

# A interpretação e aplicação das regras da OMC nos primeiros anos

Luiz Olavo Baptista

*“...honorably, independently, impartially, conscientiously, and in accordance with the law of the World Trade Organization...”*

*“...honradamente, independentemente, imparcialmente, conscienciosamente, e segundo a lei da Organização Mundial do Comércio...”*

*(juramento no texto no Órgão de Apelação da OMC)*

Quando membros do Órgão de Apelação prestam compromisso, os deveres por eles solenemente assumidos exigem certas qualidades pessoais para serem cumpridos. É por isso que, durante o processo de seleção – além do trabalho realizado segundo as regras por um grupo de pessoas –, muitos Representantes de Estado gostam de entrevistar pessoalmente os candidatos para avaliar suas personalidades.

Ser honrado ou ser independente depende de traços de caráter, além de serem qualidades atribuíveis a certas ações. A imparcialidade deriva da honorabilidade e da independência. Também agir de forma conscienciosa é algo possível para uns, mas não para outros, pois exige que tudo seja feito com cuidadosa atenção.

Em nenhum lugar – nem nas regras da Organização nem nas expectativas dos Estados Membros –, há a exigência de que as pessoas selecionadas sejam infalíveis. Podemos, também, não só supor, como ter a certeza de que os membros do Órgão de Apelação nem sempre raciocinarão exata-

mente de acordo com as expectativas de uma parte, nem chegarão, sempre e precisamente, àquele resultado desejado ou imaginado por um dos demandantes. Isso porque seu raciocínio poderá não corresponder ao do autor das expectativas. Essas são conclusões óbvias, acessíveis a qualquer pessoa razoável, e consensuais para todo indivíduo inteligente.

A razão para isso é que o Órgão de Apelação é um colegiado, composto por sete

“[...] pessoas de reconhecida autoridade, que demonstram amplo conhecimento e perícia em Direito, comércio internacional e na matéria dos acordos compreendidos em geral”<sup>1</sup>.

A composição do Órgão de Apelação, além do mais, deve ser representativa, em linhas gerais, da composição da própria OMC<sup>2</sup>, do que resulta que cada um de seus integrantes vem com experiências e panorama cultural bastante distintos.

Foi assim que os Estados Membros decidiram proceder para minimizar a margem de erros causados por idiossincrasias pessoais, pela falibilidade humana, ou deficiências dos conhecimentos prático-profissionais ou decorrentes do viés cultural e nacional de cada um. Daí resulta que a decisão, coletiva, representa a amálgama de culturas, experiências, modos de ver o direito que só podem encontrar seu equilíbrio e foco no interior dos acordos de Marrakesh. Foi justamente para garantir que o espírito e a letra desses acordos fossem respeitados, e para que cada um dos países membros tivesse seus direitos e prerrogativas assegurados, que se criou o Órgão de Apelação. Poderíamos dizer que ele é o guardião dos direitos dos Membros da OMC.

Os Estados Membros estipularam que as opiniões dos membros do Órgão de Apelação deveriam ser anônimas<sup>3</sup>, sempre que não fossem unânimes. Com isso, além da garantia da independência de cada um, evita-se a oportunidade de aparecerem as atitudes de “prima dona” que por vezes aparecem em alguns juizes de tribunais superiores.

Para evitar que os membros do Órgão de Apelação caíam na tentação de legislar – na

qual muitas cortes de justiça já caíram –, os autores do tratado incluíram no artigo 3.4 a regra que delimita o propósito do Acordo sobre Solução de Controvérsias,

“(…) conferindo segurança e previsibilidade ao sistema multilateral. Os Membros reconhecem que ele funciona para preservar os direitos e obrigações dos Membros nos termos dos acordos abrangidos, e para clarificar as disposições existentes nesses acordos de acordo com as regras usuais de interpretação de direito internacional público. As recomendações e decisões do Órgão de Solução de Disputas não podem incrementar ou diminuir os direitos e obrigações previstos nos acordos abrangidos”<sup>4</sup>.

Foram além impondo diretivas para a interpretação, contidas em outros parágrafos, como os 5<sup>5</sup> e 6<sup>6</sup> do artigo 17.

Essas regras demonstram a sabedoria e experiência dos que as redigiram e que as conceberam para garantir que as decisões do Órgão de Apelação fossem, nos limites da natureza humana, as mais adequadas para todos os Membros da OMC, segundo os termos do seu Acordo.

Quando a OMC começou a funcionar, foram selecionados os sete primeiros membros do Órgão de Apelação<sup>7</sup>. Ao saírem, a característica comum na atuação de todos foi que nunca reformularam a lei, ou a criaram a partir de elementos externos: contentaram-se em interpretá-la e aplicá-la de um modo razoável, como é apropriado, procurando sempre a intenção do legislador em suas palavras.

Fizeram o que um intérprete deve sempre fazer, pois ele é alguém que busca elucidar o significado do texto de outrem, não recriá-lo. Ao intérprete não é dado ir além ou ficar aquém daquilo que é realmente dito no texto que ele interpreta, senão ele falhará em sua tarefa.

A mesma palavra – “interpretação” – é usada para “tradução” e para “interpretação legal”. Ambas implicam um dever para

o intérprete e para o tradutor: – o de ser o mais fiel possível à vontade e ao pensamento do autor seja traduzindo de um para outro idioma, seja examinando as intenções do legislador para aplicá-las às situações concretas. Ambos, portanto, colocam em palavras que escolhem o pensamento de outrem. O tradutor traz para outro universo lingüístico o pensamento do autor. O intérprete da lei explica, levando à concreção, a intenção do legislador. No caso do intérprete das regras de um tratado, vemos a busca do sentido resultante do encontro de vontades das partes e que nem sempre é a expectativa com que uma ou outra das partes foi para a mesa de negociação. Aí reside a dificuldade especial de se interpretar um tratado. Se fosse um contrato celebrado no interior de um Estado por seus nacionais, a identidade cultural de ambos faria com que o conteúdo semântico das expressões fosse o mesmo. Com a introdução da internacionalidade e do uso de uma língua que nem sempre é a de todas as partes, a possibilidade de que cada uma delas venha a imaginar um conteúdo semântico que não é similar para determinada expressão cresce.

Podemos avaliar como os primeiros sete interpretaram os acordos da OMC para compreender quão bem-sucedida foi sua atuação estabelecendo os mecanismos e regras de interpretação que permitissem encontrar o significado preciso e válido internacionalmente, decorrente da vontade comum dos signatários dos Acordos.

Além disso, eles abordaram problemas essenciais para a Organização, então nascente.

Na época, quando a OMC e o Órgão de Apelação acabavam de se constituir, tinham a necessidade de que padrões de conduta e de trabalho fossem desenhados. Para o Órgão de Apelação, esses padrões aparecem nas Regras de Procedimento<sup>8</sup> que foram redigidas e aprovadas pelos sete membros originais. Essas regras são rigorosas, positivas e buscam ser o complemento do que havia sido escrito pelos Membros da OMC

nos Acordos. Todas elas mencionam independência, rigor ético, a necessidade de um estudo e reflexão adequados para a melhor aplicação do direito<sup>9</sup>.

A tarefa não terminou aí. Passou das Regras de Procedimento para o campo das decisões, incluindo nesse trajeto, obrigatoriamente, a interpretação das disposições dos Acordos de Marrakesh.

Como disseram ao assumir o compromisso que foi o primeiro ato e o que deu início ao seu mandato, os primeiros sete sabiam que deviam agir conscienciosamente, e assim o fizeram. A maneira como eles decidiram é consequência do modo como interpretaram as normas e será examinado agora, quando virmos algumas das decisões feitas pelo Órgão de Apelação que se relacionam exatamente à temática da interpretação dos Acordos, e como ela deve ser feita. Nesses casos, encontramos traçada, pela primeira vez, a que julgavam ser a maneira correta de interpretar.

Um desses casos foi “EC – Hormones”. No parágrafo 165<sup>10</sup> do Relatório, a Divisão julgadora afirma que:

“...nós não podemos levemente presumir que Estados soberanos pretenderam se impor a obrigação mais onerosa, ao invés da menos gravosa, exigindo conformidade de obediência com tais padrões, paradigmas e recomendações. Para permitir tal presunção e dar margem a tão ampla interpretação, a linguagem e os termos do tratado a serem empregados deveriam ser muito mais específicos e instigantes do que aqueles do Artigo 3 do SPS Agreement”.

Aí encontramos a primeira referência à interpretação, em que o Órgão de Apelação afirma que se deve ler o texto levando em conta que os Estados soberanos nunca escolhem a obrigação mais onerosa; ao contrário, preferem a menos gravosa, sempre que assinam um tratado.

Tendo isso em mente, estabeleceram que a interpretação tende a ser a mais literal

possível para que não se aumente o alcance do que foi dito. Todavia, essa metodologia é um dos traços interpretativos mais criticados por alguns autores.

A interpretação literal e restritiva da intenção dos negociadores dos Acordos leva forçosamente à análise pormenorizada de cada palavra, e é por isso que o Órgão muitas vezes lançou mão de dicionários para compreender o preciso significado de cada expressão.

No mesmo caso EC – *Hormones*, no parágrafo 181<sup>11</sup>, também é dito que

“(…) a regra fundamental da interpretação dos tratados exige que o intérprete leia e interprete *as palavras efetivamente empregadas* no acordo sob exame, *não aquelas que o intérprete gostaria que tivessem sido usadas*”.

Aí, mais uma vez, fixam-se os limites à interpretação. O Órgão de Apelação já havia, antes, como vimos, expresso sua posição, e aqui a reitera, mais categórico. Mais tarde, em outros casos, manteve essa mesma linha interpretativa.

No caso *Argentina – Textiles and Apparel*, parágrafo 42<sup>12</sup> –, lemos que

“(…) o PAINEL baseia-se substancialmente naquilo que caracteriza como ‘práticas passadas do GATT’, sem proceder nenhuma análise do significado usual dos termos do Artigo II neste contexto e à luz do escopo e propósito do GATT 1994, segundo as regras gerais de interpretação de tratados ditadas pelo Artigo 31 da Convenção de Viena”.

Nessa ocasião, além de criticar a ausência de uma apreciação do significado usual dos termos<sup>13</sup> sob a ótica dos objetivos do GATT 1994, o Órgão determinou que esses aspectos deveriam ser abordados de acordo com as regras gerais de interpretação de tratados descritas pela Convenção de Viena<sup>14</sup>.

Surge nesse caso a Convenção de Viena<sup>15</sup> sobre o Direito dos Tratados, e aparecerá em outros para explicar o método interpretativo. Essa convenção foi considerada

como uma codificação dos usos e costumes do direito internacional elaborados através dos séculos, no que diz respeito às práticas concernentes aos tratados, e resultou de anos de estudo pela Comissão Internacional de Direito e de extenso processo de debate e negociação pelos seus signatários.

Mas é importante recordar que foram os Acordos da OMC que incluíram a remissão ao artigo 31, o que significa que as regras lá traçadas foram incorporadas ao *corpus legis* da OMC.

No artigo 31, da Convenção de Viena, temos uma referência a “escopo e objetivo”, o que significa que o teor de um tratado deve ser buscado em suas próprias palavras e no escopo e objetivo do mesmo, e da palavra no contexto.

Eis, mais uma vez, um indicador de que a interpretação feita pelos sete primeiros participantes do Órgão de Apelação foi conservadora.

Em *US – FSC*<sup>16</sup>, no parágrafo 91, podemos encontrar outra indicação sobre a interpretação e seus limites, nos dizeres da Divisão:

“(…) Contudo, nós temos certas reservas restritivas sobre o emprego de qualquer padrão legal, como esse teste do ‘but for’, ao invés da efetiva linguagem de tratado”.

Afirma-se, pois, que *standards* jurídicos não podem substituir a efetiva linguagem de tratado.

No que concerne à história legislativa, esse mesmo caso deu margem a um parágrafo, relacionado à interpretação, no qual a Divisão explica que

“(…) a história legislativa também afirma que essa medida foi tomada ‘para respeitar decisões de um Painel da OMC e de seu Órgão de Apelação’”.

Em *Japan – Alcoholic Beverages II*<sup>17</sup>, p. 12, a Divisão observou que:

“(…) um preceito fundamental da interpretação dos tratados, que deriva da regra geral de interpretação do Ar-

tigo 31, é o princípio da efetividade (*ut res magis valeat quam pereat*)”.

Mais uma vez, o artigo 31 aparece como mecanismo de interpretação sem o objetivo de amplificar ou reduzir o alcance do texto, não se abrindo as portas para a jurisprudência criativa.

Isso é também confirmado e enfatizado no caso *Argentine – Footwear* (EC)<sup>18</sup>, parágrafo 81, no qual os Membros da Divisão decidiram que

“... o intérprete de um tratado deve ler todas as disposições aplicáveis de forma a dar significado a todos eles, harmoniosamente. E, uma leitura adequada deste ‘pacote inseparável de direitos e disciplinas’ deve, desta forma, ser aquele que dê significado a todas as disposições relevantes destes dois acordos vinculantes”.

Nesse mesmo caso, no parágrafo 95, é dito que

“nossa leitura desses pré-requisitos faz precisamente isto, certificando-se que todas as disposições relevantes do *Agreement on Safeguards* e do Artigo XIX do GATT 1994 concernentes a medidas de salvaguarda mantiveram seu pleno sentido e pleno efeito legal”.

Vemos, assim, que esse gênero de interpretação não daria, como não deu, margem ao incremento ou à diminuição de direitos de qualquer dos Membros da Organização Mundial do Comércio, mas, ao contrário, leva a fazê-los respeitar aquilo que acordaram.

Talvez haja quem afirme que tal ou qual interpretação não era exatamente o pretendido no momento da assinatura do tratado. Contudo, quem pensa isso labora em equívoco porque o intérprete busca num tratado, ou num acordo privado, não a vontade de uma parte, ou a intenção de outra, mas o que resultou no acordo, do consenso de ambas, e que extrairá do texto adotado por elas – o Acordo.

O princípio da efetividade, que acima mencionamos, aparece também no caso *Ko-*

*rea – Dairy*, no qual a decisão do Órgão de Apelação é que, “à luz do princípio interpretativo da efetividade, é o dever de qualquer intérprete de um tratado ‘ler todas as disposições aplicáveis de forma a dar-lhes todas, harmoniosamente, pleno significado’”. Um importante corolário desse princípio é que um tratado deve ser interpretado como, um todo, assim como, e em particular, suas partes e seções devem ser lidas como um todo coeso. O Artigo II:2 do Acordo da OMC expressamente consagra o desejo dos negociadores da Rodada Uruguai de que os dispositivos do Acordo da OMC e os Acordos Multilaterais de Comércio incluídos nos anexos 1, 2 e 3 devem ser lidos como unidades coerentes<sup>19</sup>.

Percorridos esses casos, terminamos por recordar que o pensamento do Órgão de Apelação é obtido, em cada caso, pelo consenso<sup>20</sup> de todos seus Membros. Destarte podemos chegar a algumas conclusões: não restam dúvidas de que a criação de padrões interpretativos do Órgão de Apelação emerge de forma consistente em todos os casos acima referidos. Esses padrões nos indicam claramente que o Órgão de Apelação decidiu de forma condizente, tanto com os princípios adequados à interpretação de tratados em geral, delineados pela Convenção de Viena, como, em especial, com os princípios ditados pelos Acordos da OMC.

Dessa forma, eles cumpriram seu dever “honradamente, independentemente, imparcialmente, conscienciosamente, e segundo as normas da Organização Mundial do Comércio”. É muito gratificante poder dizer àqueles que cumpriram dessa forma o seu dever que um de nós – que vêm nas leis o único soberano da humanidade – os agradece com ênfase.

Ana Maria Villela, no curso de suas atividades como Professora e como servidora do Senado da República e advogada, também cumpriu conscienciosamente o seu dever, obedecendo à Constituição e às leis do Brasil. Por isso, não vi melhor maneira de homenageá-la que falar de pessoas que ti-

veram a mesma conduta. Que sejam todos exemplos para os que começam a carreira do direito.

### Notas

<sup>1</sup> “[...] persons of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally”. DSU, Article 17.3.

<sup>2</sup> DSU, Article 17.3

<sup>3</sup> DSU, Article 14.3 and 17.11

<sup>4</sup> DSU, Article 3.2 “(...) providing security and predictability to the multilateral system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”.

<sup>5</sup> DSU Article 3.5

“All solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the covered agreements, including arbitration awards, shall be consistent with those agreements and shall not nullify or impair benefits accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements”.

<sup>6</sup> DSU, Article 17.6 “An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel”.

<sup>7</sup> James Bacchus, dos Estados Unidos, Christopher Beeby, da Nova Zelândia, Prof. Claus-Dieter Ehlermann, da Alemanha, Dr. Said El-Naggar, do Egito, Min. Florentino Feliciano, das Filipinas, Bem. Julio Lacarte-Muro, do Uruguai e Prof. Mitsuo Matsushita, do Japão.

<sup>8</sup> The Rules of Conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (WT/DSB/RC/1) define the governing principle, its observance, the scope, the textiles monitoring body, the self-disclosure requirements by covered persons, confidentiality and the procedures concerning subsequent disclosure and possible material violations. These working procedures were adopted by the TMB on 26 July 1995 (G/TMB/R/1).

<sup>9</sup> Os princípios governantes das Regras de Conduta afirmam expressamente que os indivíduos a quem elas se aplicam devem ser independentes e imparciais, nos artigos II, 1 e III, 2.

<sup>10</sup> WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R. “(...) We cannot lightly assume that sovereign states intended to impose upon themselves the more onerous, rather than the less burdensome, obligation

by mandating *conformity of compliance* with such standards, guidelines and recommendations. To sustain such an assumption and to warrant such a far-reaching interpretation, treaty language far more specific and compelling than that found in Article 3 of the SPS Agreement would be necessary.”

<sup>11</sup> WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R. “(...) The fundamental rule of treaty interpretation requires a treaty interpreter to read and interpret the *words actually used* by the agreement under examination, *not words the interpreter may feel should have been used.*”

<sup>12</sup> WT/DS56/AB/R. “(...) The Panel relies heavily on what it characterizes as ‘past GATT practice’, without undertaking any analysis of the ordinary meaning of the terms of Article II in their context and in the light of the object and purpose of the GATT 1994, in accordance with the general rules of treaty interpretation set out in Article 31 of the *Vienna Convention.*”

<sup>13</sup> Segundo a regra do Artigo II da Convenção de Viena. Hoje em dia, parece não haver mais dúvidas de que a Convenção é boa síntese dos usos e costumes em matéria de redação e interpretação de contratos no direito internacional.

<sup>14</sup> Artigo 31<sup>2</sup> – Regra geral de interpretação. 1 – Um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim. 2 – Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos: a) Qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as Partes quando da conclusão do tratado; b) Qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado. 3 – Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto: a) Todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições; b) Toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado; c) Toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes. 4 – Um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi a intenção das Partes.

<sup>15</sup> Estava disponível para assinaturas em Viena, em 23 de março de 1969, e entrou em vigor internacionalmente em 27 de janeiro de 1980.

<sup>16</sup> WT/DS108/AB/R. “(...) However, we have certain abiding reservations about applying any legal standard, such as this “but for” test, in the place of the actual treaty language”. And after: “(...) The legislative history also states that the measure was adopted ‘to comply with decisions of a World Trade Organization dispute panel and Appellate Body.’”

<sup>17</sup> WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. "(...) A fundamental tenet of treaty interpretation flowing from the general rule of interpretation set out in Article 31 is the principle of effectiveness (*ut res magis valeat quam pereat*)".

<sup>18</sup> WT/DS121/AB/R. "Yet a treaty interpreter must read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to all of them, harmoniously. And, an appropriate reading of this 'inseparable package of rights and disciplines' must, accor-

dingly, be one that gives meaning to all the relevant provisions of these two equally binding agreements". In this same case, paragraph 95 also said: "Our reading of these prerequisites does precisely this, by making certain that all the relevant provisions of the Agreement on Safeguards and Article XIX of the GATT 1994 relating to safeguard measures are given their full meaning and their full legal effect."

<sup>19</sup> WT/DS98/AB/R.

<sup>20</sup> DSU, Article 2.4

