product can be linked to national security: Premier Khrushchev, mocking U.S. export controls, once suggested an embargo on buttons, because they can be used to hold up soldiers' trousers. It has seriously been argued that a shoe industry deserved protection from imports because an army must have shoes.

Cases in the GATT prior to the WTO are "guidance" for the WTO, but very few GATT cases (and so far, no WTO cases) have addressed the meaning of Article XXI. There is some GATT practice supporting "auto-determination", but the only time a GATT panel has favored this approach, its view was constrained by particular "terms of reference" to the panel, which are not today present in the case.

A distinção de critérios entre o Art. XX e XXI do Acordo Geral

A questão se torna mais complexa pela notável diversidade entre os critérios aplicáveis às exceções dos art. XX e XXI. Com efeito, há uma clara distinção entre a invocação do art. XX do Acordo Geral e do artigo em estudo. Assim notamos recentemente ⁴⁵:

De outro lado, existem razões que justificam a discriminação. A primeira hipótese em que isso pode ocorrer é o previsto no Art. XXI, relativo à segurança nacional ⁴⁶. Igualmente são exceção às regras de livre fluxo de mercadorias as normas gerais de ordem 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

45 Em nosso estudo "O Princípio de Não-Discriminação em Propriedade Intelectual (2004)", incluso no livro Usucapião de Patentes e outros estudos de Propriedade Intelectual . 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1., 800 p.

46 ARTIGO XXI - Exceções relativas à segurança Nenhuma disposição do presente Acordo será interpretada: (...) 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 aprovisionamento 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.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional”⁴⁷.

Entre tais normas estão as medidas necessárias a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo, tais como, por exemplo, o resguardo à saúde pública através de limitações às patentes de remédios contra a AIDS, ou a 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 erro⁴⁸.

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.

47 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;

48 A jurisprudência anterior à OMC já tinha definido o alcance dessa exceção no tocante à defesa de interesses da Propriedade Industrial. Segundo o Guide to GATT Law and Practice, 1994, In the 1983 Panel Report on "United States - Imports of Certain Automotive Spring Assemblies", "the Panel noted that, as far as it had been able to ascertain, this was the first time a specific case of patent infringement involving Article XX(d) had been brought before the CONTRACTING PARTIES".. "The Panel noted that the GATT recognized, by the very existence of Article XX(d), the need to provide that certain measures taken by a contracting party to secure compliance with its national laws or regulations which otherwise would not be in conformity with the GATT obligations of that contracting party would, through the application of this provision under the conditions stipulated therein, be in conformity with the GATT provided that the national laws or regulations concerned were not inconsistent with the General Agreement. In this connection the Panel noted in particular that the protection of patents was one of the few areas of national laws and regulations expressly mentioned in Article XX(d)."

In the Panel Report on "United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930", "The Panel noted that in the dispute before it the 'laws or regulations' with which Section 337 secures compliance are the substantive patent laws of the United States and that the conformity of these laws with the General Agreement is not being challenged". In relation to the criterion of "necessary" in terms of Article XX(d), "The Panel wished to make it clear that this does not mean that a contracting party could be asked to change its substantive patent law or its desired level of enforcement of that law, provided that such law and such level of enforcement are the same for imported and domestically-produced products. However, it does mean that if a contracting party could reasonably secure that level of enforcement in a manner that is not inconsistent with GATT provisions, it would be required to do so".

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

A jurisprudência corrente na aplicação dessas exceções, já sob o Tratado de Marraqueche de 1994 (OMC), tem prestigiado, dentro de limites bastante razoáveis, a persecução de interesses de ordem pública, mesmo quando haja diferenças no tratamento nacional:

(...) a member State may treat imported products less favorably, and even ban such products, if it is pursuing one of the legitimate goals set forth in the Article XX exceptions, and such unfavorable treatment does not amount to an "unjustifiable" or "arbitrary" discrimination, or a "disguised restriction on trade."⁴⁹:

No entanto, também segundo a jurisprudência corrente da OMC, como nos casos mencionados sob o regime anterior, a implementação de medidas de afirmação do interesse nacional estaria sujeita a uma análise de alternativas menos impactantes do interesse estrangeiro:

The WTO could, for example, conclude that the Defendant State should raise additional taxes to provide its population with treatment without suspending patent rights. While this argument would be hard to make with respect to a State with very limited resources, it would have some strength with respect to a country such as Brazil, which was a defendant in the proceedings filed in the WTO by the United States relating to the suspension of patent rights for AIDS drugs. The Defendant State may also seek cooperation with the foreign drug companies to lower the price of drugs⁵⁰.

O caso da Nicarágua

Registram-se dois episódios relativos à relação EUA-Nicarágua. Um deles aconteceu em 1983, quando os EUA, sob o governo Reagan, decidiu reduzir drasticamente a exportação de açúcar de Nicarágua. Os EUA não bloquearam nem o Painel do WTO, nem invocaram o artigo XXI, ou tentaram defender sua atitude sob os termos do GATT. Em 1984, em pronunciamento do Painel, foi dito que “os EUA realmente não invocaram as exceções previstas no Acordo Geral (General Agreement) nem pretenderam defender suas atitudes sob a escusa nos termos do GATT, ..., simplesmente afirmaram que sua ação afetaram o comércio, mas não foram adotadas medidas que vislumbrassem alteração da

49 Ari Afilalo, Sheila Foster The World Trade Organization's Anti-Discrimination Jurisprudence: Free Trade, National Sovereignty, And Environmental Health In The Balance, 15 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 633, Summer, 2003. O autor agradece a Prof. Sheila Foster, da Fordham University Law School, pelo seu auxílio neste contexto.

50 Op. Cit.

política comercial.⁵¹

No entanto, possivelmente o mais claro caso de arguição do artigo XXI com invocação de imotivação absoluta é o do mesmo pleito, quando suscitado em 1985⁵²:

In 1985, the United States decided to impose a complete import and export embargo on Nicaragua, which requested the establishment of a panel again. The position of the United States in this case was considerably different to that adopted in the first dispute with Nicaragua. It managed to exclude from the terms of reference of the panel the possibility “to examine or judge the validity of or motivation for the invocation of Article XXI:(b) (iii) by the United States . . .”⁵³ Some other GATT Contracting Parties, such as Canada and the European Communities agreed with the United States that Article XXI issues were political questions not subject to panel scrutiny⁵⁴.

The panel nevertheless referred to the question in the following terms:

“If it were accepted that the interpretation of Article XXI was reserved entirely to the contracting party invoking it, how could the CONTRACTING PARTIES ensure that this general exception to all obligations under the General Agreement is not invoked excessively or for the purposes other than those set out in this provision? If the CONTRACTING PARTIES give a panel the task of examining a case involving an Article XXI invocation without authorizing it to examine the justification of that provision, do they limit the adversely affected contracting party’s right to have its complaint investigated in accordance with Article XXII:I:2?”⁵⁵

É essencial notar que tal decisão jamais foi adotada pelo GATT, dado à rejeição

51 Estados Unidos – Importação de Açúcar da Nicarágua, 13 de Março de 1984, GATT BISD (31ª. Supp), para. 3.10.228 Ibid. par. 4.3, 4.5, e 4.7. PI: ICB/KAD P2: Jt Chap 39 CY564- Unctad vi 30.11.2004 19:53 Char Count = 0.

52 Comentários sob o art. 73 de TRIPs, em UNCTAD. Resource Books on TRIPs and Development. New York: Cambridge University Press, 2005.

53 [Nota do original] GATT Doc. C/M/196, at 7 (1986).

54 [Nota do original] Such interpretation is based on the view that the mere invocation of a clause relating to security exceptions makes a dispute inadmissible, see above, Section 3.

55 [Nota do original] United States – Trade Measures Affecting Nicaragua, 13 October 1986 (unadopted), GATT Doc. L/6053, par. 5.17.

das partes indicadas ⁵⁶.

Outras situações que merecem ser apontadas foram o ocorrido com a Argentina em 1982, e Portugal e Gana em 1961. No primeiro caso, a alegação dos países que promoviam o embargo era de que estavam exercendo uma faculdade garantida sob o Direito Internacional Público em geral, do que o art. XXI apenas refletia ⁵⁷. A Argentina protestou, mas as Partes Contratantes optaram por se abster de interpretar a extensão do art. XXI, apenas enfatizando o requisito de notificação, ressaltando que todas as partes interessadas conservam a totalidade de seus direitos sob o Acordo Geral ⁵⁸.

No último caso, Gana decidiu boicotar os produtos advindos de Portugal. A particularidade deste caso reside no fato de Gana ter invocado o artigo XXI, argüindo que cada parte é julgadora do que é necessário para sua segurança e,

56 Vide, Robert Kolb, *La bonne foi em droit international public – Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, 2000, particularmente 429 e ss. E J. Delbruck, in R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, v. 7, 1984, p.386.

57 UNCTAD, *op. Cit.*, p. 807: "Countries imposing economic sanctions on Argentina after the Falkland/ Malvinas events were of the view that they were exercising an inherent right existing under general international law, which was merely reflected by Article XXI of the GATT. This situation led Argentina to request an interpretation of such Article and the then Contracting Parties, although they did not interpret Article XXI, adopted a Decision Concerning Article XXI of the General Agreement". Lindsay, *op. cit.*: "Similarly, in 1982, the European Economic Community (EEC) justified its trade restrictions against Argentina during the Falkland/Malvinas controversy on the basis of its "inherent rights, of which Article XXI of the General Agreement was a reflection." Reinforcing the EEC's view, the United States representative at that time asserted that "[t]he General Agreement left to each contracting party the judgment as to what it considered to be necessary to protect its security interests. The contracting parties had no power to question that judgment." [Id. at 601 (quoting C/M/159, p. 19). This view is not simply a historical anachronism. Jeffrey Schott, an economist with the Institute of International Economics, asserts that defending actions "based on national security considerations ... is a virtually bulletproof defense" under international trade law. Paul Blustein, *Ruling Sought on U.S. Trade Law: EU Complaint to Force a Legal Showdown Over the Embargo on Cuba*, WASH. POST, Feb. 5, 1997, at D10.]

58 GATT Doc. L/5426 (1982), GATT B.I.S.D. (29th Supp.), at 23 (1983). "Considering that the exceptions envisaged in Article XXI of the General Agreement constitute an important element for safeguarding the rights of contracting parties when they consider that reasons of security are involved; Noting that recourse to Article XXI could constitute in certain circumstances, an element of disruption and uncertainty for international trade and affect benefits accruing to contracting parties under the General Agreement; Recognising that in taking action in terms of the exceptions provided in Article XXI of the General Agreement, contracting parties should take into consideration the interests of third parties which may be affected; That until such time as the Contracting Parties may decide to make a formal interpretation of Article XXI it is appropriate to set procedural guidelines for its application; The Contracting Parties decide that:

1. Subject to the exception in Article XXI:a, contracting parties should be informed to the fullest extent possible of trade measures taken under Article XXI.
2. When action is taken under Article XXI, all contracting parties affected by such action retain their full rights under the General Agreement.
3. The Council may be requested to give further consideration to this matter in due course."

portanto, não poderia haver objeção ao boicote⁵⁹. Não houve pronunciamento de controvérsia quanto ao ponto⁶⁰.

A fase pós-OMC

Desde então, com a vigência do novo Acordo da OMC, a situação fáctica não se altera significativamente. Nota a análise da UNCTAD quanto ao art. 73 de TRIPs, dispositivo que, naquele Acordo, incorpora a exceção de segurança nacional⁶¹:

There was a clear reluctance among the former Contracting Parties of the GATT 1947 (which still exists as the “GATT 1994” among WTO Members) to activate the institutionalized dispute settlement mechanisms to deal with disputes involving the interpretation of the national security exceptions. The WTO is not perceived as an adequate forum for dealing with national security issues. Under the GATT 1947, only four such cases reached the level of formalized dispute settlement, while no panel established since the creation of the WTO for dealing with these kinds of disputes has succeeded in producing a report. Tacit agreement seems to exist among states to exclude the trade distortions originating from unilateral economic sanctions imposed for alleged security reasons from the scope of disputes to be solved through the compulsory dispute settlement system of the WTO. (...)

Após a OMC não houve casos sob o DSU, relativos ao artigo em tela⁶², mas

59 GATT, Analytical Index, p. 600.

60 ANALYTICAL INDEX, nota 6, p. 600 (mencionando EPCT/A/PV/33, p. 20-21 and Corr.3).

61 UNCTAD. Resource Books, op. Cit.

62 Lê-se em UNCTAD. Resource Books on TRIPs and Development. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 808: "However, disputes related to the national security exception under other WTO agreements arose in connection with the extra-territorial effects of some U.S. legislation, notably the Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996, 234 and the Iran and Libya Sanctions Act. With regard to the Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, the European Communities requested consultations with the United States in connection with trade sanctions imposed on Cuba. The EC claimed that U.S. trade restrictions on goods of Cuban origin, as well as the possible refusal of visas and the exclusion of non-U.S. nationals from U.S. territory, were inconsistent with the U.S. obligations under the GATT 1994 and the GATS. The Dispute Settlement Body (DSB) established a panel at its meeting on 20 November 1996 but, at the request of the EC, dated 21 April 1997, the panel suspended its work. The panel's authority lapsed on 22 April 1998, pursuant to Article 12.12 of the Dispute Settlement Understanding (DSU). More recently, Honduras and Colombia instituted proceedings against the trade sanctions imposed by Nicaragua as a result of a maritime delimitation dispute. The dispute has been at the consultations stage since 26 June 2000, in respect of Law 325 of 1999 whereby a tax is established on goods and services coming from or originating in Honduras and Colombia as well as implementing Decree 129-99 and Ministerial Order 041-99. Honduras considered that Law 325 of 1999 and implementing Decree 129-99 are incompatible with Nicaragua's obligations under the GATT 1994, and in particular Articles I and II thereof, and that the aforementioned measures as well as Ministerial Order 041-99 are incompatible with Nicaragua's obligations under Articles II and XVI of the GATS".

Denis Borges Barbosa
Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)
Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)
Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)
Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

algumas disputas eram relacionadas a exceção aqui tratada em relação aos efeitos extra-territoriais de algumas leis Americanas, em especial o Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996 (Lei de Liberdade e Ato de Solidariedade Democrática Cubana de 1996) e Iran and Libya Sanctions Act (Lei de Sanção do Irã e da Líbia).⁶³

No tocante a Cuba, a Comunidade Européia (CE) requereu informações e considerou que as sanções de comercio e recusa de vistos e exclusão de cubanos do território Norte Americano eram inconsistentes com as obrigações do GATT 1994 e GATS - Corpo de Resolução de Disputa determinou em 20.11.1996 – mas, a pedido da CE, em 21/04/1997, o corpo suspendeu seus trabalhos, encerrando seu mandato em 22.04.1998 de acordo com Art. 12.12. do DSU.

Mais recentemente Honduras e Colômbia instituíram um processo contra sanções econômicas impostas pela Nicarágua como resultado de disputa de delimitação marítima. Tal disputa está em análise desde 26.06.200 no tocante a Lei 325 de 1999 (trata de tributos sob bens e serviços originados de Honduras e Colômbia) tendo esta e o Decreto correspondente sido considerados por Honduras contrários às obrigações do GATT 1994, Arts. I e II e que as medidas acima mencionadas e outras eram incompatíveis com às obrigações dos Arts. II e XVI do GATS.

Do direito relevante

A principal questão jurídica quanto à imotivação da aplicação do Art. XXI é de que - em primeiro lugar -, ações de Estado em matéria de segurança nacional não tem, por definição, natureza de ato de comércio ⁶⁴.

63 Referido como “Helms-Burton Act” International Legal Materials 1996, pp. 357 e ss. e “D’Amato-Kennedy Act! Ibid, pp. 1274 e ss. Respectivamente. Para uma análise do assunto, entre outros, vide Andréa Giardina, The Economic Sanctions of the United States against Iran and Libya and the GATT Security Exception, in G. Hafner and others (eds), Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern – in Honour of his 80th Birthday, the Netherlands, Kluwer Law International, 1998; R. Dattu, and J. Boscariol, GATT Article XXI, Helms-Burton and the Continuing Abuse of the National Security Exception, Canadian Business Law Journal, v. 28, No. 2, 1997, pp. 198–221; K.J. Kuilwijk, Castro’s Cuba and the U.S. Helms-Burton Act – An Interpretation of the GATT Security Exemption, Journal of World Trade, v. 31, No. 3, 1997, pp. 49–62; A. Perez, WTO and U.N. Law: Institutional Comity in National Security, Yale Journal of International Law, v. 23, No. 2, 1998, pp. 302–381; K. Alexander, The Helms-Burton Act and the WTO Challenge: Making a Case for the United States under the GATT Security Exception, Florida Journal of International Law, v. 11, No. 3, 1997,

pp. 487–516.

64 Lindsay, Peter, The ambiguity of GATT Article XXI: subtle success or rampant failure?(Note), Duke Law Journal, April 1, 2003 ; "Before beginning an analysis of a WTO panel's jurisdiction over Article XXI, however, a preliminary objection must first be addressed. According to one argument, the question of whether a WTO panel has the necessary jurisdiction to determine an Article XXI claim is inconsequential, because, at step one, the WTO body is not the proper

Entendem relevantes autores que há, efetivamente, fundamento para a convicção de que a alegação do Artigo XXI implica em prescindibilidade de motivação substancial⁶⁵. Em primeiro lugar, essa seria a posição consolidada sob o GATT 1947⁶⁶. Tal posição seria reforçada pela elaboração da OMC pós 1994⁶⁷ e consagrada pela jurisprudência da Corte Internacional de Justiça⁶⁸. Cabe aqui, uma vez mais, a opinião de John Jackson, ainda sobre o episódio de Cuba⁶⁹:

body to resolve certain disputes in which an Article XXI claim would be made. This argument asserts that the WTO lacks jurisdiction over such disputes because they involve only peripheral trade concerns. Thus, the WTO would never get to the point of deciding whether they had jurisdiction to hear an Article XXI defense if the dispute encompasses primarily political and national security issues rather than trade concerns. Consistent with this argument, some countries have refused to submit disputes to a GATT panel, because the issues involved transcended matters of trade, even though the countries could have invoked Article XXI with respect to any trade elements. This argument is especially persuasive when the WTO claims are "inextricably linked" to "other rules of international law," so that the WTO claims could not be decided independently of these other rules".

65 Lindsay, op. Cit.: " The plain text of Article XXI suggests that a WTO panel would not have the necessary jurisdiction to decide an Article XXI disputes. Article XXI differs from other textually defined exceptions to the GATT, because it appears to permit the WTO member itself to define the scope of the exception. The exception states that the GATT does not prevent a WTO member "from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests." Thus, the self-defining nature of the national security exception suggests a subjective standard for assessing the necessity of a measure under Article XXI. In contrast, other GATT exceptions suggest an objective standard--a standard under which WTO judicial bodies may define "necessary" and examine measures against this definition.

66 Lindsay, op. Cit.: " This subjective reading of GATT Article XXI is also supported by the comments of various WTO members made throughout the history of the GATT. As early as 1949, GATT Council discussions included a statement that "every country must be the judge in the last resort on questions relating to its own security."

67 Lindsay. Op. Cit. " Recent interpretations of other WTO declarations also provide some support for the self-defining nature of Article XXI. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS agreement) protects the intellectual property rights of individuals whose governments belong to the WTO. The TRIPS agreement permits members, however, to abrogate those rights if "the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder." A WTO member may waive this requirement "in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency." Recent negotiations in the Doha Round have clarified the use of this waiver for developing countries. Recognizing the incredible health crises faced by many third-world countries and their inability to pay for licenses on patented medicines, the Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (Declaration), adopted in Doha, in November of 2001, provides that "[e]ach member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency." The Declaration also calls for a system of compulsory licensing, whereby nations facing a public health emergency could, independent of the wishes of the patent holder, license domestic and foreign manufacturers to produce the critical medicine."

68 Lindsay, op. Cit. Other international tribunals have considered the significance and interpretation of the "it considers" clause. The ICJ interpreted this clause when it examined treaty language that allowed a national security exception to certain treaty obligations. In 1986, the ICJ considered claims brought by Nicaragua against the United States for violations of a 1956 treaty. The treaty permitted either signatory to take action "necessary to protect its essential security interests." The ICJ decided that this clause did not preclude it from evaluating U.S. attempts to invoke the national security exception to the treaty. It noted that, unlike GATT Article XXI, the 1956 treaty mandated an objective standard of review, (the national security measure must be "necessary") instead of the subjective standard implied by the GATT (the country may take measures "it considers necessary").

69 John H. Jackson, Helms-Burton, the U.S., and the WTO, op. cit.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

But even with full participation of the U.S. before a panel, there are still tough policy decisions. It would not be in the interest of the U.S. to develop a complete auto-determination interpretation of the national security exception, allowing governments to protect shoe or bubble-gum industries merely by invoking the exception with not even a threshold or "reasonableness" criterion. Governments could also be tempted to invoke the exception to justify discriminatory trade actions to favor a particular nation whose friendship is needed for military and political policy concerns, or to justify certain regional trade arrangements that do not fulfill the normal GATT/WTO criteria for approval. A panel (and an appellate body panel if an appeal occurred) would need to consider judiciously and with great care competing policy objectives of the national security language. It is even conceivable that a line could be drawn that would prevent such abuse mentioned above, yet defer to the U.S. in the Helms-Burton case. In any event, the careful consideration of this subject would take some time under the WTO procedures, and might give additional breathing space to the parties to reach a settlement. After all, it is likely not to be in the interests of the European Community to create a precedent that intruded too far on national determinations about "essential security interests."

A interpretação cautelosa do Artigo XXI

Autores vêm suscitando uma visão prudente quanto ao resultado da atuação de um órgão de solução de controvérsia.

By placing Article XXI between the general exceptions (Article XX) and the dispute settlement provision (Article XXIII), the Contracting Parties to the GATT 1947 made it clear that the dispute settlement mechanism would apply to the new article ⁷⁰.

À luz do novo sistema de resolução de controvérsias, qual seria então o papel da

70 Esse argumento topográfico se lê em UNCTAD, op. Cit, p. 808. Também Lindsay. Op. Cit. Entende que, se suscitado, o DSU não rejeitaria a ação como matéria de preliminar, sob o argumento de que se tratasse de matéria apenas parcialmente relativa ao comércio: " in many situations, the trade claims are significant enough that parties will not be able to argue persuasively that the WTO lacks jurisdiction over the entire dispute. Second, an alternative view suggests that the WTO does have jurisdiction over disputes containing both trade elements and other issues. This position is advanced by Article XXIII of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU). DSU Article 23 provides that "[w]hen Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements ... they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding." (9) The mandatory language suggests that parties claiming an impairment of GATT benefits must bring these claims before the WTO dispute settlement bodies. WTO jurisprudence supports this view. A WTO panel retains jurisdiction over a trade dispute despite the fact that the WTO's political organs may also be considering the issues. Because other tribunals have asserted jurisdiction over complex disputes with several dimensions, it is difficult for a WTO member to assert that a WTO panel would not have jurisdiction over such a dispute. Thus, a WTO panel would likely reject such arguments".

exceção de segurança nacional? Vai aqui adiante a análise:

What is the role left for the dispute settlement organs, if any, when a Member invokes national security as a justification for the failure to comply with its obligations under the “covered agreements”?

One interpretation of Article 73 is to consider it not only as a justification, but also as a procedural jurisdictional defence, making a dispute inadmissible ipso facto by the mere invocation of the clause.

However, there seem to be no grounds either in the negotiating history of the provision at issue or in their textual and contextual interpretation for upholding such a view. Article 1 of the DSU states that it “shall apply to disputes brought pursuant to the consultation and dispute settlement provisions of the Agreement listed in Appendix 1”, “subject to such special or additional rules and procedures on dispute settlement contained in the covered agreements as are identified in Appendix 2”. No mention is made in such Appendix of any dispute settlement provision applying particularly to disputes concerning the national security exceptions. Therefore, the DSU itself is not subject to a national security exception and no particular rule applies to disputes on the application or interpretation of Article 73 or the analogous provisions in GATT and GATS. Furthermore, if Members were able to circumvent the application of the DSU merely by invoking the national security exception of GATT 1994, GATS or TRIPS, the purpose of strengthening the system that underlies Article 23 of the DSU could not be achieved.

What is, then, the scope of review that panels and the Appellate Body can exercise over measures taken under Article 73 or its analogous provisions in GATT and GATS? It appears that the political qualification of what constitutes a “national security” issue remains a right reserved for the Members themselves. However, the respect of the objective limits imposed on the exercise of that right by Article 73 is a matter of interpretation and, therefore, subject to judicial review. One of those objective limits is that neither Article 73 nor its analogous provisions in GATT and GATS serves to protect economic security interests.

Assim, vale considerar com minúcia as hipóteses em que não se têm clareza quanto à característica de segurança econômica, e não exatamente de defesa em seu sentido mais estrito. Voltemos ao texto:

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

In some cases, however, it may be particularly difficult to establish a clearly cut borderline between commercial purposes and security reasons. As illustrated by the debate on IPRs and access to essential medicines, pandemics such as HIV may pose fundamental threats to the very existence of vulnerable societies. In such cases, it might be possible to invoke the Article 73 security exception for the protection of a nation's essential security interests. Arguably, pandemics such as HIV could be qualified as "emergencies in international relations" as provided under Article 73(b) (iii) (the international relations component being the failure to obtain adequate supplies of medicines within the framework of the multilateral institutional structure). This being said, the issue requires further thought.

Another example in this context refers to Sweden's introduction of a quota for a certain type of shoes in 1975, arguing that a decrease in its domestic capacity to produce footwear, qualifying as a "vital industry", threatened the country's economic defence strategy and thus its security interests. Many Contracting Parties took the view that this was precisely the kind of justification not available under Article XXI. Sweden terminated the quotas imposed on leather and plastic shoes as of 1 July 1977.

The compatibility with Article 73 of a measure allegedly adopted for national security reasons may also involve a test of reasonableness and an interpretation of whether the measure is "necessary" to protect the invoked security interests. This was the view taken by the International Court of Justice in the Nicaragua case by stating that

"[T]he concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past. The Court has therefore to assess whether the risk run by these 'essential security interests' is reasonable, and secondly, whether the measures presented as being designed to protect these interests are not merely useful but 'necessary'".

Whether a security threat reasonably exists is also a matter of interpretation, and the margin of discretion given to Members under Article 73 to define their national interests can by no means be considered as an absolute discretion. Some delegates noted, in discussing the embargo measures brought by the United States against Nicaragua, that it "was not plausible that a small country with small resources could constitute an extraordinary threat to the national security of the United States".

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Therefore, “security interests” that are “essential” must be defined by WTO Members in good faith and preventing any abuse of the right. This requires a minimum degree of proportionality between the threatened individual security interest and the measure taken in response to that threat that is clearly subject to judicial review, according to general international law standards, by the competent WTO organs for the settlement of disputes.

A visão realista

Mesmo considerando a prudência da análise acima exposta, permanece - a nosso ver - claro de que subsiste a regra de imotivação na aplicação do artigo XXI. Vale, neste contexto, citar John Lindsay:

While an ambiguous Article XXI is not free from abuse, history suggests that the ambiguity is often a constructive one. Nations have checked informally perceived abuses of Article XXI in several instances. The GATT community persuaded Sweden to withdraw its national security protection over shoes. WTO members have been successful in persuading Taiwan not to invoke the Article in connection with the accession of the People's Republic of China to the WTO. Colombia and Nicaragua have submitted their border dispute to the ICJ in lieu of arguing the matter in the WTO. Finally, the United States and the EC reached a settlement in their dispute over the Helms-Burton Act.

The ambiguity of Article XXI has not necessarily frustrated implementation of the GATT. It may not produce perfect results, but such results often depend on the time, place, and perspective of the parties. This is particularly true in the arena of national security. As the WTO matures, it will inevitably face more arguments over the proper interpretation of Article XXI. These arguments are important and may affect the future understanding of who is to interpret the national security exception. But the arguments should not overlook the advantages of an ambiguous exception--advantages recognized by both the framers and the players in the arena of international trade.

Assim, pela tradição e pela subsistência de interesses estratégicos da parte afetada, que se conflitam com a motivação dos atos de quem se valha do Artigo XXI, especialmente se alegados os interesses de mobilização, parece realístico concluir que, no caso em análise, não se questione em solução de controvérsias a matéria de licenciamento de importação de lítio.

Nossa conclusão

A compatibilidade entre o sistema de anuência prévia implantado pela CNEN no tocante às importações de lítio e as regras da OMC é garantida pela aplicação direta do Art. XXI do Acordo Geral e do GATT 1994 e do Artigo Primeiro, parágrafo décimo do Código de Procedimentos em Matéria de Licenças de Importação de 1979, assim como do mesmo dispositivo do Acordo sobre Licenças do GATT 1994.

Isto acontece porque, no âmbito interno, tanto ao nível da norma quanto de sua aplicação, o licenciamento de importação do lítio e de seus sais vem sendo feito regularmente, dentro do permissivo constitucional e nos limites da competência da CNEN; e por motivo de segurança nacional.

Segundo o Art. XXI do Acordo Geral e do GATT 1994, nada que nele se leia pode ser tido "como impedindo uma parte contratante de tomar todas as medidas que achar necessárias à proteção dos interesses essenciais de sua segurança". A prática reiterada na aplicação do Acordo tem assegurado considerável latitude na interpretação desta cláusula, deferindo ao julgamento de cada país o que é o interesse essencial de sua segurança.

Ao abrigo de tal dispositivo, operam todos os sistemas de controle multilaterais e unilaterais de exportação de produtos de interesse estratégico, militar e não militar, como foi o COCOM ⁷¹ e é ainda o Export Trade Act dos Estados Unidos, sem que nunca o GATT tenha proibido sua aplicação, mesmo nas

71 O Cocom foi substituído por uma série de acordos, em particular o chamado "Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies". Segundo o Bureau of Industry and Scurity do Commerce Department, <http://www.bis.doc.gov/wassenaar/default.htm>, tal acordo "is one of four multilateral export control regimes in which the United States participates. The Arrangement's purpose is to contribute to regional and international security and stability by promoting transparency and greater responsibility in transfers of conventional arms and dual-use (i.e. those having civil and military uses) goods and technologies to prevent destabilizing accumulations of those items. The Wassenaar Arrangement establishes lists of items for which member countries are to apply export controls. Member governments implement these controls to ensure that transfers of the controlled items do not contribute to the development or enhancement of military capabilities that undermine the goals of the Arrangement, and are not diverted to support such capabilities. In addition, the Wassenaar Arrangement imposes some reporting requirements on its member governments. The U.S. Government controls all items for export that are controlled multilaterally by the Wassenaar Arrangement. In general, export controls for dual-use goods and technologies controlled in the Wassenaar Arrangement are administered by the U.S. Department of Commerce and controlled for national security reasons on the Commerce Control List and the U.S. Department of State administers export controls on conventional arms. The agreement establishing the Wassenaar Arrangement, called the initial elements, was approved by its 33 founding countries in July 1996. The Arrangement began operations in September of that year. Its headquarters are in Vienna, Austria although it is named after a suburb of The Hague, Netherlands where the agreement was reached. The Wassenaar Arrangement operates through a permanent secretariat in Vienna. In addition, its member countries send delegations to Austria for working groups and other meetings to develop organizational policy. A Plenary meeting is held annually to approve or reject the policies recommended by the working groups".

ocasiões em que a matéria foi levantada perante seus órgãos próprios.

Também operam sob o beneplácito da cláusula de segurança nacional do GATT sistemas nacionais de licenciamento de importação, que têm o fito de proteger o desenvolvimento de indústrias nacionais de interesse estratégico, e não somente produtos determinados. Exemplo destes é a Seção 232 do livro 19, título 1862 do Código dos Estados Unidos, que prevê tal licenciamento por razões de Segurança Nacional, e tem sido correntemente aplicado sem questionamento ⁷².

72 § 1862. Safeguarding national security (a) Prohibition on decrease or elimination of duties or other import restrictions if such reduction or elimination would threaten to impair national security

No action shall be taken pursuant to section 1821 (a) of this title or pursuant to section 1351 of this title to decrease or eliminate the duty or other import restrictions on any article if the President determines that such reduction or elimination would threaten to impair the national security.

(b) Investigations by Secretary of Commerce to determine effects on national security of imports of articles; consultation with Secretary of Defense and other officials; hearings; assessment of defense requirements; report to President; publication in Federal Register; promulgation of regulations

(1) (A) Upon request of the head of any department or agency, upon application of an interested party, or upon his own motion, the Secretary of Commerce (hereafter in this section referred to as the "Secretary") shall immediately initiate an appropriate investigation to determine the effects on the national security of imports of the article which is the subject of such request, application, or motion.

(B) The Secretary shall immediately provide notice to the Secretary of Defense of any investigation initiated under this section.

(2) (A) In the course of any investigation conducted under this subsection, the Secretary shall—

(i) consult with the Secretary of Defense regarding the methodological and policy questions raised in any investigation initiated under paragraph (1),

(ii) seek information and advice from, and consult with, appropriate officers of the United States, and

(iii) if it is appropriate and after reasonable notice, hold public hearings or otherwise afford interested parties an opportunity to present information and advice relevant to such investigation.

(B) Upon the request of the Secretary, the Secretary of Defense shall provide the Secretary an assessment of the defense requirements of any article that is the subject of an investigation conducted under this section.

(3) (A) By no later than the date that is 270 days after the date on which an investigation is initiated under paragraph (1) with respect to any article, the Secretary shall submit to the President a report on the findings of such investigation with respect to the effect of the importation of such article in such quantities or under such circumstances upon the national security and, based on such findings, the recommendations of the Secretary for action or inaction under this section. If the Secretary finds that such article is being imported into the United States in such quantities or under such circumstances as to threaten to impair the national security, the Secretary shall so advise the President in such report.

(B) Any portion of the report submitted by the Secretary under subparagraph (A) which does not contain classified information or proprietary information shall be published in the Federal Register.

(4) The Secretary shall prescribe such procedural regulations as may be necessary to carry out the provisions of this subsection.

(c) Adjustment of imports; determination by President; report to Congress; additional actions; publication in Federal Register

(1) (A) Within 90 days after receiving a report submitted under subsection (b)(3)(A) of this section in which the Secretary finds that an article is being imported into the United States in such quantities or under such circumstances as to threaten

Denis Borges Barbosa
Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)
Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)
Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)
Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

to impair the national security, the President shall—

- (i) determine whether the President concurs with the finding of the Secretary, and
- (ii) if the President concurs, determine the nature and duration of the action that, in the judgment of the President, must be taken to adjust the imports of the article and its derivatives so that such imports will not threaten to impair the national security.

(B) If the President determines under subparagraph (A) to take action to adjust imports of an article and its derivatives, the President shall implement that action by no later than the date that is 15 days after the day on which the President determines to take action under subparagraph (A).

(2) By no later than the date that is 30 days after the date on which the President makes any determinations under paragraph (1), the President shall submit to the Congress a written statement of the reasons why the President has decided to take action, or refused to take action, under paragraph (1). Such statement shall be included in the report published under subsection (e) of this section.

(3) (A) If— (i) the action taken by the President under paragraph (1) is the negotiation of an agreement which limits or restricts the importation into, or the exportation to, the United States of the article that threatens to impair national security, and

(ii) either— (I) no such agreement is entered into before the date that is 180 days after the date on which the President makes the determination under paragraph (1)(A) to take such action, or

(II) such an agreement that has been entered into is not being carried out or is ineffective in eliminating the threat to the national security posed by imports of such article,

the President shall take such other actions as the President deems necessary to adjust the imports of such article so that such imports will not threaten to impair the national security. The President shall publish in the Federal Register notice of any additional actions being taken under this section by reason of this subparagraph.

(B) If—

- (i) clauses (i) and (ii) of subparagraph (A) apply, and
- (ii) the President determines not to take any additional actions under this subsection,

the President shall publish in the Federal Register such determination and the reasons on which such determination is based.

(d) 1 Domestic production for national defense; impact of foreign competition on economic welfare of domestic industries

For the purposes of this section, the Secretary and the President shall, in the light of the requirements of national security and without excluding other relevant factors, give consideration to domestic production needed for projected national defense requirements, the capacity of domestic industries to meet such requirements, existing and anticipated availabilities of the human resources, products, raw materials, and other supplies and services essential to the national defense, the requirements of growth of such industries and such supplies and services including the investment, exploration, and development necessary to assure such growth, and the importation of goods in terms of their quantities, availabilities, character, and use as those affect such industries and the capacity of the United States to meet national security requirements. In the administration of this section, the Secretary and the President shall further recognize the close relation of the economic welfare of the Nation to our national security, and shall take into consideration the impact of foreign competition on the economic welfare of individual domestic industries; and any substantial unemployment, decrease in revenues of government, loss of skills or investment, or other serious effects resulting from the displacement of any domestic products by excessive imports shall be considered, without excluding other factors, in determining whether such weakening of our internal economy may impair the national security.

(d) 1 Report by Secretary of Commerce

(1) Upon the disposition of each request, application, or motion under subsection (b) of this section, the Secretary shall submit to the Congress, and publish in the Federal Register, a report on such disposition.

(2) Omitted.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

O texto legal em questão exemplifica diretamente as ações tomadas em proteção da indústria local para manter os interesses de mobilização. Assim, ao conceder ou não a anuência prévia, a autoridade pública deve:

give consideration to domestic production needed for projected national defense requirements, the capacity of domestic industries to meet such requirements, existing and anticipated availabilities of the human resources, products, raw materials, and other supplies and services essential to the national defense, the requirements of growth of such industries and such supplies and services including the investment, exploration, and development necessary to assure such growth, and the importation of goods in terms of their quantities, availabilities, character, and use as those affect such industries and the capacity of the United States to meet national security requirements. In the administration of this section, the Secretary and the President shall further recognize the close relation of the economic welfare of the Nation to our national security, and shall take into consideration the impact of foreign competition on the economic welfare of individual domestic industries; and any substantial unemployment, decrease in revenues of government, loss of skills or investment, or other serious effects resulting from the displacement of any domestic products by

(f) Congressional disapproval of Presidential adjustment of imports of petroleum or petroleum products; disapproval resolution

(1) An action taken by the President under subsection (c) of this section to adjust imports of petroleum or petroleum products shall cease to have force and effect upon the enactment of a disapproval resolution, provided for in paragraph (2), relating to that action.

(2)

(A) This paragraph is enacted by the Congress—

(i) as an exercise of the rulemaking power of the House of Representatives and the Senate, respectively, and as such is deemed a part of the rules of each House, respectively, but applicable only with respect to the procedures to be followed in that House in the case of disapproval resolutions and such procedures supersede other rules only to the extent that they are inconsistent therewith; and

(ii) with the full recognition of the constitutional right of either House to change the rules (so far as relating to the procedure of that House) at any time, in the same manner, and to the same extent as any other rule of that House.

(B) For purposes of this subsection, the term “disapproval resolution” means only a joint resolution of either House of Congress the matter after the resolving clause of which is as follows: “That the Congress disapproves the action taken under section 232 of the Trade Expansion Act of 1962 with respect to petroleum imports under XXXXXX dated XXXXXX.”, the first blank space being filled with the number of the proclamation, Executive order, or other Executive act issued under the authority of subsection (c) of this section for purposes of adjusting imports of petroleum or petroleum products and the second blank being filled with the appropriate date.

(C) (i) All disapproval resolutions introduced in the House of Representatives shall be referred to the Committee on Ways and Means and all disapproval resolutions introduced in the Senate shall be referred to the Committee on Finance.

(ii) No amendment to a disapproval resolution shall be in order in either the House of Representatives or the Senate, and no motion to suspend the application of this clause shall be in order in either House nor shall it be in order in either House for the Presiding Officer to entertain a request to suspend the application of this clause by unanimous consent.

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

excessive imports shall be considered, without excluding other factors, in determining whether such weakening of our internal economy may impair the national security.

No caso do lítio, além disto, não se tem somente um a aplicação genérica da cláusula de segurança nacional do GATT, mas também uma hipótese de aplicação específica do Art. XXI, b), i) do Acordo Geral e do GATT 1994, que cobre as medidas governamentais de um país membro "relacionando-se à matérias desintegráveis ou às matérias primas que servem à sua fabricação". O lítio é a matéria prima do trítio um dos dois co-elementos essenciais da fusão termonuclear.

Considerando-se a natureza especial do mercado internacional do lítio, do qual mais de 80% está em mãos de dois grupos econômicos americanos, também haveria meios legais e justificativa perante o GATT de uma intervenção do Governo Federal na importação de produtos pertinentes, sob o princípio de ordem pública do Art. XX do Acordo Geral e do GATT 1994.

A permanência de interesses estratégicos dos membros da OMC, em particular dos Estados Unidos, nos impele - no entanto - a entender que não será arguída em solução de controvérsias a questão.

Mesmo na existência de competência da análise da matéria pelo DSU, a matéria não será discutida em sua substância, além da noção de "necessidade" da restrição⁷³.

Assim sendo, é nosso entendimento que, nos caso em análise, não existem riscos desproporcionais de que a matéria seja levada à solução de controvérsias; sendo, permanecem havendo argumentos quanto à defesa da questão em termos que - se questionados - conduziriam a um conflito com os interesse permanentes da parte americana.

73 Lindsay: "Even though much has been made of the discretionary language in Article XXI, the language may not preclude WTO jurisdiction. Hannes L. Schloemann and Stefan Ohlhoff advance a textual interpretation of Article XXI that retains a self-defining element, while still permitting review of national security defenses by WTO judicial bodies. They maintain that, while WTO members may freely define what is "necessary" for the protection of their "essential security interests," the members' determination of whether "war or other emergency" exists is reviewable by a WTO panel on a good faith standard. Extending the "self-defining" element to the second part of Article XXI, the scholars note, would vitiate the restrictive or limiting intent of Article XXI. This interpretation would essentially permit a WTO member to decide what national security measure it may take, while subjecting the decision of when the party may take the measure to an objective review. This paradigm is not without potential problems, but it does represent a solution to the textual conundrum created by the "it considers" language of Article XXI."

Denis Borges Barbosa

Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ, 2006)

Master of Laws (Columbia University School of Law, 1983)

Mestre em Direito Empresarial (UGF, 1982)

Professor de Propriedade Intelectual na PUC/RJ, UERJ, UCAM, FGV/SP e RJ, CEU/SP e Faculdades Curitiba

Finalmente, o caso específico da CBL enquadra-se exatamente no parâmetro de indústria nascente de país em desenvolvimento, que têm merecido a mais favorável consideração em toda a história do GATT.

É esse meu parecer, salvo o juízo dos doutos,

Denis Borges Barbosa

OAB/RJ 23.865