Capítulo 4

A Interpretação dos Tratados na OMC

4.1 A natureza da interpretação jurídica

No último capítulo da *Teoria pura do direito*, Kelsen discute a possibilidade de uma teoria científica da interpretação jurídica.[280] É óbvio que este problema, pelas implicações que possui, leva fatalmente ao tema da interpretação verdadeira no campo do direito. Kelsen distingue duas espécies de interpretação: a interpretação do direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada, que leva em conta especialmente a ciência do direito. A primeira é denominada *interpretação autêntica*, enquanto a segunda recebe o nome de *interpretação doutrinária*. Os atos dos juízes e tribunais que no curso do processo produzem enunciados normativos vinculantes quando estabelecem o conteúdo da lei não se confundem com os comentários e pareceres dos doutrinadores.

Kelsen assinala que a interpretação, entendida como o ato de estabelecer por via cognoscitiva o sentido do objeto a interpretar, deve contentar-se com a fixação da moldura que representa o direito a ser interpretado e com o conhecimento das possibilidades que ela oferece. Acredita que a interpretação de uma lei não conduz a uma única solução correta, mas a várias soluções de igual valor mesmo que apenas uma delas se torne direito positivo no momento em que o tribunal aplica a norma. Dizer que uma sentença judicial se funda na lei significa, simplesmente,

---

280 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 463-473.

que ela é uma das normas individuais passíveis de serem produzidas dentro da moldura da norma geral. Esta posição diverge, frontalmente, da teoria usual da interpretação para a qual a aplicação da lei ao caso concreto fornece, em todas as hipóteses, uma única solução correta.

A interpretação é para Kelsen ato de vontade e não de conhecimento, o que não dispensa, evidentemente, a necessidade de fundamentação das decisões em argumentos fornecidos pela dogmática. O órgão aplicador do direito procede nos limites da norma à escolha entre as várias alternativas possíveis. Na verdade, a interpretação autêntica pode criar direito não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, mas também na hipótese em que é produzida uma norma jurídica individual desde que o ato em questão não possa ser anulado ou tenha transitado em julgado. À ciência do direito compete, nesta perspectiva, apontar tão-somente as várias significações possíveis de uma norma jurídica. Incumbe-lhe evitar com a máxima diligência a ficção de que uma norma jurídica somente comporta a interpretação correta. Ocultar a pluralidade das significações em prol da univocidade do sentido das palavras teria efeito político e concorreria para aumentar o grau de segurança jurídica.

A concepção de Kelsen não enfrenta os principais desafios da hermenêutica jurídica contemporânea e não separa as opiniões do leigo dos estudos desenvolvidos pelos especialistas. Cumpre, por isso, compreender sob novo enfoque analítico a especificidade da interpretação jurídica, os pressupostos que a informam e as características que a tornam peculiar no campo das ciências humanas.

Não se deve confundir, preliminarmente, a interpretação jurídica com aquela que o historiador e o sociólogo realizam nos seus domínios de conhecimento. O interesse que anima historiadores e sociólogos é analisar os fatos para compreender as relações de causa e efeito que permitem explicar os fenômenos históricos e sociais. A interpretação jurídica, propriamente dita, não se contenta em captar pura e simplesmente o sentido da norma como uma atividade intelectual abstrata desvinculada da realidade. Mais do que desvendar o teor da regra a ser interpretada, o jurista a compreende em função de conflitos reais que precisam ser decididos. Problemas concretos e antagonismos cuja persistência ameaça a integração social reclamam decisões fundadas em normas previamente estabelecidas.

Grande parte do trabalho doutrinário se dirige a forjar critérios para a aplicação do direito positivo de tal sorte que as decisões não sejam obra do arbítrio. A interpretação jurídica assume, nessas condições, feitio eminentemente dogmático. A dogmática jurídica notabiliza-se por duas características essenciais:

a) *vinculação à norma, ponto de partida da interpretação*. O raciocínio do intérprete origina-se na regra posta, postulado inquestionável do pensamento dogmático. Tudo gira em torno de se encontrar soluções válidas no interior do ordenamento vigente em um momento histórico;

b) proibição do *non liquet*, ou seja, os juízes e tribunais não se absterão de julgar os conflitos a pretexto de que não há norma que os regule. O compromisso com a decidibilidade suprime completamente a probabilidade de que alguma controvérsia não possa ser decidida.

A interpretação jurídica determina o conteúdo da norma, fixa o seu significado em meio a múltiplas significações possíveis. Trata-se, pois, da definição do sentido da norma que lhe delimita o alcance e o horizonte de aplicação. Este é um processo de individualização em que se passa da norma geral para a decisão concreta e particular. A doutrina sublinha o vínculo estreito que une a interpretação e a aplicação do direito.[281] Se a interpretação verifica se uma dada situação fática corresponde à conduta descrita pela norma, a aplicação é a operação que assegura a passagem do abstrato ao concreto ao determinar as conseqüências da regra cujo sentido é extraído pela interpretação. A aplicação requer, por sua vez, a qualificação normativa dos fatos, já que é necessário examinar se uma dada situação concreta corresponde ao que foi descrito abstratamente pela norma. Não é por outra razão que Kelsen afirma ser a norma um esquema de interpretação da realidade ao transformar atos subjetivos em atos objetivamente válidos. Assim, por exemplo, a troca de cartas entre comerciantes, a disposição de bens para depois da morte e os atos de uma assembléia convertem-se em contrato, testamento e deliberações parlamentares graças à norma jurídica que os regula.[282]

A causa de muitos problemas interpretativos repousa no fato de que as normas jurídicas disciplinam as condutas humanas por meio de signos lingüísticos que ora se baseiam no sentido corrente das palavras (aspecto onomasiológico), ora privilegiam o significado normativo (aspecto semasiológico).[283] O legislador usa, simultaneamente, palavras retiradas da linguagem cotidiana e vocábulos aos quais confere significado técnico para a obtenção dos fins almejados. O sentido técnico, todavia, não se desprende totalmente do significado ordinário, tornando-se fonte de dúvidas e incertezas. Além disso, a maioria dos símbolos da linguagem natural é semanticamente vaga e ambígua. Um símbolo é vago quando o seu possível campo de referência é indefinido. A palavra *pessoa* inserida em uma prescrição denota um campo de objetos que não é claramente definido, já que a noção de *pessoa* pode ser definida segundo diferentes pontos de vista. Por outro lado, um símbolo é ambíguo quando é possível usá-lo para um campo de referência com intenção diferente ao manifestar qualidades diversas.[284] Por exemplo, na prescrição "seduzir mulher honesta, a pena será de x anos", a palavra "honesta" tem sentido indefinido, conotando várias significações. As definições conotativas esclarecem

---

281 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 258.

282 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. op. cit., p. 20-21.

283 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 251.

284 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 255.

o sentido de um termo conforme a intenção com que ele é empregado. É o que acontece quando se diz que a mulher honesta exibe as seguintes qualidades...

Algumas palavras, como inteligente, alto, pesado ou longe, fazem referência a propriedades que existem na realidade em graus diversos, sem que o significado de tais termos inclua limites quantitativos para a sua aplicação. Carlos Santiago Nino[285] divide a realidade em três zonas distintas: de claridade, composta por fatos denotados com clareza pela palavra; de obscuridade, formada por fatos a propósito dos quais não se pode com certeza afirmar que a palavra a eles não se aplica; e de penumbra, constituída por fatos que ensejam dúvida sobre o uso ou não de um vocábulo. Recorda que não há dúvida de que é alto um homem que mede acima de 1,80 m e é baixo alguém que mede menos de 1,60 m. Mas é incerto se um homem que mede 1,70 m pode ser chamado de alto ou baixo.

Dificuldades surgem, ainda, nas situações em que não há propriedades que sejam isoladamente indispensáveis para o uso de um termo e quando é impossível apontar uma lista completa das propriedades necessárias para o emprego da palavra, já que permanece aberta a possibilidade de novas propriedades não consideradas que autorizem o uso do vocábulo em causa. O Código Penal estipula: "É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (artigo 26). É incerto qual deve ser a medida exata da alteração mental para que se proceda à isenção da pena.

As conexões sintáticas entre os símbolos deixam vez por outra o intérprete sem saber qual é a alternativa a escolher entre as opções que se lhe oferecem. Quando se afirma que é proibido fumar charutos ou cigarros na sala de cinema, o conectivo *ou* pode ser interpretado quer como disjunção excludente, de tal sorte que o enunciado é verdadeiro somente se ocorrer uma das alternativas mencionadas, quer com significado de disjunção includente, ocasião em que o enunciado é verdadeiro quando ocorre uma ou todas as alternativas possíveis. Os símbolos possuem também funções pragmáticas diferentes, tendo em vista a realização de propósitos distintos.[286] A oração "as praias são de uso comum" pode ser mera descrição (uso descritivo), expressar um protesto político (uso expressivo), designar uma regra geral de conduta (uso diretivo) ou ser uma indicação para que alguém retire uma cerca (uso operativo).

Miguel Reale alerta que a hermenêutica jurídica não se reduz à pura explicitação lógico-formal das relações ínsitas na estrutura das proposições jurídicas. O ato normativo e o ato interpretativo são elementos que se co-implicam e se inte-

---

285 SANTIAGO NINO, Carlos. op. cit., p. 264.

286 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 255.

gram, razão por que só por abstração se consegue separá-los.[287] O legislador e o intérprete não apreciam a norma jurídica com a mesma perspectiva. O primeiro procura expressar uma relação complexa de fatos e valores destinada, em princípio, a atender a exigências sociais de certeza e de segurança, em um dado ambiente histórico-cultural. O segundo, por sua vez, visa compreender a norma para aplicar o significado nela objetivado, tendo presentes os fatos e valores dos quais a mesma promana, assim como os fatos e valores supervenientes. Nessa acepção, a vontade responsável pelo aparecimento da norma não se esgota no momento da formulação normativa, mas continua a desenvolver-se a partir do querer objetivante originário.

Reale pondera que a procura da "intenção do legislador" ou de sua "presumida intenção" só pode significar a procura e determinação das valorações originárias que condicionaram a objetivação normativa.[288] Seria um erro, no entanto, desprezar os valores supervenientes que emergiram com as transformações das pautas axiológicas dos comportamentos sociais.

> É essencial, pois, para o intérprete saber que lhe cabe compreender, na plenitude de seu desenvolvimento, o conteúdo de uma prescrição axiológica tal como esta significa objetivamente na fórmula normativa, que se torna autônoma desvinculando-se de suas fontes originárias, é certo, mas, até certo ponto, como uma cápsula, digamos assim, que, ao se desprender de um foguete espacial, conserva o impulso e a direção do engenho propulsor, como condição de sua própria trajetória: só que no direito a trajetória pode sofrer alterações, utilizando-se o operador do impulso, imanente à norma para fins originariamente não previstos.[289]

As características da hermenêutica jurídica se resumem, na opinião de Miguel Reale, em quatro conclusões:

a) toda norma por ser sempre representação de um valor e objeto de volição, jamais pode deixar de ser interpretada, não podendo haver norma que dispense interpretação (essencialidade do ato interpretativo);

b) toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa (essencialidade axiológica do ato interpretativo);

c) toda interpretação se acha condicionada por um complexo de situações fáticas, a começar cronologicamente por aquela que havia condicionado

---

287 REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 247.

288 REALE, Miguel. op. cit., p. 250.

289 Ibid., p. 250.

originariamente a objetivação da norma (essencialidade da condicionalidade fática do ato interpretativo);

d) toda interpretação tem como pressuposto o caráter necessariamente lógico da proposição normativa, não obstante possa ter sido o resultado de fatores alógicos (essencialidade lógica do ato interpretativo).[290]

A finalidade do direito não é, tão-somente, proporcionar segurança jurídica pela previsibilidade dos direitos e obrigações de cada um ou promover a justiça enquanto tratamento igual de situações semelhantes, mas realizar a eqüidade, compreendida como conformidade às aspirações do meio.[291] Por essa razão, o raciocínio do juiz deixa de ser puramente analítico, partindo das premissas para as conseqüências, para assumir forma dialética. As conseqüências que extrai com a utilização do raciocínio dedutivo poderão ser avaliadas consoante a finalidade das instituições jurídicas, e se elas parecerem inadmissíveis deste último ponto de vista, o juiz tem a prerrogativa de remontar das conseqüências às premissas para lhes modificar, se for o caso, o sentido e alcance.

Uma das principais tarefas da interpretação jurídica é dar solução para os conflitos entre as regras e hierarquizar os valores que elas protegem. O papel do juiz é, assim, decidir de acordo com o direito e a justiça, com a consciência de que as decisões integrarão o ordenamento jurídico que lhe incumbe aplicar.[292] Nessa atividade, as técnicas de interpretação, na qualidade de recursos fornecidos pela lógica jurídica, no sentido de lógica do razoável e não de lógica formal, auxiliam o juiz a expressar, por meio da argumentação apropriada, o que lhe ditam o seu senso de eqüidade e o compromisso de preservar a ordem jurídica a que ele está vinculado.

Desde o século XIX, duas correntes digladiam-se sobre a determinação do sentido da norma jurídica.[293] Os subjetivistas desejam compreender a intenção do legislador e se socorrem para este fim das técnicas que lhes facultam alcançar os resultados esperados. O uso do método histórico ajuda a desvendar os fatos, valores e interesses que explicam a existência da norma. Os objetivistas, por seu turno, acreditam que a significação normativa depende de fatores objetivos, que de certo modo se emancipam do querer originário do legislador. Para os objetivistas, a vontade do legislador não passa de ficção, já que ele não se confunde com uma pessoa capaz de ser facilmente identificada. O legislador seria, em verdade, uma competência legal na medida em que a vontade só se exprime validamente se

---

290 REALE, Miguel. op. cit., p. 250-251. Sobre interessante visão da hermenêutica jurídica na Filosofia do Direito contemporânea cf. DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 33.

291 PERELMAN, Chaim. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit:* au-delà du positivisme juridique. Paris: LGDJ, 1984. p. 103.

292 PERELMAN, Chaim. op. cit., p. 103-104.

293 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 263.

obedecer aos requisitos impostos pelo sistema jurídico. O intérprete deve confiar em que a norma, por si só, é plena de significação, dispensando quaisquer investigações psicológicas sobre a possível vontade do legislador.

Os subjetivistas replicam que o exame dos documentos e dos debates subjacentes à criação da norma reclama, necessariamente, o apelo à figura do legislador. As incertezas interpretativas não desaparecem, ademais, se for considerado, unicamente, o mero texto da norma. Nesse quadro, a valorização do intérprete acabaria por redundar na diminuição da segurança jurídica.[294] A polêmica entre subjetivistas e objetivistas, que não se resolve com os argumentos e contra-argumentos apresentados, serviu de referência para que a Convenção de Viena procurasse instituir uma abordagem integrada em matéria de interpretação dos tratados.

4.2 A interpretação na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados

Convém assinalar, desde logo, a especificidade que cerca a interpretação dos tratados.[295] Produto do concurso de vontades manifestadas por Estados soberanos, o tratado celebra a mútua concordância sobre a via preferível para a regulação jurídica de um dado complexo fático. Os Estados gozam, em princípio, de grande liberdade na elaboração do texto convencional num ambiente em que o formalismo não se apresenta como a nota dominante. Eles são, ao mesmo tempo, os sujeitos e destinatários das obrigações assumidas, peculiaridade que por si só marca a diferença em relação à interpretação da lei ou do contrato.

O desentendimento em torno de algum dispositivo pressupõe, ademais, a escolha dos meios hábeis para pôr fim à controvérsia. Nesse contexto, a interpretação do tratado visa a assegurar o respeito à soberania e ao princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual as obrigações contraídas serão regularmente cumpridas. Na história do direito internacional moderno a interpretação dos tratados foi, até a segunda metade do século XX, um tema eminentemente jurisprudencial em virtude da ausência de normas convencionais sobre o assunto.

Grotius e outros juristas posteriores aplicaram as regras de hermenêutica do direito romano à interpretação dos tratados. Além disso, era comum que a aquiescência sobre o conteúdo de uma cláusula, obtida por meios informais, compelisse as partes a darem plena efetividade ao compromisso estabelecido. Em outras ocasiões, o consenso, envolto em maior formalismo, exprimia-se em uma declaração,

---

294 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 263-264. Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968. p. 92-135; REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 445-452.

295 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. op. cit., p. 445-452.

protocolo interpretativo ou tratado suplementar.[296] Sob esse prisma, a interpretação efetuada por um terceiro, juiz ou árbitro, aparecia apenas quando as partes divergiam a respeito do sentido dos dispositivos do tratado.

Longe de ser apanágio dos compromissos obscuros, repletos de dúvidas e incertezas, que desafiam a argúcia do julgador, a interpretação é inerente à vida dos tratados. Esse fato foi captado e assim expresso por Sinclair:

> Every text, however, clear on its face, requires to be scrutinised in its context and in the light of the object and purpose which it is designed to serve. The conclusion which may be reached after such a scrutiny is, in most instances, that the clear meaning which originally presented itself is the correct one, but this should not be used to disguise the fact that what is involved is a process of interpretation.[297]

A famosa máxima de Vattel segundo a qual "*il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation*", nesse sentido, é uma petição de princípios, já que constata o resultado do processo de interpretação ao invés de indicar uma regra fundamental da hermenêutica jurídica. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados[298] cuidou da interpretação em três artigos distintos, que formam um sistema coerente e harmônico, capaz de servir de importante guia para a atividade hermenêutica. O escopo não foi efetuar uma compilação exaustiva das máximas e dos cânones interpretativos que os tribunais internacionais consolidaram ao longo do tempo. A tarefa se restringiu, tão-somente, à seleção dos princípios mais relevantes que a jurisprudência internacional cristalizou nessa matéria, de tal maneira que não se excluiu o eventual uso de critérios que não se encontram expressamente contemplados pela Convenção de Viena.

Existe, na realidade, grande quantidade de princípios que os tribunais internacionais corriqueiramente utilizam, e que auxiliam a apreciar o significado das expressões empregadas nos tratados internacionais; o recurso a estes princípios é discricionário e pode ser utilizado pelo intérprete em circunstâncias particulares. Enquanto o artigo 31 enuncia a regra geral de interpretação, o artigo 32 prevê o recurso aos meios complementares, e o artigo 33 disciplina a interpretação dos tratados autênticos em duas ou mais línguas. As regras da Convenção de Viena não descrevem o processo hermenêutico em si mesmo, mas se organizam em função da tentativa de avaliar o peso dos elementos que participam do processo. Não há uma hierarquia rígida entre a regra geral e os meios suplementares; espera-se, ao contrário, que o intérprete lance mão de todos os instrumentos que lhe permitam

---

296 OPPENHEIM, Lassa. *International law:* a treatise. Oxford: Longmans, 1920. v. 1, p. 700.

297 SINCLAIR, Ian. *The Vienna Convention on the law of treaties.* Manchester: Manchester University Press, 1984. p. 116.

298 AGO, Robert. Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 134, n. 3, p. 327-329, 1971.

desvendar o sentido do texto, entre os quais os trabalhos preparatórios e as circunstâncias que acompanharam a conclusão do tratado.

A própria CDI, convencida do valor intrínseco dos vários princípios interpretativos, concluiu que "*any attempt to codify the conditions of the application of those principles of interpretation whose appropriateness in any given case depends on the particular context and on a subjective appreciation of varying circumstances would clearly be inadvisable*".[299] É certo que o texto convencional é o ponto de partida para a interpretação. Sucede que às vezes o texto e mesmo o contexto, são notoriamente insuficientes para revelar o sentido procurado; o exame das circunstâncias presentes por ocasião do nascimento do ajuste torna-se então um imperativo inafastável.

Por outro lado, os tratados autênticos firmados em duas ou mais línguas originam freqüentemente problemas complexos referentes ao esclarecimento do exato teor das expressões usadas. Com grande senso de oportunidade, a Convenção, ao abordar o tema da interpretação dos tratados, combinou os métodos textual, intencional e funcional.

O artigo 31.1 sacramentou o compromisso entre aqueles que pretendiam restringir a interpretação ao texto dos tratados e aqueles que queriam buscar num contexto mais amplo o significado dos termos empregados.

4.3 A interpretação dos tratados na OMC

No campo comercial, os painéis do GATT relutaram, inicialmente, em aplicar à solução de controvérsias os princípios interpretativos forjados pelo direito internacional público. A resistência diminuiu à proporção que se adensou a "juridicidade" do mecanismo de resolução de disputas.[300]

Desde o início, o Órgão de Apelação considerou que o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é parte das regras costumeiras de interpretação do direito internacional público e, como tal, preenche os requisitos do artigo 3.2 do ESC. Com isso, o artigo 31 tornou-se o ponto de partida para a interpretação dos tratados da OMC pelos painéis e pelo Órgão de Apelação.[301]

---

299 ILC Yearbook, p. 218, 1966-II, apud SINCLAIR, Ian. *The Vienna Convention on the law of treaties*. op. cit., p. 18.

300 ABI-SAAB, Georges. The Appellate Body and treaty interpretation. In: SACERDOTI, Giorgio; YANOVICH, Alan; BOHANES, Jan (Org.). *The WTO at ten:* the contribution of the dispute settlement system. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 453-464.

301 BAPTISTA, Luiz Olavo. Interpretation and application of WTO rules: Florentino Feliciano and the first seven. In: CHARNOVITZ, Steve; STEGER, Debra P., BOSSCHE, Peter van den (Ed.). op. cit., p. 127-135.

Houve, nesse ponto, uma ruptura em relação à prática do GATT, em que os painéis examinavam com freqüência o histórico das negociações para apurar a verdadeira intenção das partes. Na sistemática da Convenção de Viena, os trabalhos preparatórios têm função suplementar e servem para confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou para determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com esse artigo, deixa o sentido ambíguo ou obscuro ou conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.[302]

O Órgão de Apelação interpreta os acordos da OMC levando em conta o significado ordinário das palavras, com referência ao contexto, e à luz do objeto e propósito do tratado.[303] A definição dada pelos dicionários a um termo costuma ser o ponto de partida da interpretação. O contexto serve, na OMC, para desvendar o significado de um dispositivo, tendo em vista a globalidade do tratado e o teor de outros acordos que com ele se relacionam. O recurso ao artigo 31 não cerceou o uso de outros princípios por parte do Órgão de Apelação. Nessa linha, o princípio da interpretação efetiva logo recebeu consagração jurisprudencial, na medida em que se aceitou que um tratado não possui termos e disposições inúteis ou destituídos de significado. Parece claro que não só o artigo 31, mas também os artigos 32 e 33 são aplicáveis à solução de controvérsias na OMC.

A natureza institucional da OMC, cuja especificidade sobressai entre as organizações internacionais, concorre para o desenvolvimento das regras sobre a interpretação dos tratados. Os compromissos que regulam matérias inseridas no âmbito de competência da OMC relacionam-se entre si e devem ser interpretados segundo o princípio do acordo único, como o Órgão de Apelação já assinalou. Conquanto incompatibilidades possam existir, eles serão interpretados de forma integrada, tendo em vista propósitos comuns que dão sentido e coerência às cláusulas isoladas.

Por outro lado, problema de grande sensibilidade concerne à relação entre os tratados da OMC e outros acordos internacionais. Esta questão assume enorme relevo em algumas áreas, como a preservação do meio ambiente e a formação dos acordos regionais de comércio. É preciso investigar, também, o reflexo que a celebração de compromissos internacionais, após a criação da OMC, exerce sobre a interpretação das convenções que integram o sistema multilateral de comércio. Além disso, a atitude do Órgão de Apelação de interpretar os acordos da OMC

---

302 YERXA, Rufus. The power of the WTO dispute settlement system. In: _____; WILSON, Bruce (Org.). *Key issues in WTO dispute settlement:* the first ten years. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 3-6. Cf. ABI-SAAB, Georges. The WTO dispute settlement and general international law. In: YERXA, Rufus; WILSON, Bruce (Org.). op. cit., p. 7-11. Cf. FABRI, Hélène Ruiz. Le juge de l'OMC: ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, n. 1, p. 39-83, janv./mars 2006.

303 MARCEAU, Gabrielle. Pratique et pratiques dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). In: COLLOQUE DE LA SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, 37., 2003, Geneve. *La pratique et le droit international*. Paris: A. Pedone, 2003. p. 194-197.

com base na Convenção de Viena fornece um guia não só para os painéis, mas para os membros que procuram conduzir-se nos limites das obrigações contraídas. O Órgão de Apelação compreendeu, muito cedo, a função "constitucional" que desempenha na elucidação do significado e alcance das normas que interpreta. A OMC é, assim, um sistema de regras, cujo significado é definido pela atuação de órgãos jurisdicionais.

O uso da Convenção de Viena pelo Órgão de Apelação contribui para promover a coerência entre as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias e de outras instâncias jurisdicionais, sobretudo a Corte Internacional de Justiça. Outra conseqüência associada a este expediente é o aumento da legitimidade e aceitação política das decisões do Órgão de Solução de Controvérsias, em nítido fortalecimento das funções que lhe foram atribuídas desde a criação da OMC.[304]

4.3.1 Sentido ordinário e sentido particular

Ponto de partida do processo interpretativo, o texto convencional é a expressão objetiva do consenso entre as partes, o documento que, por sua natureza, garante estabilidade ao que foi pactuado. Ele é, igualmente, o espelho fiel da vontade dos Estados, o símbolo concreto do entendimento alcançado sobre questões de interesse comum. É falso imaginar que a valorização do texto importe, necessariamente, em se atribuir importância menor à busca da intenção dos Estados ao concluírem o tratado. Na verdade, a descoberta da intenção se realiza pelo exame cuidadoso do instrumento convencional, já que a linguagem, carregada de intencionalidade, exterioriza desejos e finalidades a atingir.

Os redatores da Convenção de Viena estavam cientes, desde o início, das dificuldades decorrentes da grande diversidade de significado das palavras. Este foi o motivo da previsão feita pelo artigo 31 de que o sentido da expressão *significado ordinário* deve ser determinado em função do contexto e à luz do objeto e fim do tratado. Reproduziu-se, nesse particular, a Resolução do Instituto de Direito Internacional, adotada na reunião de Granada de 1956, e consagrada pela jurisprudência. A expressão *significado ordinário* ganhou, assim, dimensão concreta, extraída da investigação do tratado como sistema integrado de normas, cujo fim orienta a interpretação das cláusulas que o compõem.

Descartou-se qualquer prioridade concedida ao sentido literal da linguagem, em razão da impossibilidade de se chegar a resultados satisfatórios. Somente a preocupação com a globalidade do ajuste é apta para dissolver os eventuais equívocos a que conduz a aplicação exclusiva do método gramatical e fornecer o sentido

---

[304] PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Dispute settlement in international economic law: lessons for strengthening international dispute settlement in non-economic areas. *Journal of International Economic Law*, Washington, v. 2, n. 2, p. 209, 1999.

de cada estipulação como parte da totalidade do tratado, em estreita conexão com o que se quer alcançar. A jurisprudência internacional admite, em consonância com a posição da doutrina mais abalizada, que o sentido ordinário é aquele que as palavras tinham à época da conclusão do tratado.

No julgado relativo aos direitos dos cidadãos norte-americanos no Marrocos, a CIJ assim se pronunciou:

> Il faut également tenir compte du fait qu'à l'époque où ces deux traités furent conclus la distinction nette entre les affaires civiles et criminelles ne s'était pas encore dégagée au Maroc. C'est pourquoi il faut interpréter le terme "différend" tel qu'il figure dans l'article 20, comme visant tant les affaires civiles que les affaires criminelles.[305]

Na OMC, o Órgão de Apelação recorre usualmente aos dicionários no afã de desvendar o significado ordinário das palavras. A tarefa é ainda mais árdua porque se os vocábulos exibem, não raro, múltiplos sentidos em uma mesma língua, a redação dos tratados em três línguas diferentes na OMC aconselha a comparação do sentido que os termos têm nas várias versões de um mesmo acordo.

No caso EC – Asbestos[306] o Órgão de Apelação valeu-se dos dicionários da língua inglesa e espanhola. No caso Argentina – Footwear (EC),[307] o painel concluiu que as versões em inglês e em francês do texto do Acordo sobre Salvaguardas têm idêntico sentido, ao passo que a versão em espanhol é ambígua. É claro que a interpretação que conduza a um significado manifestamente absurdo ou não razoável deve ser evitada desde que, para tanto, sejam apreciadas tanto a história quanto a finalidade do acordo. Os tratados, via de regra, são redigidos com o concurso da linguagem natural, mas as partes podem lançar mão de termos técnicos e emprestar sentido especial à linguagem empregada. O significado ordinário coincidirá, nessa hipótese, com o sentido particular definido pela Convenção.

O artigo 31.4 da Convenção de Viena prescreve que "um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes". O ônus da prova pertence a quem alega a existência do significado especial, como ressalta o parecer consultivo da CPJI sobre a interpretação da Convenção sobre o Trabalho Noturno das Mulheres:

> si l'article 3 de la Convention de Washington doit être interprété comme ne s'appliquant pas aux femmes qui occupent des postes de surveillance ou de direction et qui n'effectuent pas normalement un travail manuel, il est nécessaire de trouver un motif valable pour donner à la disposition

---

305 Caso Nacionais dos EUA no Marrocos, p. 189.

306 Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, par. 91.

307 Panel Report, *Argentina – Footwear*, nota de rodapé 530.

une interprétation autre que celle qui est conforme au sens naturel de ses termes.[308]

No parecer consultivo sobre as condições de admissão de um Estado como membro das Nações Unidas, a CIJ entendeu que: "pour admettre une autre interprétation que celle qu'indique le sens naturel des termes, il faudrait une raison décisive qui n'a pas été établie".[309] O Órgão de Apelação fez uso dos INCOTERMS 1990 da Câmara de Comércio Internacional de Paris para interpretar a expressão *preço de importação CIF* constante do artigo 5.1 (b) do Acordo sobre Agricultura.[310] O sentido especial ou particular não determinado, em algumas hipóteses, só é efetivamente elucidado pela observação da atividade regulatória exercida por outras organizações internacionais.

4.3.2 Interpretação evolutiva

O tratado internacional não se encontra no vazio, à semelhança de um universo fechado que não se comunica com o mundo exterior. O direito internacional rege os vários momentos em que a sua existência se subdivide, desde a formação até a extinção do vínculo obrigacional. É lógico, por isso, que o direito internacional existente à época da conclusão do tratado especifique o alcance das obrigações contraídas. A gênese do tratado sofre a influência direta do direito internacional em vigor, pois as partes projetam o futuro acordo a partir do quadro normativo que organiza as relações interestatais. Com a finalidade de se amoldar aos fins perseguidos, o novo acordo pode desenvolver o direito positivo, preencher as lacunas e derrogar certas normas, com exceção apenas das regras imperativas de *jus cogens*.

Mas é necessário notar que o direito internacional existente nesse período é o único capaz de iluminar o processo formativo do tratado. M. Huber afirmou, a esse respeito, na sentença arbitral que decidiu o caso relativo à Ilha de Palmas: "*Un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque, et non à celle du droit en vigueur au moment où s'élève ou doit être réglé un différend relatif à cet acte.*"[311] As mudanças subseqüentes da ordem jurídica tendem a repercutir na convenção, ora limitando o alcance de certas cláusulas, ora acarretando a extinção

---

308 Caso Convenção sobre o Trabalho Noturno das Mulheres, p. 373.

309 Caso Admissão de Estado Membro à ONU, p. 63.

310 Appellate Body Report, *EC – Poultry*, nota-de-rodapé original 89.

311 COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE. Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928 par Max Huber, entre les États-Unis et les Pays-Bas, dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas). Tradução para o francês de Charles Rousseau. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 42, 3. série, t. 9, n. 2, p. 172, mars/avril 1935.

total ou parcial do estipulado. Logo, é preciso examinar o tratado à luz do direito internacional vigente no instante em que a interpretação é efetuada.

No primeiro relatório apresentado à Comissão de Direito Internacional o *rapporteur* Especial, Sir. Humphrey Waldock, recomendou que o tratado deveria ser interpretado com base nas regras de direito internacional em vigor à época de sua conclusão.[312] Tounkin, no curso dos debates da Comissão de Direito Internacional sobre a Matéria, alertou que: "*s'il est vraiment nécessaire de mentionner les règles de droit international, il faut que ce soit les règles en vigueur au moment où le traité doit être interprété*".[313] A Comissão, porém, ao discordar da sugestão feita pelo *rapporteur*, notou que a evolução do direito internacional após a conclusão do tratado afeta a compreensão do sentido e alcance do compromisso firmado.

A Convenção de Viena não fez menção explícita a requisitos de ordem temporal suscetíveis de restringir as normas internacionais aplicáveis. A tese dominante na doutrina e na jurisprudência compartilha a crença de que há uma autorização implícita para a aplicação do direito internacional existente quando a eclosão de uma controvérsia exigir a elucidação do exato teor do enlace convencional.[314] O artigo 31.3 (c) referiu-se, genericamente, "a qualquer regra pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as partes". Dada a falta de restrição expressa quanto às fontes, são aplicáveis à espécie as regras convencionais, as normas consuetudinárias e os princípios gerais de direito. As regras necessitam ser comuns e guardar relação com o tratado, com as normas que o regem ou com a matéria por ele versada ou, ainda, esclarecer certas noções contempladas pela convenção.

A interpretação evolutiva é utilizada, em especial, nos tratados que promovem o desenvolvimento progressivo do direito internacional e naqueles que abrigam expressões como ordem pública, bons costumes, emergência nacional ou competência exclusiva. A CPJI, no parecer consultivo sobre os Decretos de Nacionalidade promulgados na Tunísia e no Marrocos, ao interpretar a expressão "competência exclusiva" inserida no artigo 15, parágrafo 8º, do Pacto da Sociedade das Nações, realçou que:

> la question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un État est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux. C'est ainsi que, dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans ce domaine réservé.[315]

---

312 Troisième Rapport. *Annuaire de la CDI*, v. 2, p. 53.

313 *Annuaire de la CDI*, v. 1, p. 216, n. 64, 1966.

314 YASSEEN, Mustafa Kamil. L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 151, n. 3, p. 68, 1976.

315 Decretos de Nacionalidade, p. 24.

As noções de conteúdo variável, vago e indeterminado, são introduzidas nas leis internas e nos tratados internacionais devido à impossibilidade de regular todos os comportamentos possíveis em face da mutabilidade das circunstâncias. O poder de apreciação reservado ao juiz ou árbitro guarda relação em cada caso com o grau de indeterminação das normas jurídicas. Quanto mais vagas e indeterminadas elas forem, maior será a necessidade de intervenção do julgador para preencher o seu conteúdo. Nos tratados comunitários, as noções de conteúdo indeterminado deram ao Tribunal de Justiça das Comunidades Européias poderes extremamente amplos, que acabaram por redundar numa jurisprudência inovadora comprometida em consolidar a integração. Prova disso é a noção de proporcionalidade usada para limitar a arbitrariedade dos Estados no tocante à violação do direito europeu.

Eventuais violações por parte dos Estados são aceitas apenas se forem necessárias, o que sempre pressupõe o exame da realidade concreta em que o Estado se move. A indeterminação resulta do número de variáveis que devem ser consideradas e do peso relativo que a apreciação judicial lhes atribuirá. A limitação da arbitrariedade que advém deste poder torna-se essencial para garantir, ao mesmo tempo, a segurança jurídica e a adaptação do direito às transformações sociais e às exigências de justiça que o direito persegue.[316]

A interpretação evolutiva marca a experiência jurisprudencial da CIJ, que, no parecer consultivo sobre as Conseqüências Jurídicas para os Estados da Presença Continuada da África do Sul na Namíbia, advertiu que os instrumentos internacionais devem ser interpretados e aplicados no quadro do sistema jurídico em vigor à época da interpretação. No caso Gabcikovo-Nagymaros, que concerne aos riscos ecológicos derivados da construção de barragens no Rio Danúbio, previstas pelo tratado bilateral firmado pela Hungria e Tchecoslováquia, em 1977, a CIJ estimou que, quando o tratado inclui obrigações contínuas, o intérprete deve atentar para as normas surgidas posteriormente. De modo similar, o Órgão de Apelação, no caso US – Shrimp,[317] interpretou de forma evolutiva o sentido da expressão "recursos naturais exauríveis", que se encontra no artigo XX (g) do GATT de 1994.

O relatório fez referência à Convenção sobre Diversidade Biológica, ao Acordo CITES e à Convenção sobre o Direito do Mar. O disposto no preâmbulo do Tratado Constitutivo da OMC de que o uso dos recursos mundiais respeitará o princípio do desenvolvimento sustentável desempenhou papel significativo para formar a convicção dos julgadores de que o artigo XX (g) do GATT de 1994 não recobre unicamente os recursos naturais não exauríveis. É conveniente frisar os limites da interpretação evolutiva em virtude de eventuais dificuldades de conciliá-la com o princípio *pacta sunt servanda*, responsável por garantir a segurança jurídica em

---

316 PERELMAN, Chaim. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit.* op. cit., p. 134-135.

317 Appellate Body Report, *US-Shrimp*, par. 129-130.

matéria de tratados. O maior risco que esta questão levanta, no campo da OMC, concerne a decisões que, sob pretexto de se valerem da interpretação evolutiva, provocam na prática a revisão dos tratados.

4.3.3 Contexto

A unidade do tratado, como instrumento privilegiado de organização das relações jurídicas interestatais, não desaparece, mesmo quando vários instrumentos o compõem, em razão da finalidade comum que dá coerência às partes individualmente consideradas. É impossível descobrir o significado de cada dispositivo sem examinar o todo no qual ele inevitavelmente se insere. As cláusulas se condicionam e se completam reciprocamente, de tal sorte que o sentido das palavras e das frases se ilumina quando se vislumbra a totalidade dos instrumentos que o constituem.

O artigo 31.2 estabeleceu que:

> para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, seu preâmbulo e anexos:
>
> a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes por ocasião da conclusão do tratado;
>
> b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

Na verdade, a Convenção de Viena identificou o contexto com a totalidade dos tratados e com os acordos contemporâneos que com ele mantêm relação. Esta concepção reproduz com absoluta fidelidade a posição que a jurisprudência internacional tem sobre o assunto. A CPJI pontuou, nesse sentido, que "*le Traité a en effet établi un certain régime qui résulte de l'ensemble de ses dispositions. Il forme un tout dont on ne saurait dissocier les diverses dispositions pour les envisager isolément*".[318] Os acordos e instrumentos mencionados nas letras (a) e (b) do § 2º do artigo 31 devem relacionar-se com a matéria do tratado, e esclarecer o conteúdo de expressões nele utilizadas ou limitar o campo de aplicação dos seus dispositivos.

O § 3º do artigo 31 houve por bem estipular que, além do contexto, serão levados em conta os acordos posteriores e as práticas subseqüentes referentes à interpretação do tratado, bem como qualquer regra de direito internacional pertinente aplicável às relações entre as partes. Os acordos interpretativos ulteriormente firmados são de grande valia, pois não só diluem as obscuridades redacionais como também elucidam a natureza dos direitos e obrigações dos Estados. O acordo

---

318 Caso Desvio de Águas de Meuse, p. 21.

interpretativo concretiza aquilo que a doutrina denomina *interpretação autêntica*, em que o sentido é fixado pelas próprias partes e não pelo terceiro encarregado de resolver a controvérsia. Cabe-lhe indicar diretrizes dirigidas ao intérprete e às próprias partes na execução dos deveres que o tratado instituir.

O acordo interpretativo aplica-se retroativamente, mas respeitará os limites da coisa julgada. Por outro lado, a prática seguida na aplicação do tratado se consubstancia em um conjunto de atos ou fatos, dotados de certeza e estabilidade, que traduz a intenção das partes e a maneira como concebem a relação obrigacional inaugurada com a celebração do tratado.

É indispensável que os atos e fatos que fundamentam uma dada prática guardem harmonia entre si e sejam capazes de comprovar o entendimento mutuamente compartilhado. O Órgão de Apelação avalizou esta exigência no caso Japan – Alcoholic Beverages III nos seguintes termos:

> Generally, in international law, the essence of subsequent practice in interpreting a treaty has been recognized as "concordant, common and consistent" sequence of acts or pronouncements which is sufficient to establish a discernible pattern implying the agreement of the parties regarding its interpretation.[319]

A principal função da prática ulterior é lançar luz sobre aquilo que as partes realmente desejaram quando concluíram o tratado, mas já se sustentou que ela seria capaz de estabelecer o acordo das partes para modificar o próprio tratado. O valor explicativo da prática ulterior é reiteradamente salientado pela jurisprudência. Ao interpretar o Tratado de Neuilly, a CPJI consignou que "*relève que le Gouvernement helvétique avait interprété la notion de (réparation) en 1919 dans le même sens que la Commission des réparations*". A CIJ, no caso Estreito de Corfu, assinalou que "ressort de l'attitude ultérieure des parties que leur intention, lorsqu'elles ont conclu le compromis, n'était pas d'empêcher la Cour de fixer le montant de l'indemnité".[320]

A prática ulterior tem o condão de precisar o objetivo vago esboçado no texto e algumas vezes testemunha o declínio e a substituição do fim do tratado. É o que se convencionou chamar de *nascent object* ou *emergent purpose*.[321] Salvo casos excepcionais previstos pelo direito internacional, a sorte do tratado depende do acordo expresso ou tácito das partes. A prática ulterior pode operar a modificação no compromisso; ela é, pela força jurígena que comporta, com efeito, suscetível de modificar o tratado. Se, porventura, a prática ulterior não se restringir ao campo da interpretação, ela será regida pelo regime jurídico da modificação dos tratados.

---

319 Appellate Body Report, Japan – Alcoholic Beverages III, par. 13.

320 Caso Estreito de Corfu, p. 25.

321 YASSEEN, Mustafa Kamil. op. cit., p. 50-51.

O artigo 31.3 (c) referiu-se genericamente "a qualquer regra pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as partes". Este é um princípio de integração que reflete a unidade do direito internacional e repudia a interpretação isolada das normas. O primeiro problema que o artigo 31.3 (c) propõe diz respeito à especificação das normas de direito internacional ali referidas. A Convenção de Viena não fez nenhuma restrição quanto às fontes, fato suficiente para legitimar a conclusão de que são aplicáveis à espécie os tratados, os costumes e os princípios gerais de direito.

No caso Golder,[322] a Corte Européia de Direitos Humanos referendou esta posição, em 1975, ao considerar que a expressão *regras relevantes de direito internacional* compreende os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Na decisão do caso Al-Adsani[323] a Corte Européia de Direitos Humanos aplicou a Convenção de Basiléia de 1972, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção das Nações Unidas sobre a Tortura. A menção aos atos das organizações internacionais, a saber, a duas resoluções do Conselho de Segurança da ONU e às decisões do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, consta na sentença em que a Corte Européia de Direitos Humanos julgou o caso Loizidou.[324] O Órgão de Apelação, no caso US – Shrimp, utilizou o artigo 31.3 (c) para fundamentar as suas conclusões sobre a aplicação do princípio da boa-fé e da doutrina do abuso de direito na apreciação do artigo XX do GATT.

O segundo problema a ser enfrentado consiste em saber se o artigo 31.3 (c) se reporta a todas as partes de uma convenção ou, simplesmente, às partes em uma disputa particular com base naquela convenção. Urge investigar, por exemplo, se a expressão *normas aplicáveis* concerne, na OMC, unicamente às regras às quais os litigantes aderiram ou se todos os membros precisam a elas aderir. A questão surgiu na controvérsia entre o Brasil e as Comunidades Européias sobre a exportação de frango congelado. O Brasil defendeu a aplicação à controvérsia do Acordo Oilseeds, firmado com as Comunidades Européias. O painel lembrou que foram preenchidos os requisitos impostos pelo artigo XVIII e, após citar a arbitragem do caso que opôs o Canadá à CE relativo à exportação de trigo, decidiu levar em conta o Acordo Oilseeds "*to the extent relevant to the determination of the EC's obligations under the WTO Agreements vis-a-vis Brazil*".[325]

No direito internacional as obrigações convencionais são o produto direto da vontade e somente vinculam os Estados que voluntariamente consentiram no seu nascimento. Este princípio, aceito pela CPJI no caso Jaworzina, mereceu aplica-

---

322 Caso Golder, par. 29.

323 Caso Al-Adsani, par. 55.

324 Caso Loizidou, par. 44.

325 Panel Report, EC – Poultry, par. 2.02.

ção recente quando a CIJ examinou a controvérsia relativa à Delimitação do Mar Territorial entre o Catar e Bahrein.[326] Tal constatação é de profundo alcance ao demonstrar que a interpretação do tratado se fará tendo em vista a intenção comum de todas as partes, e não de algumas delas individualmente consideradas.

Esta assertiva se aplica perfeitamente bem aos acordos subseqüentes entre as partes para a interpretação do tratado ou às práticas ulteriores estabelecidas com a mesma finalidade. A interpretação, feita por duas partes ou por uma coletividade mais dilatada, não vincula terceiros que dela não participaram. A conseqüência deste raciocínio é que os acordos bilaterais não podem figurar entre as regras relevantes de direito internacional, nos termos do artigo 31.3 (c), todas as vezes em que estiver em causa a elucidação do sentido dos tratados multilaterais. A propósito, o artigo IX.2 do acordo que criou a OMC dispõe que a Conferência Ministerial e o Conselho Geral terão autoridade exclusiva para adotar, por maioria de três quartos, interpretações desse acordo e dos demais acordos componentes do sistema multilateral de comércio.

Os tratados que não contarem com o consentimento da totalidade dos Estados integrantes da OMC ou dos contendores em uma disputa poderão figurar entre as regras relevantes de direito internacional se refletirem a intenção comum de todos os membros ou se auxiliarem a desvendar o significado ordinário dos acordos abrangidos em sintonia com o artigo 31.1 da Convenção de Viena.

Segundo Pauwelyn, isso teria ocorrido no caso US – Shrimp, em que o Órgão de Apelação referiu a convenções que não eram vinculantes sequer para todas as partes na disputa. Não é necessário o assentimento formal e explícito por parte dos Estados em relação à regra não pertencente à OMC. É preciso, apenas, que ela seja implicitamente aceita ou tolerada, de tal modo que exprima as intenções comuns de todos os membros sobre o significado particular de um termo inscrito em um tratado da OMC.[327]

Por fim, o artigo 31.3 (c) não faz nenhuma referência de ordem temporal, não indicando se as regras de direito internacional aplicáveis às relações entre as partes são aquelas que existiam no momento da conclusão do tratado ou aquelas que surgiram subseqüentemente e que vigoram no instante da sua interpretação. A dúvida se justifica porque o artigo 31.3 (c) não trouxe orientação nessa matéria, ao contrário do Projeto da CDI, que aludia às regras de direito internacional em vigor ao tempo da conclusão do tratado.

Na OMC importa precisar se o significado dos termos pode ser buscado no direito internacional em vigor em 15 de abril de 1994 ou nas normas que vieram à luz depois dessa data. A resposta a esta questão está, seguramente, na intenção dos redatores do tratado. Cabe descobrir, portanto, direta ou indiretamente

---

326 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 257.

327 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 259.

se a intenção dos redatores dos tratados da OMC foi ter em conta o direito internacional surgido posteriormente. As noções de conteúdo variável, presentes nos acordos da OMC, estão a indicar, continuamente, a necessidade de se atentar para as mudanças do direito internacional e para a emergência dos novos valores que elas cristalizam.

Os três parágrafos do artigo 31 da Convenção de Viena estão indissoluvelmente ligados entre si. Logo, a interpretação se fará de forma integrada, sem privilegiar a parte em detrimento do todo. No caso Japan – Alcoholic Beverages III, o Órgão de Apelação notou que "*the provisions of the treaty are to be given their ordinary meaning in their context. The object and purpose of the treaty are also to be taken into account in determining the meaning of its provisions*".[328]

O recurso aos dicionários é, com certeza, o primeiro passo para a descoberta do significado ordinário. As dificuldades causadas pela multiplicidade de sentido das palavras aconselham, entretanto, a análise do contexto no qual elas se inserem. Haverá, então, condições de se optar pelo significado que melhor se adapta ao contexto examinado. O objeto e o fim do tratado servem para confirmar o acerto da escolha realizada, e também para identificar o sentido preferível quando os outros recursos interpretativos vierem a falhar. No caso US – Upland Cotton o relatório do painel não deixou margem à dúvida: "*the Panel considers that the drafting history confirms the ordinary meaning of the terms read in their context and in light of their object and purpose*".[329] A decomposição analítica das etapas da interpretação com base no artigo 31 não atesta a existência de hierarquia ou preferência a ser necessariamente obedecida pelo intérprete.

Esta posição consta do relatório do painel do caso US – Section 301 Trade Act, no seguinte sentido:

> text, context and object-and-purpose correspond to well established textual, systemic and teleological methodologies of treaty interpretation, all of which typically come into play when interpreting complex provisions in multilateral treaties. For pragmatic reasons the normal usage, and we will follow this usage, is to start the interpretation from the ordinary meaning of the "raw" text of the relevant treaty provisions and then seek to construe it in its context and in the light of the treaties is object and purpose. However, the elements referred to an article 31 – text, context and object-and-purpose as well as good faith – are to be viewed as one holistic rule of interpretation rather than a sequence of separate test to be applied in a hierarchical order. Context and object-and-purpose may often appear simply to confirm an interpretation seemingly derived from the "raw" text. In reality it is always some context, even if unstated, that determines which meaning

328 Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages III*, par. 11-12.

329 Panel Report, US – Upland Cotton, par. 7.325.

is to be taken as "ordinary" and frequently it is impossible to give meaning, even "ordinary meaning", without looking also at object-and-purpose.[330]

No caso US – Upland Cotton[331] o Órgão de Apelação abordou a aplicação do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e do Acordo sobre Agricultura:

> *The Appellate Body has interpreted Article 21.1 to mean that the provisions of the GATT 1994 and of other Multilateral Trade Agreements in Annex 1A apply, "except to the extent that the Agreement on Agriculture* contains specific provisions dealing specifically with the same matter".[332]

Nota ainda:[333]

> *We recall that the* Agreement on Agriculture *and the* SCM Agreement "are *both* Multilateral Agreements on Trade in Goods contained in Annex 1A of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization* (the '*WTO Agreement*'), and, as such, are *both* 'integral parts' of the same treaty, the *WTO Agreement*, that are 'binding on all Members'.[334] Furthermore, as the Appellate Body has explained, '*a treaty interpreter must read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to* all *of them, harmoniously*".[335] We agree with the Panel that "*Article 3.1(b) of the* SCM Agreement *can be read together with the* Agreement on Agriculture *provisions relating to domestic support in a coherent and consistent manner which gives full and effective meaning to all of their terms*".[336]

O relatório elaborado pelo painel no caso US – Section 110 (5) Copyright Act[337] estimou que a intenção das partes é o critério a ser seguido para determinar a exata abrangência do contexto. A interpretação contextual é, como se viu, instrumento valioso para superar a ambigüidade das palavras. O contexto transmite, não raro,

---

330 Panel Report, US – Section 301 Trade Act, par. 7.22.

331 Appellate Body Report, US – Upland Cotton, par. 532.

332 Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, par. 155. (See also Appellate Body Report, *Chile – Price Band System*, par. 186) [nota-de-rodapé original 772].

333 Appellate Body Report, US – Upland Cotton, par. 549.

334 Appellate Body Report, *Argentina – Footwear (EC)*, par. 81 (quoting from *WTO Agreement*, Article II:2). (original emphasis) In that case, the Appellate Body was referring to the GATT 1994 and the *Agreement on Safeguards* [nota-de-rodapé original 789].

335 Appellate Body, *Argentina – Footwear (EC)*, par. 81 and footnote 72 thereto (referring to Appellate Body Report, *Korea – Dairy*, par. 81; Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 23, DSR 1996: I, 3 at 21; Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages II*, p. 12, DSR 1996: I, 97 at 106; and Appellate Body Report, *India – Patents (US)*, par. 45) (original emphasis) [nota-de-rodapé original 790].

336 Panel Report, par. 7.1071 [nota-de-rodapé original 791].

337 Panel Report, US – Section 110(5) Copyright Act, par. 6.45.

aos vocábulos sentido diverso daquele que teriam se considerados isoladamente. Nem sempre, contudo, a abordagem contextual conduz a resultados idênticos.

O entendimento do Órgão de Apelação, patenteado no caso FSC,[338] de que a noção de subsídio no Acordo sobre Agricultura não diverge daquela contemplada no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, não se repetiu em outras controvérsias em que se exigiu a interpretação das mesmas palavras e expressões constantes de acordos diferentes.[339] Enquanto no caso Canada – Aircraft[340] o Órgão de Apelação declarou que a palavra "*should*" no artigo 3.1 do ESC importa no dever de os membros responderem prontamente aos pedidos de informação do painel, em outras oportunidades os painéis concordaram que a palavra "*should*" não tem caráter obrigatório. O Órgão de Apelação, nas ocasiões em que foi chamado a se manifestar sobre o assunto, não interpretou da mesma maneira a expressão "*like products*".

As exceções devem ser interpretadas conforme o significado ordinário das palavras, levando-se em conta o contexto, o objeto e o propósito do tratado. No caso EC – Hormones,[341] o Órgão de Apelação consignou que caracterizar meramente o dispositivo de um tratado como exceção não justifica, em si mesmo, interpretá-lo de maneira mais restrita. Este entendimento se afasta da posição tradicional dos painéis do GATT, que interpretavam restritivamente as exceções. O Órgão de Apelação, no caso EC – Bananas III,[342] lembrou que a interpretação restritiva dos *waivers* se impunha em face da sua natureza excepcional.

4.3.4 Objeto e propósito

O artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados prescreve: "Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade." A ótica escolhida privilegiou, na verdade, a interdependência e indivisibilidade dos elementos que o constituem, sem conceder peso excessivo a nenhum deles em particular. A boa-fé repudia o desmesurado apego ao sentido literal das palavras, que ignore o contexto e o significado do acordo. A compreensão do fim projetado pelas partes permite organizar as cláusulas e disposições do tratado em um todo harmônico e coerente, dotado de sentido e estruturado para garantir a realização das preferências axiológicas que animaram a celebração do ajuste.

---

338 Appellate Body Report, *US – FSC*, par. 136-146.

339 WAINCYMER, Jeffrey. op. cit., p. 422.

340 Appellate Body Report, *Canada – Aircraft*, par. 10.221.

341 Appellate Body Report, *EC – Hormones*, par. 104.

342 Appellate Body Report, *EC – Bananas III*, par. 185.

A jurisprudência parece evidenciar a tendência de que as expressões *objeto* e *fim* do tratado são empregadas como sinônimas. A CIJ decidiu no caso Empréstimos Noruegueses que "*l'objet de la Convention en question est celui qui est indiqué dans son titre, à savoir 'la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles'*".[343] Idêntica postura transparece na decisão da CIJ de 1962 na controvérsia sobre o Sudoeste Africano em que a Corte asseverou o seguinte: "*ce système – le mandat – a pour* objet *reconnu le bien-être et le développement de ces peuples*".[344] O objeto e o fim na Convenção de Viena especificam aquilo que as partes pretenderam alcançar com a conclusão do compromisso.

Não se cuida, é óbvio, de uma investigação psicológica desvinculada de dados objetivos que lhe dêem suporte. O fim do tratado não se equipara às aspirações expressas de forma genérica, dirigidas a comunicar desejos e esperanças, independentemente de comprometimentos futuros. A Declaração Ministerial da Rodada Uruguai compreende algumas aspirações que não são juridicamente exigíveis. Os tratados abrangidos pela OMC fixam, às vezes, objetivos cujo feitio não se identifica com o caráter vinculante das obrigações assumidas. A OMC não protege as expectativas legítimas que concernem às condições gerais de competição.

No caso India – Patents (US),[345] o Órgão de Apelação, após censurar a decisão do painel, discerniu entre a proteção das expectativas em reclamações de violação com base nos artigos III e XI do GATT de 1947 e a tutela das expectativas razoáveis relacionadas às concessões de acesso ao mercado nas reclamações de não violação. O fim e o objeto do tratado encontram-se, normalmente, enunciados no preâmbulo com clareza e precisão, de modo a servirem como fonte de sentido para as disposições que a seguir se explicitam. Se, porém, o fim visado permanecer obscuro será necessário perscrutar o contexto do acordo para deduzir o que as partes efetivamente quiseram.

A referência, feita no preâmbulo, a objetivos econômicos e sociais muito amplos depara-se, inevitavelmente, com visões diferentes sobre a melhor maneira de promovê-los. Não se desconhecem, ainda, as hipóteses em que são enumerados critérios finalísticos para a interpretação de dispositivos específicos ou a alusão a fins múltiplos que não auxiliam a resolver as ambigüidades. Não se afasta, por último, a probabilidade de que o preâmbulo contenha aspirações divergentes e contraditórias, situação que, por sua própria natureza, reclama o emprego de outros princípios interpretativos.

O preâmbulo do acordo que criou a OMC assinalou mudança significativa em relação ao GATT ao determinar o "*optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development*". No caso US – Shrimp, o Órgão de

---

343 Caso Empréstimos Noruegueses, p. 24.

344 Caso Sudoeste Africano, p. 329.

345 Appellate Body Report, India – Patents (US), par. 36.

Apelação frisou que tal alteração acrescentou cor, textura e nuance à interpretação dos acordos anexos ao Acordo da OMC, e destacou, ademais, que o artigo XX (g) do GATT de 1994 é "*appropriately read with the perspective embodied in the above Preamble*".[346] No caso Argentina – Footwear (EC) o painel entendeu que o objeto do Acordo sobre Salvaguardas, indicado no preâmbulo, era restabelecer o controle multilateral sobre as salvaguardas e eliminar as medidas que escapam desse controle.[347]

O papel que o fim e o objeto desempenham na interpretação dos tratados desperta interesse, haja vista o impacto que é capaz de produzir. A interpretação que, a pretexto de perseguir uma solução justa, vier a se afastar da finalidade inicialmente colimada, criará direitos e obrigações que não constavam no texto negociado. Não se trata mais, simplesmente, de procurar o sentido apropriado, tarefa hermenêutica por excelência, mas de reescrever o pacto em consonância com as preferências subjetivas do intérprete.

A preocupação com a observância dos limites interpretativos se justifica porque o tratado se circunscreve unicamente ao que as partes consentiram e não ao que deveriam ter consentido para torná-lo mais justo ou facilitar a execução dos deveres que lhes competem. Pôr em relevo o objeto e o fim no processo interpretativo, como fez a Convenção de Viena, não importou em atribuir ao texto convencional posição secundária ou meramente subordinada. O que se fez, ao contrário, foi aglutinar à linguagem do artigo 31 mais um elemento a fim de precisar o sentido dos termos a serem interpretados. O propósito do tratado não se confunde com os propósitos individuais que os Estados pretendem realizar.

A abordagem, voltada para identificar a intenção das partes, defronta-se com toda a sorte de obstáculos. As dificuldades são provavelmente maiores nos tratados multilaterais em que o comportamento dos Estados obedece a motivações que nem sempre coincidem. É inviável descobrir a intenção quando faltam registros das negociações ou quando por razões diplomáticas ela permanecer oculta, envolta em termos repletos de ambigüidade e vagueza. Convém advertir que o fim e o objeto do tratado podem não ser, com efeito, o fim e objeto de todos os dispositivos que o compõem.

Certos tratados não se satisfazem com um objeto único dada a variedade e a pluralidade das questões versadas. Tal foi o que sucedeu no GATT e agora se repete, com intensidade redobrada, na Organização Mundial do Comércio. Os acordos firmados durante a Rodada Uruguai recobrem grande diversidade temática, como a liberalização do comércio de bens e de serviços, a proteção da propriedade intelectual e o fortalecimento das regras sobre solução de controvérsias. Os acordos da OMC se fundam em múltiplos objetivos, muitos dos quais colidentes entre si.

---

346 Appellate Body Report, US – Shrimp, par. 153.

347 Panel Report, Argentina – Footwear (EC), par. 8.63.

A busca da liberalização comercial com base na teoria das vantagens comparativas convive com o princípio do desenvolvimento sustentável e a previsão de exceções ao livre-comércio para assegurar a concretização de valores caros à vida coletiva. As alternativas têm sido as soluções de compromisso empenhadas na compatibilização de valores antagônicos. O problema se acentua na medida em que não há claro consenso sobre quais são os princípios fundamentais da OMC. A não discriminação é, sem sombra de dúvida, um princípio fundamental, alvo de aceitação generalizada.

Citam-se, entretanto, outros princípios, entre os quais se incluem o tratamento nacional, o multilateralismo e a transparência. A abertura inerente ao rol dos princípios fundamentais configura dificuldade suplementar para a atividade interpretativa. Enquanto alguns princípios possuem conteúdo indefinido e somente produzem efeitos no médio e longo prazo, outros, como a não discriminação, comportam exceções concebidas para diluir as resistências em face da liberalização comercial.

4.3.5 Presunções e máximas interpretativas

Com a perspicácia habitual, Visscher distingue as características e o papel que as pressuposições e as presunções exercem no raciocínio jurídico.[348] As pressuposições denotam aquilo sobre o qual existe acordo no início da pesquisa intelectual. No campo do direito internacional, designam os dados que definem o seu objeto e domínio de atuação representadas pelos princípios estruturais que traduzem as relações entre os Estados em dado momento histórico. O intérprete transporta esses princípios, por meio da dedução, do plano do direito objetivo àquele dos direitos subjetivos e das aplicações particulares.

A presunção, por outro lado, tem estrutura e função diferentes das pressuposições. Ela é um procedimento do raciocínio lógico utilizado para fins probatórios e que se caracteriza pelo deslocamento do objeto da prova – da existência ou da inexistência de um fato conhecido, se induz o fato a ser provado devido à proximidade temporal ou à conexão experimental que os vincula.[349]

Enquanto a pressuposição atua, por via dedutiva, no âmbito das relações gerais, a presunção depende de procedimentos indutivos associados às especificidades do caso concreto. O juiz decidirá, em cada controvérsia, conforme a sua livre convicção, a força probatória a ser atribuída à presunção. Visscher recorda que o

---

348 VISSCHER, Charles de. *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*. Paris: A. Pedone, 1963. p. 35.

349 Ibid., p. 36.

pronunciamento da CIJ no caso Estreito de Corfu[350] ilustra o papel da pressuposição e da presunção quando se cogita em aplicar o direito internacional consuetudinário. O dever de diligência, fundamento da responsabilidade internacional da Albânia, repousa, segundo a Corte, na pressuposição geral do controle exclusivo exercido pelo Estado nos limites do território albanês.

Dessa pressuposição se extraem, dedutivamente, obrigações inerentes ao dever de diligência dos Estados, como a obrigação de fornecer explicações sobre os atos contrários ao direito internacional perpetrados em seu território. Esta presunção geral de controle e as obrigações que dela se originam não permitem a conclusão de que as autoridades albanesas tinham conhecimento da colocação de minas em suas águas territoriais. A Corte induziu este conhecimento pelo recurso a uma presunção, fundada nas atitudes da Albânia e na observação da costa, que possuía condições favoráveis para a colocação de minas.

As máximas interpretativas são, também, instrumentos úteis para a interpretação. Não têm, todavia, caráter obrigatório, mas se apresentam como orientações de grande valia principalmente para dissolver as ambigüidades textuais. Se o apelo às regras interpretativas vier a se mostrar infrutífero, é aconselhável buscar apoio nas máximas e presunções forjadas pela jurisprudência. Esta atitude não é isenta de riscos, pois as máximas e presunções utilizadas poderão indicar soluções opostas e até mesmo contraditórias para a mesma disputa. Apesar disso, é preciso examinar a função das presunções e máximas interpretativas para a resolução de controvérsias na OMC.

4.3.5.1 Presunção de não-retroatividade

O direito internacional admite, tradicionalmente, que o tratado somente vincula as partes a partir do momento em que ele entra em vigor. Este princípio, elevado à categoria de direito escrito pela Convenção de Viena, não prepondera se as partes, de comum acordo, deliberarem de forma diferente. Afora as circunstâncias em que a vontade é inequivocamente manifestada, a análise do texto convencional poderá sugerir que a intenção foi aplicá-lo a fatos pretéritos transcorridos antes da entrada em vigor do compromisso. Os acordos da OMC ordinariamente não atingem fatos passados, mas apenas as relações comerciais surgidas no futuro.

A *grandfather clause* existente no GATT, fator significativo para viabilizar a adesão dos países ao sistema multilateral de comércio, desapareceu com a criação da OMC. A presunção de não retroatividade informou as decisões dos casos Ca-

---

350 VISSCHER, Charles de. *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*. op. cit., p. 37.

nada – Patent Term,[351] EC – Bananas III[352] e Brazil – Desiccated Coconut,[353] em que a investigação iniciada pelo Brasil para imposição de medidas compensatórias ocorreu antes de entrar em vigor o Acordo sobre Subsídios da OMC. Em conseqüência, o painel houve por bem resolver a controvérsia com base no Código sobre Subsídios negociado durante a Rodada Tóquio.

4.3.5.2 A presunção de uso coerente das palavras

As mesmas palavras se repetem, freqüentemente, em várias disposições de um mesmo tratado. É lógico, por isso, que se presuma terem as palavras sentido idêntico quando integram cláusulas relacionadas entre si e unificadas pelo interesse em concretizar princípios comuns.[354] Esta presunção não resiste à intenção das partes em conferir significados diversos aos termos empregados pelo tratado. No caso Canada – Dairy,[355] o Órgão de Apelação viu-se às voltas com a necessidade de definir a expressão *subsídios* constante do Acordo sobre Agricultura.

Como este acordo nada dizia a respeito, recorreu-se ao artigo 1.1 do Acordo sobre Subsidios, pois os termos tinham sido utilizados no mesmo sentido. De forma oposta, no caso EC – Hormones,[356] o Órgão de Apelação interpretou diferentemente a expressão "discriminação ou restrição disfarçada ao comércio internacional" consagrada no artigo XX do GATT de 1994 e 5.5 do Acordo sobre Subsídios. A modificação no contexto afeta, usualmente, o significado das palavras, como o Órgão de Apelação admitiu ao interpretar a palavra *omission*.

4.3.6 O princípio do efeito útil

No terceiro relatório elaborado para a Comissão de Direito Internacional (CDI), em 1964, o *rapporteur* Especial, Sir Humphrey Waldock, incluiu um artigo intitulado "A Interpretação dos Termos de um Tratado em Função do Efeito Útil Uti Res Magis Valiat Quam Pereat". O *rapporteur* avaliou que a previsão deste princípio, em um artigo distinto, se justificava, dada a sua significação, a fim de tornar eficaz a intenção que se pode necessariamente deduzir dos dispositivos do tratado.

---

351 Appellate Body Report, Canada – Patent Term, par. 70.

352 Appellate Body Report, EC – Bananas III, par. 237.

353 Panel Report, Brazil – Desiccated Coconut, par. 279.

354 WAINCYMER, Jeffrey. op. cit., p. 469.

355 Appellate Body Report, *Canada – Dairy*, par. 110 e 111.

356 Appellate Body Report, EC – Hormones, par. 239.

O objetivo visado é garantir efeito ao tratado mesmo em face das dúvidas e obscuridades que o contaminam.[357]

Não obstante o silêncio da Convenção de Viena, o princípio do efeito útil está implicitamente incorporado na regra geral de interpretação do artigo 31.[358] Na opinião da CDI ele pode ser deduzido do artigo 31.1 da Convenção de Viena, que requer seja o tratado interpretado com boa-fé, segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade. A boa-fé e a fidelidade aos propósitos do compromisso aconselham o intérprete a preferir a interpretação que concretiza as finalidades do ajuste caso venha a se defrontar com possibilidades interpretativas diversas que, postas em prática, privariam o acordo de qualquer efeito. Por outro lado, seria incompatível com as regras de interpretação admitir que um dispositivo previsto em um tratado fosse inútil ou redundante e não tivesse eficácia no sentido técnico ou fático.

Não pareceu necessário à CDI introduzir no projeto da Convenção de Viena um dispositivo específico para este fim, pois se temia o risco de interpretações que ampliassem em demasia o significado dos tratados. A pretexto de assegurar eficácia à convenção não se deve, obviamente, almejar a produção de efeitos que as partes não cogitaram. Vedou-se ao intérprete, direta ou indiretamente, efetuar mudanças no texto da convenção. A interpretação que contrarie o significado claro das cláusulas convencionais importa na revisão do ajuste, faculdade conferida apenas às partes que o celebraram. Não cabe, da mesma maneira, interpretar uma cláusula de modo a contrariar a letra e o espírito do tratado, como a CIJ já reconheceu no parecer consultivo sobre a Interpretação dos Tratados de Paz. Na ocasião, observou-se que:

> The principle of interpretation expressed in the maxim: *ut res magis valeat quam pereat*, often referred to as the rule of effectiveness, cannot justify the Court in attributing to the provisions for the settlement of disputes in the Peace Treaties a meaning which [...] would be contrary to their letter and spirit.[359]

O efeito útil se notabiliza pela prioridade concedida à interpretação que privilegia a coerência interna do tratado. Nessa linha de idéias, é recomendável que o juiz ou árbitro afaste a interpretação de uma cláusula cujo efeito venha a frustrar o escopo de outros dispositivos do tratado. Este foi o parecer do Órgão de Apelação no caso US – Gasoline[360] a respeito do risco que a interpretação exten-

---

357 *Annuaire de la CDI*, v. 2, p. 62, n. 27 e 29, 1964.

358 YASSEEN, Mustafa Kamil. op. cit., p. 74. Cf. sobre o tema LAUTERPACHT, Hersch. Restrictive interpretation and the principle of effectiveness in the interpretation of treaties. *British Yearbook of International Law*, London, v. 26, p. 48-85, 1949.

359 Caso Interpretação dos Tratados de Paz, p. 229.

360 Appellate Body Report, US – Gasoline, par. 18.

siva de algumas disposições do tratado traria para a eficácia de outras cláusulas. Postura idêntica transparece no caso US – Shrimp, em que o Órgão de Apelação deixou claro que o *caput* e as exceções do artigo 20 formam um todo indissociável. Olhar apenas para as exceções, independentemente do *caput*, equivaleria a retirar-lhe os efeitos na fixação do alcance exato das exceções estabelecidas. Em outra oportunidade, no caso Korea – Dairy,[361] o Órgão de Apelação aplicou o princípio do efeito útil ao se deter na análise da seguinte expressão do Acordo sobre Salvaguardas: "*as result of unforseen developments of the effect of the obligations incurred by a Member under this Agreement*". No caso Turkey – Textiles o painel não hesitou em consignar: "*We recall the international law principle of effective interpretation whereby all provisions of a treaty must be given their full meaning and must ensure the overall consistency of the treaty and its effective application.*" Aduz a esse efeito: "*In our view, the conclusion we have reached does so, and respects legal principles of 1) interpretation against conflicts and 2) for an effective interpretation of treaties.*"[362]

O princípio do efeito útil não se aplica se houver conflito manifesto entre as disposições do tratado. Se uma cláusula que permite dado comportamento se choca com outra que proíbe o mesmo comportamento, configuram-se alternativas irreconciliáveis que o princípio do efeito útil é impotente para compatibilizar. A interpretação preocupada em dar sentido e inteligibilidade ao acordo é inapta para desfazer contradições de tal magnitude. A antinomia torna-se, assim, uma realidade incontornável.

4.3.7 Trabalhos preparatórios

Os *travaux préparatoires* se inserem, na sistemática da Convenção de Viena entre os meios complementares de interpretação. Isso significa atribuir-lhes função auxiliar, subordinada, evidentemente, à impossibilidade de se obter um significado claro pelo mero uso da regra geral de interpretação do artigo 31. O modelo adotado foi alvo de críticas acerbas dirigidas pelos Estados Unidos durante a Conferência de Viena. A proposta de emenda apresentada pela delegação norte-americana desejava substituir os artigos 31 e 32 por uma única regra que não consagrasse nenhuma hierarquia entre os meios de interpretação.

Após censurar a rigidez do projeto preparado pela CDI, o professor McDougal destacou que a proposta procurava tornar acessíveis ao intérprete do texto do tratado todos os elementos importantes em certas circunstâncias, como o sentido ordinário dos termos, a prática ulteriormente seguida e os trabalhos preparató-

---

361 Appellate Body Report, Korea – Dairy, par. 82.

362 Panel Report, Turkey – Textiles, par. 9.185.

rios, sem excluir outros elementos que poderiam ser objeto de consideração.[363] A comissão plenária rejeitou a emenda sugerida pelos Estados Unidos por 66 votos contra 8, com 10 abstenções. Foram mantidos, com efeito, a hierarquia do projeto original e o papel complementar conferido aos *travaux préparatoires*.[364] Fiel à idéia de complementaridade, o artigo 32 da Convenção de Viena prescreve:

> [...] pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, em particular aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:
>
> a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
>
> b) conduz a um resultado que é manifestadamente absurdo ou desarrazoado.

O apelo aos meios complementares de interpretação, especialmente aos *travaux préparatoires*, se justifica diante da falta de clareza do texto, da dúvida ou obscuridade que cercam as palavras e expressões empregadas.[365] Mas se a interpretação com base no artigo 31 conduzir a resultados manifestamente absurdos ou não razoáveis, o recurso aos meios complementares revelar-se-á também de grande utilidade para o intérprete. A relevância dos *travaux préparatoires* sobressai quando a menção aos debates e às declarações emitidas à época em que as negociações se processavam desfaz a incerteza que o exame do texto do tratado, por si só, não se mostrou capaz de eliminar.

A concepção dos *travaux préparatoires* sofre o impacto da evolução das técnicas de elaboração dos tratados multilaterais. A Organização das Nações Unidas realiza, nesse campo, trabalho fundamental para o processo de desenvolvimento progressivo e de codificação do direito internacional público. A atividade da CDI tem enorme relevo para a produção de regras convencionais em diferentes áreas do direito internacional contemporâneo. Os projetos que elabora e os comentários que divulga sobre os artigos projetados tendem a integrar os *travaux préparatoires* das futuras convenções.

As declarações feitas no curso das conferências de codificação ajudam a esclarecer o significado de uma expressão ou o alcance de um artigo que tenha perma-

---

363 *Conférence des Nations Unies sur le Droit des Traités*, documents officiels, première session, p. 182, n. 49.

364 SINCLAIR, Ian. Vienna Conference on the law of treaties. *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 19, n. 1, p. 62 ss, Jan. 1970.

365 YASSEEN, Mustafa Kamil. op. cit., p.87. Cf. sobre o papel dos trabalhos preparatórios LAUTERPACHT, Hersch. Some observations on preparatory work in the interpretation of treaties. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 48, n. 4, p. 571, 1935.

necido obscuro. A jurisprudência internacional valoriza os *travaux préparatoires* como instrumento adicional válido se fracassarem os meios de interpretação destinados a identificar o significado ordinário a partir do contexto, do objeto e do fim do tratado. A CPJI ponderou, no caso Lotus,[366] que "*il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair*". Ao se manifestar sobre o Tratamento de Nacionais Poloneses em Dantzig, a CPJI julgou que seria útil recorrer aos diversos projetos que precederam a adoção do texto atual do tratado para aclarar os seus dispositivos. Esse comportamento contou com o aval da CIJ no parecer consultivo sobre as condições de Admissão de um Estado como Membro na ONU.

O uso dos *travaux préparatoires* para interpretar os acordos da OMC enfrenta inúmeros obstáculos. Falta, em primeiro lugar, uma clara compreensão sobre o que deve ser objeto de análise. Dada a continuidade entre o GATT e a OMC, poder-se-ia sustentar que os *travaux préparatoires* abrangem os documentos preparados pelos grupos periódicos de revisão, o material preparado durante as rodadas de liberalização comercial, a atividade dos comitês especializados e dos grupos de trabalho, bem como os relatórios de autoria dos Conselhos. Além disso, é incerto se caberia retornar aos trabalhos preparatórios da Carta de Havana no afã de encontrar explicação para as obscuridades dos tratados comerciais. Alguns painéis do GATT reportaram-se à Carta de Havana a fim de precisar o real conteúdo dos deveres que incumbem às partes contratantes.

Outra dificuldade decorre da completa ausência de registros das negociações durante a Rodada Tóquio, fato que anula as vantagens oriundas do conhecimento das circunstâncias que acompanharam a conclusão dos acordos. Convém lembrar, por fim, que a OMC exibe vocação universal: o número de membros que congrega é substancialmente maior que a quantidade de Estados que integrou o Acordo Geral de Comércio e Tarifas. Em inúmeras controvérsias, os painéis e o Órgão de Apelação valeram-se dos *travaux préparatoires* para dimensionar o alcance e a extensão dos acordos celebrados.

No caso EC – Bananas III o Órgão de Apelação notou que a meta das partes era limitar a abrangência do *waiver* no momento em que substituíram *foreseen* por *required*.[367] O painel do caso Canada – Patent Term não deu ouvidos à argumentação do governo canadense, que se apoiou na história do Acordo TRIPS para interpretar o artigo 30. O motivo dessa recusa estava na inexistência de documentos que comprovassem a veracidade da tese defendida pelo Canadá. Esta conclusão expôs os limites do uso interpretativo dos *travaux préparatoires*.[368]

---

366 Caso Lotus, p. 16.

367 Appellate Body Report, EC – Bananas III, par. 168.

368 WAINCYMER, Jeffrey. op. cit., p. 487.

Na verdade, o esclarecimento das dúvidas e obscuridades depende necessariamente de evidências concretas que materializem a intenção das partes durante a fase das tratativas. Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso EC – Bed Linen, em que o exame dos trabalhos da Rodada Uruguai alicerçou a conclusão do painel segundo a qual as autoridades nacionais encarregadas da investigação de práticas *antidumping* não podem restringir-se à obtenção de informações de que necessitam de um único produtor se for possível obtê-las de outros produtores.

4.4 A aplicação do artigo XX do GATT de 1994

4.4.1 A OMC como sistema aberto

O tema dos regimes auto-suficientes está associado à fragmentação do direito internacional, fenômeno intensamente sentido nas últimas décadas. A expressão *regime auto-suficiente* designa uma categoria particular de subsistema, que compreende um conjunto completo de regras secundárias, cuja característica principal é o objetivo de excluir a aplicação das conseqüências gerais dos atos ilícitos, em particular a adoção de represálias por parte do Estado lesado.[369]

Nos parágrafos 80-88 do julgamento de 24 de maio de 1980 sobre os reféns norte-americanos em Teerã, a CIJ afirmou:

> the rules of diplomatic law, in short, constitute a *self-contained regime* which, on the one hand, lays down the receiving State's obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving State to counter any such abuse. These means are by their nature, *entirely efficacious*.[370]

No relatório que elaborou para a Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade do Estado, Riphagen advogou a tese de que o direito internacional é formado por diversos subsistemas, no interior dos quais as regras primárias e secundárias se vinculam de modo indissolúvel. Na explicação do conceito de subsistema, o *rapporteur* especial da CDI assim se pronunciou:

> [...] [a] theoretical answer might be that a system was an ordered set of conduct rules, procedural rules and status provisions, which formed a closed legal circuit for a particular field of factual relation ships. A subsystem,

369 SIMMA, Bruno. Self-contained regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, The Hague, v. 16, p. 115, 1985.

370 Caso Pessoal Diplomático dos Estados Unidos em Teerã, p. 40.

then, was the same as a system, but not closed in as much as it had an interrelationship with other subsystems.[371]

O pensamento de Riphagen foi, a esse propósito, diretamente influenciado pela teoria de Krasner, para quem um regime internacional é *"a set of implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations"*.[372] As concepções policêntricas do direito internacional remontam, contudo, a George Scelle, defensor da idéia de que a comunidade mundial se organiza em torno de múltiplas ordens legais particulares. A principal questão proposta pela teoria dos regimes auto-suficientes refere-se à relação que tais regimes mantêm com as regras gerais.[373] É inevitável, pois, a seguinte pergunta: em quais circunstâncias se deve retornar às conseqüências gerais dos atos ilícitos? Os *rapporteurs* subseqüentes da CDI que versaram a responsabilidade do Estado analisaram a questão sob ótica diferente da que informou a análise de Riphagen: Arangio-Ruiz condenou com veemência a formação de regimes auto-suficientes,[374] ao passo que Crawford não assumiu posição definitiva sobre o assunto.[375]

O projeto final adotado pela CDI, em 2001, sobre as Regras Relativas à Responsabilidade do Estado, admitiu a possibilidade da elaboração de regimes especiais que não se conformam às normas gerais em matéria de responsabilidade. Logo, as regras gerais codificadas não se aplicam se as condições para a existência dos atos ilícitos ou o conteúdo da responsabilidade do Estado for regulado por regras especiais do direito internacional.

A relação entre as regras sobre a responsabilidade do Estado e outras regras do direito internacional é descrita, no projeto da CDI, como uma distinção entre normas gerais e normas especiais. O artigo 55 funda-se na concepção, compartilhada por muitos especialistas, de que o direito internacional é uma ordem unificada e em certa medida hierárquica, de sorte a abranger os regimes especiais porventura criados. Desse modo, as normas constantes dos subsistemas devem relacionar-se com a ordem universal por meio do princípio *lex specialis*, que conecta os regimes especiais ao direito especial geral. Nesta perspectiva, a responsabilidade do Estado é considerada parte integrante do direito internacional geral e os outros regimes

---

371 *ILC Yearbook*, v. 1, p. 202, par. 16, 1982.

372 KRASNER, S. D. Structural causes and regimes consequences: regimes as intervening variable. In: _____ (Org.). *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983. p. 2.

373 PULKOWSKI, Dirk. *Narratives of fragmentation:* international law between unity and multiplicity. Disponível em: <http://www.esil-sedi.org/english/pdf/Pulkowski.PDF>. Acesso em: 15 jul. 2006. p. 2.

374 ARANGIO-RUIZ, G. *Fourth report on state responsibility*. Geneva: International Law Commission, 1992. v. 2, parte 1, p. 35. Cf. também *ILC Yearbook*, v. 1, p. 76.

375 International Law Commission. *Report on the Work of its Fifty-Third Session, Official Records of the General Assembly*, Fifty-Sixth Session, Supplement n. 10, (A/56/10), p. 359, par. 5.

são vistos como especiais. A criação de regimes especiais, entretanto, suscita a dúvida acerca dos limites da interpretação do tratado que os instituir. Pulkowski realça que a resposta a esta indagação é facilmente encontrada. Em primeiro lugar, as regras do regime especial, ordinariamente codificadas em um tratado, serão interpretadas de acordo com o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados com o fim de determinar se, na intenção das partes, as regras secundárias do regime são exaustivas e completas. Em segundo lugar, cumpre descobrir se o direito internacional geral autoriza a derrogação pretendida.[376]

Os partidários da visão universalista do direito internacional sugerem a presunção em favor da aplicação do regime geral da responsabilidade do Estado, que só não será admitida se os Estados dispuserem em sentido contrário. Esta presunção está em consonância com a decisão da CIJ no caso ELSI em que não se aceitou o afastamento de um princípio pertencente ao direito internacional costumeiro na ausência de manifestação expressa das partes nesse sentido. Simma pondera que a formação de regimes auto-suficientes é um fato auspicioso se as normas secundárias contribuem para aumentar a efetividade das regras primárias e introduzem procedimentos para a tomada de decisões. A razão para a substituição ou a supressão das conseqüências gerais dos atos ilícitos por regimes auto-suficientes é, em alguns casos, a convicção de que a aplicação do regime geral seria indesejável ou mesmo contraprodutiva para as relações jurídicas que os Estados vierem a estabelecer.[377]

O direito internacional moderno compreende grande número de subsistemas, entre os quais a OMC, o FMI, o direito internacional humanitário e as normas internacionais sobre a proteção do meio ambiente. Os subsistemas articulam regras e procedimentos que se comunicam entre si e criam interações capazes de provocar conflito. Não são, nessa ótica, regimes auto-suficientes desconectados do restante do direito internacional, ou sujeitos a abordagens teóricas que focalizem exclusivamente a sua dimensão interna.

A OMC não é um subsistema fechado, impenetrável à influência das demais normas internacionais. O artigo XX do GATT, analisado a seguir, enumera as causas que justificam as exceções ao livre-comércio, mas a sua aplicação suplanta a exegese estrita dos tratados da OMC abrindo-se para a totalidade do direito internacional. Sob esse aspecto, a OMC é um subsistema aberto, dinâmico e poroso que, ao mesmo tempo, influencia e recebe os efeitos da transformação do sistema mais amplo no qual ele está inserido. Outros fatos adiante discutidos alicerçam esta conclusão e contestam a tese reducionista, que concebe a OMC como sistema hermético, imune ao restante do direito internacional público.

---

376 PULKOWSKI, Dirk. op. cit., p. 4.

377 SIMMA, Bruno. Self-contained regimes. op. cit., p. 135.

4.4.2 A abertura axiológica do artigo XX

O artigo XX do GATT de 1994 previu exceções às regras sobre a liberalização comercial com o intuito de permitir a execução de políticas governamentais que promovam a realização de finalidades essenciais para as sociedades domésticas. Os redatores do GATT estavam cientes, nos anos 40, de que a legitimidade do sistema multilateral de comércio deveria pressupor o equilíbrio entre o desmantelamento das barreiras alfandegárias e a liberdade reservada aos governos para tomar decisões inspiradas em valores de grande apelo social. Nessa perspectiva, o artigo XXI isentou a parte contratante de respeitar as obrigações assumidas se estiverem em causa interesses vitais no campo da segurança.

É patente, contudo, a tensão entre os princípios do livre-comércio e a possibilidade de se executarem políticas públicas que restrinjam o ingresso de bens importados. As exceções do artigo XX possibilitam aos Estados a participação no novo regime comercial sem abdicar de parcela da soberania em aspectos primordiais para a ordem legal e política.

O desafio que se descortina ao intérprete tem repercussão muito mais profunda do que se poderia em princípio imaginar. A interpretação restritiva do artigo XX faria com que a soberania nacional sofresse grande limitação. Por outro lado, o emprego indiscriminado do artigo XX culminaria na erosão do equilíbrio entre direitos e obrigações que o GATT houve por bem instituir.

A interpretação das exceções do artigo XX tem relevância indiscutível, já que afeta tanto o grau de sujeição às obrigações vigentes na OMC quanto a efetivação de políticas para proteger os direitos humanos e preservar o meio ambiente. O artigo XX (a), até agora não analisado pela jurisprudência, consagrou uma exceção moral, que poderá ser utilizada para a tutela dos direitos humanos. Outras exceções são de grande relevo para abordar a interação entre o comércio e o meio ambiente, tema que adquiriu notoriedade e prestígio nas últimas décadas.

A jurisprudência da OMC pronunciou-se acerca das exceções contempladas nas letras (b), (d) e (g), que tratam, respectivamente, da proteção à vida, à saúde animal ou vegetal; das providências necessárias para assegurar a eficácia das leis e regulamentos; e da conservação dos recursos naturais exauríveis. Apesar de manifestações dos painéis sobre o alcance das letras (b) e (d), o Órgão de Apelação julgou, em raras oportunidades, casos que envolveram a interpretação da letra (g).

4.4.3 Os antecedentes do artigo XX

A Convenção Internacional para a Abolição das Proibições e Restrições à Importação e Exportação, de 1927, é, talvez, o antecedente mais significativo do artigo XX do Acordo Geral de Tarifas e Comércio. Voltada para a consecução de

metas extremamente ambiciosas, visava a abolir no prazo de seis meses todas as restrições, inclusive aquelas de natureza tarifária, que incidiam sobre a importação e a exportação.

Esse tratado, idealizado para combater o protecionismo, sofreu grave revés em face da decisão da Polônia de não se sujeitar às obrigações estabelecidas, pois muitas ratificações dependiam da adesão do governo polonês. Entre as restrições consentidas por serem indispensáveis e compatíveis com o princípio da liberdade de comércio, estava a exceção para proteger a saúde pública, bem como os animais e plantas contra doenças, insetos e parasitas danosos. As exceções não poderiam constituir um meio de discriminação arbitrária entre países em que prevalecem as mesmas condições, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

Nas duas décadas subseqüentes, as restrições ao comércio foram regularmente empregadas com fins ambientais. Em 1933, a Convenção de Londres para a Preservação da Fauna e da Flora em seu Estado Natural proibiu o comércio de animais africanos, sem a devida certificação. Vários tratados bilaterais desse período seguiram curso de ação idêntico. O Tratado de 1928 entre a Suécia e a Turquia manteve inalterado o direito de cada governo de combater as doenças, a deterioração ou o desaparecimento da flora, ao passo que o Tratado Comercial entre o Canadá e o México de 1946 autorizou a adoção de providências para salvaguardar as plantas e os animais.

O artigo XX do GATT tem origem no artigo 43 do esboço da Carta da Organização Internacional do Comércio, aprovada na segunda seção do Comitê Preparatório da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Emprego. Na realidade, o primeiro esboço da Carta da OIC, apresentado pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido em dezembro de 1945, continha exceções comerciais, mas não as subordinava ao preenchimento de quaisquer condições.[378] Na seção de Londres, alguns delegados sugeriram a inclusão de requisitos para coartar o protecionismo, quando as autoridades governamentais desejassem utilizar as exceções para conformar as políticas públicas domésticas.

O delegado inglês propôs uma emenda segundo a qual as exceções comerciais não seriam aplicadas para constituir uma discriminação arbitrária entre países em que prevalecem as mesmas condições, ou para impor uma restrição disfarçada ao comércio internacional. A incorporação dessas condicionalidades ocorreu na seção de Nova Iorque, mantendo-se intacta, posteriormente, nas seções de Genebra e Havana. A proibição de discriminação arbitrária, sensivelmente mais ampla que aquela estabelecida pelo Tratado de 1927, vedava não só o tratamento desigual entre países, mas também a diferenciação tarifária entre os produtos nacionais e os bens importados.[379]

---

378 CHARNOVITZ, Steve. *Trade law and global governance*. London: Cameron May, 2002. p. 338.

379 CHARNOVITZ, Steve. *Trade law and global governance*. op. cit., p. 340.

4.4.4 Os critérios de aplicação do artigo XX

Os critérios desenvolvidos pela jurisprudência da OMC para a interpretação do artigo XX privilegiam as seguintes etapas: o intérprete principia por examinar se a medida em causa se inclui entre as exceções enumeradas pelo artigo XX para só então perquirir se ela é necessária para satisfazer o objetivo político responsável pela sua instituição; por último, indaga-se se foram respeitados os requisitos consagrados no *caput*, a saber, a ausência de discriminação arbitrária ou injustificada entre os países onde existem as mesmas condições ou a imposição de restrições disfarçadas ao comércio internacional.

No caso EC – Asbestos,[380] considerou-se que o membro que invoque uma das exceções do artigo XX deve demonstrar o nexo de causalidade entre o produto e o risco para os consumidores. A palavra *proteger*, na opinião do painel, denota que o produto oferece risco à vida ou à saúde, razão pela qual o êxito em uma eventual demanda está indissoluvelmente condicionado à sua prova.

Em virtude dos riscos que as fibras de amianto causam à saúde humana, a decisão do governo francês de proibir a importação de cimento crisotilo e de produtos à base de amianto se enquadra no âmbito recoberto pela letra (b) do artigo XX. As evidências disponíveis, comprovadas pelo parecer abalizado de especialistas, indicavam que as fibras de amianto provocam câncer, ocasionando a morte de grande número de pessoas. O risco incidia, ademais, sobre parcela expressiva da população devido ao uso de fibras de amianto em prédios residenciais, comerciais e industriais. Era natural, por isso, inferir que as condições designadas na letra (b) haviam sido amplamente satisfeitas.

O "teste de necessidade", que começou a ser elaborado pela jurisprudência do GATT, investiga se não existe nenhuma medida menos gravosa para realizar a finalidade política colimada. Esta é, obviamente, uma questão de prova pertencente a quem pretenda se socorrer de alguma exceção. Antes de lançar mão de expedientes extremos, como a restrição do comércio, o membro verificará a presença de alternativas factíveis, que alcancem determinado fim, com custo econômico sensivelmente menor.

Em um caso decidido pelo GATT em 1989 sobre a Seção 337 do Tariff Act de 1930, a argumentação dos Estados Unidos fundou-se, principalmente, no artigo XX (d), que faculta a execução das medidas necessárias para assegurar o cumprimento das leis ou regulamentos. O painel salientou que uma medida não seria necessária nos termos do artigo XX (d) se a parte contratante pudesse, em condições razoáveis, lançar mão de uma alternativa que não infringisse outros dispositivos

---

380 Panel Report, *EC – Asbestos*, par. 8.169.

do GATT. A decisão apontou que "*this does not mean that a Contracting Party could be asked to change its substantive patent law or its desired level of enforcement.*"[381]

É ilustrativo, sobre este tópico, o comentário feito pelo relatório do painel no caso Thailand – Cigarettes:

> The import restrictions imposed by Thailand could be considered to be "necessary" in terms of Article XX (b) only if there were no alternative measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives.[382]

Sem deixar de se reportar ao caso que versou a Seção 337 do Tariff Act, o painel deu destaque para o fato de a prática tailandesa permitir a venda de cigarros na órbita interna, ao mesmo tempo que impedia a importação, não se amoldando à letra (d) do artigo XX. O painel no caso US – Tuna I[383] acentuou que os EUA falharam em cumprir o "teste de necessidade", pois não buscaram entendimentos internacionais ou qualquer outra providência que evitasse a proibição das importações.

As decisões proferidas pelos painéis e pelo Órgão de Apelação nos Casos Korea – Varios Measures on Beef, US – Shrimp, EC – Asbestos e EC – GSP realçam que a efetividade é essencial para determinar se a medida é realmente necessária.[384] Na qualidade de aptidão para atingir um dado fim, a efetividade permite averiguar o grau de necessidade de uma medida ou se alternativas diversas se apresentam com probabilidade de êxito. Assim, não seria lícito esperar que a França viesse a adotar um comportamento que favorecesse a permanência do risco que a proibição do amianto quis eliminar. Na hipótese, trilhar outro caminho equivaleria a negar ao governo francês o direito de assegurar o bem-estar dos seus cidadãos de acordo com os padrões que julgasse adequados.

O Órgão de Apelação, no caso Korea – Varios Measures on Beef, esforçou-se em desvendar o sentido ordinário da palavra *necessary* à luz do significado ordinário fornecido pelo Black's Law Dictionary e do método de interpretação contextual. Salientou, na ocasião, que:

> as used in the context of Article XX (d), the reach of the word "necessary" is not limited to that which is "indispensable" or "of absolute necessity" or "inevitable". Measures which are indispensable or of absolute necessity or inevitable to secure compliance certainly fulfill the requirements of Article

---

381 GATT Panel Report, *US – Section 337*, p. 392-393.

382 GATT Panel Report, Thailand – Cigarettes, par. 75.

383 GATT Panel Report, US – Tuna I, par. 5.28.

384 ERES, Tatjana. The limits of GATT article XX: a back door for human rights? *Georgetown Journal of International Law*, Washington, v. 35, n. 4, p. 621, 2004.

> XX (d). But other measures, too, may fall within the ambit of this exception. As used in Article XX (d), the term "necessary" refers, in our view, to *a range of degrees of necessity*. At one end of this continuum lies "necessary" understood as "indispensable"; at the other end, is "necessary" taken to mean as "making a contribution to". We consider that *a "necessary" measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of "indispensable"* than to the opposite pole of simply "making a contribution to".[385]

No caso US – Gasoline,[386] o Órgão de Apelação notou que as exceções do artigo XX contêm expressões como *necessary* nas letras (a), (b) e (d); *essencial* na letra (j); *relating to* na letra (c), (e) e (g); *for the protection of* na letra (f); *in pursuance of* na letra (h); e *involving* na letra (i). O emprego dessas expressões pelo artigo XX sugere múltiplas relações de causalidade entre a medida em apreciação e a política estatal que se deseja executar. Em consonância com este entendimento, o Órgão de Apelação, no caso Korea – Various Measures on Beef, acentuou que *necessary* na letra (d) se refere a um requisito mais rigoroso do que aquele expresso por *relating to* constante da letra (g), que abriga um significado mais flexível.[387]

A percepção de que *relating to* tem sentido menos rigoroso que *necessary* levou o Órgão de Apelação a admitir no caso US – Gasoline que uma relação estreita e genuína entre meios e fins preenche os requisitos do artigo XX (g). Na tentativa de dimensionar o alcance da letra (g), o Órgão de Apelação interpretou a expressão "recursos naturais exauríveis" "*in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment*". A interpretação extensiva da expressão recursos naturais exauríveis facilita a reconciliação entre o comércio internacional e a preservação do meio ambiente. Nesse caso predominou, igualmente, a visão de que a relação entre meios e fins é o critério a ser observado para se interpretar a letra (g) do artigo XX.

O "teste de necessidade" requer a avaliação de três fatores: (1) a importância dos valores e interesses que a medida governamental deseja proteger; (2) a existência de alternativas "razoavelmente disponíveis" para cumprir o mesmo objetivo e (3) A adoção de medidas menos gravosas para as obrigações assumidas pelos membros da OMC.

É usual aceitar que os membros definam, segundo a sua própria conveniência, os níveis de proteção contra os riscos à vida e à saúde humanas. O Órgão de Apelação sublinhou no caso EC – Asbestos que quanto mais importantes forem os valores ou interesses maior será o dever de se lhes dispensar proteção. Além disso, é imprescindível comprovar que faltam alternativas razoáveis que possam levar a cabo a política governamental com o mesmo grau de sucesso. O exame da

---

385 Appellate Body Report, Korea – Various Measures on Beef, par. 161.

386 Appellate Body Report, US – Gasoline, par. 621.

387 Appellate Body Report, Korea – Various Measures on Beef, par. 161, n. 104.

eficácia da alternativa se faz pela comparação com a efetividade da medida original. Só haverá alternativa viável se for constatado que ela é tão efetiva quanto a medida original. Logo, uma medida não é necessária se outra opção se revelar mais útil para dar vida às finalidades estabelecidas.

A expressão *relating to*, que aparece no artigo XX (g), não acena para a indispensabilidade da medida mas, simplesmente, para a contribuição que fornece com vistas à obtenção de um resultado. A palavra *necessary*, por outro lado, pressupõe uma relação estreita entre o meio e o fim que se quer atingir. Os valores que encontram guarida nas letras (a), (b) e (d) são de tal ordem que se reconhece aos membros o direito de fixar o nível de proteção aceitável. Este fato não autoriza os governos a agir como bem lhes aprouver. O escrutínio da viabilidade das demais opções e a adequação do meio escolhido são critérios de que a jurisprudência se vale na apreciação da experiência concreta. Se na controvérsia sobre a proibição de importar amianto por parte da França, a pertinência entre meios e fins é incontestável, no caso Korea – Various Measures on Beef o Órgão de Apelação concluiu que outras opções eram factíveis e com menor restrição ao comércio.

No caso EC – Tariff Preferences, emblemático por cristalizar esta tendência jurisprudencial, a Índia contestou as preferências tarifárias adicionais concedidas para os países em desenvolvimento que cooperavam com o programa da CE para combater a produção e o tráfico de drogas. A CE alegou que as preferências tarifárias tinham respaldo na exceção do artigo XX (b), já que almejavam salvaguardar a vida e a saúde da população européia.

O painel considerou que o programa comunitário de redução de tarifas destinava-se, em realidade, a auxiliar os países produtores de droga a efetuar a transição para outras atividades econômicas. Coube-lhe averiguar, ainda, conforme o critério da efetividade, se o programa europeu era necessário para proteger a vida e a saúde humanas. Ao notar que a violação de normas trabalhistas enseja a retirada das preferências tarifárias, o relatório declarou que não é indispensável ou necessária uma medida que pode ser suspensa por razões alheias ao objetivo político visado. Esta opinião transparece na seguinte passagem, cuja clareza não deixa margem a dúvida: "*the level of necessity of a measure must be linked to its effectiveness in achieving its objectives*".[388] Assim procedendo, o painel no caso EC – Tariff Preferences sintetizou a tendência jurisprudencial em torno da aplicação das exceções do artigo XX. Exigiu-se um nexo de causalidade entre a medida e o objetivo perseguido além da efetividade, condição *sine qua non* da necessidade da medida. Steven Charnovitz critica a definição do termo *necessary* elaborada pela jurisprudência da OMC, pois não se sabe como determinar o menor grau de incompatibilidade com outros dispositivos do GATT.[389] As dificuldades avolumam-

[388] Panel Report, EC – Tariff Preferences, par. 7.214.

[389] CHARNOVITZ, Steve. Exploring the environmental exceptions in GATT article XX. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 3, n. 5, p. 37-55, 1991.

se porque, presumivelmente, todos os dispositivos do GATT contam nessa avaliação. Ele pergunta, sob esse prisma, como comparar uma ação incompatível com o artigo XI e uma alternativa incompatível com o artigo XIII?

A indubitável preferência conferida ao livre-comércio no caso US – Tuna I não se repetiu no relatório do painel Thailand – Cigarettes. Para a decisão em tela, o artigo XX(b) permite às partes contratantes dar prioridade à saúde humana se houver conflito com os princípios da liberalização comercial. Robert Howse ressalta que excluir os processos e métodos de produção tem efeitos contraditórios para a análise do artigo XX:[390]

> even if one thinks that Article XX(a) is somehow limited to matters such as the regulation of pornography, imposing a limitation on its scope to measures on "products" would prevent a country from banning imports of pornographic films made with children or involving (but not necessarily depicting) involuntary acts of sex and other illegal violence. One has only to think of this example to see how unduly and irrationally restrictive of the ability of members to protect public morals Article XX(a) would be if it excluded PPM-based measures. Indeed, unless independently harmful, any product manufactured in the context of racketeering or organized crime would have to be given the full protection of GATT.

A esta altura, após analisar a aplicabilidade das exceções, o próximo passo é apontar os critérios para a interpretação do *caput* do artigo XX. Enquanto as exceções abrem caminho para as políticas públicas voltadas à realização de aspirações sociais relevantes, o *caput* do artigo XX veda as ações que tipifiquem discriminação arbitrária ou injustificada entre os países onde as mesmas condições prevalecem, ou restrição disfarçada ao comércio internacional. Esse dispositivo não proscreve, em princípio, todas as formas de discriminação. Um governo que obedece aos pressupostos do *caput* termina, em verdade, por discriminar os Estados e territórios aduaneiros que sofrem os efeitos da restrição às importações.

Os redatores do GATT, sabiamente, acrescentaram os adjetivos *arbitrária* e *injustificável* para qualificar as discriminações proscritas. Poder-se-ia indagar se existe discriminação arbitrária entre dois países onde as mesmas condições prevalecem. Nenhum painel se ocupou desta questão de forma a apontar uma resposta ao problema proposto e sugerir alguma orientação para futuras decisões.

A decisão do caso US – Shrimp adicionou novo elemento para elucidar o significado de *discriminação*:[391]

---

390 HOWSE, Robert. The World Trade Organization and the protection of workers' rights. *Journal of Small and Emerging Business Law*, Portland, v. 3, p. 143-144, 1999.

391 Appellate Body Report, US – Shrimp, par. 165.

> We believe that discrimination results not only when countries in which the same conditions prevail are differently treated, but also when the application of the measure at issue does not allow for any inquiry into the appropriateness of the regulatory program for the conditions prevailing in those exporting countries.

Uma medida que tenha sido anunciada publicamente, na opinião do painel no caso US – Embargo of Tuna from Canada,[392] não se constitui em restrição disfarçada ao comércio internacional. Esta posição foi alvo de inúmeras críticas que, unanimemente, censuraram a estreiteza do critério empregado. A publicação, por si só, não afasta o protecionismo, além de comprometer a interpretação adequada do artigo XX. É imperativo, portanto, interpretar com maior rigor a expressão "restrições disfarçadas ao comércio internacional", única forma de se tolher, nesse particular, a violação dos direitos de terceiros.

A jurisprudência destaca que o *caput* do artigo XX espelha a busca de equilíbrio entre o uso das exceções e os direitos que os tratados resguardam aos demais membros da OMC. A utilização abusiva das exceções concorreria para erodir as vantagens oriundas nas negociações em que os Estados se empenham em reduzir as barreiras comerciais. As exceções do artigo XX são limitadas e condicionais, ou seja, sujeitam-se ao cumprimento dos requisitos claramente estabelecidos.

O *caput* do artigo XX é uma expressão do princípio da boa-fé, cabendo-lhe a tarefa de controlar o exercício dos direitos dos membros da OMC. A doutrina do *abus de droit*, emanação direta do princípio da boa-fé, coíbe a prática de abusos, sugerindo que o exercício dos direitos obedeça aos padrões da razoabilidade.

A interpretação do *caput* do artigo XX é de grande complexidade, já que se trata de procurar um equilíbrio difícil de ser alcançado. A dificuldade se agrava porque a linha de equilíbrio não é fixa ou imutável. Ela se move quando variam a forma e a espécie das medidas e quando os fatos que a constituem se diferenciam. O *caput* do artigo XX recobre não apenas as medidas em si mesmas discriminatórias, mas se estende também àquelas que, apesar de se mostrarem corretas, são aplicadas de forma arbitrária ou injustificada. Abarca, desse modo, requisitos substantivos e procedimentais. O relatório do Órgão de Apelação no caso US – Shrimp foi taxativo ao afirmar que[393]

> it is only reasonable that rigorous compliance with the fundamental requirements of due process should be required in the application and administration of a measure which purports to be an exception to the treaty obligations of the Member imposing the measure and which effectively results in a suspension *pro hac vice* of the treaty rights of other Members.

---

392 GATT Panel Report, US – Embargo of Tuna from Canada, p. 108.

393 Appellate Body Report, US – Shrimp, par. 182.

Na passagem acima, o Órgão de Apelação atentou para o processo que propicia o equilíbrio dos interesses. Presumiu-se, sob esse aspecto, que o equilíbrio dos interesses advém das soluções previamente negociadas. Segundo McRae a exigência de que ingressam no escopo do artigo XX somente as medidas que resultarem de negociações com outros membros da OMC altera a natureza deste dispositivo.[394] As medidas que constituem discriminação arbitrária ou injustificada, ou restrição disfarçada ao comércio internacional não se definem apenas pelo fato de serem unilaterais. O Órgão de Apelação soube captar este fato no tocante à interpretação das exceções, mas a mesma lógica não foi empregada para analisar o teor do *caput*.

McRae enfatiza que a abordagem das exceções do artigo XX se distingue da interpretação de outros dispositivos dos acordos da OMC e contraria a regra fundamental do artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.[395] A interpretação do *caput* do artigo XX não se inicia com a busca do significado ordinário dos termos em seu contexto e à luz do objeto e propósito do tratado. Diversamente, o Órgão de Apelação desenvolveu um modo peculiar de compreender o objeto e o propósito do *caput* do artigo XX, causa direta de uma forma de interpretação restritiva que irradia efeitos de grande magnitude para os demais acordos que compõem o sistema multilateral de comércio.

Esta maneira de ver as coisas muda a natureza das obrigações que os membros estabeleceram no GATT e tem conseqüências para a interpretação de todas as exceções dos acordos da OMC. O desafio que se afigura é encontrar uma interpretação do *caput* que, ao mesmo tempo, cerceie os abusos e proporcione aos membros a oportunidade de extrair as vantagens que a aplicação das exceções possibilita.

4.4.5 O artigo XX e a preservação do meio ambiente

Existe, na esfera ambiental, uma linha divisória clara entre a jurisprudência do GATT e da OMC originada, sobretudo, na maior sensibilidade à emergência de novos valores, que o direito internacional prontamente incorporou. As controvérsias versaram, em linhas gerais, duas hipóteses distintas: a primeira abordou o direito de um Estado de adotar, na órbita doméstica, as suas próprias leis ambientais, enquanto a segunda discutiu a legitimidade das medidas internas cujos efeitos se projetam para além das fronteiras nacionais e atingem os interesses de um Estado estrangeiro. Tudo se resume em saber se os países são inteiramente livres para disciplinar a preservação do meio ambiente e se, com esse escopo, é

---

394 MCRAE, Donald M. GATT article XX and the WTO Appellate Body. In: BRONCKERS, Marco; QUICK, Reinhard (Org.). *New directions in international economic law:* essays in honour of John H. Jackson. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 234.

395 Ibid., p. 234-235.

lícito introduzir regras para proteger interesses comuns, a saber, a conservação das espécies migratórias e, entre elas, as tartarugas marinhas.

O tema das normas internas com efeitos extraterritoriais[396] veio à tona nos Casos US – Tuna I e US – Tuna II, que se constituem nos principais precedentes da jurisprudência do GATT no domínio ambiental. Ambas as disputas surgiram em conseqüência do embargo norte-americano à importação de atum e seus derivados, imposto com base na Lei de Proteção dos Mamíferos Marinhos (*Marine Mammal Protection Act*) para promover a conservação dos golfinhos no Leste Tropical do Oceano Pacífico. Acreditava-se que essa providência reduziria a níveis próximos de zero a morte incidental de golfinhos ocasionada pela pesca de atum de barbatana amarela com o uso de redes de arrasto. Na opinião do México, aceitar que uma parte contratante impusesse restrições comerciais com vistas à conservação dos recursos naturais de outra parte contratante equivaleria a introduzir o conceito de extraterritorialidade no GATT, com efeitos extremamente perigosos.

O painel cuidou, inicialmente, da compatibilidade entre a lei norte-americana e o artigo III do GATT, relativo ao princípio do tratamento nacional. Segundo o relatório, os Estados Unidos não poderiam, validamente, decretar embargo às exportações de atum e seus derivados provenientes do México, simplesmente porque as normas mexicanas não se ajustavam às exigências fixadas pelas autoridades norte-americanas. A decisão rememorou que não se permite às partes contratantes limitar a importação de bens estrangeiros com base no modo como são confeccionados, salvo se for possível comprovar que o método de produção incide diretamente nas características do produto final. Washington alegou, sem êxito, que as normas editadas se amparavam no artigo XX(b) e se mostravam, por isso, necessárias para garantir a vida dos golfinhos. O painel confirmou o direito de cada parte contratante de legislar sobre a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal; especificou, outrossim que[397]

> if the broad interpretation of Article XX(b) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the life or health protection policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement. The General Agreement would then no longer constitute a multilateral framework for trade among all contracting parties but would provide legal security only in respect of trade between a limited number of contracting parties with identical internal regulations.

---

396 Sobre o tema das normas que possuem efeitos extraterritoriais cf. STERN, Brigitte. Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit. *Annuaire Français de Droit International*, Paris, v. 32, p. 34 ss, 1986 e STERN, Brigitte. Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale. *Revue Québécoise de Droit International*, Montréal, v. 3, p. 49-78, 1986.

397 GATT Panel Report, US – Tuna I, par. 5.27.

Os Estados Unidos não lograram provar, apontou a decisão, a "necessidade" da medida, pois não exauriram as opções de que se dispunha para a conservação dos golfinhos, em especial, pela negociação de acordos internacionais com essa finalidade. No caso US – Tuna II, patrocinado pelas Comunidades Européias e pela Holanda contra os Estados Unidos, o painel apreciou argumentos semelhantes àqueles esposados no caso US – Tuna I, sem alterar a posição que assumira na interpretação das letras (b) e (g) do artigo XX. Alguns críticos observam que rejeitar a aplicação do artigo XX às medidas que tenham alcance extraterritorial, nos moldes da decisão do painel no caso US – Tuna I, significa privilegiar uma visão mercantilista insensível à preservação do meio ambiente.[398] Esse entendimento transparece na crença de que o artigo XX é uma exceção condicional e limitada às obrigações constantes de outros dispositivos do Acordo Geral e não uma regra positiva que estabelece obrigações independentes. Apontam, ainda, que o painel, ao julgar que o embargo norte-americano não era necessário para cumprir o fim a que se propôs, deixou de considerar o impacto potencial que essas normas poderiam ter para a proteção dos golfinhos do Leste Tropical do Oceano Pacífico.

Após a criação da OMC, o Órgão de Apelação estabeleceu os parâmetros para a interpretação do artigo XX, que, sob esse aspecto, significou valiosa oportunidade para que se aprofundassem as conclusões externadas no julgamento do caso US – Gasoline. Nos dois relatórios em que se manifestou sobre as pretensões deduzidas no caso US – Shrimp, o Órgão de Apelação ponderou não haver hierarquia entre as duas exceções ambientais contidas nas letras (b) e (g) e os artigos I e III do GATT, ponto de vista que difere da concepção que informou o julgamento dos Casos US – Tuna I e US – Tuna II. Não há, assim, no plano interpretativo, primazia das regras comerciais sobre as exceções concebidas para garantir a preservação do meio ambiente.

O Órgão de Apelação entende, desde a decisão emanada no caso US – Gasoline, que a legitimidade de uma medida depende de dois requisitos: a adequação ao disposto em uma das letras do artigo XX e o cumprimento das condições estatuídas pelo *caput*. Mais do que simplesmente favorecer o comércio, o Órgão de Apelação notou que a idéia de desenvolvimento sustentável, presente no Preâmbulo do Acordo constitutivo da OMC, deve orientar a interpretação do artigo XX. O desafio que se esboça, em face da ausência de hierarquia entre as normas, é encontrar o justo equilíbrio entre direitos potencialmente conflitantes.

O caso US – Shrimp resultou da reclamação feita pela Índia, Paquistão, Tailândia e Malásia contra a atitude das autoridades norte-americanas de proibir, com fundamento na Seção 609 do Public Law 101–162,[399] a importação de camarão pescado de maneira a ameaçar a vida das tartarugas marinhas. A Seção 609 esta-

---

398 PEREZ, Oren. *Ecological sensitivity and global legal pluralism:* rethinking the trade and environment conflict. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 63.

399 Panel Report, US – Shrimp, par. 3.

beleceu as condições para certificação exigida dos países que exportavam camarão aos Estados Unidos, cuja especificação consta nas Diretrizes de 1991, 1993 e 1996. Previram-se dois tipos de certificação: o primeiro concedido aos países que praticam a pesca sem ameaçar a captura incidental das tartarugas marinhas (Seção 609 (2) (C)), enquanto o segundo pressupunha a adoção de um programa de conservação específico pelo país exportador (Seção 609 (b) (2) (A) e (B)). O Departamento de Estado Norte-Americano recebeu competência para emitir certificação aos países exportadores que utilizassem dispositivos que excluem a captura de tartarugas (*Turtle Excluder Devices* (TEDs)), comparáveis em eficiência àqueles usados nos Estados Unidos.

O Painel concluiu que a proibição efetuada pelos Estados Unidos colidia com o artigo XI(1) e, simultaneamente, carecia do beneplácito do artigo XX do GATT de 1994. O Órgão de Apelação verificou, em primeiro lugar, se as medidas norte-americanas encontravam respaldo no artigo XX(g) e preenchiam os requisitos previstos pelo *caput*. Após pôr em relevo que as tartarugas marinhas são recursos naturais exauríveis nos termos do artigo XX(g), o Órgão de Apelação examinou se as medidas em causa estavam relacionadas à sua conservação.[400]

Valeu-se, para tanto, da relação entre a estrutura e o escopo visados pela Seção 609 e a conservação das tartarugas marinhas por meio de um teste de meios e fins, em que se analisou se os meios empregados se ajustavam à obtenção dos fins perseguidos. Identificou-se a presença de uma real e verdadeira relação entre meios e fins que vincula a Seção 609 à política de conservação de uma espécie sobre a qual recai ameaça de extinção. O Órgão de Apelação constatou, também, a presença do requisito estatuído pela letra (g) do artigo XX, qual seja, a necessidade de que a medida se efetive juntamente com restrições à produção ou ao consumo doméstico. O desiderato é aqui vedar discriminações arbitrárias animadas por uma indisfarçável conotação protecionista. O relatório precisou que a Seção 609 obedecia aos critérios da justeza e imparcialidade, devidamente prestigiados no caso Reformuleted Gasoline.

Ao analisar a compatibilidade da legislação norte-americana com o *caput* do artigo XX, o Órgão de Apelação pontificou que a Seção 609, aplicada em harmonia com as Diretrizes de 1996, se converteu em: "*an economic embargo which requires all other exporting Members, if they wish to exercise their GATT rights, to adopt essentially the same policy (together with an approved enforcement program) as that applied to, and enforced on, United States domestic shrimp trawlers*".[401] Repudiou-se, terminantemente, a utilização, por um membro da OMC, de embargo econômico para constranger outros membros a estabelecer regras similares àquelas que vigoram em seu território, sem atentar para as particularidades dos países estran-

---

400 Appellate Body Report, US – Shrimp, par. 133.

401 Appellate Body Report, US – Shrimp, par. 161.

geiros. Censurou-se a falta de empenho dos Estados Unidos em entabular negociações dirigidas à conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais para a proteção das tartarugas marinhas antes que se proibisse a importação de camarão que não obedecia aos ditames previstos pela legislação norte-americana.

Analogamente, o relatório condenou a aplicação da Seção 609 de maneira a constituir "discriminação arbitrária", proibida pelo *caput* do artigo XX. Os julgadores reconheceram que o procedimento de certificação da Seção 609 não se fez acompanhar dos princípios que informam o devido processo, pois os membros que tivessem um pedido recusado não contavam com nenhuma via que lhes facultasse pleitear a revisão da recusa que haviam inicialmente recebido. Comprovada a ilicitude da prática em exame, o Órgão de Apelação recomendou que os Estados Unidos tomassem as providências cabíveis para dar plena execução aos tratados pertencentes ao sistema multilateral de comércio.

Descontente com o cumprimento das recomendações, a Malásia requereu, conforme o disposto no artigo 21.5, que o painel instituído para apreciar a controvérsia, em sua fase inicial, se pronunciasse acerca da execução do que houvera sido previamente decidido. A argumentação da Malásia ressaltou, essencialmente, três pontos principais: (1) as Diretrizes Revisadas de 1999 mantiveram o mesmo efeito das normas anteriormente condenadas; (2) as restrições unilaterais à importação só se justificavam quando autorizadas por um acordo internacional; e (3) a imposição a outros membros da política norte-americana de conservação das tartarugas marinhas interferia com o direito soberano de a Malásia definir as suas próprias regras ambientais.

Essas alegações não mereceram o endosso do painel e, posteriormente, do Órgão de Apelação. Este último lembrou que a boa-fé requer, na hipótese, o empenho em celebrar acordos internacionais mesmo que, não obstante os esforços realizados, nenhum acordo tenha sido concluído. Asseverou, ademais, que as Diretrizes Revisadas de 1999 ofereciam flexibilidade suficiente para que os Estados Unidos considerassem as condições predominantes na Malásia. As Diretrizes Revisadas, sob esse prisma, não impuseram a utilização de TEDs, mas indicaram, tão-somente, que um país teria a possibilidade de obter certificação se demonstrasse ter posto em prática regras comparáveis para proteger as tartarugas marinhas. Por fim, o Órgão de Apelação declarou que condicionar o acesso ao mercado doméstico ao cumprimento dos requisitos unilateralmente prescritos pode recair no âmbito das exceções do artigo XX. A decisão do caso US – Shrimp parece legitimar o uso de medidas comerciais de caráter unilateral para promover a preservação do meio ambiente, ainda que o objetivo visado ultrapasse os limites das fronteiras nacionais.

4.4.6 A exceção moral

As restrições ao comércio por razões morais são conhecidas na cena internacional desde a primeira metade do século XIX.[402] Vieram à baila, a partir de então, tratados sobre assuntos tão variados quanto a escravidão, o ópio, as bebidas alcoólicas, a pornografia e o bem-estar dos animais. Merecem referência, a esse título, a Convenção de 1817, entre a Grã-Bretanha e Portugal, que limitara às embarcações que ostentavam o pavilhão português o transporte de escravos ao território brasileiro, o Ato Geral de 1890, pelo qual os Estados que ainda não haviam abolido a escravidão concordavam em proscrever o tráfico de escravos e o comércio de armas para certas regiões do continente africano, a Convenção Internacional do Ópio de 1912, as Convenções de 1919 e 1925 relativas ao Tráfico e ao Contrabando de Bebidas Alcoólicas na África, a Convenção de 1924 sobre a Proibição do Comércio de Materiais Obscenos e a Convenção de 1935 sobre o Transporte de Animais. O Tratado de Versalhes de 1919 estatuiu que os membros da Sociedade das Nações se comprometiam a assegurar e manter condições justas e humanas para o trabalho dos homens, mulheres e crianças em seu território e nos países com os quais mantinham relações comerciais.

O primeiro esboço da Carta da OIC, elaborado pelos Estados Unidos no final de 1945, possuía numerosas exceções às regras sobre a liberalização do comércio, entre as quais figurava a exceção para proteger a moralidade pública. No encontro preparatório para a Conferência de Havana, ocorrido em Londres em novembro de 1946, as partes reconheceram a necessidade de exceções gerais a fim de garantir, entre outros bens, a moral e a saúde.

A proposta do Comitê de Redação de incluir uma exceção para a tutela da moralidade pública no texto da Carta de Havana e no Acordo Geral de Tarifas e Comércio foi finalmente aceita, convertendo-se no artigo XX (a) do GATT.[403] Após a criação da OMC, o Acordo sobre o Comércio de Serviços e o Acordo TRIPs passaram a abrigar disposições similares. Os governos, segundo o Acordo TRIPs, gozam da faculdade de não concederem patente ou de proibirem a exploração comercial necessária para proteger a moral, a vida, a saúde e outros interesses relevantes.

A exceção moral aparece, também, em tratados regionais, como a Convenção Européia sobre os Direitos do Homem. O caso *Handyside vs. United Kingdom*,[404] decidido em 1976, é a principal controvérsia sobre a exceção moral no contexto europeu. Handyside, que havia sido preso sob a acusação da prática de ato obsceno, recorreu à Corte Européia dos Direitos do Homem, alegando que a privação da liberdade que lhe havia sido imposta infringia o artigo 10 da Convenção

---

402 CHARNOVITZ, Steve. *Trade law and global governance*. op. cit., p. 344.

403 CHARNOVITZ, Steve. *Trade law and global governance*. op. cit., p. 338.

404 Caso Handyside.

Européia dos Direitos do Homem, que garante a liberdade de expressão. A Corte não acolheu o argumento de Handyside pela simples razão de que não existe uma concepção européia uniforme em matéria de moralidade. Acrescentou que a moralidade varia de tempos em tempos e de lugar para lugar, especialmente em nossa era, que se caracteriza pela rápida evolução das opiniões.

Os painéis e o Órgão de Apelação não se pronunciaram, até agora, sobre o artigo XX (a), mas nada sugere que esse estado de coisas permanecerá inalterado no futuro. A exceção moral poderá ser invocada em controvérsias vindouras, sobretudo naquelas que versem a proteção dos direitos humanos.

Embora várias matérias tratadas pelo GATT tenham recebido nova disciplina durante a rodada Uruguai, não houve empenho em elucidar a interpretação do artigo XX (a), já que as partes contratantes não o submeteram à negociação que se desenrolou nesse período. Por esse motivo, o intérprete deve buscar compreender o sentido da expressão "moralidade pública" com apoio nos parâmetros fornecidos pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Essa tarefa é dificultada pela ausência de manifestações jurisprudenciais que auxiliem a definir o teor da exceção contida na letra (a) e sobre o artigo XX como um todo. Deve-se ter em mente que nenhum artigo do GATT definiu a moralidade pública. A aceitação de que formalmente considerada a moralidade pública representa o conjunto das normas de comportamento que qualificam as condutas como boas ou más não oculta a incerteza sobre o seu conteúdo material, isto é, sobre as regras e princípios que a integram. Problema correlato diz respeito à delimitação do alcance da moralidade pública, fato que traz à tona a questão de saber se os princípios morais são particulares a uma dada sociedade ou se existem valores morais na vida internacional que cada governo deve concretizar.

Os critérios interpretativos da Convenção de Viena não balizaram, nos moldes já comentados, a interpretação do artigo XX. Os painéis levaram a efeito análise pormenorizada dos trabalhos preparatórios para interpretar o artigo XX (b). Este enfoque se choca com artigo 32 da Convenção de Viena que recomenda o recurso aos meios suplementares de interpretação, em particular os trabalhos preparatórios e às circunstâncias próprias à conclusão dos tratados, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31, deixar o sentido ambíguo ou obscuro ou conduzir a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

Essa atitude é, por certo, criticável porque confina a interpretação a um momento histórico determinado e a torna impermeável à consolidação de novos valores. A decisão do caso US – Shrimp parece afastar-se dessa abordagem ao examinar o significado ordinário do *caput* do artigo XX à luz do contexto, objeto e propósito que o inspiram. O Órgão de Apelação somente se ateve à história das negociações para confirmar a interpretação já realizada. Ademais, os "recursos naturais exauríveis" referidos na letra (g) do artigo XX foram interpretados tendo

em vista as preocupações contemporâneas da comunidade internacional sobre a proteção e a preservação do meio ambiente.

Consignou-se ainda que os participantes da Rodada Uruguai estavam conscientes da legitimidade da proteção ambiental expressa na instituição de um Comitê Permanente sobre Comércio e Meio Ambiente e na menção ao desenvolvimento sustentável, feita pelo Preâmbulo do acordo que criou a OMC. A noção de "recursos naturais exauríveis" não é estática, mas se beneficia das transformações supervenientes do direito internacional.

É digno de nota o exame que o Órgão de Apelação fez do *caput* do artigo XX, fundado na existência de uma linha de equilíbrio que se orienta, em última instância, pelo princípio da boa-fé, critério principal para descobrir a prática de discriminação arbitrária ou injustificada ou de restrição disfarçada ao comércio internacional. Em conseqüência, o uso indevido das exceções será abusivo por violar o princípio da boa-fé e romper o equilíbrio entre direitos e obrigações que os acordos da OMC delinearam. A lição a extrair do caso US – Shrimp é a de que as expressões de conteúdo variável e indefinido, como "recursos naturais exauríveis", não podem ser interpretadas tendo em conta, exclusivamente, o sentido que os redatores pretenderam conferir ao tratado no momento da sua elaboração.

Tais expressões refletem as mudanças axiológicas que se processam ao longo do tempo de modo a facilitar a interação entre o ordenamento jurídico e a realidade social. Além disso, a linha de equilíbrio muda em função das características e peculiaridades do caso. As conclusões do Órgão de Apelação caem como uma luva para a interpretação do artigo XX (a) ao demonstrarem grande sensibilidade em relação às demais normas do direito internacional. Nada indica, por outro lado, que o artigo XX deva ser interpretado restritivamente. A obrigação de se proceder à interpretação restrita não decorre nem do artigo XX nem da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

O artigo XX (a) exibe potencialidade inequívoca para lidar com graves violações aos direitos humanos. Restrições comerciais que, ordinariamente, não são aceitas por contrariarem a letra e o espírito do GATT, ganham legitimidade na medida em que atentam contra a moralidade pública.

Janelle Diller e David Levy incluíram no mínimo ético recoberto pela moralidade pública as normas de *jus cogens* que proíbem a escravidão, a venda ou o tráfico de crianças e o trabalho realizado sob tortura.[405] A expressão *moralidade pública* deve ser interpretada sob influência das normas que adquiriram caráter de *jus cogens* e das regras internacionais costumeiras, que contam com a adesão generalizada da comunidade internacional. Para tanto, o "teste de necessidade"

---

405 DILLER, Janelle M.; LEVY, David A. Child labor, trade and investment: toward the harmonization of international law. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 91, n. 4, p. 694, Oct. 1997.

teria que incorporar as regras relevantes do direito internacional, como as que derivam dos costumes e dos acordos internacionais para a proteção dos direitos humanos. Aqui, é preciso cercear a tentação protecionista, extremamente danosa aos países em desenvolvimento, por tratar de maneira distinta os produtos importados e os bens produzidos no plano doméstico. Analogamente, é imprescindível que a violação dos Direitos Humanos esteja relacionada ao comércio.

4.5 A interpretação dos tratados e a eqüidade na OMC

Conhecida pelos sofistas e por Platão, que sublinhou a superioridade da *epiekeia* sobre a lei, a eqüidade mereceu a atenção de Aristóteles no Capítulo X do Quinto Livro da Ética a Nicômaco. Apesar da identidade entre o justo e o eqüitativo, razão suficiente para que sejam desejáveis, Aristóteles não esconde a clara preferência pela eqüidade. Ela é, nessa acepção, um conceito subjetivo que se apóia em grande medida na intuição. Aristóteles enfatiza, ainda, um segundo sentido de eqüidade, de natureza *infra legem*, que na percuciente análise de Vicente Marotta Rangel não significa uma inteira conformidade com a letra e a generalidade da lei, mas a harmonização com o espírito da lei e com a sua aplicação.[406] Para alcançar o justo, é preciso corrigir duas falhas que caracterizam a lei.

Em primeiro lugar, tendo em vista a natureza dos atos regulados, a ordenação efetuada pela lei é defeituosa. Esta falha, portanto, não é imputável à lei, em si mesma, ou ao próprio legislador que a editou. Além disso, devido à generalidade da lei, não é possível exprimir-se com a precisão suficiente na regulação dos casos concretos. As normas gerais se ocupam, pura e simplesmente, dos casos ordinários sem atentar para o que há de incomum e excepcional nos fatos regulados. Enquanto a justiça cuida da formulação de princípios gerais, a eqüidade se interessa pelas circunstâncias particulares e pela aplicação da regra geral a essas circunstâncias. É fácil perceber, assim, que existe complementaridade, e não oposição, entre a eqüidade e a lei.

No direito romano, a eqüidade remonta ao desenvolvimento do processo formular e aos poderes que o pretor recebeu para corrigir os rigores do *jus civile* por meio da criação de novas regras jurídicas.[407] Diferentemente dos magistrados dos nossos dias, cuja competência é definida de maneira específica, o pretor enfeixava ao mesmo tempo a jurisdição e o *imperium*, representados pelos poderes de julgar e de comandar. Cabia-lhe adaptar o direito vigente às transformações da vida social

---

406 RANGEL, Vicente Marotta. L'equité en droit international: des développements récents. Separata de: *Nomos*: Acta Legalia Quitannis Edita a Schola Iurisprudentia: Miscellanea in Honorem Demetri S. Constantopuli. Thessalonicae: Aristotelea Universitas Studiorun Thessalonicae, 1990. p. 939.

407 ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. op. cit., v. 1, p. 399.

com o esmero de quem conserva a força das instituições jurídicas em harmonia com os valores e aspirações predominantes na sociedade romana.

No direito inglês, a *equity* surge no século XVI, quando o *Chanceller* se dispõe a rever e a completar as carências do direito positivo.[408] Os primórdios da *equity* guardam relação com as debilidades exibidas pelo *common law*. Se não fosse viável submeter uma causa aos Tribunais Reais, ou porque não podiam conceder a solução buscada pelo pleiteante, ou porque não tinham meios para bem conduzirem um processo, ou ainda porque chegavam a uma decisão contrária à eqüidade, permitia-se aos particulares recorrer ao rei para que, de acordo com sua consciência, impusesse a solução decidida pela justiça. Recorria-se ao monarca para corrigir as imperfeições das normas jurídicas e para atenuar o excessivo rigor proveniente da sua aplicação.

O *Chanceller* intervinha para assegurar a preponderância da lei moral de tal sorte que o *summum jus* não se convertesse em *summa injuria*. Inexistia o compromisso de se criarem regras novas, diferentes daquelas que os tribunais tradicionalmente admitiam, como a máxima *equity follows the law* tão bem retratou.[409] Na Inglaterra, a competência limitada dos tribunais e a rigidez processual conduziram à procura da jurisdição especial, fundada nas prerrogativas reais para completar e amenizar o direito comum. Até o final do século XIX, as soluções dadas ao mesmo caso poderiam variar, conforme o tribunal encarregado de resolver o conflito. Com a reforma de 1875, os tribunais superiores receberam competência para julgar, ao mesmo tempo, segundo os princípios da *equity* e do *common law*.

No direito doméstico a eqüidade é modo importante de integração do direito já que atua sobretudo para eliminar os efeitos nocivos que acaso decorrem da aplicação estrita da lei. É sabido que com a positivação do direito declinou a relevância da eqüidade, mas ela continua a ter importância enquanto realização da justiça adaptada às especificidades das situações concretas. Prova do significado da eqüidade no direito brasileiro, o artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939, já revogado, possibilitava ao juiz, quando autorizado a decidir por eqüidade, aplicar no caso a regra que estabeleceria se fosse legislador. Muito mais restritivo, o artigo 127 do Código de Processo Civil de 1973 dispôs: "O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei."

Na esfera internacional, cresce o recurso à eqüidade nos procedimentos de solução de controvérsias. A Convenção Internacional de Presas, firmada na Segunda Conferência de Paz de Haia, em 1907 valorizou a eqüidade entre os meios utilizados para a resolução dos litígios. O artigo 7º previu que a Corte de Presas deveria decidir com base nas convenções entre as partes da disputa e nos termos

---

408 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo (direito comparado)*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 346.

409 DAVID, René. op. cit., p. 360.

do direito internacional. Se o apelo a estas fontes fosse ineficaz para pôr fim à divergência, o tribunal deveria decidir de acordo com os princípios gerais de direito e a eqüidade. Mesmo sem jamais ter entrado em vigor, o artigo 7º da Convenção Internacional de Presas é indicativo de uma tendência que viria a se confirmar em tratados futuros.

Durante os trabalhos de preparação do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, transcorridos em 1920, a eqüidade motivou intensos debates. A emenda apresentada pelo jurista francês Henri Fromageot resultou na alínea 2 do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Nas décadas recentes, são conhecidas as referências à eqüidade na obra de elaboração convencional. O artigo XII da Convenção de 1971 sobre a Responsabilidade pelos Danos Causados pelos Objetos Espaciais preconiza que a reparação "será determinada conforme o direito internacional e os princípios de justiça e eqüidade". A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 versou o tema nos artigos 59, 69 e 83, impelida pelo ideal de elevar o grau de justiça nas relações interestatais.

A eqüidade apresenta, no direito internacional positivo, três funções distintas: ela serve para moderar, completar ou afastar a aplicação do direito, situações em que ela se manifesta *infra legem*, *praeter legem* ou *contra legem*.[410] A função moderadora da eqüidade é ilustrada pela disputa que opôs a Grã-Bretanha aos Estados Unidos, resolvida por via arbitral em 1926.[411] A Grã-Bretanha pleiteou que o Estado de Nova Iorque pagasse aos índios cayugas residentes no Canadá indenização que coubera à nação cayuga pelo abandono de suas terras, como constava no tratado de 1795. No início do século XIX, em conseqüência da guerra de 1812 entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, a tribo cayuga se dividiu e parte dela emigrou para o Canadá.

Na opinião do tribunal, do ponto de vista estritamente jurídico, a nação cayuga era composta apenas pelos índios que viviam no Estado de Nova Iorque, mas essa conclusão não seria eqüitativa para aqueles que se viram forçados a emigrar. A solução foi atribuir aos índios cayugas que residiam no Canadá parcela da indenização paga à totalidade da nação cayuga, já que o tribunal tinha competência para decidir segundo o direito e a eqüidade. A decisão levou em conta a substância da demanda sem se concentrar, exclusivamente, na análise das questões formais.

Em segundo lugar, a eqüidade preenche as lacunas do direito positivo ao considerar as especificidades do caso concreto. A tarefa de completar o direito existente requer a presença de normas gerais ou particulares que a regulem, tornando-se desse modo condição indispensável para a sua validade jurídica. Exemplo marcante é fornecido pela cláusula *ex aequo et bono*, pela qual os árbitros e juízes estarão

---

410 ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. op. cit., v. 1, p. 405.

411 Sentença dos Índios Cayugas de 1926 entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos. *Reports of International Arbitral Awards*, v. 6, p. 173.

habilitados a decidir por eqüidade, se as partes consentirem expressamente nesse sentido. A CPJI recordou, em 6 de dezembro de 1930, no caso relativo às Zonas francas, que esta habilitação tem natureza "*absolument exceptionnelle*" e necessita constar de texto "*positif et clair*" redigido com esta finalidade.[412]

Por outro lado, a eqüidade provou ser instrumento altamente valioso na composição de conflitos políticos em que o direito positivo silencia por completo ou só escassamente contribui para dirimir a pendência. Isso ocorre principalmente nas disputas sobre a fixação de limites territoriais. No parecer consultivo emitido no caso Jaworzina,[413] a CPJI entendeu ter caráter eqüitativo a cláusula que confere à Comissão de Delimitação o poder para propor as modificações que julgar convenientes para levar em conta os interesses das comunidades que se situam nas proximidades da linha fronteiriça.

A guerra do Chaco, entre o Paraguai e a Bolívia, encerrou-se com a assinatura de um tratado em 21 de julho de 1938, que encarregou os presidentes da República do Brasil, Argentina, Uruguai, Peru e Estados Unidos de fixar a fronteira entre os países beligerantes com fundamento na cláusula *ex aequo et bono*. A sentença do tribunal arbitral apoiou-se tão-somente na eqüidade, estando ausente qualquer menção ao direito positivo.[414]

A eqüidade é concebida, ainda, como faculdade, reservada às partes em uma contenda, de afastar, deliberadamente, a aplicação do direito positivo. Nesta acepção, a cláusula *ex aequo et bono* não é meio para o preenchimento das lacunas da ordem jurídica ou para resolver os conflitos que o direito explicitamente não disciplinou. A função que possui é a de autorizar o juiz ou árbitro, se necessário, a se distanciar das normas vigentes para a obtenção de um julgamento justo. Poderes tão amplos surgem apenas se houver vontade inequívoca das partes, como a resolução do Instituto de Direito Internacional esclareceu: "*Le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence, sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent une autorisation claire et expresse à cette fin.*"[415] É natural que, diante da cláusula *ex aequo et bono*, a corte se empenhe em decidir de acordo com o que lhe pareça razoável, independentemente das disposições do direito internacional sobre a matéria. Verifica-se profundo contraste entre a faculdade para estatuir *ex aequo et bono* outorgada, inúmeras vezes, aos tribunais arbitrais e a ausência desta habilitação à CPJI e à CIJ.

---

412 Caso Zonas Francas, p. 10.

413 Caso Jaworzina, p. 39-40.

414 JUDICIAL decisions involving questions of international law : Chaco arbitral award. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 33, n. 1, p. 180, Jan. 1939; Affaire du Chaco. *Reports of International Arbitral Awards*, v. 3, p. 1817-1825.

415 Résolution de l'Institut de Droit International, session de Luxembourg en 1937. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, p. 270, 1937.