

O direito internacional

Entre a ordem e a justiça

Alberto do Amaral Júnior

Sumário

1. Introdução. 2. O risco de fragmentação do direito internacional. 3. O “diálogo” das fontes. 4. O “diálogo” sistemático de coerência. 5. O “diálogo” de coordenação e adaptação. 6. O “diálogo” sistemático de complementaridade. 7. Conclusão.

1. Introdução

No limiar do século XXI, os efeitos da mundialização causados sobretudo pela revolução nas comunicações estendem-se indistintamente a todos os domínios da vida contemporânea. A cooperação, por sua vez, adensou-se em setores tão variados quanto o comércio internacional, os direitos humanos, a exploração dos recursos marinhos e a preservação do meio ambiente. Combinados, esses fatores irão atingir fortemente o direito internacional.

É ainda fato inquestionável que as últimas décadas conheceram extraordinária expansão das normas jurídicas internacionais acompanhada da formação de hierarquia normativa no direito internacional, graças ao reconhecimento do *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

Essa impressionante proliferação normativa entreabriu a probabilidade de conflitos normativos e aprofundou a tendência de fragmentação do direito internacional

Alberto do Amaral Júnior é Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

em múltiplos subsistemas dotados de lógica própria e fins específicos. Esses fatos suscitam a preocupação com a coerência do direito internacional, já que a presença de antinomias é indesejável não apenas por colocarem o intérprete diante de alternativas inconciliáveis, mas também porque impedem a realização da justiça.

Considero, na esteira de Norberto Bobbio (1995), que a coerência não é condição de validade, mas é sempre uma condição para o justo ordenamento. As exigências de certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e justiça (que corresponde ao valor da igualdade) desaparecem se o intérprete puder, indiferentemente, aplicar regras contraditórias. Se duas normas antinômicas coexistirem, o ordenamento jurídico não conseguirá garantir nem a certeza, entendida como possibilidade de prever com exatidão as conseqüências de dada conduta, nem a justiça, entendida como igual tratamento entre aqueles que pertencem à mesma categoria.

Na tentativa de formular critérios que contemplem as múltiplas interações normativas, contesto, outrossim, o ponto de vista de que o direito internacional é um conglomerado de subsistemas desvinculados entre si. Proponho, ao contrário, um novo método, intitulado “diálogo” das fontes, sob a inspiração do trabalho pioneiro desenvolvido por Eric Jayme no âmbito do direito internacional privado. Longe de ignorar o ingente trabalho dos juristas para resolver as antinomias, que a doutrina consolidou em princípios comumente aceitos, indico a necessidade de um segundo método, que coexista com as soluções tradicionais. Trata-se de aplicar, simultânea, coerente e coordenadamente, as várias fontes do direito internacional de modo a eliminar a norma incompatível somente quando se verificar que a contradição que ela causa é insuperável. A coordenação flexível das fontes restabelece a coerência ao identificar complementaridades, convergências e harmonias. Nessa

tarefa, a presunção contra o conflito, enfatizada por Wilfred Jenks (1953) há mais de meio século, cumpre função essencial. O “diálogo” das fontes vislumbra a totalidade das normas internacionais sem esquecer, obviamente, as especificidades que marcam os subsistemas particulares. O que se deseja é perceber o direito internacional como um sistema no qual a busca de unidade não faz desaparecer a singularidade das partes que o constituem, e que ele se sujeita a princípios que organizam os elementos individualmente considerados. Este artigo discute, pois, três questões:

1. o risco de fragmentação das normas internacionais causado pela existência de variados subsistemas;
2. a reconstrução da coerência do ordenamento jurídico internacional por intermédio do “diálogo” das fontes; e
3. o vínculo entre os vários tipos de “diálogo” das fontes e o tema da justiça no direito internacional contemporâneo.

2. O risco de fragmentação do direito internacional

A aceleração da interdependência engendrada pelo advento da mundialização alargou o campo regulatório do direito internacional a domínios que outrora pertenciam exclusivamente às relações diplomáticas. Esse processo, que se iniciou antes mesmo que a globalização se aprofundasse, ganhou vigor diante do imperativo de se buscar solução para os múltiplos problemas propostos pelas interações econômicas, sociais e políticas. Houve, em praticamente todos os setores da vida internacional, a produção de normas obrigatórias, dotadas de precisão, que delegam a um terceiro a tarefa de resolver os conflitos mediante a aplicação de regras jurídicas (Cf. GOLDSSTEIN, 2001, p. 3; KAHLER, 2001, p. 271-299; LEJBOWICZ, 1999, p. 277-398).

Normas cada vez mais numerosas são necessárias para regular áreas que vão das telecomunicações à proteção do

meio ambiente, da cooperação judiciária à instituição de cortes jurisdicionais, do aproveitamento dos recursos marinhos à proteção dos direitos humanos, do combate ao terrorismo à não-proliferação de armas nucleares, do comércio multilateral aos acordos econômicos regionais. As regras de alcance universal convivem com a tendência de diferenciação com base no domínio das normas, na especificidade que possuem e no grau de desenvolvimento dos Estados.

A intensa regulação jurídica das relações internacionais contribuiu para elevar, de forma inusitada, a probabilidade de conflitos normativos. Joost Pauwelyn (2003), ao examinar os fatores responsáveis pela proliferação dos conflitos entre as normas internacionais na atualidade, discrimina ao todo oito fatores, dos quais quatro são inerentes à formação das regras internacionais e quatro decorrem das transformações do direito internacional contemporâneo. No primeiro grupo (PAUWELYN, 2003, p. 13-17), merecem destaque:

a) *A descentralização da produção normativa.* Não é de se estranhar que na esfera internacional, marcada pela descentralização do poder, os conflitos normativos sejam até certo ponto naturais em função do crescente número de Estados. Os obstáculos para a obtenção do consenso estimulam a elaboração de normas vagas, passíveis de múltiplas interpretações, conforme a natureza dos interesses em jogo. A probabilidade de consenso diminui à proporção que um grande número de Estados participa das negociações de novos tratados, como sucede na OMC, circunstância que favorece o aparecimento de normas conflitantes no interior do mesmo regime ou entre regimes jurídicos diferentes.

b) *O tempo.* O fato de as normas internacionais terem, fundamentalmente, o mesmo valor normativo faz do tempo uma variável de grande relevância. A variedade e diversidade dos interesses estatais tornam o surgimento das normas uma consequência natural da passagem do tempo.

c) *O processo de formação das normas internacionais.* Afora as particularidades da vida internacional, a realidade interna dos Estados pode encorajar os conflitos normativos.

No plano nacional, as negociações para a conclusão de tratados internacionais se fazem acompanhar de discussões que reúnem diplomatas, especialistas e representantes dos setores sociais interessados. Esses debates ampliam extraordinariamente o grau de especialização das questões e desenvolvem um estilo específico de abordar os problemas. Organizações não-governamentais, defensoras do livre-comércio ou da preservação do meio ambiente, pressionam para que sejam acolhidos os interesses que defendem.

As pressões avolumam-se, também, quando o parlamento aprecia um tratado já concluído a fim de inseri-lo no ordenamento jurídico doméstico. A disseminação dos grupos organizados, que privilegiam uma visão segmentada da realidade, fomenta os conflitos entre tratados. Esse fenômeno contagia o direito internacional costumeiro, que depende da ampla aceitação dos destinatários.

d) *A ausência de uma corte com jurisdição geral e compulsória encarregada de zelar pela aplicação das normas internacionais.* A carência de um órgão centralizado impede, em muitos casos, a gestão adequada das relações internacionais por intermédio da solução pacífica das controvérsias. A pluralidade de instâncias jurisdicionais cria o risco de que os conflitos venham a ser resolvidos de forma diversa e até mesmo contraditória.

Afora esses fatores, Joost Pauwelyn (2003, p. 17-23) acrescenta as seguintes causas dos conflitos de normas internacionais:

1º) *A passagem das normas de coexistência para as normas de cooperação.* Os enfoques tradicionais vinculados à soberania territorial, às relações diplomáticas e aos domínios da guerra e da paz deram lugar à cooperação nas áreas do comércio, meio ambiente e

direitos humanos. O vertiginoso aumento do número de tratados multilaterais precipitou não só os conflitos entre normas de diferentes subsistemas, a exemplo do que acontece entre os acordos da OMC e os tratados ambientais, mas também entre as regras de um mesmo subsistema, como se verifica entre as regras da OMC.

2º) *A globalização*. A aceleração da interdependência, efeito imediato do processo de globalização, potencializou a perspectiva de novos conflitos entre tratados internacionais, que obedecem a motivos os mais variados. Acordos de liberalização comercial colidem com normas internacionais instituídas para garantir objetivos de caráter social.

3º) *A hierarquia de valores*. O conceito de *jus cogens*, previsto pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, exprime a convicção de que as normas internacionais não se encontram no mesmo patamar. O reconhecimento de que certas normas são superiores às demais é uma causa potencial de conflitos.

4º) *A ampliação da solução jurídica das controvérsias*. A generalização dos meios jurídicos de solução dos litígios repercute nos conflitos entre as normas de direito internacional. Julgamentos proferidos em determinadas instâncias, como a OMC, tendem a afetar setores que ultrapassam o comércio propriamente dito.

Outras razões militam, ainda, em prol da intensificação dos conflitos entre tratados. O regionalismo comandou a formação, em todos os continentes, de múltiplos acordos sobre uma gama rica e complexa de temas. A cooperação regional possibilita, muitas vezes, a adoção de medidas que não seriam factíveis em escala mais ampla. Jenks (1953, p. 401) aponta as possíveis vantagens dos acordos regionais: tratar de problemas a respeito dos quais é prematuro ou pouco significativo estabelecer regras de alcance mundial; prescrever *standards* mais elevados e medidas de maior abrangência, além de aprofundar o grau de unificação

do direito; fortalecer a uniformidade do direito em uma região e possibilitar a ação concertada tendo em vista a execução de um instrumento internacional que imponha certas obrigações. O regionalismo trouxe à baila a perspectiva de conflito entre os tratados regionais e os tratados universais que lidam com matérias idênticas. Nem sempre é fácil compatibilizar os acordos subscritos pelos componentes de uma sub-região e os acordos regionais com os quais eles se relacionam.

No direito internacional, a antinomia se caracteriza pela existência de normas incompatíveis, de sorte que o intérprete não pode aplicar as duas regras ao mesmo tempo. As incompatibilidades são de três tipos:

1. entre uma norma que ordena um comportamento e uma norma que proíbe o mesmo comportamento;
2. entre uma norma que ordena fazer algo e outra que permite não fazer; e
3. entre uma norma que proíbe fazer e outra que permite fazer.

As antinomias aparentes são aquelas resolúveis pela aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade. As antinomias insolúveis, por sua vez, são as que se identificam pela falta de critérios para sua resolução ou pelo conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, concebidos como critérios fortes em relação ao critério cronológico. Aventa-se, a título ilustrativo, a hipótese de conflito entre uma norma superior-geral (norma de *jus cogens*) e uma norma inferior-especial. Em princípio, deve prevalecer a norma de *jus cogens*, que integra parte da ordem pública internacional e é expressão dos valores essenciais para a convivência coletiva, mas não se descarta que, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais de direito internacional às novas situações culmine com a preponderância da norma especial.

Uma das mais sérias dificuldades que as antinomias ensejam prende-se ao caráter do contencioso internacional. Este é, nas pa-

lavras de Rousseau (1983), um contencioso de interpretação ou de indenização, jamais, diretamente, um contencioso de anulação. Isso quer dizer que haverá sempre uma certa margem de incompatibilidade quase insuperável, em conformidade com os procedimentos técnicos do direito positivo.

O direito internacional experimentou, na segunda metade do século XX, intenso processo de fragmentação, responsável pelo aparecimento de múltiplos regimes normativos, muitos dos quais incompatíveis entre si. Vários fatores concorreram para potencializar a força irradiadora desse fenômeno, a saber: a proliferação das regras internacionais; o aumento da fragmentação política (justaposta à crescente interdependência global e regional em áreas como a economia, o meio ambiente, a energia, a saúde e a expansão das armas de destruição em massa); a regionalização do direito internacional em virtude do aumento de instâncias regionais de produção normativa; a emancipação dos indivíduos diante dos Estados nacionais e a especialização da atividade regulatória internacional (HAFNER, 2004, p. 849-850).

A fragmentação atinge, indistintamente, as normas primárias e as normas secundárias do direito internacional. A probabilidade de conflitos normativos se acentua com o avanço do regionalismo, pois o sistema normativo criado no plano regional é, muitas vezes, mais específico que os regimes globais e mais abrangente que os regimes domésticos. Diversas regras internacionais podem, desse modo, ser aplicadas à mesma situação, fato que entreabre a perspectiva de colisão entre as obrigações que incumbem aos Estados. Essa circunstância exige argumentos complexos para se identificar qual norma deverá prevalecer e ameaça provocar mais conflitos que aqueles resolvidos pela criação de regimes particulares.

Concomitantemente, a fragmentação alcança as normas procedimentais na medida em que o foco do direito internacional se desloca da produção de normas

substantivas de natureza geral para o desenvolvimento de mecanismos voltados à solução de disputas. A multiplicação das regras secundárias enseja a possibilidade de soluções divergentes capazes de corroer a autoridade e a credibilidade das instituições e do próprio direito internacional. Hafner (2004) menciona que a fragmentação tem efeitos positivos ao elevar o grau de obediência às normas internacionais. Nesse sentido, os Estados estariam mais inclinados a obedecer às regras particulares que melhor refletem as especificidades de determinado setor. Os efeitos negativos da fragmentação, por outro lado, fazem-se sentir na visibilidade das contradições do processo regulatório expressa sobretudo na previsão de obrigações incompatíveis.

Em instigante reflexão sobre o tema, Günther Teubner e Andréas Fischer-Lescano (2004) partem da hipótese formulada em 1971 por Niklas Luhmann (apud TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004), para quem o direito global se fragmentaria ao longo de linhas sociais e setoriais e não ao longo de linhas territoriais. O motivo seria a transformação das expectativas normativas (como as expectativas políticas, morais e religiosas) em expectativas cognitivas, nos campos da tecnologia, da ciência e da economia; essa transformação ocorre na transição das sociedades nacionalmente organizadas para a sociedade global. Segundo Teubner e Fischer-Lescano (2004), a fragmentação do direito global é mais profunda que qualquer perspectiva reducionista de natureza jurídica, política, econômica ou cultural. Ela é, para os autores citados, o reflexo efêmero da fragmentação multidimensional da sociedade global dos nossos dias (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004, p. 999-1046; TEUBNER, 1997, p. 3-28). A aspiração de unidade normativa estaria, em princípio, condenada ao fracasso, já que não existe um metanível que solucione os conflitos jurídicos na sociedade global. Na opinião de Teubner e Fischer-Lescano (2004), não se pode combater a fragmentação ora

existente, mas apenas buscar uma fraca compatibilidade normativa dos diferentes fragmentos. Esse fato depende, contudo, da habilidade das regras de conflito para estabelecer uma rede específica que reduza os efeitos das unidades colidentes (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004, p. 999-1046). Seja como for, o risco de fragmentação obriga o investigador a examinar se existe, efetivamente, possibilidade de coerência no direito internacional contemporâneo.

3. O “diálogo” das fontes

No Curso Geral ministrado na Academia de Haia, em 1995, Erik Jayme (1995) enfatizou que a pluralidade das fontes, própria do direito pós-moderno, requer a coordenação das leis no interior do sistema jurídico. Essa é uma condição para a eficiência e a justiça numa época marcada pela tendência de se legislar sobre matérias as mais variadas, muitas vezes convergentes, tanto no direito interno quanto no direito internacional (JAYME, 1995, p. 60 e 251).

A doutrina mais recente não esconde a intenção de buscar a harmonia entre as normas, solução preferida à mera exclusão de uma delas pelos critérios tradicionais para a resolução das antinomias. Trata-se, pois, da “coerência derivada ou restaurada”, necessária para a eficiência funcional do sistema plural e complexo dos nossos dias. Erik Jayme (1995, p. 60) não abdica do labor secular dos juristas para resolver as antinomias, mas sugere um segundo método, a coordenação das fontes, que deve coexistir com as soluções tradicionais.

A coerência se restabelece pela coordenação flexível e útil das fontes: a descoberta da finalidade das normas se dá por meio da convivência e do “diálogo” entre elas. Jayme (1995, p. 259) batizou de “diálogo” das fontes a aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes. Essa expressão, para além do seu tom quase poético, aponta para um novo modo de encarar a coexistência das normas.

A eliminação da norma incompatível não é abandonada, mas é uma via extrema a ser usada quando todos os outros recursos falharem. Em artigo pioneiro, Claudia Lima Marques (2003, p. 71-99), de forma magistral, transpôs a concepção de Jayme à realidade brasileira para analisar a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil de 2002.

As idéias seminais do grande mestre de Heidelberg, concebidas no âmbito do direito internacional privado, caem como uma luva para explicar as interações entre as regras que compõem um subsistema específico e a totalidade das normas do direito internacional público. Nos últimos tempos, tratados nos mais diferentes domínios se multiplicaram em escala vertiginosa e deram origem a subsistemas normativos que reclamam coordenação, sob pena de causarem a fragmentação e a perda de unidade do direito internacional. A pluralidade, a complexidade, a fluidez e o dinamismo se tornaram características das normas internacionais. Nesse ambiente, o “diálogo” das fontes é instrumento de grande valia porque facilita a comunicação dos subsistemas entre si e com as regras gerais do direito internacional.

A utilidade que proporciona reside em captar o modo de relacionamento entre normas pertencentes a subsistemas diversos segundo o princípio de coerência, que, numa era de proliferação normativa, busca conferir harmonia ao processo de aplicação do direito internacional. Consiste em recurso hermenêutico precioso para compreender a complexidade e o alcance das relações normativas surgidas a partir da expansão regulatória do direito internacional na última metade do século XX e no limiar do século XXI.

O “diálogo” das fontes tem lugar entre regras horizontais, que se encontram no mesmo nível hierárquico. Difere, assim, da relação normativa hierárquica, que passou a dominar o direito internacional com o reconhecimento do *jus cogens* pela

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Nesse caso, não há, a rigor, um “diálogo”, mas um “monólogo”, porque as regras superiores preponderam necessariamente sobre aquelas que se situam em patamar inferior. Conclui-se, por isso, que os tratados de um subsistema particular se sujeitam às normas de *jus cogens* em razão da superioridade que preside o relacionamento entre tais regras.

Com efeito, o “diálogo” das fontes não é estranho à tradição do direito internacional público, fato que a presunção contra o conflito, formulada há mais de meio século por Wilfred Jenks, tão bem espelhou. A presunção contra o conflito radica na suposição de que a nova norma é compatível com o direito internacional que vigia antes da sua criação. Pressupõe-se que os Estados, quando a produção normativa se consuma, levam em conta as regras em vigor na esperança de buscar harmonia entre o velho e o novo direito.

A consequência imediata que deflui desse raciocínio é a necessidade de referência expressa por parte da nova norma editada ao desejo de regular de modo diferente a matéria em questão. A falta de menção clara nesse sentido não autoriza a presumir a intenção dos Estados em se afastar da disciplina jurídica que vigorava. Nessas condições, por ser a coerência a situação de normalidade, compete à parte que alegar o conflito a incumbência de prová-lo. O intérprete deve preferir a interpretação capaz de harmonizar o significado das duas normas se estiver diante de outras alternativas que tornem inevitável a colisão normativa.

Essa presunção compreende, ao mesmo tempo, as cláusulas pertencentes a dado compromisso e a relação entre tratados diferentes. Parece legítimo presumir que, em princípio, as disposições de um tratado, elaboradas amiúde ao final de exaustivas negociações, sejam harmônicas entre si e não contrariem os tratados previamente celebrados. Obrigações contraditórias dificultam a inteligibilidade do que foi

acordado e ameaçam, quase de forma irremediável, o cumprimento integral das finalidades originariamente perseguidas (JENKS, 1953, p. 401-453).

Presume-se que os governos não pretendam envolver-se em enlances incompatíveis com os tratados existentes, salvo se, sem nenhum rodeio, deixarem patente essa intenção. Foge à razoabilidade acreditar que os Estados, voluntariamente, despendam demorados esforços para produzir regras incompatíveis que, na prática, colocam por terra tudo quanto os entendimentos diplomáticos conseguiram projetar. Não se imagina, por igual, que os Estados, ao se engajarem em múltiplos vínculos convencionais, venham a estabelecer obrigações que se entremochem e possam erodir a unidade finalística da política externa. A presunção que evita o conflito seria uma aplicação detalhada dos princípios fundamentais da interpretação dos tratados, como o princípio da razoabilidade, o princípio da boa-fé e a presunção de compatibilidade no direito internacional (JENKS, 1953, p. 401-453). Ao contrário da posição defendida por Jenks (1953), não vinculo a presunção contra o conflito à definição restritiva de antinomia. É plausível enfatizar o relevo da presunção contra o conflito e defender um conceito amplo de antinomia, mais apto para abarcar as diferentes hipóteses de colisão normativa.

A jurisprudência da CIJ acolheu, de forma ampla, a presunção contra o conflito na interpretação do direito internacional. No caso Direito de Passagem, a CIJ estimou que: “*It is a rule of interpretation that a text emanating from a Government must, in principle, be interpreted as producing and as intended to produce effects in accordance with existing law and not in violation of it*”¹. A Corte reiterou esse entendimento no caso Certas Despesas em relação aos atos provenientes das organizações internacionais. “*When the organization takes action which*

¹ Caso Direito de Passagem, p. 142.

warrants the assertion that it was appropriate for the fulfillment of one of the stated purpose of the United Nations the presumption such action is not ultra vires the Organization”².

No plano da OMC, o painel do caso *Indonesia – Autos*³ e o Órgão de Apelação nos casos *Canada – Periodicals, EC – Bananas III* e *Guatemala – Cement I*⁴ fizeram uso da presunção contra o conflito para sublinhar a coerência interna dos acordos que integram o sistema multilateral de comércio. No caso *Argentina – Textiles and Apparel*, o Órgão de Apelação afirmou inexistir conflito entre os tratados da OMC e as obrigações que a Argentina assumira perante o FMI.

Em que pese a manifesta utilidade, a presunção contra o conflito não se aplica indistintamente em todas as circunstâncias. Ela sofre limitações que lhe restringem a abrangência, mas que não lhe diminuem o valor hermenêutico para a interpretação das normas internacionais. A presunção contra o conflito, ao postular a continuidade, não pode tolher a mudança por meio da interpretação restritiva das obrigações violadas. Trata-se aqui de procurar equilíbrio entre a estabilidade e a evolução, duas exigências que acompanham inexoravelmente o desenvolvimento de qualquer sistema normativo.

Além disso, a presunção contra o conflito não é absoluta, pois não se aplica a toda e qualquer situação. Não prevalece, lembra Jenks (1953), contra a linguagem clara ou a clarividência da intenção das partes. Não será, também, suficiente para reconciliar dispositivos claramente irreconciliáveis. Se duas normas vierem a colidir, não é possível, pela interpretação de qualquer dos dispositivos, superar o conflito que se anunciava. O intérprete, não raro, fracassa na consecução desse intento. A presença de normas irreconciliáveis reclama a existência

² Caso *Certas Despesas*, p. 168.

³ Panel Report, *Indonesia – Autos*, par. 14.29-14.36, 14.97-14.99.

⁴ Appellate Body Report, *Guatemala – Cement I*, par. 65.

de um critério que sirva, efetivamente, de orientação ao julgador. O critério em causa pode encontrar-se na cláusula de conflito inserida em um tratado ou numa regra de direito internacional geral, como o artigo 30 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

É fácil perceber que a presunção contra o conflito é eficaz para resolver as situações em que não há uma verdadeira incompatibilidade e a interpretação é hábil para conciliar as normas antagônicas. Não elimina, contudo, os conflitos reais que postulam critérios diferentes para a sua resolução.

Essa desejabilidade intrínseca confronta-se com a pluralidade de demandas formuladas por grupos sociais domésticos que acabam por resultar na conclusão de tratados com cláusulas contraditórias, cuja conciliação é impossível.

O “diálogo” das fontes, que a presunção contra o conflito favorece, pressupõe compreender o direito internacional como um sistema, dotado de um repertório e de uma estrutura. O repertório é composto pelas normas internacionais: tratados, costumes e princípios gerais de direito, além das definições e da ordem em que os elementos aparecem em uma norma; a estrutura, por sua vez, é um conjunto de regras que determinam o relacionamento entre os elementos do repertório. Tais regras têm origem empírica, lógica e valorativa, pois se baseiam, respectivamente, na soberania, vertente da ordem internacional de Westfália, no postulado lógico de não-contradição e no valor da hierarquia, que recomenda a obediência às normas superiores. A presunção contra o conflito é uma regra estrutural, já que deriva do princípio de não-contradição, pressuposto para a coerência das normas internacionais.

O “diálogo” das fontes é condição necessária para a ordem e a justiça do direito internacional ao enfatizar a coerência das normas que o integram. É sabido que a paz, a estabilidade e a previsão dos comportamentos estão associadas ao valor da ordem

na vida social; tais objetivos não se realizam se normas contraditórias fornecerem aos homens orientações opostas, deixando-os em situação de permanente incerteza. A justiça, por outro lado, no pensamento filosófico ocidental, guarda estreita relação com a igualdade: todos concordam que ser justo é tratar da mesma forma os seres que possuem a mesma característica, razão pela qual é possível agrupar os detentores dessa característica em uma única classe ou categoria. A justiça consistirá, pois, na atribuição de igual tratamento aos sujeitos que pertencerem a essa classe ou categoria. Essa é uma acepção formal ou abstrata da justiça porque se contenta em vedar as distinções sem dizer, por exemplo, quando dois seres fazem parte da mesma classe nem como é preciso tratá-los. A incoerência entre as normas jurídicas é fonte de injustiça ao dispensar consideração desigual àqueles que pertencem à mesma classe ou categoria. O “diálogo” das fontes restabelece a coerência, requisito da justiça formal, não ao eliminar a norma incompatível, como acontece com os critérios tradicionais para a solução das antinomias, mas na importância dada à compatibilidade entre os elementos que compõem o sistema normativo.

O “diálogo” das fontes é útil, também, para a realização da justiça concreta, entendida como a estipulação do valor que organiza as relações sociais e define o que é legítimo em determinado momento histórico. Esse fato se verifica, especialmente, quando uma das normas que dialoga apresenta conteúdo variável, vago ou indeterminado, sendo necessário, por isso, recorrer às valorações internacionais predominantes para garantir a sua aplicação. Expressões como moralidade pública, proteção à vida ou à saúde humana, vegetal ou animal e recursos naturais, entre outras, reclamam o apelo a valores, experiências e conceitos que transcendem o ordenamento jurídico propriamente dito e o colocam em contato direto com o sistema social no qual ele se insere. A elucidação do significado de tais

normas obriga o intérprete a analisar o sentido das normas posteriormente criadas e os valores que se cristalizaram na vida internacional para saber o que deve ser aceito ou recusado. Amplia-se, em consequência, a legitimidade do direito internacional na medida em que ao processo de interpretação se incorporam expectativas, conhecimentos e valores surgidos após o aparecimento da norma. Não é difícil perceber nesse procedimento a natureza aberta, flexível e dinâmica do direito internacional manifestada na capacidade de adaptação às mudanças posteriormente ocorridas. A justiça concreta se realiza, nesse caso, pela ação direta do intérprete e não como fruto do processo criador de novas normas jurídicas. Sem nenhuma pretensão de exaurir o assunto, distingo, no direito internacional, três “diálogos”, mas reconheço que, conforme o ângulo adotado, outros “diálogos” poderão ocorrer.

4. O “diálogo” sistemático de coerência

Esse “diálogo” surge quando um tratado, por revestir caráter geral, fornece os conceitos básicos para aplicação de um tratado específico constitutivo de um subsistema de normas que não é materialmente completo, a exemplo da aplicação das regras sobre validade, retroatividade, interpretação e conflitos entre tratados. É irrecusável, sob esse aspecto, o papel que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados cumpre na solução dos litígios que envolvem a violação dos compromissos firmados no âmbito da OMC. A vitalidade do “diálogo” sistemático de coerência deflui dos próprios instrumentos constitutivos do sistema multilateral de comércio quando estes invocam outras normas internacionais, numa confissão explícita da incompletude que os caracteriza.

O preâmbulo do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias estimulou a adoção pelos governos de providências com base em normas, guias e recomendações ela-

boradas pelas organizações internacionais competentes, entre as quais a Comissão do Codex Alimentarius, o Escritório Internacional de Epizootias e as organizações internacionais e regionais que operam no contexto da Convenção Internacional sobre Proteção Vegetal. “Presumir-se-ão como necessárias à proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal, assim como serão consideradas compatíveis com as disposições pertinentes do presente Acordo e do GATT 1994 as medidas sanitárias e fitossanitárias que estejam em conformidade com normas, guias e recomendações internacionais” (artigo 3.2). Os membros podem introduzir ou manter medidas sanitárias e fitossanitárias que resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária do que se alcançaria com medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais competentes, se houver uma justificação científica, ou como conseqüência de padrões mais rigorosos que as autoridades domésticas venham a instituir (artigo 3.3). O artigo 2º do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, por sua vez, dispõe:

“1. Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12, e 19, da Convenção de Paris (1967).

2. Nada nas Partes I a IV deste Acordo derogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados”.

5. O “diálogo” de coordenação e adaptação

O referido “diálogo” decorre da necessidade de coordenar tratados isolados e subsistemas normativos de modo a constituírem um todo dotado de sentido.

Se a eclosão de conflitos entre tratados não pode ser totalmente suprimida,

algumas providências têm o condão de diminuir a sua incidência. A realização de consultas mútuas auxilia a descobrir possíveis contradições entre instrumentos internacionais que versam matérias análogas (PAUWELYN, 2003, p. 237-240). Esse expediente não é, por certo, apanágio exclusivo de diplomatas e funcionários governamentais que negociam em nome e no interesse de Estados determinados. As organizações internacionais têm se valido dele com freqüência cada vez maior nas últimas décadas. No passado, a OIT o utilizou na preparação de convenções sobre temas pertencentes à área de atuação da FAO, UNESCO e OMS.

A colaboração interorganizacional estimulada por múltiplos acordos de cooperação favorece a circulação de informações, eleva o grau de transparência e facilita o conhecimento das atividades de outras instituições. Conseqüentemente, é muito mais fácil saber quais instrumentos se encontram em vigor na esfera em que atuam a fim de atenuar os riscos de conflitos futuros. É sabido que a cooperação interorganizacional traz benefícios para a governança internacional ao incentivar a harmonia decisória, fator essencial para aliviar o efeito das dissonâncias cognitivas no campo das relações internacionais.

A OMC celebrou a esse respeito acordos de cooperação com o FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. A divulgação ampla de informações sobre o teor dos acordos que os Estados firmaram pode prevenir conflitos que fatalmente ocorreriam com a intensa produção de normas internacionais. Medida salutar nessa direção consta no artigo 102 da Carta da ONU, que impõe o registro e a publicação pelo Secretariado dos tratados e acordos internacionais de que sejam partes os membros da Organização das Nações Unidas.

Salmon comenta que as declarações de compatibilidade desejam tornar compatível o novo tratado com acordos anteriores ou

futuros que cuidem da mesma matéria. É até certo ponto comum a inserção no texto convencional de critérios hierárquicos indicativos da ordem de prioridade entre os tratados. As cláusulas assim redigidas primam por declarar que os tratados não são incompatíveis, de modo que a interpretação de um dos instrumentos não afetará os direitos e obrigações que o outro estabelece. Se um dos compromissos contiver semelhante declaração que lhe dá, na hipótese, uma condição de inferioridade, o artigo 30, parágrafo 2º, da Convenção de Viena exige que ele seja interpretado com o propósito de se buscar a compatibilidade com o tratado superior. Se esse esforço interpretativo fracassar, a preponderância do tratado superior é a solução que naturalmente se impõe em conformidade com o artigo 30, parágrafo 2º. Elaborado para contornar eventuais antagonismos normativos, o artigo 21 do Pacto da Sociedade das Nações indicou: “Os compromissos internacionais, tais como os tratados de arbitragem, e os acordos regionais, como a doutrina de Monroe, destinados a assegurar a manutenção da paz, não serão considerados como incompatíveis com nenhuma das disposições do presente Pacto”.

A Carta da ONU afirmou, mais de uma vez, que os artigos nela constantes não afetam outros acordos existentes. O artigo 51 deixou claro:

“Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão de modo algum atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente

Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais”.

Na esfera das declarações de compatibilidade entre os tratados, põe-se, não raro, o problema da preservação dos direitos de terceiros. O artigo 22 da Convenção sobre Diversidade Biológica diz que:

“1. As disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações cause grave dano ou ameaça à diversidade biológica”.

No mesmo sentido, o artigo 311, § 3º, da Convenção de Montego Bay (apud RANGEL, 2002, p. 361) sobre o Direito do Mar afirma:

“Dois ou mais Estados Partes podem concluir acordos, aplicáveis unicamente às suas relações entre si, que modifiquem as disposições da presente Convenção ou suspendam a sua aplicação, desde que tais acordos não se relacionem com nenhuma disposição cuja derrogação seja incompatível com a realização efectiva do objeto e fins da presente Convenção e desde que tais acordos não afectem a aplicação dos princípios fundamentais nela enunciados e que as disposições de tais acordos não afectem o gozo por outros Estados Partes dos seus direitos ou o cumprimento das suas obrigações nos termos da mesma Convenção”.

O artigo XXIV do GATT previu como exceção ao artigo I relativo à cláusula de nação mais favorecida a formação de áreas de livre-comércio e uniões aduaneiras.

Os acordos concluídos deveriam ser notificados ao GATT, a quem incumbia examinar a compatibilidade com o artigo XXIV e sugerir os ajustes que se fizessem

necessários. Aqui o que se busca é compatibilizar o direito definido no plano mundial e as regras estabelecidas pelos subconjuntos e atribuir à OMC a supervisão dessa compatibilidade (FABRI, 2000, p. 363-364). Há, nessa perspectiva, uma coerência lógica na medida em que o direito mundial é concebido como superior e uma coerência econômica, pois o regionalismo aberto aparece como estágio intermediário do processo de globalização.

No plano das normas secundárias, é possível reconhecer a existência de coordenação entre os meios de solução de disputas previstos pelos tratados multilaterais ambientais e as regras sobre solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio. Assim, por exemplo, as decisões tomadas no âmbito dos procedimentos de controle de não-execução das obrigações dos tratados ambientais, desde que vinculantes para os membros da OMC, serão levadas em conta pelos painéis e pelo Órgão de Apelação de acordo com o artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Considerações acerca do cumprimento dos tratados ambientais, bem como as conclusões obtidas pelos órgãos criados para esse fim, serão úteis para julgamento de casos na OMC. A ausência de consulta prévia no contexto de um acordo ambiental não só comprova a má-fé do Estado que age de forma unilateral como também viola o princípio do devido processo, em contradição com o *caput* do artigo XX do GATT.

Convém lembrar que o artigo 13 do Entendimento sobre Regras e Procedimentos de Solução de Controvérsias (ESC) habilita os painéis a solicitar às partes ou a alguma outra instância informações relevantes, como as evidências colhidas pelos órgãos que se ocupam da solução de controvérsias em jurisdições diferentes. O exame a ser procedido deve ponderar os fatos produzidos para que se tenha a noção exata do comportamento das partes diante das restrições comerciais decretadas em virtude da violação das obrigações contidas nos tratados ambientais. O respeito

ao procedimento que comprova a não-execução das obrigações dos tratados ambientais é um símbolo indicativo da prática estatal, útil para aferir o cumprimento das obrigações contraídas. A eventual imposição de restrições comerciais, nos termos do tratado ambiental, seria um importante argumento para legitimar a aplicação do artigo XX do GATT.

A participação de um membro da OMC no mecanismo que verifica o cumprimento dos tratados ambientais assinala a boa-fé para negociar uma solução que pode evitar a disputa e a conseqüente imposição de sanções pelo órgão institucional criado para essa finalidade. Os painéis da OMC podem, igualmente, requerer informações ao Secretariado sobre um acordo ambiental ou usar as análises e dados coletados durante o controle de não-execução das obrigações. Nada proíbe que os painéis se refiram a afirmações de testemunhas ou a outros elementos produzidos graças à atuação dos procedimentos contemplados pelos tratados ambientais e sujeitos à obrigação de confidencialidade. O artigo 13.2 e o Anexo 4 do ESC dispõem que os painéis podem se socorrer das opiniões e conselhos de grupos de especialistas sobre as matérias fáticas, científicas ou técnicas abordadas em qualquer disputa proposta perante a OMC. Esse artigo é um importante instrumento a ser empregado pelos painéis para obter informações colhidas pelos órgãos dos tratados ambientais.

Apesar do pronunciamento de outras instâncias jurisdicionais sobre o caso, cai por terra qualquer possibilidade de se alegar coisa julgada por ocasião de uma controvérsia suscitada na OMC, porque, a despeito da identidade das partes e da conexão das matérias discutidas, as obrigações, o procedimento e as sanções aplicáveis são diferentes, fato que inutiliza a arguição de coisa julgada pelo simples motivo de que os mecanismos de solução de controvérsias são disciplinados por tratados diversos.

Em virtude do disposto no artigo 23 do ESC, é improvável que os painéis da

OMC declinem a jurisdição que lhes foi concedida ou venham a acatar as decisões prolatadas por outros tribunais. Tais decisões confirmam a existência de regras relevantes de direito internacional público aplicáveis entre as partes que deveriam ser consideradas quando da interpretação dos dispositivos dos tratados da OMC. É legítimo buscar os órgãos jurisdicionais da OMC antes ou depois que uma instância específica tenha abordado os aspectos ambientais da questão.

6. O “diálogo” sistemático de complementaridade

Verifica-se, nesse caso, sempre que couber, a aplicação complementar das normas e dos princípios que as informam. Observa-se com frequência, nos tratados de direitos humanos, o uso de cláusulas, inseridas em instrumentos mais antigos, para a interpretação de dispositivos semelhantes de acordos posteriormente celebrados. O primeiro parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que veio à luz em 1982, enfatizou a interação entre os instrumentos universais e regionais que vigoram nesse domínio. O décimo parecer da Corte, emitido em 1989, retoma o assunto ao mencionar que as regras sobre direitos humanos da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) devem ser integradas à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. Esse procedimento acentua a uniformidade interpretativa e a precisão das obrigações convencionais, efeitos que realçam a preocupação com a unidade finalística das normas existentes. O princípio da interpretação teleológica repudia, igualmente, que se circunscreva o alcance de dispositivo, constante em um tratado em vigor, nos termos das cláusulas de limitação de direitos que figurem em outra convenção sobre direitos humanos firmada pelo mesmo Estado. A complementaridade, assim percebida, deseja oferecer aos seres humanos protegidos a mais ampla tutela

dos seus interesses e se funda na interpretação restritiva das cláusulas que venham a limitar os direitos já instituídos.

A unidade entre os tratados de direitos humanos é perceptível, também, na aplicação do critério da norma mais favorável às vítimas de alguma violação eventualmente perpetrada. A polêmica entre monistas e dualistas sobre a primazia do direito internacional ou do direito interno não parece, nesse plano, ter relevância, já que prevalece a norma mais favorável às vítimas, a despeito da sua origem. Surge assim uma nova permeabilidade normativa a diluir a separação absoluta entre o direito internacional e o direito doméstico, motivo de previsão expressa em vários tratados recentes. O artigo 5(2) do Pacto dos Direitos Civis e Políticos impede a restrição ou derrogação aos direitos humanos reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado parte, em razão de outras convenções, ou de leis, regulamentos ou costumes, “a pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (artigo 5) e a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (artigo 5) determinam que as suas disposições não prejudicarão os direitos e vantagens conferidos aos refugiados e aos apátridas por outras normas.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança declaram, no mesmo sentido, respectivamente, nos artigos 23 e 41, que as estipulações nelas contidas não restringirão as disposições tendentes a favorecer a igualdade entre homens e mulheres e a realização dos direitos da criança consagradas nas leis de um Estado parte ou em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado. O mesmo espírito orientou, na esfera regional, a elaboração dos artigos 17(1) da Convenção Européia para Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante e do artigo 60 da

Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como do artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 4º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador. Ao atenuar a perspectiva de conflito, o critério de aplicação da norma mais favorável coordena os tratados que se inspiram nos mesmos propósitos. Referida coordenação tem lugar tanto no nível vertical, entre tratados e leis domésticas, quanto no nível horizontal, entre dois ou mais tratados. O objetivo primordial é, em todos os casos, verificar qual é a norma que dispensa maior proteção às vítimas de violações dos direitos humanos.

O “diálogo” sistemático de complementaridade exibe enorme relevância quando se trata de relacionar as normas sobre comércio internacional, sobre a preservação do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos. O artigo XX do GATT de 1994 favorece o “diálogo” com os demais subsistemas do direito internacional, designadamente com os tratados multilaterais ambientais e com as convenções que protegem os direitos humanos.

Muitos tratados ambientais afetam, direta ou indiretamente, a atividade econômica, mas poucos ousaram estatuir sanções comerciais para punir os comportamentos indesejados. Despontam, entre essas convenções, o Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio (Protocolo de Montreal), a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies em Extinção da Fauna e Flora Silvestre (CITES) e a Convenção de Basiléia sobre o Controle do Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos (Convenção de Basiléia). Tais pactos procuraram assegurar a fiel execução das obrigações, por intermédio da punição aos Estados que acaso descumprirem as decisões tomadas pelos meios de solução de controvérsias. O Protocolo de Montreal trouxe uma lista

indicativa de medidas que a Reunião das Partes poderá adotar para responder às violações perpetradas. A esta altura, põe-se o problema de saber se tais sanções não colidem com as normas da OMC, interessadas em salvaguardar o mais amplo acesso ao mercado interno do membro importador.

Gabrielle Marceau (1999, 2001) procura conciliar a interpretação do artigo XX com os instrumentos multilaterais sobre a proteção do meio ambiente. À falta de iniciativas diplomáticas para compatibilizar comércio e meio ambiente, a jurisprudência da OMC, em certo sentido, é apta para cumprir essa função, ao efetuar o julgamento dos casos concretos. As medidas de cunho comercial impostas ou autorizadas pelos tratados multilaterais ambientais são compatíveis com a OMC, em virtude da natureza permissiva do artigo XX (Cf. MARCEAU, 2001, p. 1096; MARCEAU, 1999, p. 106-152). A invocação, por um membro, de um compromisso ambiental sugere a necessidade de se interpretar o artigo XX para afastar o conflito e garantir a efetividade do acordo em questão. O artigo XX faculta a adoção de medidas unilaterais para proteger o meio ambiente, mesmo na ausência de convenções específicas nesse setor. Seria ilógico se um membro da OMC, que é também parte de uma convenção multilateral sobre meio ambiente, ao planejar e executar a política governamental, se encontrasse em uma posição mais desvantajosa do que a que resultaria se nenhum acordo ambiental existisse.

Gabrielle Marceau (2001, p. 1096-1100) examina seis situações que, potencialmente, ensejariam o conflito entre as regras da OMC e os tratados multilaterais ambientais. As três primeiras formam o grupo que abrange os acordos ambientais celebrados por todas as partes da disputa e compreendem os casos em que:

- 1) a medida é exigida por um acordo multilateral ambiental;
- 2) a medida não é exigida, mas é expressamente autorizada; e

3) a medida é adotada para promover os objetivos do acordo multilateral ambiental.

As três últimas formam o grupo que abarca os acordos ambientais que não contam com a adesão de todas as partes que litigam. Essas situações englobam:

4) a medida exigida por um acordo multilateral ambiental;

5) a medida não exigida mas explicitamente autorizada;

6) a medida adotada para promover os objetivos de um acordo multilateral ambiental.

A probabilidade da ocorrência de dano ambiental estimula a reflexão em torno dos meios hábeis para combatê-lo. Nesse contexto, as restrições comerciais estão entre as opções que os Estados cogitam sempre que decidem negociar uma nova convenção. Se um tratado multilateral ambiental requerer, em determinadas circunstâncias, a imposição de sanções comerciais, é preciso averiguar, inicialmente, se as partes são também membros da OMC. Presume-se, em caso positivo, que a medida comercial exigida pelo tratado sobre meio ambiente satisfaz, plenamente, os requisitos do artigo XX. O acordo multilateral ambiental pode, ainda, ser relevante quando, em vez de ser exigida, a medida é simplesmente autorizada. Seria possível concluir que o artigo XX autorizou as restrições ao comércio especificadas pelo acordo multilateral ambiental. Marceau (1999, 2001) reconhece que a dificuldade se agrava se a medida não é exigida ou autorizada, mas busca, simplesmente, promover os objetivos do acordo multilateral ambiental. Apesar disso, o acordo multilateral ambiental poderá vir a ser uma regra relevante do direito internacional a ser considerada na interpretação do artigo XX reivindicada por um membro da OMC.

Nas situações 4), 5) e 6) enunciadas acima, em que os Estados litigantes não são partes de ambos os tratados, o acordo multilateral ambiental não é uma regra relevante na relação entre as partes. A par-

ticipação em tais acordos pode, contudo, evidenciar que os interesses protegidos pela medida são vitais para um membro da OMC. Nesse caso, a existência de um acordo multilateral ambiental serve como parte da análise das circunstâncias factuais de uma disputa e das razões que levaram um membro a adotar a medida em tela. A referência a um acordo multilateral ambiental ou meramente ao seu cumprimento seria um dos fatores na consideração de que a aplicação da medida não é injustificável ou que ela não se caracteriza como uma restrição disfarçada ao comércio internacional para os propósitos do *caput* do artigo XX (MARCEAU, 2001, p. 1098). Por último, é necessário lembrar que as convenções multilaterais ambientais são diretamente aplicáveis na OMC se não aumentarem os direitos e obrigações dos membros.

No caso *Gabcikovo-Nagymaros*, que concerne aos riscos ecológicos derivados da construção de barragens no Rio Danúbio, previstas pelo tratado bilateral firmado pela Hungria e Tchecoslováquia, em 1977, a CIJ estimou que, quando o tratado inclui obrigações contínuas, o intérprete deve atentar para as normas surgidas posteriormente. De modo similar, o Órgão de Apelação, no caso *US - Shrimp*⁵, interpretou de forma evolutiva o sentido da expressão "recursos naturais exauríveis", que se encontra no artigo XX (g) do GATT de 1994.

O relatório fez referência à Convenção sobre Diversidade Biológica, ao Acordo CITES e à Convenção sobre o Direito do Mar. O disposto no preâmbulo do Tratado Constitutivo da OMC de que o uso dos recursos mundiais respeitará o princípio do desenvolvimento sustentável desempenhou papel significativo para formar a convicção dos julgadores de que o artigo XX (g) do GATT de 1994 não recobre unicamente os recursos naturais não-exauríveis.

O GATT manteve-se isolado das instituições internacionais do pós-guerra. Apesar

⁵ Appellate Body Report, *US-Shrimp*, par. 129-130.

desse isolamento institucional, o artigo XX representou uma via de comunicação com os demais subsistemas do Direito Internacional, que não foi devidamente utilizada.

O final da Rodada Uruguai testemunhou a celebração de tratados que, implicitamente, se ocuparam dos direitos humanos, a exemplo do que se passa com o Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Referido acordo é emblemático, entre outras razões, porque repercute na efetividade dos direitos humanos, especialmente do direito à saúde. Os países em desenvolvimento resistiram à celebração de um tratado nessa matéria, até o momento em que as nações desenvolvidas concordaram em negociar compromissos que importavam na redução das barreiras às exportações provenientes de tais países. O TRIPs criou regras básicas de proteção à propriedade intelectual garantidas pelo sistema de solução de controvérsias da OMC.

Avulta, entre as mudanças que o TRIPs introduziu, o compromisso assumido pelos membros de conceder patentes aos produtos e processos que representem inovação e sejam suscetíveis de aplicação industrial. Até o final dos anos 80, cerca de 40% dos países em desenvolvimento, incluindo os mais populosos, não possuíam sistemas de patente para os medicamentos em geral.

Esse fato causou, no campo da indústria farmacêutica, a súbita elevação do preço dos medicamentos, com conseqüências ruinosas para extensas camadas da população das nações em desenvolvimento. A dificuldade de acesso aos medicamentos comprometeu, gravemente, o direito à saúde, pois impediu o tratamento adequado de inúmeras moléstias em várias partes do mundo. O problema assume proporções alarmantes se considerarmos que mais de 90% dos portadores do vírus da AIDS não dispõem dos recursos suficientes para a aquisição dos medicamentos anti-retrovirais de que necessitam (BAKER, 2004, p. 613). Acresce notar que, nos países em desenvolvimento,

a par da expansão vertiginosa do vírus da AIDS, diversos tipos de doenças infecciosas acometem a população pobre, a saber: a tuberculose, a malária, as infecções respiratórias, a diarreia e o mal de Chagas (BAKER, 2004, p. 614). A esse rol se juntam o diabetes, a asma, as doenças cardíacas e mentais, cuja periculosidade se amplia pelo acesso restrito aos medicamentos que as combatem (BAKER, 2004, p. 614).

Essa situação pode ser minorada se houver o emprego adequado das exceções contidas no Acordo TRIPs para conformar políticas públicas que assegurem a eficácia do direito à saúde. O artigo 7º preconiza que o regime dos direitos de propriedade intelectual deve contribuir para promover a inovação, a transferência e a disseminação da tecnologia capazes de conduzir ao bem-estar econômico e social. O artigo 8º, por sua vez, indica que os Estados podem adotar as medidas necessárias para proteger a saúde pública e a nutrição, bem como para promover o interesse público em setores vitais para o desenvolvimento social, econômico e tecnológico.

Na esteira desses dispositivos, o artigo 27.2 autoriza os membros a restringir a concessão de patentes se as invenções causarem risco à vida humana ou à saúde. A leitura conjugada dos artigos 7º e 30 leva à conclusão de que cabe aos Estados compatibilizar a proteção dos direitos do detentor da patente e a necessidade de se considerar o interesse legítimo de terceiros (CULLET, 2003, p. 83). Manifestação eloqüente da flexibilidade que o Acordo TRIPs proporciona para a execução de políticas públicas no campo da saúde, a licença compulsória é um meio poderoso para ampliar a oferta de medicamentos a preços reduzidos.

Trata-se de autorização a um terceiro para fabricar, usar ou vender uma invenção patenteada sem o consentimento do titular da patente, em circunstâncias claramente estabelecidas, mediante remuneração previamente fixada (SCHERER; WATAL, 2002, p. 913-919). Ela não será exclusiva e terá a

finalidade precípua de suprir o mercado doméstico em situações excepcionais. A licença compulsória será concedida, nos termos do artigo 31, se ocorrer abuso do poder de monopólio outorgado pela patente, ou quando o exigir o interesse público. Nesse caso, é tarefa da legislação interna definir o interesse público e as situações de emergência nacional que reclamam a emissão da licença compulsória (CORREA, 2000).

Graças à iniciativa pioneira do Brasil, a Declaração de Doha de 2001, ao manter essa flexibilidade, assim se expressou⁶:

“We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement) in a Manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines and, in this connection, are adopting a separate declaration”.

De modo análogo, observou-se que os membros da OMC podem definir o que constitui emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência. A falta de capacitação tecnológica da indústria local cria obstáculos muitas vezes insuperáveis para que a licença compulsória sirva à finalidade que a determinou. Para tanto, o Conselho Geral da OMC, em decisão de 30 de agosto de 2003, permitiu aos membros da OMC a importação de medicamentos produzidos sob licença compulsória se a indústria doméstica não dispuser de condições para suprir as necessidades do mercado interno. Temerosa de abusos, a Decisão do Conselho Geral fixou as exigências a serem cumpridas pelos países que pleitearem essa autorização.

A Declaração de Doha converteu-se no instrumento privilegiado para interpretar o Acordo TRIPs, notadamente as ambigüi-

⁶ Declaration on the TRIPs agreement and public health, adopted on 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, par. 17.

dades que cercam a aplicação dos artigos 30 e 31. A meta é, portanto, conceder aos Estados a liberdade necessária para a adoção de iniciativas que favoreçam o acesso aos medicamentos a extensas camadas da população pobre. Com isso, evitar-se-ia o conflito entre o Acordo TRIPs e o artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Uma via interessante para harmonizar comércio e direitos humanos é efetuar a interpretação dos artigos XX e XXI do GATT à luz do disposto no artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que alude a quaisquer regras relevantes de direito internacional aplicáveis às relações entre as partes. As normas de direitos humanos que vinculam todos os membros da OMC ou que reflitam a sua intenção constituem parte valiosa desse material interpretativo. E as convenções sobre direitos humanos que não contam com a adesão de todos os membros da OMC são úteis como informação fática ou evidência em apoio a uma reivindicação de que uma medida é necessária para proteger a moralidade pública.

Por esse motivo, o intérprete deve buscar compreender o sentido da expressão “moralidade pública”, contida no artigo XX (a) do GATT de 1994 com apoio nos parâmetros fornecidos pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

A lição a extrair do caso *US - Shrimp* é a de que as expressões de conteúdo variável e indefinido, como “recursos naturais exauríveis”, não podem ser interpretadas tendo em conta, exclusivamente, o sentido que os redatores pretenderam conferir ao tratado no momento da sua elaboração.

Tais expressões refletem as mudanças axiológicas que se processam ao longo do tempo de modo a facilitar a interação entre o ordenamento jurídico e a realidade social. Além disso, a linha de equilíbrio muda em função das características e peculiaridades do caso. As conclusões do Órgão de Apelação caem como uma luva para a interpre-

tação do artigo XX (a) ao demonstrarem grande sensibilidade em relação às demais normas do direito internacional.

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

Janelle Diller e David Levy (1997, p. 694) incluíram no mínimo ético recoberto pela moralidade pública as normas de *jus cogens* que proíbem a escravidão, a venda ou o tráfico de crianças e o trabalho realizado sob tortura. A expressão *moralidade pública* deve ser interpretada sob influência das normas que adquiriram caráter de *jus cogens* e das regras internacionais costumeiras, que contam com a adesão generalizada da comunidade internacional.

7. Conclusão

O conflito de normas, tema de há muito conhecido no direito interno, desperta na atualidade crescente interesse dos internacionalistas. Esse fato está associado à intensa produção normativa verificada nas últimas décadas, que alargou de forma inusitada o campo regulatório do direito internacional. O avanço da globalização, na segunda metade do século XX, imprimiu força e vigor à regulação jurídica internacional, devido ao aumento da interdependência entre os países e à necessidade de se encontrar solução para questões de natureza comum. Temas globais, que afetam o gênero humano, originaram convenções, em áreas distintas, dotadas de indiscutível singularidade pelas técnicas que empregam e pelos objetivos que perseguem. O volume de tratados, em expansão vertiginosa, traz à baila a probabilidade de conflito entre normas incompatíveis, cuja coexistência é motivo de receios e preocupações. A multiplicação de subsistemas com lógicas próprias e finalidades aparentemente con-

traditórias, como é o caso do sistema multilateral de comércio, dos tratados sobre a preservação do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos, agravou ainda mais o problema.

Devido ao risco de fragmentação, que a doutrina mais recente anuncia, busquei por intermédio de um novo método, denominado “diálogo” das fontes, trazer subsídios para reconstruir a coerência do direito internacional contemporâneo. Funda a tese aqui defendida a concepção de que o direito internacional constitui um sistema que não se confunde com um mero conglomerado de regras, dispostas aleatoriamente, sem critérios que as organizem em um todo coerente. Esse sistema compreende não apenas normas, mas também regras estruturais, de variada procedência, que definem o modo e relacionamento das normas no interior de um conjunto mais amplo.

Nesse contexto, a regra lógica de não-contradição permitiu ao jurista, no curso dos séculos, desenvolver princípios para a resolução das antinomias. Os critérios cronológico, hierárquico e de especialidade correspondem ao esforço despendido para manter o sistema coeso pela eliminação de uma das normas incompatíveis. Não obstante a utilidade intrínseca desses critérios, a regulação jurídica da vida internacional e a perspectiva de fragmentação nela implícita sugerem uma metodologia alternativa, voltada para a identificação da convergência entre as normas, de tal sorte que os princípios tradicionais para resolver as antinomias sejam um recurso extremo a ser usado quando outras vias vierem a falhar. O “diálogo” das fontes concebe o direito internacional como um sistema em que as partes componentes estão intimamente relacionadas. A presunção contra o conflito, decorrência da regra de não-contradição, facilita a convergência normativa nas situações em que, muitas vezes, o conflito se afigura inevitável.

A coordenação solidária, e não o antagonismo disfuncional, passa a ser a nota

dominante quer na relação entre normas isoladas, quer em tratados que pertençam ao mesmo subsistema ou a subsistemas diferentes. É comum, também, que certos compromissos, por revestirem caráter geral, forneçam os conceitos para a aplicação de um tratado específico constitutivo de um subsistema de normas que não é materialmente completo. O “diálogo” das fontes possibilita, assim, a aplicação de normas particulares, coordena compromissos que obedecem à mesma diretriz e descobre a complementaridade finalística entre instrumentos que, em princípio, se mostram incompatíveis. O termo “diálogo” aqui empregado descreve a relação recíproca entre normas diversas na qual cada uma delas comunica a solução do caso concreto. A descoberta do fim a que servem é guia valioso para identificar a existência de propósitos comuns que as aproximam. Ao invés de optar por uma única regra graças aos princípios clássicos para a superação das antinomias, o intérprete aplica, simultaneamente, duas ou mais normas. O “diálogo” das fontes restaura a coerência do ordenamento, condição necessária para a ordem e a justiça, ao garantir tanto a previsibilidade das condutas quanto igual tratamento àqueles que pertencem à mesma categoria. A ordem e a justiça, dois valores caros ao sistema jurídico internacional, dependem da coerência interna das normas que o integram. Um sistema incoerente é injusto e não propicia a paz e a estabilidade, que estão sempre associadas ao estabelecimento da ordem. Por último, o “diálogo” das fontes assegura a realização da justiça concreta ao permitir a atualização do direito internacional.

Referências

BAKER, Brook K. Arthritic flexibilities for accessing medicines: analysis of WTO action regarding paragraph 6 of the Doha declaration on the TRIPS agreement and public health. *Indiana International and Comparative Law Review*, Indianapolis, v. 14, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CORREA, Carlos M. *Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries*. Geneva: South Centre, 2000. Disponível em: <http://www.southcentre.org/publications/publichealth/publichealth-12.htm#P1449_146569>. Acesso em: 8 ago. 2006.

CULLET, Philippe. *Patents and health in developing countries in law and development: facing complexity in the 21st century*. London: Cavendish, 2003.

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

FABRI, Hélène Ruiz. La contribution de l’Organisation Mondiale du Commerce à la gestion de l’espace juridique mondial. In: _____. *La mondialisation du droit*. Paris: Litec, 2000.

GOLDSTEIN, Judith et al. Introduction: legalization and world politics. In: _____ et al. (Org.). *Legalization in world politics*. Cambridge: MIT, 2001.

HAFNER, Gerhard. Pros and cons: ensuing from fragmentation of international law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 251, 1995.

JENKS, Wilfred. Conflict of law-making treaties. *British Yearbook of International Law*, London, v. 30, 1953.

KAHLER, Miles. Conclusion: the causes and consequences of legalization. In: GOLDSTEIN, Judith et al. (Org.). *Legalization in world politics*. Cambridge: MIT, 2001.

LEJBOWICZ, Agnès. *Philosophie du droit international: l’impossible capture de l’humanité*. Paris: PUF, 1999.

MARCEAU, Gabrielle. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against “clinical isolation” in WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 33, n. 5, oct. 1999.

_____. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 35, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do “diálogo” das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, jan./mar. 2003.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais: textos coligidos, ordenados e anotados*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. Paris: Sirey, 1983. 5 v.

SCHERER, F. M.; WATAL, Jayashree. Post-TRIPS options for access to patented medicines in developing nations. *Journal of International Economic Law*, Washington, v. 5, n. 4, dec. 2002.

TEUBNER, Günther. Global bukowina: legal pluralism in the world society. In: _____ (Org.). *Global law without a state*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

_____ ; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, 2004.