A SOLUÇÃO
de controvérsias na OMC

O sistema de solução de controvérsias, concebido para desempenhar função vital na Organização Mundial do Comércio (OMC), representou adensamento de "juridicidade" em relação àquele que existia no GATT (sigla em inglês para Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), devido à automaticidade do procedimento, à exeqüibilidade das decisões e à regra do consenso invertido para conferir força vinculante aos relatórios aprovados.

Este livro, nascido da inquietação comum a muitos internacionalistas, procura responder à seguinte pergunta: podem os painéis e o Órgão de Apelação da OMC aplicar na solução dos litígios todas as normas jurídicas internacionais?

Na tentativa de encontrar resposta para a pergunta formulada, o texto contesta tanto a validade do ponto de vista segundo o qual a OMC é um regime jurídico auto-suficiente (*self-contained regime*), quanto a tese que considera terem os painéis e o Órgão de Apelação competência para aplicar toda e qualquer norma jurídica internacional. Propõe, ao contrário, um novo modelo analítico, intitulado "diálogo" das fontes, na esteira do trabalho pioneiro de Erik Jayme no âmbito do direito internacional privado.

A presunção contra o conflito, desenvolvida por Wilfred Jenks há mais de meio século, num período dominado pela crescente produção de regras internacionais, demonstra, quando aplicada à OMC, que o intérprete deve buscar, sempre que possível, a harmonia entre os tratados multilaterais de comércio e as demais normas do direito internacional.

Aplicação

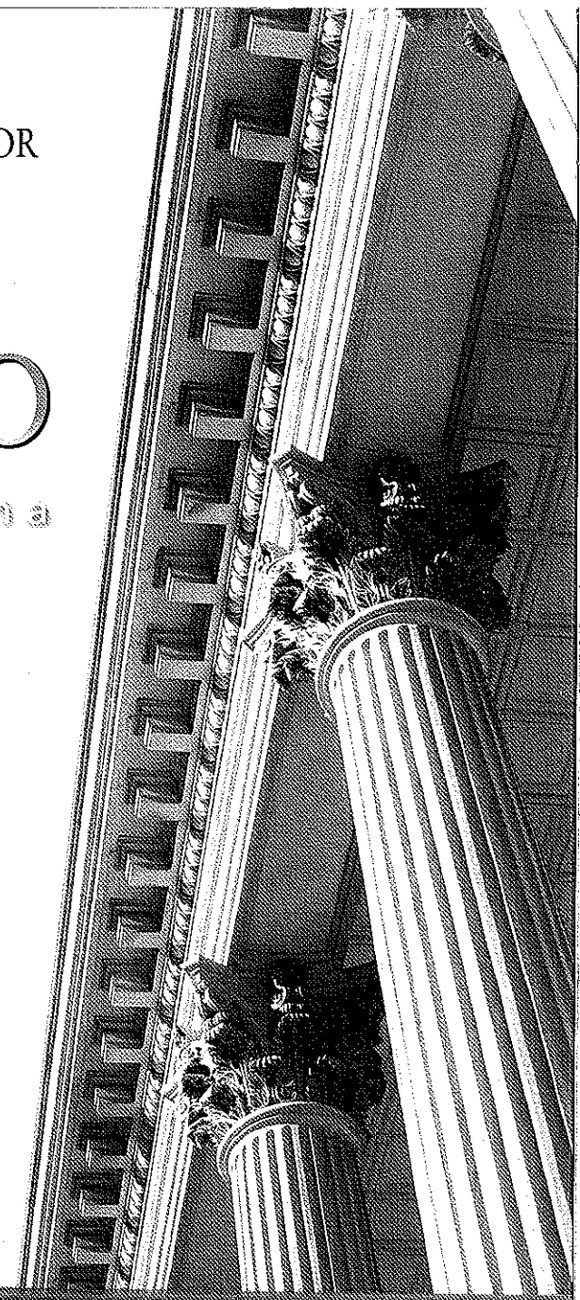
Leitura complementar para a disciplina *Direito Internacional* dos cursos de Relações Internacionais. Obra de relevante interesse para os advogados e diplomatas que atuem na área de solução de controvérsias, bem como para profissionais especialistas em direito internacional.

publicação atlas
www.EditoraAtlas.com.br
9 788522 449026

AMARAL JÚNIOR — A SOLUÇÃO de controvérsias na OMC

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR

A SOLUÇÃO
de controvérsias na
OMC



editora atlas

Capítulo 3

As Fontes de Direito Internacional e a OMC

3.1 O tema das fontes de direito internacional e a OMC

A teoria das fontes do direito surge, na era moderna, em meio a amplo processo de transformação histórica e cultural. Na Antigüidade e na Idade Média vigia a concepção de que o direito é um dado da natureza, do costume e da religião, insuscetível de modificação pela vontade direta dos homens. A estabilidade, valor decisivo para as sociedades antiga e medieval, derivava, em grande medida, da importância atribuída à tradição e à revelação carismática na criação de normas jurídicas. No final da Idade Média, a desintegração do universalismo religioso penetrou profundamente o mundo cultural: o direito, as artes e as ciências ganharam autonomia e se libertaram da referência necessária aos critérios externos de legitimação.

Com o advento da modernidade, o direito tornou-se, essencialmente, obra de criação humana, variável, contingente e historicamente determinada. A positivação do direito, intensificada a partir do século XIX, realçou ainda mais a figura do legislador, presente na tradição filosófica moderna desde Jean Bodin, cuja vontade é determinante para alterar as normas que compõem o ordenamento. O costume, que durante séculos foi a principal forma de controle social, cede lugar à legislação, mais apta para se adaptar às especificidades de cada momento histórico. O direito não é, sob esse aspecto, produto da Razão, mas reflexo imediato da vontade, sujeito às peculiaridades de um ambiente em constante transformação.

Desde a segunda metade do século XVIII, as sociedades ocidentais experimentam mudanças contínuas que acarretam incerteza e instabilidade nas relações humanas. A elaboração de critérios para identificar o direito em meio às constantes transformações passou a ocupar, nesse contexto, posição proeminente na reflexão dos juristas. A elaboração da teoria das fontes do direito visou a enfrentar a angústia própria da contingência ao oferecer certeza e segurança por meio da indicação dos órgãos autorizados para criar normas jurídicas válidas.[228]

Os mesmos motivos que permitiram a construção da teoria das fontes na esfera doméstica ditaram a necessidade de se forjar critérios para a identificação do direito internacional. A modificação do cenário das relações internacionais, o aumento da interdependência favorecido pela evolução dos meios de transporte, a diminuição do papel exercido pelo costume e a expansão do domínio das regras escritas incentivaram a reflexão teórica sobre as fontes do direito internacional numa época conturbada por turbulências e conflitos de grande magnitude.

O tema das fontes do direito internacional insere-se, na linguagem de Hart, no campo das normas secundárias, que disciplinam a produção das normas jurídicas. A análise das fontes do direito internacional divide os doutrinadores em dois grupos distintos. O acordo de vontades é, para o positivismo, o principal modo de criação das obrigações jurídicas quer sob a forma de tratado (acordo expresso), quer sob a forma do costume (acordo tácito).[229] Os objetivistas, por outro lado, distinguem, habitualmente, as fontes criadoras das fontes formais. Enquanto o primeiro grupo abarca fatores jurídicos, entre os quais, a opinião pública, a consciência coletiva, o sentimento de justiça, a solidariedade e a interdependência social, o segundo se limita a conferir caráter formal a tais elementos.

Ao contrário do positivismo, que subordina a validade das obrigações à vontade estatal, os objetivistas põem em relevo a distinção entre o complexo de fatos materiais e ideais que compõem as fontes criadoras e a positividade inerente às fontes formais. O mérito da concepção objetivista foi destacar os fatores extrajurídicos que influenciam a elaboração do direito internacional. A reflexão dos internacionalistas concentra-se, todavia, nas fontes formais consagradas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Este artigo afirma:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

   a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

228 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 222.

229 DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public.* 5. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 241-243.

   b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;

   c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

   d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Convém frisar que o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça não estipula hierarquia entre os costumes, as convenções e os princípios gerais de direito, que possuem idêntica relevância jurídica. Parte da doutrina atribui, de fato, maior relevo aos costumes e às convenções, à luz da tradição do direito internacional moderno.[230] Os autores divergem se o ESC efetivamente incorporou todas as fontes tradicionais do direito internacional público contempladas pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ou se, ao contrário, o objetivo foi, simplesmente, realçar o papel que exercem como recursos interpretativos. Thomas Schoenbaum advoga a tese de que o artigo 19 do ESC estabelece uma "*implied powers clause which should be interpreted broadly, so that Panels and the Appellate Body can decide all aspects of a case*".[231] Palmeter e Mavroidis sugerem que o artigo 7º do ESC substitui, na OMC, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.[232]

Os artigos 3.2 e 7º do ESC cumprem no âmbito da OMC a função de especificar as fontes aplicáveis às controvérsias comerciais. O artigo 3.2 enuncia que o propósito da solução de controvérsias é esclarecer os dispositivos da OMC em consonância com as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público. O artigo 7º indica que os painéis deverão examinar a matéria referida ao Órgão de Solução de Controvérsias à luz dos dispositivos relevantes que constem dos acordos abrangidos citados pelas partes por ocasião da disputa. Guardadas as devidas proporções, o artigo 7º exerce na OMC papel similar àquele desempenhado pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Sob esse prisma, são fontes de direito aplicáveis à solução de disputas os acordos da OMC, o costume, os princípios gerais de direito, os relatórios dos painéis e do Órgão de Apelação, os ensinamentos dos mais qualificados publicistas, e outras normas internacionais porventura existentes.

230 ROUSSEAU, Charles. *Droit international public.* op. cit., v. 1, p. 57-60.

231 SHOENBAUM, Thomas J. WTO dispute settlement: praise and suggestions for reform. *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 47, n. 3, p. 653, July 1998.

232 PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. op. cit., p. 51.

3.1.1 Os tratados

Os tratados são a mais importante fonte de direito na Organização Mundial do Comércio. O Ato Final da Rodada Uruguai reúne o direito da OMC, composto por diversos tratados, declarações, entendimentos e recomendações, que vinculam todos os membros, com exceção apenas dos Acordos sobre a Comercialização de Aeronaves Civis e sobre Compras Governamentais, em que a participação dos membros é opcional. Cumpre esclarecer, contudo, que somente as convenções enumeradas no Apêndice I do Entendimento sobre Solução de Controvérsias são intituladas acordos abrangidos e podem embasar a proposição de demandas perante a OMC. No rol dos acordos abrangidos estão o Acordo de Marraqueche, responsável pela criação da OMC, e os anexos que o acompanham sobre o comércio de bens, o comércio de serviços e os direitos de propriedade intelectual, além do próprio Entendimento sobre Solução de Controvérsias. Salvo o tratado que institui o Mecanismo de Revisão de Política Comercial, as demais convenções integrantes do Acordo de Marraqueche figuram entre os acordos abrangidos, razão que, por si só, permite aos litigantes que os utilizem para respaldar as pretensões apresentadas ao Órgão de Solução de Controvérsias.

O complexo dos acordos abrangidos não permanece constante ao longo do tempo: a inserção de emendas aos textos dos compromissos negociados, o ingresso de novos membros na OMC e a celebração de convenções inteiramente novas emprestam-lhe caráter dinâmico, a evidenciar a presença de um sistema em contínua expansão. Quando novo membro ingressa na OMC, o Protocolo de Acessão e a respectiva lista de concessões comerciais passam a integrar os acordos abrangidos, de sorte que se tornam exigíveis, desde logo, as obrigações assumidas. Os Protocolos sobre Serviços Financeiros e de Telecomunicações, por sua vez, refletiram o esforço de prosseguir, em áreas específicas, a liberalização do comércio de serviços, iniciada durante a Rodada Uruguai. Tudo leva a crer que futuras convenções sobre temas até agora não versados na OMC concorrerão para dilatar o espectro dos acordos abrangidos, objeto de apreciação do Órgão de Solução de Controvérsias.

3.1.2 Outros acordos internacionais

Outros acordos internacionais podem ser fontes de direito na OMC. Alguns acordos abrangidos aludem, expressamente, a outras convenções internacionais, de modo a incorporar no sistema multilateral de comércio direitos e obrigações já contemplados em outros domínios. O artigo XIV bis (1) (c) do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços refere-se às disposições da Carta das Nações Unidas relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais, o que eventualmente permitirá a invocação das resoluções aprovadas pelo Conselho de Segurança com

fundamento no capítulo VII da Carta da ONU como meio de defesa contra acusações de violação dos tratados da OMC.

O artigo 2.2 do Acordo TRIPs se reporta à Convenção de Paris sobre Proteção à Propriedade Industrial, à Convenção de Berna sobre Proteção aos Trabalhos Literários e Artísticos, à Convenção de Roma sobre Proteção de Artistas, Produtores de Discos e Organizações de Difusão e ao Tratado sobre a Propriedade Intelectual com Respeito aos Circuitos Integrados. O artigo 2.1, por sua vez, estipula que os membros se conformam aos artigos 1 a 12 e 19 da Convenção de Paris de 1967. O artigo 7º, § 4º, do Acordo sobre Valoração Aduaneira prevê uma taxa de conversão com base na paridade estabelecida pelo Estatuto do FMI ou pela taxa de câmbio reconhecida pelo Fundo.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias prevê, de maneira indireta, que a concessão pelos governos de créditos de exportação em consonância com os dispositivos da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (*Guidelines for Officially Supported Export Credits*) não será considerado subsídio à Exportação.

O artigo 3.2 do ESC refere-se, no entender do Órgão de Apelação, às regras costumeiras de interpretação do direito internacional público enunciadas pelos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Tais artigos exprimem, sob este ângulo, o direito internacional consuetudinário nesta matéria. Outros dispositivos da Convenção de Viena influenciam a solução de controvérsias na OMC, como sucedeu com a decisão que aludiu ao artigo 28 sobre a não-retroatividade dos tratados.

Discute-se se os direitos e obrigações previstos nas convenções internacionais a que os acordos da OMC se referem são aqueles que vigoravam ao tempo em que os tratados da OMC se tornaram vinculantes, ou se os direitos e obrigações no âmbito da OMC sofrem as conseqüências da alteração daquelas convenções. A nota de rodapé número 2 do Acordo TRIPs menciona as versões particulares de certos tratados, sugerindo que as modificações subseqüentes não repercutirão nos direitos e obrigações dos membros da OMC.

3.2 O costume

O costume possui grande relevo para o comércio internacional. Na segunda metade do século XX, diversos autores constataram a formação de uma nova *lex mercatoria* de natureza essencialmente consuetudinária. Clive Schmitthoff e Bertold Goldman atentaram para o fato de que o costume tem incontestável primazia na definição dos direitos e obrigações das partes. Schmitthoff, em especial, chamou a atenção para o trabalho desenvolvido pela Comissão das Nações Unidas para o

Comércio Internacional (UNCITRAL) na compilação das normas consuetudinárias em diferentes setores.[233]

A *lex mercatoria*, por outro lado, é para Bertold Goldman um conjunto de regras elaboradas no campo do comércio internacional, sem qualquer participação dos Estados nacionais.[234] As decisões arbitrais e as cláusulas contratuais uniformes preparadas por organizações que congregam comerciantes vinculados a certos ramos de atividade fornecem contribuição marcante para a tutela das expectativas dos agentes e para a previsão das regras encarregadas de avaliar a licitude das condutas individuais. Na vigência do GATT, a solução de controvérsias em muito se beneficiou das práticas consuetudinárias adotadas pelas partes contratantes que, em 1979, foram codificadas durante a Rodada Tóquio.

O papel do costume na OMC vincula-se ao disposto no artigo 3.2 do ESC, segundo o qual o propósito da solução de controvérsias é esclarecer os dispositivos dos acordos da OMC em consonância com as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público. Como resultado, os painéis e o Órgão de Apelação dedicaram especial atenção aos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que codificou o direito internacional costumeiro nessa matéria. As regras consuetudinárias de interpretação foram, até agora, as únicas normas do direito internacional costumeiro aplicadas na solução de disputas na OMC.

No caso EC – Hormones, as Comunidades Européias justificaram a medida destinada a proibir a importação de carne bovina tratada com hormônio, com base no princípio da precaução, e salientaram que se esse princípio não pudesse ser qualificado como costume internacional, de forma a obrigar os Estados, deveria ao menos ser reconhecido como princípio geral de direito. Os Estados Unidos e o Canadá, por seu turno, argumentaram que o princípio de precaução inexiste, quer como costume internacional, quer como princípio geral de direito. Admitiram, entretanto, que esse princípio se encontra em estágio de formação (*emerging principle of law*) e que ainda não dispõe de força jurídica obrigatória.

Na oportunidade, o painel notou que "*even if the precautionary principle is considered customary international law, it would not override explicit provisions of the WTO agreements*".[235] O Órgão de Apelação não se posicionou acerca da existência do princípio de precaução, tal como fizeram as Comunidades Européias quando da apresentação da demanda. Destacou, todavia, que a precaução tem apenas função interpretativa, sem nenhum caráter obrigatório.[236] Acentuou, igualmente, que a precaução, apesar de constar no Preâmbulo e nos artigos 3.3 e 5.7 do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, não restringe a aplicação dos demais dispositivos do acordo em tela.

No caso Korea – Procurement,[237] o painel considerou que o direito internacional costumeiro em geral se aplica às relações econômicas entre os membros da OMC; esta possibilidade somente será afastada se os acordos abrangidos excluírem, de modo expresso, a referida aplicação. Nesse caso, o painel parece ter ultrapassado o sentido literal do artigo 3.2 do ESC, pois julgou que estava autorizado a aplicar diretamente o costume como fonte autônoma de direito.

O artigo XVI.1 do Acordo de Marraqueche estabelece: "*except as otherwise provided under this Agreement or the Multilateral Trade Agreements, the WTO shall be guided by the decisions, procedures and customary practices followed by the Contracting Parties to the GATT 1947 and the bodies established in the framework of GATT 1947*". Na opinião de Palmeter e Mavroidis não é certo que, nesse caso, os membros da OMC considerem haver a formação de costume, mesmo que alguns elementos tenham sido preenchidos.[238]

Pauwelyn diverge das posições de Benedek, Palmeter e Mavroidis com relação ao papel do costume, pois imagina que, se o costume existisse como fonte de direito independente dos tratados da OMC, um membro que desejasse retirar-se da OMC deixaria de se sentir obrigado a cumprir os tratados que a compõem, mas continuaria vinculado ao costume regularmente constituído. A independência entre o costume e o tratado, diga-se de passagem, mereceu acolhida pela CIJ no julgamento do caso Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua. A formação de costume autônomo em relação às normas convencionais seria pouco provável na conjuntura atual, já que não há espaço na OMC para regras diferentes daquelas que constam expressamente dos tratados.[239]

Pauwelyn explica que o artigo XVI.1 usa a expressão "*shall be guided by... customary practices*" e não "*shall abide by*" para demonstrar que se tais práticas fossem efetivamente um costume elas não apenas guiariam, mas vinculariam os membros da OMC.[240] Deveriam, por esse motivo, ser interpretadas como práticas subseqüentes, conforme o artigo 31 (3) (b) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Após a criação da OMC, a preferência pelo consenso como critério para as deliberações, a despeito da ausência de norma escrita nesse sentido,

233 SCHMITTHOFF, Clive M. Nature and evolution of the transnational law of commercial transactions. In: _____; HORN, Norbert (Org.). *The transnational law of international commercial transactions*. Deventer: Kluwer, 1982. v. 2, p. 23-24.

234 GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et lex mercatoria. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 9, p. 177 ss, 1964.

235 PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. op. cit., p. 66.

236 Appellate Body Report, *EC – Hormones*, par. 123.

237 Panel Report, *Korea – Procurement*, par. 7.96.

238 PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. op. cit., p. 66.

239 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law:* how WTO law relates to other rules of international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 47-48.

240 Ibid., p. 49.

afastou, no cotidiano da entidade, a regra pela qual as decisões são tomadas por maioria de votos.

3.3 Os princípios gerais de direito

Os relatórios dos painéis e do Órgão de Apelação atestam a grande relevância dos princípios gerais de direito para a solução de controvérsias na OMC. É forçoso observar, nesse domínio, que os princípios gerais de direito despertam, nos últimos anos, renovado interesse quer pela especificidade que os caracteriza, quer pelo advento de múltiplos fatores que marcam a experiência jurídica na atualidade. O artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, elaborado ao romper dos anos 20 e mantido em vigor quando da criação da Corte Internacional de Justiça, inseriu os princípios gerais de direito, ao lado dos tratados e do costume, entre as fontes do direito internacional.

A expressão *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas,* empregada pelo artigo 38, foi alvo de severas críticas por parte dos novos Estados independentes, que viram nesse fato a permanência de resquícios do colonialismo europeu. Essa atitude não arrefeceu o esforço da doutrina internacional em identificar os princípios que devem nortear a conduta dos Estados e servir de orientação ao intérprete na resolução dos litígios. Verdross e Le Fur estão entre os autores que sem sombra de dúvida tiveram enorme proeminência nessa construção doutrinária.

Cumpre referir, ademais, que para os críticos do positivismo o sistema jurídico não se reduz às conexões lógicas entre as normas, mas engloba os valores que as regras tutelaram. O direito, nessa acepção, sofre a influência direta da mudança dos valores sociais, que originam novas normas e lançam luz sobre a interpretação daquelas que já existem. A justiça é assim inseparável da descoberta dos valores que imperam em cada momento histórico, que definem o perfil das instituições e organizam a vida em sociedade.

Por último, a atividade interpretativa do juiz adquiriu enorme relevo diante do abismo que se estabelecia entre as normas jurídicas positivas e as exigências que acompanharam o desenvolvimento econômico recente. Os princípios gerais de direito fornecem pautas axiológicas para orientar a interpretação judicial nas sociedades pós-industriais, dominadas pela complexidade e pelo dinamismo, que não se amoldam à rigidez dos tipos jurídicos fechados. A investigação em torno do fim, razão última da existência da norma, é por assim dizer o critério que permite a concretização da justiça. O direito é, nesses termos, um sistema aberto, flexível e dinâmico, cabendo ao intérprete a função de adaptá-lo à sociedade em constante transformação.

O problema relativo à natureza dos princípios gerais de direito tem merecido acurada análise por parte da doutrina. Bobbio destaca que os partidários da concepção normativa dos princípios devem especificar se os princípios gerais se distinguem das normas e, em caso positivo, qual é o critério de distinção. O autor italiano consigna que os critérios mais utilizados se agrupam em cinco categorias:

1. Os princípios são pura e simplesmente normas mais gerais que valem para uma determinada matéria (negócio jurídico, propriedade, família e responsabilidade civil), ou para certo ramo do Direito (Civil, Penal, Financeiro, Administrativo e Constitucional), ou ainda para dada esfera de relações jurídicas. Cabe notar que um princípio geral acerca de uma matéria qualquer deixa de o ser quando analisado sob o ângulo mais vasto de um ramo específico do conhecimento jurídico.
2. Os princípios são normas fundamentais porque sem eles o ordenamento jurídico não poderia suscitar relações vitais em qualquer sociedade.
3. Os princípios são normas diretivas (princípios cardeais), pois indicam a orientação ético-política, que inspira o sistema jurídico e que lhe imprime feição ideológica própria.
4. Os princípios são normas indefinidas, que comportam um número não especificado de aplicações.
5. Os princípios são normas indiretas cujo papel é determinar o conteúdo de outras normas.[241]

No âmbito da teoria geral do direito, Ronald Dworkin criticou o positivismo, em especial a obra de Hart, por não ter concedido atenção ao papel dos princípios na prática dos tribunais. Ao valorizar o conceito de norma jurídica, o positivismo mostrar-se-ia incapaz de perceber o real significado dos princípios para a atividade jurisdicional. Dworkin acredita que os princípios fazem parte do sistema jurídico a ponto de influírem decisivamente na maneira como os juízes julgam os casos concretos.

O direito, para Dworkin, compreende regras e princípios, que atuam, de forma diversa, na regulação das condutas humanas. Os princípios não impõem comportamentos específicos aos destinatários, mas procuram concretizar ideais de justiça e de eqüidade, ou, simplesmente, exigências morais que servem de pauta para os comportamentos sociais. Os princípios, diferentemente das regras, não se aplicam à maneira *tudo ou nada,* nem estabelecem de modo necessário as conseqüências que decorrem das condutas anteriormente disciplinadas. Apontam, ao contrário, o

---

[241] BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1994. p. 265.

sentido da decisão a ser proferida, conferindo ao intérprete possibilidade de optar por novo caminho, que melhor se ajusta às peculiaridades do caso.[242]

A presença no ordenamento de outros princípios, escusa dizê-lo, poderá aconselhar o intérprete a decidir em sentido distinto. O conflito entre dois princípios se resolve quando se atenta para o peso ou importância que possuem para a solução do litígio. A escolha de um princípio de maior peso para motivar a decisão não invalida o princípio oposto, que será, possivelmente, utilizado em outras situações. Na opinião de Dworkin, o campo de discricionariedade desaparece a partir da descoberta da força dos princípios para a elaboração jurisprudencial. Enquanto as regras determinam a futura decisão, os princípios se destinam a orientar os julgadores, mesmo nos casos mais difíceis. Os princípios, à semelhança das regras, conferem direitos e impõem obrigações, servindo de fundamento para as decisões judiciais.

Crítico do ponto de vista de Dworkin, Genaro Carrió alega, em defesa da concepção de Hart, que o direito de uma comunidade é constituído por tipos diferentes de regras. Afora as regras específicas, existem *standards* muito gerais que limitam as atribuições dos órgãos administrativos encarregados de aplicá-los, e *standards* variáveis que não requerem condutas específicas por parte dos destinatários. O conceito amplo de regra abarca as regras específicas e os princípios que se referem, genericamente, às condutas individuais, como sucede com o princípio da boa-fé.

Carrió alerta para o fato de que as normas, inclusive as regras específicas, possuem uma textura aberta a impedir a enumeração exaustiva de todas as exceções. Segundo o autor argentino, esta constatação dilui a diferença lógica entre as regras específicas e as pautas genéricas, como a que estipula que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Seria inviável enumerar todas as exceções que as regras comportam, da mesma forma como é falso afirmar que as regras se aplicam à maneira *tudo ou nada*.

O conflito entre duas regras não se resolveria, simplesmente, pela eliminação de uma delas, mas a decisão muitas vezes assume a forma de um compromisso, semelhante ao peso relativo das pautas genéricas no contexto particular de cada caso.[243] Conclui-se, em resumo, que o conceito de norma jurídica abrange as regras em sentido estrito, que delimitam com precisão as circunstâncias nas quais serão aplicadas, e os princípios, que assumem a forma de pautas genéricas e oferecem ao julgador ampla liberdade no processo de interpretação.

Os princípios determinam que algo seja realizado em conformidade com as possibilidades jurídicas existentes; são mandatos de otimização que podem ser cumpridos em graus diversos. Os princípios se caracterizam pela generalidade ou

242 DWORKIN, Ronald. *A matter of principle.* Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 33.

243 CARRIÓ, Genaro. *Princípios jurídicos y positivismo jurídico.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 20 ss.

indeterminação, pela versatilidade, pela suscetibilidade de conteúdo, alterável ao longo do tempo e das circunstâncias, pela abertura sem pretensão de regulamentação exaustiva de todos os casos, pela expansibilidade perante situações ou fatos novos, sem os absorver ou neles se esgotar, e pela harmonia, alheia à revogação ou invalidação recíproca. A regra em sentido estrito, por seu turno, deve ser cumprida de acordo com o sentido original da prescrição. O direito vigente reúne regras variadas que obrigam os destinatários, não obstante pertençam a tipos diferentes.

Na área internacional, a CIJ não citou, até agora, os princípios gerais de direito para fundar as decisões já proferidas. Esta resistência se explica pelo temor que os juristas, particularmente os magistrados, sentiam em relação à perda da autonomia do direito internacional diante da política. Receava-se que as categorias jurídicas, fortemente dependentes de alguma dose de formalismo, fossem subitamente erodidas pela invocação dos valores básicos da sociedade humana. Além disso, a expressão "nações civilizadas", incluída no artigo 38.1 (c) do Estatuto da CIJ, estabelecia verdadeira discriminação em favor das antigas potências coloniais européias.[244]

Durante o período da Guerra Fria, Tunkin[245] negou que os países capitalistas e socialistas se uniam em torno de princípios comuns, em virtude das diferenças irreconciliáveis entre as duas formas de organização social e política. Esta análise, incapaz de compreender as sutilezas e nuances dos processos históricos, não conseguiu perceber que as hostilidades entre os blocos rivais não foi uma oposição radical e absoluta. Norte-americanos e soviéticos cooperaram, ainda que de modo tênue, no quadro da Organização das Nações Unidas e nos empreendimentos que contaram com a sua participação.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais originaram princípios fundamentais para o direito internacional contemporâneo.

Os princípios gerais de direito não se confundem com a analogia e com a eqüidade.[246] A analogia se funda nas relações de semelhança entre os fatos, pela qual se aplica a um fato não regulado a norma criada para regular um fato similar, ao passo que os princípios gerais de direito constituem fontes do direito internacional, na linguagem do artigo 38.1 (c) do Estatuto da CIJ. A eqüidade, por sua vez, serve para corrigir ou afastar a aplicação das normas jurídicas, enquanto os princípios gerais de direito são elementos de direito positivo. Apesar das

244 TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for states without or against their will. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 241, n. 4, p. 318, 1993.

245 TUNKIN, Grigory. *Theory of international law*. Cambridge: Harvard University Press, 1974. p. 124, 235: TUNKIN, Grigory. Politics, law and force in the interstate system. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 219, n. 7, p. 199-200, 1989.

246 ROUSSEAU, Charles. *Droit international public.* op. cit., v. 1, p. 372.

disputas doutrinárias sobre o tema, a expressão *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas* parece compreender tanto os princípios largamente admitidos pelos sistemas jurídicos domésticos, quanto aqueles consagrados pela ordem internacional.

Recobrem, ao mesmo tempo, os princípios materiais relativos ao nascimento, execução e extinção das obrigações, e aqueles de natureza processual, como o respeito à coisa julgada, que amparam a tutela dos direitos e o modo do seu exercício. Consoante os trabalhos preparatórios do Comitê de Juristas encarregado de elaborar o projeto de Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional em 1920, a enumeração das diferentes categorias de fontes de direito, feita pelo artigo 38, não deve ser interpretada como uma afirmação implícita de equivalência, mas unicamente como meio de evitar as dificuldades que ocorreriam na hipótese de aplicação simultânea das diversas fontes de direito ao mesmo caso concreto. A unanimidade dos membros do Comitê de Juristas imaginava que o juiz internacional somente poderia valer-se dos princípios gerais de direito se as fontes convencionais ou costumeiras silenciassem ou fossem insuficientes. Esta posição encontrou eco na opinião dissidente emitida pelo juiz Anzilotti em 16 de dezembro de 1927 sobre a interpretação do caso Chorzow.[247]

Fiéis à concepção voluntarista do direito internacional, os positivistas tendem a negar maior relevância aos princípios gerais de direito. Eles estariam confinados ao terreno da interpretação das convenções e do costume. Em extremo oposto, autores do porte de Charles De Visscher e Georges Scelle pensam que os princípios gerais de direito são superiores às demais normas jurídicas internacionais, tendo função equivalente àquela desempenhada pelas regras constitucionais em relação às leis ordinárias. Tudo leva a crer que com a expansão do campo regulatório do direito internacional os princípios gerais de direito gozarão de importância crescente nos anos vindouros.

3.4 Os princípios gerais de direito e a OMC

3.4.1 O princípio do *estoppel*

Na Organização Mundial do Comércio os princípios gerais de direito são utilizados com freqüência no campo da solução de controvérsias. O princípio do *estoppel*, que proíbe a uma parte adotar comportamento diverso daquele que anteriormente manifestou, foi discutido no caso US – FSC,[248] em que o Órgão de Apelação estimou que os Estados Unidos, ao participarem da realização de consultas e ao não

247 ROUSSEAU, Charles. *Droit international public.* op. cit., v. 1, p. 376.

248 Appellate Body Report, *US – FC,* par. 5.09 [4].

apresentarem contestação, nas reuniões do Órgão de Solução de Controvérsias, ao pedido formulado pelas Comunidades Européias, agiram de modo a aceitar o estabelecimento do painel. Nesse sentido, os Estados Unidos, na fase de apelação, não poderiam rejeitar o pedido inicial de constituição do painel e negar a validade das recomendações que ele efetuou.

O *estoppel* foi novamente invocado no caso US – Softwood Lumber em um procedimento que envolvia subsídios e medidas compensatórias.[249] A doutrina e a jurisprudência exigem, ordinariamente, duas condições para a admissibilidade do *estoppel*:[250]

a) a existência de conduta ou atitude de um Estado que incite a outra parte a adotar certa posição;

b) a ocorrência de prejuízo oriundo da confiança despertada pela atitude do Estado que tenha incitado a outra parte a agir nesta ou naquela direção.

A jurisprudência internacional afasta a aplicação do *estoppel* quando essas condições não forem preenchidas, como opinaram a CPJI em 12 de julho de 1929 no caso Empréstimos sérvios e brasileiros, e a Corte Internacional de Justiça nos Casos Barcelona Traction[251] (exceções preliminares) e Plataforma Continental do Mar do Norte[252] decididos, respectivamente, em 24 de julho de 1964 e em 20 de fevereiro de 1969.

No caso EC – Export Subsidies on Sugar[253] o Órgão de Apelação concordou com o painel que não há consenso sobre a noção de *estoppel* na OMC, além de relembrar as posições das partes sobre o assunto. Segundo o entendimento esposado pela decisão, o conceito de *estoppel* que as Comunidades Européias defenderam inibiria o acesso dos membros da OMC ao Órgão de Solução de Controvérsias, mesmo se estes agissem de boa-fé, nos termos do artigo 3.10 do ESC. Ademais, o painel não descobriu fatos ou declarações que sustentassem o *estoppel*, nem ficou comprovado o hipotético *shared understanding* entre os participantes da Rodada Uruguai sobre "*not to include exports of C sugar in the base quantity levels in its Schedule*". Por esses motivos, o Órgão de Apelação rejeitou a alegação de *estoppel* e manteve a decisão do painel.

249 GATT Panel Report, *US – Softwood Lumber*, par. 308-325.

250 ROUSSEAU, Charles. *Droit international public.* op. cit., v. 1, p. 388.

251 Caso Barcelona Traction, exceptions préliminaires, p. 24-25.

252 Caso Plataforma Continental do Mar do Norte, p. 26.

253 Appellate Body Report, EC – Export Subsidies on Sugar, par. 310.

3.4.2 O princípio da proporcionalidade

A origem do princípio remonta à Antiguidade e vincula-se às idéias de *justitia* vindicativa, de justiça distributiva e ao conceito de finalidade do direito.[254] A noção de proporcionalidade já era conhecida pelo direito romano. A Lei das XII Tábuas impôs limitação ao direito da vítima de um delito de vingar a ofensa recebida. Quem, por exemplo, sofresse lesões corporais não poderia matar o autor do delito mas, simplesmente, impor-lhe um dano equivalente. A Lei das XII Tábuas, de acordo com a noção de proporcionalidade, limitou a responsabilidade do devedor ao montante da dívida contraída e precisou que a culpa serviria para avaliar a licitude de seu comportamento.

Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles ensina que a justiça distributiva "é exercida na distribuição da honra, da riqueza e dos outros bens divisíveis da comunidade que podem ser distribuídos entre os seus membros em quotas iguais ou desiguais".[255] A essência da concepção aristotélica de justiça é o sentido de proporção de divisão das coisas entre os seres humanos. A justiça distributiva abarca tanto a igualdade aritmética quanto geométrica na distribuição dos bens. A proporcionalidade é, assim, conseqüência direta da igualdade, idéia que será crucial na experiência do direito romano.

Por último, o fim do direito, entendido enquanto utilidade a que os homens visam, é, talvez, a principal raiz do princípio da proporcionalidade.[256] A consciência de que o direito realiza uma finalidade, presente desde a Antiguidade, está no centro da reflexão jurídica moderna e uniu autores pertencentes a tradições diversas. Na era moderna, o princípio da proporcionalidade aparece, primeiramente no direito penal, acolhido pelo Código Prussiano de 1791. De grande voga no direito administrativo, foi largamente empregado pelo Tribunal Constitucional Alemão para efetuar o controle da atividade legislativa e executiva.

Ari Marcelo Sólon distingue três características do princípio da proporcionalidade no direito alemão:

> Adequação de meios (Geeignetheit), Necessidade (Erfoerderlichkeit) e Proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnissmässigkeit).
>
> – **Geeignetheit** significa que os meios que o Estado escolha para a consecução de um fim concreto devem ser adequados.

254 SÓLON, Ari Marcelo. As origens zetéticas e aplicação dogmática dos Topoi. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (Coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 49-58.

255 ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1955. p. 376-382. (The Great Books, v. 7).

256 SÓLON, Ari Marcelo. op. cit.

> – **Erforderlichkeit** exige um mínimo de intervencionismo na esfera individual. isto é, o fim deve ser atingido da maneira que menos afete os direitos fundamentais.
>
> – **Verhältnissmässigkeit** como **Proportionalität, Angemessenheit, Zumutbarkeit** e **Güterabwägung** exige uma adequada relação meio-fim e busca uma ponderação entre o peso dos direitos afetados e o significado dos fins visados pelo legislador.[257]

Os tratados da OMC não previram, explicitamente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não se deve agir além daquilo que é necessário para atingir determinado objetivo. Presente em reiteradas decisões da Corte de Justiça das Comunidades Européias, o princípio da proporcionalidade mereceu consagração implícita nos acordos da OMC e nos relatórios do Órgão de Solução de Controvérsias. O artigo XX (b) do GATT de 1994 prevê que nada será interpretado para impedir a adoção ou aplicação de medidas necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou à preservação dos vegetais.

Já o artigo 2.2 do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias estipula que os membros agirão de tal maneira que nenhuma medida nesse terreno não seja aplicada senão na proporção necessária para proteger a saúde e a vida das pessoas e dos animais e preservar os vegetais. De forma análoga, o Acordo sobre Barreiras Técnicas precisa, no artigo 2.2, que os membros devem comportar-se de modo que a elaboração, adoção ou aplicação dos regulamentos técnicos não tenham nem por objeto, nem por efeito criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional.

O princípio da proporcionalidade, que parece decorrer dos acordos da OMC, recomenda que as ações empreendidas pelos órgãos governamentais domésticos, cuja meta seja a imposição de restrições comerciais, obedeça a certos limites, mesmo que persigam objetivos inegavelmente legítimos. A noção de proporcionalidade contemplada no *caput* do artigo XX do GATT de 1994 serve também para suavizar a aplicação do critério de necessidade tal como consagrado no artigo XX (b) e (d) do GATT de 1994, que permite derrogar as regras do comércio internacional por motivos de interesse geral, como a saúde pública ou a preservação dos vegetais. O caso EC – Asbestos assinalou a aplicação do critério de proporcionalidade nos termos do artigo XX (b) do GATT.

A controvérsia principiou a partir da iniciativa do Canadá de contestar a compatibilidade do Decreto 96-1133, editado pelo governo francês, que proibiu a importação de amianto e de produtos que contenham amianto, com as regras da OMC. As Comunidades Européias sustentaram que a restrição ao comércio imposta pelo Decreto francês se justificava tendo em vista à necessidade de se proteger a vida e a saúde da população, em conformidade com artigo XX (b) do GATT de

257 SÓLON, Ari Marcelo. op. cit.

1994. O Órgão de Apelação esclareceu o teor da expressão *medidas necessárias* contida no artigo XX (b) ao ponderar que a finalidade pretendida pela medida é a proteção da vida e da saúde pela supressão ou redução dos graves riscos que as fibras de amianto provocam.[258]

Não resta dúvida sobre a legitimidade do valor a ser protegido, mas caberia indagar se o mesmo objetivo poderia ser atingido por meio de outra medida que causasse efeitos restritivos menores que a proibição das importações. O exame da proporcionalidade da medida nos termos do artigo XX (d) pressupõe a realização do teste de intercambialidade, isto é, averiguar se uma medida menos gravosa ao comércio é capaz de realizar o mesmo objetivo. Se isso ocorrer comprovar-se-á que a medida em causa viola o princípio da proporcionalidade. O Órgão de Apelação julgou que a proteção da saúde pública não seria obtida com a adoção de medida diversa que aquela posta em prática pelo governo francês.

3.4.3 Comportamento razoável

Em conexão com o princípio da proporcionalidade e orientada pelos mesmos valores, a razoabilidade possui função significativa na OMC. A imposição de medidas *antidumping* ou de medidas compensatórias seguirá, rigorosamente, o critério da razoabilidade limitando-se a impedir os danos provenientes das práticas desleais de comércio. Analogamente, a adoção de salvaguardas para coibir os prejuízos derivados do aumento súbito das importações pautar-se-á pela mesma diretriz. O artigo 2 do Acordo sobre Barreiras Técnicas previu, explicitamente, que os regulamentos técnicos não poderão criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional.

Não devem, por isso, ser mais restritivos que o necessário para cumprir um objetivo legítimo. A razoabilidade norteou o posicionamento do Órgão de Apelação diante da necessidade de interpretar a expressão discriminação arbitrária inscrita no artigo XX do GATT. Nos Casos US – Gasoline[259] e US – Shrimp[260] entendeu-se que as discriminações arbitrárias equivalem a medidas não razoáveis, que disfarçam intenções protecionistas. A razoabilidade evoca, assim tanto a idéia de adequação quanto o sentido de equilíbrio entre os direitos e as obrigações na OMC.

3.4.4 O princípio da boa-fé

De modo geral, a noção de boa-fé está na origem dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos e do próprio direito internacional. Na tradição jurídica ocidental,

258 CANAL-FORGUES, Éric. op. cit., p. 125-126.

259 Appellate Body Report, *US-Gasoline*, par. 22.

260 Appellate Body Report, *US-Shrimp*, par. 158.

a idéia de *fides* pública do Direito Romano inspirou as elaborações posteriores em torno da boa-fé. A *fides* pública revestia significados diferentes; ela designava, nos primeiros anos da República, tanto a amizade quanto a expectativa de que os negócios públicos fossem conduzidos de maneira honrada e honesta.[261] O conceito de *bona fides* como princípio de lealdade, passou a ser largamente utilizado no início do direito romano clássico. Com o advento do cristianismo, a boa-fé tornou-se parte do direito divino e com os escolásticos medievais foi alçada à condição de preceito do direito natural sobre o qual se fundam os demais direitos. No final do século XVI, Alberico Gentili alargou o conceito de boa-fé para abarcar a interpretação e o cumprimento dos acordos celebrados.

O princípio da boa-fé encerra a preocupação com o caráter ético das relações jurídicas. Nos ordenamentos jurídicos internos e no direito internacional a boa-fé requer que os deveres sejam lealmente executados, em nítido repúdio aos comportamentos maliciosos ou às práticas que engendrem desequilíbrio nas relações obrigacionais. A doutrina recente distingue a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva. Enquanto a primeira designa a convicção ou consciência da prática de um ato conforme ao direito, a segunda traduz a exigência de comportamento leal tendente a evitar que as posições jurídicas se desequilibrem e que uma das partes obtenha vantagens excessivas. Nessa segunda acepção, mais do que verificar o cumprimento dos requisitos formais para a validade dos negócios jurídicos, caberá ao intérprete apreciar o conteúdo da relação contratual, analisando o equilíbrio entre prestações e contraprestações resultante do contrato.[262]

No direito privado moderno, a boa-fé foi recepcionada por praticamente todas as legislações vinculadas à tradição jurídica romano-germânica e seu emprego desperta renovado interesse nos sistemas de *common law*. Consagrada no parágrafo 242 do Código Civil Alemão, a boa-fé teve significado crucial na atividade interpretativa dos tribunais no decorrer do século XX. Nas primeiras décadas do século passado, surgiu na Alemanha intenso debate sobre o alcance do princípio da boa-fé. Apesar de parte da doutrina sustentar que o princípio da boa-fé aplicava-se somente ao adimplemento das obrigações, os tribunais alemães estenderam a sua aplicação ao estágio de formação dos contratos.[263]

A jurisprudência considerou, ainda, que o princípio da boa-fé aplicava-se não apenas à relação concreta deduzida em juízo, mas à multiplicidade das relações contratuais predispostas pela empresa. A edição, em 1976, da AGB Gesetz foi um

261 COTTIER, Thomas; SCHEFER, Krista N. Good faith and the protection of legitimate expectations in the WTO. In: BRONCKERS, Marco (Org.). *New directions in international economic law*: essays in honour of John H. Jackson. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 48-49.

262 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Boa-fé no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr./jul. 1993.

263 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 136-143.

marco fundamental na disciplina legislativa das cláusulas contratuais abusivas, não só pelas inovações que continha como também pela influência que exerceu em outros ordenamentos jurídicos. Na sistemática introduzida pela AGB Gesetz, o princípio da boa-fé passou a ter importância decisiva como cláusula geral destinada a conferir ao intérprete poderoso instrumento para avaliar a licitude do que houvera sido pactuado.

As disposições contratuais que não se encontravam entre as cláusulas expressamente proibidas e que não se enquadravam no âmbito das cláusulas relativamente proibidas, poderiam ser consideradas abusivas com base no § 9º, que outorgou à boa-fé a condição de princípio geral de controle da abusividade nos contratos. O artigo 3, I da Constituição Brasileira, acolheu implicitamente a boa-fé objetiva ao dispor que a República Federativa do Brasil visa, entre outros fins, a "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Por obra da influência alemã, o Código de Defesa do Consumidor regulou a boa-fé objetiva no artigo 4º, III entre os princípios gerais das relações de consumo. Já o artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, ao versar a matéria contratual, fulmina de nulidade as cláusulas abusivas que violarem a boa-fé.

Ao contrário do sistema de controle instituído pela AGB Gesetz alemã, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu apenas uma lista de cláusulas expressamente proibidas. A mera introdução de tais cláusulas nos contratos para o consumo obriga o intérprete a decretar a sua nulidade, mesmo que o consumidor não a tenha suscitado. A novidade do sistema brasileiro reside, além da enumeração de um rol de cláusulas proibidas, na existência de uma cláusula geral prevista pelo artigo 51, IV, que autoriza o juiz a decretar a nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

O Código Civil de 2002, ao valorizar a ética nas relações jurídicas, além da previsão feita pelo artigo 113 de que o intérprete levará em conta a boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos, estabeleceu, no artigo 422 que os contratantes guardarão a boa-fé e a probidade na conclusão e na execução dos contratos. No direito internacional privado, o princípio da boa-fé objetiva aparece no artigo 1.7 dos Princípios da Unidroit sobre Contratos Comerciais Internacionais e no artigo 7 da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980. No direito internacional público o artigo 2.2 da Carta da ONU requer que os membros cumpram de boa-fé as suas obrigações. O artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados preconiza que: "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé." Independentemente de referência textual, a boa-fé guiou a redação do artigo 18 segundo o qual: "Um Estado deve abster-se da prática de atos que frustrem o objeto e a finalidade de um tratado."

Como estes artigos se ocupam do cumprimento das obrigações, decidiu-se incluir um dispositivo específico relativo à interpretação dos tratados. Nessa ótica, o artigo 31.1 determina que: "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 boa-fé evidencia os estilos de raciocínio prudenciais e teleológicos, de grande voga na hermenêutica contemporânea. Enquanto um raciocínio formal se caracteriza pela aplicação uniforme de regras gerais, o raciocínio teleológico importa na fixação de um ideal de justiça e a escolha entre valores em conflito.

A boa-fé comporta múltiplas definições o que a torna um conceito problemático, envolto em infindáveis debates. O aspecto comum aos vários significados realça que a boa-fé serve de referência para o relacionamento entre os sujeitos jurídicos, pois engloba valores e expectativas compartilhados. Às vezes, a boa-fé se destina a excluir a má-fé na negociação e formação dos acordos, no cumprimento das promessas e na proposição de medidas para resolver os conflitos oriundos do inadimplemento das obrigações. No direito privado a função da boa-fé adquire centralidade quando ela é vista como fonte primária da responsabilidade contratual. As obrigações surgem, nessa perspectiva, pela violação daquilo que a sociedade considera aceitável em dado momento histórico.

A necessidade de compatibilizar valores diferentes, como a justiça distributiva e a preservação dos interesses privados, dá lugar à tensão entre princípios opostos perceptível no embate entre a responsabilidade por culpa e a responsabilidade civil objetiva.[264] A tensão entre princípios pode se converter em conflito entre individualismo e coletivismo, entre a autonomia e o controle social se a meta consistir em valorizar a vontade ou dar prioridade à justiça. Guardadas as devidas proporções pela natureza própria que o caracteriza, estas observações se aplicam inteiramente ao direito internacional público.

A boa-fé evidencia a incompletude dos pactos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade, as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos, a importância da confiança na formação do acordo e o elemento moral das relações obrigacionais. A boa-fé envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, nesse sentido, reporta-se a uma concepção de justiça social, à justiça enquanto normalidade.[265]

A boa-fé abrange a condenação do abuso de direito e a tutela da confiança presente no valor que o ordenamento jurídico atribui à garantia das expectativas legítimas. Desde 1926, ano em que a CPJI se referiu ao abuso de direito no caso Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa, este princípio desperta crescente interesse na doutrina e na solução das controvérsias internacionais. Por outro lado, o dano causado pela frustração das expectativas legítimas do agente sobre a ocorrência ou ausência de uma conduta, contraria a boa-fé e enseja a reparação dos prejuízos.

---

264 MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor.* São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 230.

265 MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. op. cit., p. 231.

No direito internacional público o princípio da boa-fé foi reconhecido pela Corte Internacional de Justiça e pela Organização Mundial do Comércio. A proteção da boa-fé relaciona-se às reclamações de não violação contempladas no art. XXIII do GATT cujas origens remontam aos tratados comerciais de caráter bilateral, concluídos nas primeiras décadas do século XX, quando o acesso aos mercados se via obstado por iniciativas legais domésticas. Esta providência se justificava porque o abuso de direitos e a tutela das expectativas legítimas mereciam escasso reconhecimento por parte do direito internacional.

Para se avaliar a procedência das reclamações de não violação na OMC é imperativo averiguar se uma medida interna, que cause dano ou prejuízo aos outros membros, por importar a anulação dos benefícios negociados, recebeu disciplina específica nos acordos de liberalização comercial. Mesmo que isso não tenha acontecido, o sistema ampara as expectativas legítimas de acesso a outros mercados num claro sinal de que as reclamações por não violação cumprem função similar à boa-fé no direito internacional geral.[266] Ao invés de generalizar a aceitação da boa-fé na OMC, o Órgão de Apelação conferiu-lhe sentido limitado, restrito às demandas por não violação.

No caso EC – Computer Equipment,[267] o Órgão de Apelação discordou do painel que aplicara a doutrina das expectativas legítimas no contexto do artigo II do GATT de 1994. Após indicar que a doutrina das expectativas legítimas não integra os princípios de interpretação do artigo 31 da Convenção de Viena, o Órgão de Apelação, em harmonia com a decisão do caso India – Patents (US), declarou:

> The duty of a treaty interpreter is to examine the words of the treaty to determine the intentions of the parties. This should be done in accordance with the principles of treaty interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention. But these principles of interpretation neither require nor condone the imputation into a treaty of words that are not there or the importation into a treaty of concepts that were not intended.[268]

Verdadeiro marco na jurisprudência da OMC, o caso US – Shrimp é emblemático, entre outras coisas, por simbolizar nova compreensão da matéria, sensivelmente mais ampla que a orientação seguida pelos julgados precedentes. O Órgão de Apelação, com ousadia e perspicácia, vislumbrou no *caput* do artigo XX do GATT de 1994 a expressão do princípio da boa-fé e a tentativa de se coibir o abuso de direito. O direito internacional reprime o exercício abusivo de direitos que cause dano a outros Estados ou organizações internacionais. A decisão no

266 COTTIER, Thomas; SCHEFER, Krista N. op. cit., p. 60.

267 Appellate Body Report, EC – Computer Equipment.

268 Cf. o parágrafo 83 que se refere ao parágrafo 45 do caso India – Patents (US).

caso US – Shrimp é um divisor de águas porque pela primeira vez a doutrina do abuso de direitos foi expressamente reconhecida na OMC.

Procedeu-se nesse particular, a conexão, ainda que de modo implícito, com o princípio da boa-fé estabelecido pelo artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Para Kottier e Schefer a decisão do caso US – Shrimp aplicou a boa-fé no contexto das reclamações por não violação;[269] o próximo passo seria demonstrar que a proteção das expectativas legítimas não se confina às reclamações por não violação, mas é um princípio que deve ser integrado no direito da OMC.[270]

A proibição do abuso de direitos dos membros e a proteção das expectativas legítimas precisa ser garantida se o sistema da OMC quiser manter a sua autoridade como instituição incumbida de julgar os conflitos e ser fonte aceitável para a promulgação de regras vinculantes. O estudo do relacionamento das dimensões substantiva e procedimental da boa-fé reguladas pelo artigo 31 da Convenção de Viena amplia a inserção das regras comerciais no interior do direito internacional geral facilitando a interação com os outros ramos que o integram.

No relatório que apreciou os efeitos da Lei sobre Compensação (Emenda Byrd), aprovada pelos Estados Unidos, o Órgão de Apelação invocou a Convenção de Viena para afirmar que a boa-fé rege a execução e a interpretação dos tratados. Este fato lhe permitiu concluir que é possível determinar, no campo da solução de controvérsias, se um membro da OMC agiu de boa-fé. Cumpre notar que a boa-fé orienta a interpretação nas demandas sobre violação e sobre não-violação dos acordos da OMC.

No que concerne às demandas por não violação, o relatório exarado no caso Korea – Procurement, destacou que a boa-fé se estende às medidas que poderiam anular ou comprometer as vantagens que as partes esperam obter em virtude dos compromissos que negociaram. Discute-se se o princípio da boa-fé abrange o respeito à confiança legítima, tal como aceito, em sucessivos julgados, pela Corte Européia de Justiça. Na realidade, a proteção da confiança legítima desenvolveu-se, na jurisprudência comunitária, inspirada pelo direito alemão que salvaguarda a confiança dos cidadãos no cumprimento por parte das autoridades das normas jurídicas existentes.

No caso India – Patents (US), o painel utilizou a noção de expectativas legítimas dos membros da OMC para interpretar os dispositivos do Acordo TRIPs. Consignou, na ocasião:

> When interpreting the text of the TRIPs Agreement, the legitimate expectations of the WTO Members concerning the TRIPs Agreement must be

269 COTTIER, Thomas; SCHEFER, Krista N. op. cit., p. 64.

270 COTTIER, Thomas; SCHEFER, Krista N. op. cit., p. 65.

taken into account, as well as standards of interpretation developed in past panel reports in the GATT framework, in particular those laying down the principle of the protection of conditions of competition flowing from multilateral trade agreements.[271]

Com fundamento nestas regras, o painel examinou se os procedimentos administrativos instituídos pela Índia para a proteção da propriedade intelectual salvaguardavam as expectativas legítimas criadas pelo Acordo TRIPs com relação aos titulares de direitos que se encontram no exterior. O Órgão de Apelação rejeitou o entendimento do painel que estendeu a proteção da confiança legítima além da esfera dos direitos subjetivos adquiridos. O relatório sublinhou que este princípio não se encontrava solidamente estabelecido no GATT e que o painel confundira dois conceitos diferentes e extraiu uma conclusão que não é compatível nem com as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público nem com a prática anterior do GATT e da OMC. O relatório notou que as expectativas legítimas constituem reflexo direto das disposições inseridas no tratado.

No caso EC – Computer Equipment,[272] em que se debateu se o sentido dos termos usados na lista de concessões tarifárias de um membro pode ser determinado à luz da noção de expectativas legítimas, o Órgão de Apelação opinou que o fim visado pela interpretação dos tratados consoante o artigo 31 da Convenção de Viena é estabelecer a intenção comum das partes que, na hipótese, não pode ser fixada de acordo com as expectativas de uma das partes, mas depende das concessões mutuamente vantajosas. A razão de ser desse fato é impedir a emenda ou revisão unilateral dos Acordos da OMC, única forma de se manter a previsibilidade das expectativas dos membros em relação ao que fora anteriormente avençado.

3.5 O uso do precedente na OMC

O direito internacional não conhece a aplicação da doutrina do *stare decisis*, típica dos ordenamentos jurídicos do *common law*. O artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça rejeitou a doutrina do *stare decisis*, desfazendo quaisquer dúvidas que viessem a pairar sobre o assunto. Este fato não impediu, entretanto, a formação de uma jurisprudência robusta, altamente significativa para o desenvolvimento do direito internacional.[273] A Corte invoca, reiteradamente, os julgados anteriores no intuito de colher subsídios para interpretar os casos a ela apresentados.

271 Panel Report, India – Patents (US), par. 7.22.

272 COTTIER, Thomas; SCHEFER, Krista N. op. cit., p. 61.

273 PALMETER, David. *The WTO as a legal system*. London: Cameron May, 2004. p. 220.

Nem sempre as lições extraídas dos precedentes auxiliam a análise dos casos futuros. Controvérsias cercadas por peculiaridades inéditas requerem decisões inovadoras, que provavelmente transcendem os confins próprios da disputa suscitada. Mesmo sem desconsiderar a experiência pregressa, a Corte tem a prerrogativa de alterar as posições já expendidas se estiver convencida do acerto intrínseco das novas conclusões. No direito internacional, assim como nos países de *civil law*, os precedentes exercem grande impacto nos rumos da jurisprudência, mas não vinculam as decisões nesta ou naquela direção.

Transposto este princípio para a OMC, o observador percebe sem dificuldade que os painéis e o Órgão de Apelação não se vinculam às decisões passadas, ainda que os fatos guardem entre si profunda similitude. As manifestações dos painéis e do Órgão de Apelação, nos limites de uma controvérsia, não equivalem a decisões de alcance geral sobre o significado de uma regra, com poderes para irradiar efeitos que atinjam a interpretação de outras controvérsias. Os relatórios adotados não configuram práticas subseqüentes indicativas do sentido atribuído a um dispositivo particular. Ainda que não vinculem diretamente os painéis, os relatórios do Órgão de Apelação tem peso incontestável nas decisões por eles proferidas.

Em geral, os painelistas resistem em se distanciar dos argumentos que prevaleceram em julgamentos passados, pois sabem que, a menos que haja fortes razões em sentido contrário, o relatório será revisto pelo Órgão de Apelação. O comportamento dos painéis provém em grande medida da superioridade hierárquica associada às decisões do Órgão de Apelação. Por outro lado, nenhum óbice veda que o Órgão de Apelação use os relatórios dos painéis como fonte de apoio na interpretação dos tratados da OMC. Mas a experiência demonstra, sobejamente, que a menção aos casos já julgados se tornou prática reiterada dos órgãos de adjudicação da OMC, a ponto de se constatar a formação de tendências jurisprudenciais em determinadas matérias.

No caso Japan – Alcoholic Beverages II, o painel declarou que o relatório adotado não constitui interpretação definitiva de um acordo; trata-se, simplesmente, de decisão que deve ser considerada, mas não necessariamente seguida em julgamentos posteriores. A propósito, o Órgão de Apelação assim se pronunciou: "[*Adopted reports*] *are often considered by subsequent panels. They create legitimate expectations among WTO Members, and therefore, should be taken into account where they are relevant to any dispute. However, they are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties to that dispute.*"[274] Os relatórios adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias não são precedentes vinculantes e nem podem acrescentar direitos e obrigações aos acordos da OMC. O poder persuasivo que possuem é, entretanto, indiscutível e freqüentemente são levados em conta na resolução dos casos concretos.

274 Appellate Body Report, Japan – Alcoholic Beverages III, par. 15.

Os relatórios não adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias gozam de menos prestígio, mas constituem orientações úteis que não devem ser pura e simplesmente afastadas. No caso Japan – Alcoholic Beverages III, o Órgão de Apelação asseverou que "*a panel could nevertheless find useful guidance in the reasoning of an unadopted panel report that is considered to be relevant*".[275] Os órgãos jurisdicionais optam por seguir as decisões anteriores não apenas por razões de justiça e eqüidade, mas também por motivos de eficiência. Existe inegável benefício na consideração do trabalho já realizado sobre a mesma questão jurídica. Este procedimento amplia a coerência e a estabilidade das decisões, fatores essenciais para a administração ordenada da justiça. A coerência decisória adiciona credibilidade às instituições, ampliando o grau de legitimidade das instâncias jurisdicionais. Tais benefícios não devem jamais tolher o esforço de encontrar soluções para as disputas em relação às quais a jurisprudência consolidada não oferece nenhuma ajuda. O desafio do Órgão de Apelação está, assim, em conciliar o apreço pela tradição jurisprudencial com a ousadia que o julgamento dos casos inéditos invariavelmente demanda.

3.6 A doutrina

Em raras oportunidades, os relatórios do GATT se referiram aos ensinamentos dos publicistas mais qualificados. A razão disso se encontra na maneira como foi concebido o mecanismo de solução de controvérsias do GATT, que privilegiou a via diplomática em detrimento das formas jurisdicionalizadas. Os painéis, integrados quase exclusivamente por diplomatas, não se mostravam propensos a citar as lições dos grandes publicistas na fundamentação das suas decisões. Constata-se, na maior parte da história do GATT, que, em poucas vezes, especialistas com formação jurídica participaram da composição dos painéis. A atuação de juristas, provenientes sobretudo da área acadêmica, em painéis instituídos nos anos recentes contrasta com a situação que imperou nas décadas anteriores.

Nota-se, ainda hoje, que, salvo algumas exceções, juristas de reconhecida projeção no direito internacional econômico não figuram entre os painelistas da OMC. Há perspectiva de que esse estado de coisas se altere na medida em que a OMC, cada vez mais, se organiza em torno de regras jurídicas responsáveis não somente pela definição dos direitos e obrigações dos membros, mas também pela criação de uma estrutura institucional sofisticada. O Órgão de Apelação, composto tão-somente por juristas, é por isso mais sensível à contribuição da doutrina para análise das controvérsias da Organização Mundial do Comércio. As disputas, apreciadas pelos painéis e pelo Órgão de Apelação, tendem a envolver questões

275 Appellate Body Report, Japan – Alcoholic Beverages III, par. 16.

técnicas complexas que são mais bem resolvidas com o auxílio dos mais qualificados publicistas.

3.7 As declarações públicas de autoridades governamentais

Em algumas hipóteses as obrigações internacionais derivam das declarações públicas que certas autoridades governamentais fazem a propósito de temas que interessam a outros governos. A vinculação internacional origina-se da confiança legítima que a declaração desperta nas autoridades governamentais de outros Estados. Não há consenso sobre os requisitos necessários para que a obrigação se constitua. Os autores que exibem atitude mais restritiva admitem que somente as declarações feitas em circunstâncias particulares, como as reuniões ministeriais, são verdadeiramente vinculantes.

Outros, todavia, compartilham a crença de que as afirmações públicas em geral, emitidas por autoridades graduadas, desde que dotadas de seriedade e clareza, são hábeis para obrigar o Estado em determinado sentido. Em demanda suscitada perante a CIJ, a Austrália e a Nova Zelândia alegaram que o governo francês se comprometera, publicamente, a cessar os testes com armas nucleares na atmosfera.[276] No caso US – Section 301 Trade Act a decisão focalizou as declarações de funcionários norte-americanos sobre a norma objeto de apreciação.[277]

3.8 Atos unilaterais

Na qualidade de organização internacional com personalidade jurídica própria, a OMC edita, por meio dos órgãos que a compõem, atos unilaterais sobre variados temas. A Conferência Ministerial, órgão de cúpula da OMC, recebeu competência para aprovar a suspensão temporária das obrigações de membros específicos (*waiver*) e para interpretar os acordos, tarefa exercida, igualmente, pelo Conselho Geral.

Os comitês especializados são competentes para tomar decisões no seu respectivo campo de atuação, como acontece com o Comitê de Diretrizes previsto pelo artigo 5.5 do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias. É difícil, muitas vezes, dada a falta de indicações precisas, identificar a natureza exata de certos atos. A Declaração sobre o Acordo TRIPs e Saúde Pública, aprovada pela Confe-

276 Caso Testes Nucleares, par. 253, 457.

277 WAINCYMER, Jeffrey. *WTO litigation:* procedural aspects of formal dispute settlement. London: Cameron May, 2002. p. 383.

rência Ministerial em novembro de 2001, não esclareceu se ela é uma emenda ou uma interpretação do referido Acordo.

Os atos unilaterais devem, sob pena de invalidade, respeitar os limites que os tratados conferiram aos órgãos da OMC. Não há, até o momento, nenhum procedimento destinado a permitir a contestação dos atos inválidos. As deliberações consensuais na OMC adquiriram tamanho peso que, na prática, têm o efeito de emendar ou revogar os tratados ao arrepio dos procedimentos de revisão do Acordo de Marraqueche. Pauwelyn critica esta postura porque, segundo ele, a OMC não é uma *member-driven organization*[278] em que a vontade dos membros pode, independentemente da obediência a certas formalidades, anular o consenso estatal prévio.

A diferença de regime jurídico entre os atos unilaterais e os tratados é fundamental para delimitar a jurisdição do Órgão de Solução de Controvérsias. Os painéis somente apreciam reclamações fundadas na violação dos tratados e não nos atos unilaterais que os órgãos políticos vierem a emanar. Esta circunstância não afastou a possibilidade de o painel considerar os atos unilaterais parte do direito aplicável quando decidir o litígio que lhe é submetido. Não é admissível a utilização de derrogações (waiver) para justificar a proposição de uma demanda perante à OMC, mas o seu uso é aceito na defesa contra a violação do art. I do GATT, como foi feito pela CE no caso EC – Bananas III.

Vale notar que o Órgão de Solução de Controvérsias toma decisões importantes em matéria de prazos, a exemplo do que sucede com a fixação do prazo de dez dias para que terceiros interessados formulem pedido para figurarem na disputa. Mais relevantes, contudo, são as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias que adotam os relatórios elaborados pelos painéis e pelo Órgão de Apelação, cuja abrangência se circunscreve às partes em litígio, como o Órgão de Apelação explicitamente reconheceu no caso Japan – Alcoholic Beverages III. Não há, aqui, atividade própria dos órgãos políticos, mas a prática de atos jurisdicionais, na esteira do "adensamento de juridicidade" levado a cabo pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias.

O GATT de 1994 inclui não apenas o texto do Acordo Geral de Comércio e Tarifas, mas também as decisões das partes contratantes durante a vigência do GATT de 1947. O Órgão de Apelação já se manifestou que os direitos e obrigações das partes contratantes não são inteiramente regulados pelo texto do GATT de 1947, já que sofrem a influência das decisões e protocolos posteriores. Conquanto apresentem identidade lingüística os artigos do GATT de 1947 e do GATT de 1994 não serão, necessariamente interpretados da mesma maneira porque ambos os Acordos têm estruturas conceituais diferentes. Sob o GATT de 1947, as partes contratantes negociavam compromissos específicos que nem sempre mantinham

278 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 45.

relação entre si, como demonstram os códigos firmados na Rodada Tóquio que previram direitos e obrigações diferentes para os signatários.

Por força do princípio do acordo único, as normas da OMC estão intimamente integradas, de tal sorte que o GATT de 1994 é parte de um todo mais amplo e deve ser interpretado à luz dos demais dispositivos. A nota interpretativa ao Anexo 1A do Acordo da OMC estabelece que: "*in the event of a conflict between a provision of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and the provison of another Agreement in Annex IA* [...]. *The provision of the other agreement shall prevail to the extent of the conflict*". Somente quando se revelar inviável a interpretação harmônica dos dispositivos de um tratado, prevalecerão as regras e procedimentos especiais posteriormente adicionados. As decisões e interpretações dos acordos efetuados pelas partes contratantes do GATT e pelos membros da OMC são fontes que instituem direitos e obrigações.

Tais interpretações são expressamente autorizadas e, em razão disso, devem vincular os painéis e o Órgão de Apelação. No período imediatamente subseqüente à criação da OMC, numerosas decisões transitórias foram tomadas sobre a coexistência do novo regime jurídico com aquele que vigorou por ocasião do GATT. Há inegável proximidade entre o poder de interpretação conferido aos membros da OMC e o direito de emendar os tratados. Nesse sentido, a CPJI decidiu no caso Jaworzina que: "*it is an established principle that the right of giving an authoritative interpretation of a legal rule belongs solely to the person or body who has the power to modify or suppress it*".[279]

Diversamente, as declarações não têm, via de regra, a força obrigatória das decisões. Em certas hipóteses geralmente não exprimem intento de envidar esforços para a realização de futuras negociações. Em outras vezes, porém, é notória a semelhança com as interpretações, ainda que seja necessária a integração com os poderes interpretativos previstos no artigo 9º do Acordo da OMC. Os entendimentos multilaterais acrescentam ou introduzem novos esclarecimentos no contexto da disciplina normativa existente. Enquanto o Entendimento sobre os Dispositivos do Balanço de Pagamentos do GATT de 1994 teve como objetivo esclarecer o conteúdo das regras relevantes, alguns entendimentos acrescentam novas normas ou reelaboram aquelas que previamente existiam, como sucedeu com o Entendimento sobre Solução de Controvérsias.

São comuns os entendimentos informais sobre a natureza de vários acordos do GATT e da OMC. Ainda que destituídos de validade jurídico-formal, os entendimentos informais gozam de grande simpatia na OMC e chegam a ter prestígio equivalente ao das normas escritas. O procedimento de tomar decisões com base no consenso tornou-se um entendimento informal regularmente utilizado nas conferências ministeriais da Organização Mundial do Comércio.

279 Caso Jaworzina, p. 37.

Em algumas hipóteses, os Acordos da OMC autorizam a edição de recomendações ou diretivas, como aconteceu com o artigo 5.5 do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias que outorgou competência ao Comitê sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias para formular diretivas com o fim de promover o cumprimento de tal Acordo.

As recomendações e diretivas têm natureza subsidiária e não podem alterar ou modificar os direitos e obrigações consagrados nos acordos da OMC, como ficou consubstanciado no caso Thailand – H-Beams. Na atividade corriqueira da OMC, os Grupos de Trabalho preparam relatórios, cujo teor influencia o processo de deliberação, apesar de não revestirem a condição de fontes de direito. Situação análoga se passa com os estudos desenvolvidos pelo Secretariado que são altamente reveladores do sentido que os membros da OMC emprestam às normas existentes.

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.