

## Doutrina

# AS RESTRIÇÕES AO COMÉRCIO DURANTE A PANDEMIA COVID-19 UM NOVO PARADIGMA DE SOLIDARIEDADE À LUZ DA UE E DA OMC? (\*)

Nídia Andrade Moreira (\*\*)

**RESUMO:** Durante a Pandemia Covid-19 os Estados adotaram várias medidas restritivas no domínio comercial, a pretexto de razões de saúde pública. Desde cedo, a União Europeia tentou conter tais medidas, mesmo entre Estados-Membros, passando a adotar medidas centralizadas.

Apesar de os Regulamentos de Execução (UE) que instituíram o regime de autorização de exportações de equipamentos de proteção individual e vacinas cumprirem o estatuído no direito da União e nas regras da OMC, mais concretamente, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), que permitem uma ampla possibilidade de restrições económicas, tal deve ser reanalisado à luz de um novo conceito de solidariedade internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Covid-19, União Europeia, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, Saúde, Solidariedade.

**ABSTRACT:** During the Covid-19 pandemic, states adopted various restrictive trade measures under the pretext of public health. Early on, the European Union tried to contain such measures, even between member states, by adopting centralized measures.

Although the Implementing Regulation (EU) that established the export authorization regime for exportation of personal protective equipment and vaccines comply with European Union law and WTO rules, more specifically, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which allow for a wide possibility of economic restrictions, this must be re-examined in light of a new concept of international solidarity.

**KEYWORDS:** Covid-19, European Union, General Agreement on Tariffs and Trade, Health, Solidarity.

## Introdução

A pandemia Covid-19 não teve impacto apenas no domínio da saúde, mas em diferentes níveis, tais como o social e o económico. Neste contexto foram várias as medidas restritivas adotadas pelos Estados, nomeadamente, no domínio comercial, que vieram expor a vulnerabilidade de algumas cadeias de suprimentos de diversas indústrias.

Desde cedo, a OMC alertou para as medidas protecionistas dos vários Estados. Se é verdade que os Estados podem adotar medidas comerciais adequadas a proteger a saúde e a vida humana – o que inclui medidas de proibição de importação e exportação, restrições quantitativas à importação e exportação, entre outras –, tais medidas devem cumprir os requisitos juridicamente aplicáveis – que proibem, por exemplo, medidas discriminatórias entre membros da OMC.

(\*) O mote para a elaboração da presente exposição surgiu no Módulo de Direito Internacional do Seminário “Reforma das Instituições nos Planos Nacional e Internacional” do Curso de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, sob a orientação do Professor Doutor Manuel Fontaine Campos.

(\*\*) Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto. Membro do Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). Assistente Convidada da Universidade Lusófona do Porto.

Este trabalho é financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito da Bolsa de Doutoramento 2021.07986.BD.

A presente investigação visa analisar se algumas das medidas adotadas pela União Europeia cumprem o estatuído no direito da União e nas regras da OMC, mais concretamente, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

### 1. A adoção de medidas comerciais restritivas durante a pandemia no âmbito da UE

Em março de 2020 a OMS declarou a Covid-19 como uma pandemia, instando os Estados a adotar medidas de proteção de forma a conter a propagação do vírus.<sup>(1)</sup> Perante uma situação sem precedentes, foram vários os Estados a adotar medidas restritivas de comércio, de modo a fazer face às preocupações relacionadas com bens fundamentais no combate ao coronavírus. Essas medidas vigoraram dentro e fora da União Europeia.

#### a) *Entre Estados-Membros*

A pandemia veio expor algumas fragilidades do mercado único, já que num instinto protecionista, os Estados-Membros adotaram medidas restritivas entre si, olhando para a sua realidade, ao invés da realidade europeia.

A liberdade de circulação de mercadorias pode ser derogada por razões de saúde pública, admitindo-se assim a adoção de restrições quantitativas entre os Estados-Membros, desde que não discriminatórias (artigo 34.º a 36.º do TFUE).<sup>(2)</sup> Não obstante, tais medidas devem ser proporcionais, i.e., limitar-se ao necessário para a prossecução do

objetivo em causa. Além disso, tais medidas devem basear-se em evidências que comprovem a necessidade da sua adoção, tendo o Estado-Membro o ónus de justificar as medidas.<sup>(3)</sup>

No âmbito das recentes medidas, a União Europeia tomou posição desde cedo, salientando que tais medidas restritivas têm de ser justificadas, necessárias, proporcionais e temporárias. Parece-nos ter surgido um novo conceito de *proporcionalidade*, já que a Comissão reforçou ser necessário garantir o abastecimento dos bens considerados essenciais a quem deles mais precisa, prevenir a escassez de tais bens em toda a UE e recusou o açambarcamento de bens.<sup>(4)</sup> Esta nova visão da Comissão “implica um novo reequilíbrio das preocupações com a saúde e os objetivos do mercado”.<sup>(5)</sup>

A saúde pública é uma matéria da competência dos Estados-Membros, estando a União Europeia subordinada quanto às medidas adotadas pelos mesmos (artigo 168.º TFUE). Contudo, parece-nos que ao olhar para o mercado único como um *instrumento de solidariedade* ao serviço da saúde de todos os cidadãos europeus, a Comissão veio demonstrar que há casos em que a solidariedade deve sobrepor-se às prerrogativas dos Estados-Membros. Apelando a um “espírito europeu de solidariedade e cooperação”, a Comissão reforçou que a solidariedade permite uma melhor

<sup>3</sup> Comunicação da Comissão (23.3.2021), Guia relativo aos artigos 34.º-36.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0323\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0323(03)&from=EN) (em especial, p. 66 e s).

<sup>4</sup> Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Banco Europeu de Investimento e ao Eurogrupo, “Resposta económica coordenada ao surto de COVID-19”, COM(2020) 112 final, 13.3.2020 – em especial, anexo 2 - disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/DOC/?uri=CELEX:52020DC0112&from=PT>.

<sup>5</sup> (Ruikter et al., 2020, p. 22).

<sup>1</sup> <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

<sup>2</sup> Não obstante a exceção introduzida pelo artigo 36.º TFUE, as medidas podem ser postas em causa, desde logo, pela Comissão que pode abrir procedimento de infração (artigo 258.º TFUE), bem como pelos Estados (artigo 259.º TFUE).

gestão da pandemia, criticando as restrições nacionais unilaterais.<sup>(6)</sup>

Apesar da sua competência subordinada no domínio da saúde, a verdade é que a União pode adotar medidas que protejam e melhorem a saúde, medidas essas que complementem as adotadas pelos EM e estimulem a cooperação entre os mesmos (artigo 168.º, n.º 1 e n.º 2) e ainda “medidas de incentivo”, de “acompanhamento” ou “alerta precoce” (artigo 168.º, n.º 3 e n.º 5).

Assim, de modo a fazer face às medidas unilaterais dos vários Estados, a UE implementou várias medidas no exercício da sua competência acessória que lhe permite complementar as políticas nacionais de saúde (artigo 6.º a) TFUE). Destaque-se o uso do instrumento de aquisição conjunta<sup>(7)</sup> de EPI<sup>(8)</sup>, equipamentos médicos e vacinas e a criação de uma reserva de equipamentos médicos comuns.<sup>(9)</sup>

Não obstante, tais instrumentos são voluntários e podem ser gravemente prejudicados pela adoção de restrições unilaterais dos EM, restrições essas que deixam a UE numa posição desconfortável e sem poder reagir de uma forma impositiva. Desde logo, veja-se que as medidas nacionais podem causar retaliações de outros países relativamente à UE como um todo, podendo colocar em causa

o abastecimento de produtos essenciais relativos aos quais a União não é autossuficiente.<sup>(10)</sup> Assim, a própria solidariedade (voluntária) entre EM, impulsionada pela UE pode ser prejudicada por medidas unilaterais dos Estados.

Consciente de tal dificuldade e que as restrições nacionais causam um efeito dominó que pode condicionar o futuro da União, a UE decidiu ir mais longe nas medidas, adotando medidas de controlo de exportação de produtos essenciais no combate à pandemia, tais como equipamentos de proteção individual, medicamentos, suprimentos médicos, entre outros.

#### b) *Fora da UE*

A política comercial externa é competência exclusiva da UE (artigo 207.º TFUE). No âmbito da exportação, o Regulamento (UE) 2015/479 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2015 sobre o regime comum aplicável às exportações, proíbe a adoção de restrições quantitativas (artigo 1.º).

Não obstante, apesar de a regra ser que as exportações para países terceiros não estão sujeitas a restrições quantitativas, são admitidas exceções, nomeadamente, para proteção da saúde e da vida das pessoas (artigo 10.º). Assim, encontram-se justificadas as restrições adotadas unilateralmente pelos vários estados à luz do direito comunitário, desde que proporcionais.

Vimos que para fazer face a tais medidas unilaterais, a Comissão sujeitou a exportação de determinados produtos a uma autorização.<sup>(11)</sup> Tais medidas surgiram primeiramente com o Regulamento de Execução (UE) 2020/402 da Comissão, de 24 de março de 2020 que sujeitou determinados pro-

<sup>6</sup> Comunicação, p. 3. As restrições às exportações foram condenadas por várias organizações internacionais, tais como OMC, OMS e G20.

<sup>7</sup> Com base no artigo 5.º da Decisão n.º 1082/2013/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013, relativa às ameaças sanitárias transfronteiriças graves e no Acordo de Contratação Pública Conjunta Voluntária de Contramedidas Médicas (Joint Procurement Agreement for medical countermeasures) que estabelece as regras relativas à aquisição conjunta.

<sup>8</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_523](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_523)

<sup>9</sup> Com base na Decisão n.º 1313/2013, relativa a um mecanismo de proteção civil da UE. No intuito de reforçar a gestão de riscos emergentes, em 2019 a UE criou a rescEU, que garante uma reserva europeia de recursos (“reserva rescEU) a ser utilizados em caso de emergências de saúde essenciais a auxiliar os EM.

<sup>10</sup> (Fu, McMahon, 2021, p. 50) e (Mariani, 2021, p. 6).

<sup>11</sup> No mesmo sentido, (Pauwelyn, 2020, p. 732).

duto a uma autorização de exportação, mais concretamente, equipamentos de proteção individual. Este e os restantes Regulamentos que lhe sucederam tiveram por base o artigo 5.º Regulamento (UE) 2015/479. Trata-se de “medidas de proteção” que podem ser adotadas perante uma situação crítica de “escassez de produtos essenciais”. Apesar disso, parece-nos que este mecanismo não foi adotado apenas para combater uma situação de escassez, mas que foi a solução encontrada para garantir a solidariedade entre os EM. A UE acabou por se ver forçada a adotar tal medida em resposta às medidas unilaterais nacionais, por se considerar que, apesar de ser uma medida restritiva, ainda assim, é menos restritiva do que as medidas nacionais.<sup>(12)</sup>

Assim, mais do que uma medida jurídica, estamos perante uma *medida política* que visa garantir a solidariedade entre EM, mas também a solidariedade internacional<sup>(13)</sup>, até porque os Regulamentos de Execução que foram sendo adotados fazem referência ao fornecimento de emergência para ajuda humanitária<sup>(14)</sup>.

As consequências da Covid-19 repercutiram-se no comércio internacional, expondo vulnerabilidades. Quer as medidas unilaterais dos EM, quer as medidas adotadas pela União, consubstanciam restrições ao comércio internacional que podem pôr em causa os parceiros comerciais da União, que dela

dependem e até criar um “efeito dominó” já que perante a adoção de tais medidas, outros estados são impulsionados a fazer o mesmo.

Esta crise sem fronteiras veio expor fragilidades e criar barreiras, tudo se justificando em nome da saúde pública. Mas será essa uma justificação suficiente para pôr em causa as relações internacionais? As várias medidas acabaram por colocar em causa a estabilidade e previsibilidade dos fluxos comerciais em nome de uma justificação que, em primeira linha, se revela válida, mas pode não o ser.

Quando adotam restrições quantitativas os membros da OMC são obrigados a notificar. Atendendo à obrigação de os membros da OMC notificarem a adoção de restrições quantitativas ao comércio<sup>(15)</sup>, a 24 de março de 2020, o Diretor-Geral da OMC instou os membros a comunicarem as medidas relacionadas com o comércio em resposta à pandemia, apelando à transparência entre os membros.<sup>(16)</sup>

Os vários membros foram notificando as medidas adotadas, sendo que algumas vigoram até aos dias de hoje.<sup>(17)</sup> Cumprindo a obrigação, a União foi notificando os vários Regulamentos de Execução adotados<sup>(18)</sup>, quer os respeitantes à autorização para exportação de EPI, quer os Regulamentos posterior-

<sup>15</sup> Cfr. Decisão sobre o Procedimento de Notificação para Restrições Quantitativas, WTO G/L/59/Rev.1 (3 julho 2012).

<sup>16</sup> [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/dgra\\_24mar20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/dgra_24mar20_e.htm) Além disso, foi criada uma Task Force com o intuito de monitorar o impacto da pandemia nos fluxos comerciais e na economia.

<sup>17</sup> Conscientes de tais medidas, a OMC compilou uma lista relativas às medidas de comércio adotadas no contexto do Covid-19 que pode em ser consultada em [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/covid19\\_e/trade\\_related\\_goods\\_measure\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/trade_related_goods_measure_e.htm). Note-se que esta lista não é exaustiva.

<sup>18</sup> A título exemplificativo veja-se a notificação de 7 de abril de 2020 (G/L/59/REV.1) que introduziu a restrição relativa à autorização de exportação de EPI disponível em <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/MAQRN/EU4A1.pdf&Open=True>

<sup>12</sup> No mesmo sentido, (Mariani, 2021, p. 13 e s.). A adoção desta medida pela UE resultou de uma solução de compromisso entre em EM que, em contrapartida, revogaram as restrições nacionais.

<sup>13</sup> Cfr. Comunicação da Comissão- Nota de orientação para os Estados-Membros relativa ao Regulamento de Execução (EU) 2020/402 da Comissão que sujeita a exportação de determinados produtos à apresentação de uma autorização de exportação, com a última redação que lhe foi dada pelo Regulamento de Execução (EU) 2020/426 da Comissão (2020/C 91 I/02), disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320\(04\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320(04)&from=FR)

<sup>14</sup> Regulamento de Execução (EU) 2020/568 da Comissão de 23 de abril de 2020, artigo 2.º, n.º 6.

res respeitantes à de vacinas contra o coronavírus<sup>(19)</sup>, indicando o motivo da restrição e justificando a mesma à luz das regras da OMC.

Cumpre-nos analisar a compatibilidade dos regimes adotados pela União com as regras da OMC, focando-nos nos Regulamentos de Execução (UE) que instituíram o regime de autorização de exportações de EPI e de vacinas.<sup>(20)</sup>

## 2. O direito da OMC

O GATT estabelece em que medida os Estados podem limitar o comércio internacional de mercadorias. Assim, todas as restrições ao comércio adotadas pelos membros da OMC devem respeitar tais disposições de direito internacional público.

As regras fundamentais a analisar nesta matéria são as do artigo XI e XX sobre as restrições quantitativas. Desde logo, o **artigo XI:1 GATT** estabelece que, em regra, são proibidas as restrições ao comércio que não sejam taxas, impostos ou outros encargos, o que inclui a proibição de restrições quantitativas. Contudo, esta regra tem de ser complementada com os artigos XI:2 e XX<sup>(21)</sup> que podem justificar a adoção de tais medidas restritivas<sup>(22)</sup>.

<sup>19</sup> O primeiro Regulamento adotado respeitante às vacinas foi o Regulamento de Execução (UE) 2021/111. Este institui o mecanismo de autorização de exportação de vacinas a países terceiros, de modo a não serem postos em causa os acordos de compra antecipada celebrados com os fabricantes de vacinas. Apesar disso, note-se que foram consagradas algumas exceções à necessidade de autorização, nomeadamente, as exportações para países COVAX ou para a UNICEF.

<sup>20</sup> Veja-se que a excede a estrutura da presente investigação uma análise minuciosa das disposições da OMC. Assim, a nossa análise será geral e focar-se-á nos aspetos que consideramos essenciais para compreender a problemática.

<sup>21</sup> Para uma análise mais completa dos artigos do GATT veja-se (Mavroidis, 2012) em especial p. 324 a 381.

<sup>22</sup> Os membros da OMC podem contestar tais medidas desde que provem que a mesma se trata de uma medida restritiva efetivada por meio de licenças de importação ou exportação ou outras medidas, relativa à importação ou exportação ou venda para exportação de qualquer produto

### a) Situação de escassez crítica

Desde logo, o **artigo XI:2 (a) GATT** admite que a regra não se aplica a (i) proibições ou restrições de exportação (ii) temporárias (iii) adotadas em resposta a *escassez crítica* de géneros alimentares ou outros *produtos essenciais*.

A autorização prevista pela UE para EPI e para vacinas consubstancia claramente uma limitação quantitativa à exportação, sendo esta limitada no tempo. Veja-se que as medidas devem ser temporárias, contudo, não se exige que se determine antecipadamente o prazo da medida, bastando que a mesma se destine a vigorar num determinado período de tempo ou para preencher uma necessidade passageira.<sup>(23)</sup> No caso, os Regulamentos de Execução (UE) adotados em virtude da pandemia tinham o seu hiato temporal previamente determinado, pelo que se cumpre este requisito.<sup>(24)</sup> *Mas terão tais medidas respondido a uma escassez crítica de um produto essencial?*

Por essencial, entende-se que se trata de um produto “absolutamente indispensável ou necessário”<sup>(25)</sup>, sendo que tal característica “atende às circunstâncias particulares que o Estado enfrenta, no momento em que a medida é aplicada”.<sup>(26)</sup> Por sua vez, *escassez crítica* considera-se uma “deficiência

– cfr. Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS438/AB/R), Argentina – Medidas de Importação AB-2014-9, parágrafos 5.216-5.218.

<sup>23</sup> Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS394/AB/R), China – Matérias-primas AB-2011-5, parágrafo 330.

<sup>24</sup> Por exemplo, o Regulamento de Execução (UE) 2020/402 que sujeitava a exportação de certos produtos a uma autorização de exportação, contudo, tal era aplicável pelo período de 6 semanas (artigo 3.º) ou o Regulamento de Execução (UE) 2021/442 que se destinava a vigorar entre 13 de março de 2021 e 30 de junho de 2021 (artigo 4.º). Note-se que este último acabou por ser alterado por se considerar que a situação fática persistia, mas sempre limitado no tempo.

<sup>25</sup> Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS394/AB/R), China – Matérias-primas AB-2011-5, parágrafo 326.

<sup>26</sup> Relatório do Painel (WT/DS394/R), China – Matérias-Primas, parágrafo 7.276.

de quantidade com importância decisiva ou num estágio de vital importância”.<sup>(27)</sup>

Quanto aos EPI, parece-nos que num momento inicial, de facto, houve uma busca exacerbada dos mesmos já que os mesmos se revelaram essenciais na contenção e combate à Covid-19, em especial para a proteção dos profissionais da linha da frente no combate à pandemia, pelo que nesse caso, parece-nos que se justificaria tal medida, até como medida antecipatória a uma escassez iminente.<sup>(28)</sup>

Uma vez que o artigo não limita “produtos essenciais” aos géneros alimentares<sup>(29)</sup>, será de incluir outros produtos, tais como os aqui em causa, na medida em que tais produtos eram essenciais para o bom funcionamento dos hospitais, i.e., prestação de cuidados de saúde, que é uma garantia essencial em qualquer época, ainda mais perante uma pandemia.

Ainda assim, não é claro que os EPI tenham o estatuto de “produto essencial”, até porque não devemos alargar o conceito em demasia, pois desse modo corremos o risco de admitir demasiadas restrições neste domínio. Assim, apesar de nos inclinarmos para considerar como “produto essencial”, admitimos que temos sérias reservas neste ponto. Além disso, com a evolução da pandemia terá deixado de se verificar uma situação de “falha crítica” que seja necessária prevenir ou aliviar.

Com o surgimento das vacinas, no intuito de alcançar a imunidade global, as medidas foram-se alargando às mesmas tendo a União Europeia limitado a exportação para Estados não membros.

<sup>27</sup> Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS394/AB/R), China – Matérias-primas AB-2011-5, p. 324.

<sup>28</sup> As medidas podem ser preventivas - cfr. Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS394/AB/R), China – Matérias-primas AB-2011-5, parágrafo 327.

<sup>29</sup> Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS394/AB/R), China – Matérias-primas AB-2011-5, parágrafo 326.

Neste domínio negamos a existência de uma situação de “escassez crítica” e que as vacinas constituam um “produto essencial” na aceção apresentada, pelo que não nos faz sentido invocar o artigo em análise.

Vimos que o artigo X:2 (a) restringe o escopo de aplicação do artigo XI:1.<sup>(30)</sup> Se se considerar estar em causa a isenção prevista no artigo XI:2 (a) então não se aplicam as exceções do artigo XX e a nossa análise termina nesse ponto.<sup>(31)</sup> À contrario, não se aplicando o artigo X:2 – o que nos parece que se verifica na situação em estudo -, cumpre analisar o artigo XX.

#### b) *Exceções à regra*

Perante um caso de violação da obrigação decorrente do GATT, é necessário proceder a um teste de dois níveis para que a medida seja admissível. Desde logo, a medida deve enquadrar-se numa das exceções do artigo XX e, além disso, é preciso cumprir o que se designa de “regra-chapéu” do artigo XX.

##### i) *A proteção da vida ou saúde*

Nas suas notificações à OMC, parece-nos que a UE teve em atenção a aplicação do **artigo XX (b)** que admite a adoção de medidas necessárias à proteção da vida ou *saúde* humana, animal ou vegetal, apesar de não fazer referência a qualquer disposição do GATT.<sup>(32)</sup>

<sup>30</sup> Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS438/AB/R), Argentina – Medidas de Importação AB-2014-9, parágrafo 5.219.

<sup>31</sup> Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS394/AB/R), China – Matérias-primas AB-2011-5, parágrafo 334. Nesse sentido, (Fu, McMahon, 2021, p. 33).

<sup>32</sup> A título de exemplo, veja-se a notificação de medidas restritivas adotadas pelo Regulamento de Execução (UE) 2020/402 na qual a União Europeia justifica a medida com base na “proteção da vida humana e saúde, *inter alia*”, disponível em <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filena=me=q:/G/MAQRN/EU4A1.pdf&Open=True>

Não obstante, alguns membros invocaram o artigo XI:2(a), outros o XX(b) e outros mencionaram ambos – cfr. (Pauwelyn, 2020, p. 737).

De acordo com a exceção, a medida deve ser *adequada e necessária* a proteger a vida humana. Assim, deve existir uma relação entre a medida e o objetivo, sendo essa medida necessária à proteção de tal interesse. A medida deve contribuir para o objetivo em causa, contudo, se existirem medidas menos restritivas que protejam a vida e saúde de igual forma, então devem ser essas as medidas escolhidas.<sup>(33)</sup> Cabe ao membro que adota tais medidas provar que é necessária para proteger a vida ou saúde, sendo que por necessidade se entende que a medida deve ser importante para cumprir o objetivo pretendido.<sup>(34)</sup>

Além disso, a medida deve obedecer à “regra-chapéu” do artigo XX, i.e., não pode constituir um meio de *discriminação arbitrária* ou *injustificada* ou uma restrição disfarçada. Assim, se um membro adota medidas apenas para alguns países, como aconteceu em alguns Regulamentos da UE que excluíram certos países do seu âmbito, será necessário analisar se a discriminação não é arbitrária ou injustificada.

O problema reside em saber o que se considera justificado. *Será que esta exigência da “regra-chapéu” atende à causa concretamente invocada? E se atende, então estará justificado (apenas) se invocar como legítima a discriminação de países com base na saúde?* Parece-nos ser esse o entendimento da OMC quando refere que há “discriminação arbitrária ou injustificável, na aceção do artigo XX, quando um Membro procura justificar a discriminação resultante da aplicação de sua medida por uma razão que não tem relação com o cumprimento do objetivo que se enquadre em um dos parágrafos do

Artigo XX, ou vá contra esse objetivo”.<sup>(35)</sup>

Assim, a discriminação deve ser justificada por razões de saúde. Mas não foram essas as razões invocadas pela UE para excluir determinados países. Na verdade, a União invocou o facto de alguns países terem iniciado um processo de integração profunda com a União, o que não é uma medida relacionada com a saúde, pelo que nos parece que a OMC possa não aceitar esta justificação, havendo uma violação das regras do GATT.<sup>(36)</sup>

#### ii) Escassez

Poderá ainda ser invocado o **artigo XX (j)** que atende à “falta de oferta geral ou local”. As medidas em causa são temporárias, pelo que apenas podem vigorar enquanto a causa que dá origem à mesma existir.

Este artigo consagra um propósito paralelo ao artigo XI:2 (a), contudo, diferentemente do artigo XI:2(a), a escassez não precisa de ser “crítica”, o que alarga o âmbito deste artigo. A escassez deve ser atual e não iminente<sup>(37)</sup>, mas uma vez que não precisa de ser crítica, basta que exista uma situação de escassez.

Esta escassez pode ser vista do ponto de vista local ou geral. Tal permite a adoção de medidas quanto há uma falta a nível internacional e o país exportador decide distribuir apenas pelos países onde as mesmas são necessárias.<sup>(38)</sup>

<sup>35</sup> Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS332/AB/R), Brasil – Pneus AB-2007-4, parágrafo 246.

<sup>36</sup> Dito de outra forma. Atendendo à dependência de alguns países da UE e ao facto de ser, quer importadora, quer exportadora i.e., atendendo ao facto do mercado de EPI ter relevantes conexões com países terceiros, a UE acabou por adotar exceções à necessidade de autorização, nomeadamente, para países EFTA e Balcãs Ocidentais. Estes argumentos são políticos, pelo que me parece que a justificação não é coincidente com o objetivo pretendido com a medida. Não obstante, as exceções relativamente à EFTA e países em união aduaneira podem ter por base o artigo XXIV.

<sup>37</sup> Relatório do Painel (WT/DS476/R), UE – Energia, parágrafo 7.1348.

<sup>38</sup> (Pauwelyn, 2020, p.739).

<sup>33</sup> Nesse sentido, (Glöckle, 2021, p. 208), (Fu, McMahon, 2021, p. 33). O Relatório do Órgão de Apelação (WT/DS332/AB/R), Brasil – Pneus AB-2007-4, parágrafo 139-143; e parágrafo 179, fala da adequação da medida para a proteção dos interesses (do objetivo) em causa.

<sup>34</sup> Veja-se que neste âmbito não se exige que as medidas sejam temporárias- cfr. (Pauwelyn, 2020, p. 738).

Neste caso, sendo adotadas medidas essenciais para aquisição ou distribuição de produtos, as medidas devem cumprir o princípio de que todos os membros da OMC têm direito a uma parte *equitativa* do fornecimento internacional.<sup>(39)</sup> Parece-nos que o artigo consagra uma verdadeira obrigação à *justa distribuição* entre os Estados.<sup>(40)</sup>

Esta alínea visa permitir a distribuição de mercadorias numa situação de emergência, o que pode incluir a invocação da pandemia. No âmbito dos EPI, vimos que houve uma incapacidade dos EM produzirem em quantidade suficiente, pelo que se justificaria a invocação da situação de escassez para permitir a justa distribuição de tal produto entre os Estados.

Além disso, a medida não pode constituir uma discriminação arbitrária ou injustificada. Assim, quando se excluem alguns membros, deve haver uma justificação.<sup>(41)</sup> Remetemos a questão para o exposto *supra*.

### iii) Outros

Há ainda quem inclua no artigo XX(i) os casos em que são necessários produtos para produzir medicamentos ou vacinas, por exemplo<sup>(42)</sup>, situação diferente da aqui em análise.

Além disso, há autores que indicam que pode ser invocado o artigo XXI (b) (iii) que prevê “ameaças à segurança”.<sup>(43)</sup> Sem desenvolver muito a ques-

ção, parece-nos que este artigo é restrito aos casos em que há uma situação de guerra e emergência, que ponha em causa a segurança do Estado. Esses interesses estão “relacionados com as funções por excelência do Estado, nomeadamente, proteção do território e ameaças externas”.<sup>(44)</sup>

Efetivamente pode haver uma ligação entre a segurança e a saúde<sup>(45)</sup>, tendo inclusive a ONU qualificado a Covid-19 como uma situação que põe em causa e a segurança internacional.<sup>(46)</sup> Mas isto por si só não é suficiente, pelo que não consideramos que este artigo seja aplicável.<sup>(47)</sup>

### 3. Considerações

Os Regulamentos de Execução adotados pela União estão de acordo com o Direito da União. Apesar disso, importa destacar a visão da Comissão que introduziu um novo conceito de “proporcionalidade” para a adoção de medidas restritivas, que avoca a solidariedade entre os Estados Membros.

Consideramos que a UE deve desempenhar um papel central na luta contra qualquer problema de saúde pública transfronteiriço. Parece-nos ser esse o caminho que está a ser trilhado, nomeadamente, com a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a ameaças transfronteiriças graves para a saúde<sup>(48)</sup>, onde se prevê regras a ser adotadas perante ameaças transfronteiri-

<sup>39</sup> Relatório do Painel (WT/DS476/R), UE- Energia, p. 7.247. O que pode levar a que membros da OMC invoquem o acesso a uma parte da produção mundial da mercadoria em causa.

<sup>40</sup> Apesar disso, esta é uma questão discutível cfr. (Glöckle, 2021, p. 212).

<sup>41</sup> (Glöckle, 2021, p. 213 e ss).

<sup>42</sup> (Pauwelyn, 2020, p. 741).

<sup>43</sup> Esta foi a justificação da Namíbia para restringir o uso de desinfetante, embora também invoque a proteção da saúde – Notificação à OMC G/TBT/N/NAM/2 (23 de abril de 2020), o que não nos parece aplicável ao caso.

<sup>44</sup> Relatório do Painel (WT/DS512/R), Rússia – Traffic in Transit, parágrafo 7.130.

<sup>45</sup> Tal já foi reconhecido pela OMS nos Regulamentos internacionais no domínio da saúde.

<sup>46</sup> Resolução 2532 (2020) de 1 de julho de 2020 do Conselho de Segurança da ONU. Além disso, vimos que durante a Covid-19 houve tensões entre membros da OMC, como é o caso do Reino Unido e União Europeia no caso das vacinas.

<sup>47</sup> No mesmo sentido, (Fu, McMahon, 2021). Diferentemente, ponderando a aplicação, (Glöckle, 2021).

<sup>48</sup> COM (2020) 727 final, 2020/0322 (COD), (11.11.2020)



riças graves para a saúde que passam, por exemplo, que os planos nacionais de preparação e resposta a estas situações devem ser coordenados e coerentes com o plano da União (artigo 6.º).

Por sua vez, o cumprimento do direito da OMC é uma questão complexa, que implica uma análise exaustiva das regras do GATT, a que não deixamos de fazer referência, por mais breve que seja.

Salientamos os artigos essenciais nesta matéria, concluindo que os artigos que melhor se enquadram no caso em apreço serão o artigo XX(b) e XX(j). Não obstante, parece-nos que a União terá dificuldade em provar o cumprimento da “regra-chapéu” pelas exceções introduzidas nos Regulamentos.

Apesar disso, a invocação do artigo X:2 ao invés das exceções do artigo XX é particularmente tentadora uma vez que nestes casos, cabe o Estado que não concorda com a medida provar que a mesma está ao abrigo da proibição geral do artigo X:1. Diferentemente, no caso das exceções do artigo XX o ónus da prova recai sobre o Estado que adota tais medidas.<sup>(49)</sup> Ainda assim, aquando da aplicação das regras da OMC, temos de ser cuidadosos ao analisar o que consideramos “produto essencial” de modo a não abrir demasiado a porta à possibilidade de futuras restrições, pelo que dificilmente a OMC enquadrará os bens em causa na categoria de “produtos essenciais”, razão pela qual temos reservas quanto à aplicação do artigo X:2.

Consideramos ainda que as regras da OMC são demasiado abrangentes nesta matéria e que, mesmo estando em causa razões de saúde pública (artigo XX (b)), deve ponderar-se a inclusão na “regra-chapéu” do requisito constante no artigo XX(j) relativo à obrigação à *justa distribuição* entre os Estados. Só desta forma consideramos estar perante

uma restrição justificada, que não põe em causa a comunidade internacional.

Em nenhum caso podemos esquecer que os Estados não são autossuficientes e que há questões de saúde pública que acabam por ultrapassar as fronteiras, devendo ter-se isso em atenção aquando de uma crise global. Este aspeto foi demonstrado ao longo da evolução das medidas. Ainda que (aparentemente) justificadas à luz do direito europeu e do direito da OMC, houve uma grande pressão para que as medidas fossem sendo alteradas e/ou revogadas.

Por fim, reconhecemos que OMC tem acompanhado de perto as medidas adotadas pelos vários Estados. Uma nova perspetiva sobre a saúde e o comércio começa a surgir, sendo que foi dado o mote para um futuro Acordo aberto a todos os membros da OMC, que abranja questões como as regras da OMC relativas ao comércio de bens essenciais e as restrições à exportação no domínio da saúde.<sup>(50)</sup>

Começa agora a questionar-se se a possibilidade de os Estados adotarem restrições nos termos enunciados deve ser restringida, surgindo propostas nesse sentido. Parece-nos que essa solução deve ser seguida. Apesar de aparentemente existirem causas que justifiquem as restrições, surge um novo paradigma que as põe em causa quando há efeitos negativos para a comunidade internacional.

Urge reanalisar o acordo GATT, confrontando-o com os vários desafios transfronteiriços, garantindo a *solidariedade* entre os vários membros da OMC e um fornecimento equitativo de bens nas situações em que os casos atendíveis pelas exceções

<sup>50</sup> Proposto pelo “Grupo de Otawwa” (13 membros da OMC). Cfr. Annual Report 2021, WTO, disponível em [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/anrep\\_e/anrep21\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep21_e.pdf)

Esta ideia recebeu o apoio da Comissão Europeia (veja-se o Comunicado de imprensa de 15 de junho de 2020 “Coronavírus: Comissão Europeia apoia iniciativa internacional para facilitar o comércio de produtos de cuidados de saúde”).

<sup>49</sup> Cfr. (Pauwelyn, 2020, p. 735).

afetam a comunidade como um todo, fazendo face a soluções unilaterais que esquecem o mundo globalizado em que vivemos.

### Conclusão

Atualmente, o direito permite uma ampla possibilidade de os Estados decretarem restrições, especialmente por razões de saúde pública (em especial, durante uma pandemia). Ainda assim, parece-nos que está a surgir a uma nova visão sobre as restrições ao comércio, por apelo à solidariedade internacional, que poderá conduzir a uma interpretação restritiva das exceções admitidas quer pela UE, quer pela OMC.

### Bibliografia

- FU, J., McMahon, J. A. (2021). The Global Scramble for PPE amid COVID-19: Lessons from the EU Export Restrictions and Import Facilitation through Regulatory Cooperation on PPE. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, 16(1): 25-58.
- GLÖCKLE, Caroline, (2021). 'Exempting and Justifying Covid-19 Related Export Restrictions Under WTO Law'. *Legal Issues of Economic Integration* 48 (2): 201-222.

- MARIANI, Paola, (2021). 'The EU Market in Times of a Global State of Emergency: Internal and External Trade Barriers in the Age of Pandemics'. *Legal Issues of Economic Integration* 48(1): 5-18
- MAVROIDIS, Petros C. (2012). *Trade in Goods*, Oxford University.
- PAUWELYN, Joost, (2020). "Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits Under International Trade Agreements", *Journal of World Trade* 54(5): 727-748.
- RUIJTER, Anniek de; BEETSMA, Roel; BURGOON, Brian; NICOLI, Francesco; VANDENBROUCKE, Frank, (2020). "EU solidarity in fighting COVID-19: State of play, obstacles, citizens' attitudes, and ways forward", Bénassy-Quéré, Agnes; Mauro, Beatrice Weder di (ed.), *Europe in the Time of Covid-19*, Centre for Economic Policy Research.

### Documentos

- Organização Mundial do Comércio, Índice analítico GATT 1994 – Artigo XI (Jurisprudência)
- Organização Mundial do Comércio, Índice analítico GATT 1994 – Artigo XX (Jurisprudência)