A SOLUÇÃO
de controvérsias na OMC

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

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

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

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

Aplicação

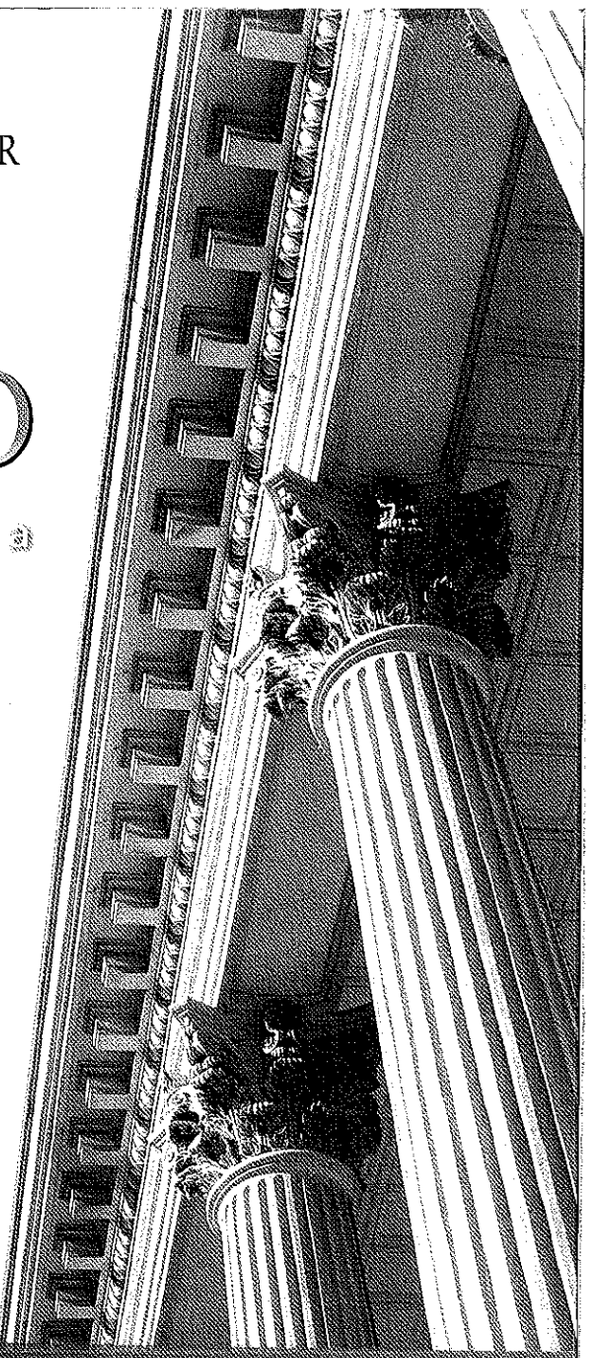
Leitura complementar para a disciplina *Direito Internacional* dos cursos de Relações Internacionais. Obra de relevante interesse para os advogados e diplomatas que atuem na área de solução de controvérsias, bem como para profissionais especialistas em direito internacional.

publicação atlas
www.EditoraAtlas.com.br

AMARAL JÚNIOR A SOLUÇÃO de controvérsias na OMC

ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR

A SOLUÇÃO
de controvérsias na
OMC



editora atlas

Capítulo 5

Do Conflito de Normas ao "Diálogo" das Fontes: a Aplicação do Direito Internacional na OMC

5.1 As antinomias no direito internacional e na OMC

5.1.1 As antinomias na Teoria Geral do Direito

Na tradição jurídica ocidental, a incompatibilidade entre as normas pertencentes ao mesmo ordenamento, de há muito desperta a atenção do jurista. A palavra *antinomia* surge, na Antigüidade, nas obras de Plutarco e Quintiliano, mas sem o refinamento teórico que os séculos posteriores iriam proporcionar.[418]

Com a certeza de quem confia na harmonia do trabalho realizado, Justiniano afirmou, solenemente, que o *Digesto* não contém antinomias.[419] Esta convicção imperou, de forma irrecusável, durante o período em que o Direito Romano reinou absoluto na regulação dos comportamentos sociais. No século XVII, Gloclenius, em 1613, e Eckolt, em 1660, distinguiram entre antinomias reais e antinomias aparentes; Gloclenius, a propósito, efetuou a distinção entre antinomia no sentido lato, entre sentenças e proposições, e antinomia no sentido estrito, entre leis que integram o mesmo ordenamento.

Na esteira dos trabalhos pioneiros de Gloclenius, Eckolt e J. H. Zedler, em 1732, declaram que a antinomia ocorre quando duas leis se opõem ou mesmo se contra-

418 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 206-207.

419 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis; UnB, 1990. p. 81.

dizem. A antinomia entre o direito natural e o direito civil, tema muitas vezes retomado nas investigações jurídicas posteriores, é cogitado por A. G. Baumgarten em 1770.[420] No decorrer do século XX, a Teoria Geral do Direito concedeu especial importância à antinomia jurídica ao focalizar os efeitos danosos que acarreta para a coerência do sistema jurídico, fator que interfere poderosamente na criação de condições favoráveis para a decidibilidade dos conflitos.

Para que as antinomias se configurem é preciso que ambas as normas pertençam ao mesmo ordenamento. Normas que integram ordenamentos distintos, como o direito positivo e o direito natural, não são, a rigor, antinômicas entre si.[421] Não há, nesse sentido, antinomia entre as normas jurídicas positivas e as regras morais pela simples razão de que ambas integram ordenamentos diferentes e não provêem de autoridades legiferantes situadas no mesmo âmbito normativo.

Não é dado ao intérprete encarregado de cumprir a lei afastar a aplicação de uma norma jurídica expressa em nome do seu sentimento de justiça ou princípio moral.

Cabe observar que é admissível a antinomia se o ordenamento jurídico for concebido como subordinado ao direito natural, formando um sistema único composto por normas positivas e regras morais. É fundamental, portanto, que as ordens dirigidas ao mesmo sujeito provenham de autoridades competentes localizadas no mesmo âmbito normativo.

Convém notar, ademais, que a antinomia pressupõe a existência de normas que tenham o mesmo âmbito de validade. Assim, por exemplo, não há antinomia entre normas que tenham âmbitos de validade espacial, temporal, material e pessoal distintos. Alf Ross[422] divide as antinomias, com vistas ao âmbito de validade, em três tipos. Se a incompatibilidade se verificar em relação a duas normas com exatamente o mesmo âmbito de validade a antinomia será total-total. Se o âmbito de validade das normas incompatíveis coincidir apenas em parte, a antinomia será parcial-parcial, porque abrangerá somente a parte comum às duas regras. Por último, na antinomia total-parcial, o âmbito de validade da primeira norma coincide, integralmente, com parte da segunda norma, cujo âmbito de validade é mais amplo. A antinomia é total em relação à primeira norma e parcial em relação à segunda.

A antinomia envolve uma contradição entre as normas jurídicas. Tercio Sampaio Ferraz Jr. destaca que a norma é a prescrição de um comportamento elaborada por certos operadores: "é permitido que", "é proibido que", sendo que estes dois operadores são interdefiníveis, isto é, *é obrigatório que* equivale a *é proibido que não*.

420 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2003. op. cit., p. 207.

421 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., p. 87.

422 ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

> teremos uma contraditoriedade sempre que duas normas têm operadores opostos (uma permite, a outra proíbe) e seus conteúdos (atos e omissões) sejam a negação interna um do outro (isto é, uma prescreve o ato, a outra a omissão). Não se constata contradição entre duas normas permissivas, já que é possível, simultaneamente, permitir um ato e uma omissão. Analogamente, não se vislumbra contradição entre uma norma que permite um ato e a outra que obriga o mesmo ato (é permitido o ato de pisar na grama, é obrigatório o ato de pisar na grama).[423]

A antinomia propriamente dita pressupõe a falta de critério que autorize o intérprete a solucionar a colisão normativa. A doutrina costuma classificar as antinomias em aparentes e reais, conforme possam ou não ser eliminadas pela utilização dos critérios disponíveis. As antinomias aparentes são resolvidas com o concurso dos critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*), hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) e de especialidade (*lex specialis derogat generalis*).

O critério cronológico considera que entre duas normas incompatíveis a regra posterior revoga a anterior, pois entre dois atos de vontade o mais recente prepondera sobre o mais antigo. Fundado na crença de que a lei é a expressão da vontade do legislador, este princípio facilita a adaptação do direito à realidade social, além de contribuir para o aperfeiçoamento das instituições. Se assim não fosse, a lei posterior seria completamente desnecessária em oposição ao postulado de que o legislador não faz coisas inúteis e sem finalidade.

O critério hierárquico advoga a supremacia da lei superior nas ocasiões em que se delinear uma colisão normativa. Esta assertiva resulta da observação de que os ordenamentos jurídicos modernos compõem-se de planos diferentes, distribuídos conforme o princípio da hierarquia, de modo que as normas superiores revogam as inferiores e não são por elas revogadas no caso de incompatibilidade. O constitucionalismo do final do século XVIII estruturou-se com base na hierarquia das normas jurídicas. Os princípios e regras constitucionais, por espelharem valores sociais dotados de maior perenidade, subordinam-se a processos de alteração mais rígidos e delineiam os requisitos que a legislação infraconstitucional deverá obedecer. Nessa visão, o ordenamento jurídico apresenta vários escalões hierárquicos, os quais remontam, em última instância, à supremacia da Constituição, fonte comum de validade de todas as normas.

Segundo o critério de especialidade, o conflito entre a lei geral e a lei especial se resolve em favor da lei especial, pois esta é, na opinião de Bobbio, uma exigência de justiça, entendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria.[424] A norma especial indica um processo natural de diferenciação das categorias e a conseqüente descoberta dessa diferenciação por parte do legislador.

[423] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2003. op. cit., p. 210.

[424] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., p. 96.

Haveria notória injustiça se, descoberta a diferenciação, a norma geral continuasse a ser usada para tratar de forma igual pessoas que, de fato, pertencem a categorias diferentes. As normas especiais são meios de desenvolvimento do ordenamento jurídico, razão pela qual recusar-lhe primazia quando em confronto com a norma geral interfere, diretamente, na eficácia e legitimidade do sistema jurídico em regular a multiplicidade das relações humanas.

Bobbio pondera que a antinomia jurídica se manifesta sempre que se verificar a inaplicabilidade dos critérios ou a aplicabilidade de dois ou mais critérios conflitantes.[425] Os instrumentos de que se lança mão para eliminar as antinomias aparentes são ineficazes quando as normas forem contemporâneas, estiverem no mesmo plano hierárquico e apresentarem a nota da generalidade. O exemplo lembrado é o da colisão de normas integrantes do mesmo código, circunstância que confere ao intérprete liberdade para resolver o conflito mediante as técnicas interpretativas forjadas pela experiência jurídica. Em algumas hipóteses, aplicam-se, simultaneamente, não apenas um, mas dois ou três critérios. Bobbio[426] registra três situações em que este fato ocorre:

a) o conflito entre os critérios hierárquico e cronológico em que colidem uma norma anterior-superior e outra posterior-inferior;

b) a incompatibilidade entre os critérios de especialidade e cronológico, que contrapõem uma norma anterior-especial a outra posterior-geral;

c) a antinomia entre os critérios hierárquico e de especialidade, entre uma norma superior-geral e outra inferior-especial.

A doutrina realça que o conflito entre um critério forte e um critério fraco presente nas duas primeiras situações conduz à predominância do critério forte. Nesse sentido, o conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade, de um lado, e o critério cronológico, de outro, culmina com a supremacia dos primeiros sobre o segundo. O problema se torna particularmente agudo no tocante à terceira situação, haja vista o entrechoque de dois critérios fortes, que antagonizam dois valores fundamentais para a ordem jurídica: o respeito à ordem, que recomenda a obediência à hierarquia, e a justiça, que exige a adaptação gradual às necessidades sociais e aconselha a utilização do critério de especialidade.

Bobbio assinala que, teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico, já que caso se admitisse que a lei especial pode derrogar os princípios constitucionais basilares de qualquer ordenamento jurídico, o conteúdo do sistema seria

[425] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., p. 106-107.

[426] Ibid., p. 107-109.

rapidamente esvaziado; na prática, porém, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às novas situações leva freqüentemente ao triunfo da lei especial sobre a norma constitucional.[427] A antinomia jurídica define-se, assim como: "a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente) emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado".[428]

5.1.2 As antinomias no direito internacional

A análise a ser empreendida concentrar-se-á nos conflitos de normas, típicos do direito internacional público, matéria distinta dos "conflitos de leis" peculiares ao direito internacional privado. Por questões metodológicas, não se adentrará o campo das inter-relações entre o direito internacional e os ordenamentos jurídicos domésticos, embora este seja o setor de renovado interesse devido ao inusitado aumento da regulação internacional.

Joost Pauwelyn, 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[429] 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 conseqüência natural da passagem do tempo.

427 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. op. cit., p. 109-110.

428 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2003. op. cit., p. 212.

429 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 13-17.

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. Este 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 pacifica 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 acrescenta as seguintes causas dos conflitos de normas internacionais:[430]

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.

430 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 17-23.

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) *O aumento 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[431] 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 desafio está em assegurar estas vantagens e, ao mesmo tempo, evitar o risco de colisão normativa. O regionalismo trouxe à baila a perspectiva de conflito entre os tratados regionais e os tratados universais que lidam com matérias idênticas. Uma das vias para se enfrentar o problema encontra-se no artigo 52 da Carta da ONU, que se constitui numa tentativa de regular a convivência entre os acordos regionais e os acordos universais na esfera da segurança. Vale notar que dentro de uma região formam-se sub-regiões, compostas por países contíguos, com identidades culturais ou afinidades de interesse. Nem sempre é fácil compatibilizar os acordos subscritos pelos componentes de uma sub-região e os acordos regionais com os quais eles se relacionam.

Como se não bastasse, instrumentos para a proteção de categorias particulares ou grupos determinados de pessoas podem chocar-se com dispositivos de instrumentos que lidam com matérias similares. É o que acontece entre a Convenção das Nações Unidas sobre o Status dos Refugiados de 1951, no tocante aos dispositivos sobre emprego remunerado, e as convenções trabalhistas firmadas no âmbito da OIT. Instrumentos internacionais que cuidam do status político, civil, econômico e social da mulher podem colidir com instrumentos mais gerais que versam questões sobre a nacionalidade ou estipulam regras sobre a proteção social.

431 JENKS, Wilfred. Conflict of law-making treaties. *British Yearbook of International Law*, London, v. 30, p. 401, 1953.

5.1.3 As características das antinomias no direito internacional

A incompatibilidade surge, na esfera internacional, entre duas regras convencionais particulares, entre duas regras convencionais gerais ou entre uma regra convencional geral e uma regra convencional particular. Georges Scelle, um dos principais autores objetivistas, preocupado em contribuir para a edificação de uma verdadeira hierarquia das normas internacionais, identificou três possíveis situações de incompatibilidade:[432]

a) Em havendo identidade entre os Estados partes de dois tratados incompatíveis, convém aplicar o adágio *lex posterior derogat priori*. Esta recomendação não alcançaria as organizações internacionais em que a superioridade do tratado constitutivo prepondera sobre os pactos concluídos pelos membros.

b) Se houver colidência entre o tratado multilateral anterior e um compromisso posterior celebrado por certas partes do tratado anterior, aplicar-se-á o princípio de especialidade desde que o ajuste subseqüente não se choque com a totalidade do instrumento já firmado. As relações entre os dois tratados são análogas àquelas entre o regulamento e a lei no direito interno. Mas, se um conflito entre os dois tratados se anunciar, o tratado geral prevalece sobre o tratado particular por força da lei de hierarquia das ordens.

c) Quando o conflito opõe tratados parcialmente diferentes celebrados entre Estados, as regras antes referidas não se aplicam porque as normas em conflito pertencem a ordens distintas. O princípio *pacta sunt servanda*, entretanto, proclama a submissão ao tratado anterior e a prevalência deste sobre os instrumentos futuros que venham a colidir com as suas cláusulas.

Esta engenhosa construção negligencia a soberania do Estado e só parcialmente corresponde à prática internacional.[433]

As antinomias adquirem, no direito internacional, características próprias em razão da peculiaridade que cerca a elaboração das normas internacionais. A natureza descentralizada da ordem internacional e a ausência de hierarquia entre as normas criam óbices que o intérprete, no direito doméstico, freqüentemente ignora. Nos sistemas jurídicos internos, o intérprete emprega, regularmente, os critérios cronológico e hierárquico para resolver a colisão entre regras que se en-

432 SCELLE, Georges. *Cours de droit international public*. Paris: Cours de Droit, 1947-1948. 1ˢ Cours de Droit, ... p. 35-64.

433 NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. 7. ed. Paris: LGDJ, 2002. p. 268.

contram no mesmo nível e aquelas que se situam em patamares distintos. Nessa lógica, a lei posterior revoga a anterior, e a Constituição prevalece sobre todas as normas inferiores.

Nas relações internacionais, o critério cronológico defronta-se com o desafio das situações em que os tratados não possuem fontes idênticas de produção normativa. Um exemplo de escola, hoje quase esquecido,[434] traz à cena o problema de conflitos reais, que não são resolúveis pela aplicação dos princípios seculares desenvolvidos pela doutrina. O Estado X, vinculado ao Estado Y por um pacto de aliança ofensiva e ao Estado Z por um pacto de aliança defensiva, vê eclodir um conflito armado entre Y e Z. Os contendores, com apoio no princípio *pacta sunt servanda,* reivindicam que X cumpra, fielmente, as obrigações que assumira em ambos os pactos. Como se trata de obrigações contraditórias, é evidente que a obediência a um dos pactos significa, automaticamente, o descumprimento do outro. Nem o critério da *lex posterior* nem o critério da *lex specialis* soluciona a superposição normativa então criada.

Os conflitos entre as normas internacionais não ocorrem se antes não estiverem preenchidas algumas condições. Como já foi visto anteriormente, as normas em colisão necessitam ter o mesmo âmbito de validade. Do ponto de vista subjetivo, pelo menos um Estado deve ser parte de ambos os acordos. Aqui duas possibilidades se delineiam: o Estado poderá ser parte dos dois compromissos ou integrar apenas um deles, sem que isso impeça a ocorrência de antinomia.

Sob o ângulo objetivo, os dois tratados deverão ter por escopo lidar com a mesma matéria ou com matérias correlatas. Instrumentos que disciplinam assuntos estranhos entre si complementam-se mutuamente pela previsão de obrigações que se acumulam para os seus signatários. Finalmente, o conflito só se consubstancia se as normas tiverem âmbitos de validade temporal idênticos. Normas vigentes em momentos distintos, ainda que contraditórias, não caracterizam antinomia; não há, nesse caso, alternativas incompatíveis ministradas por regras que se destinam a produzir efeitos no mesmo período histórico.[435]

O tema do conflito entre as normas internacionais não suscitou no passado grande interesse doutrinário. O reduzido volume da produção legislativa internacional, notadamente das normas escritas, aliado à sua concentração em áreas específicas, oferecia pouca probabilidade de conflito e serve de justificação para a ausência de reflexões aprofundadas nesse campo. É obvio que o advento da globalização, o aumento da interdependência e as transformações por que passa o direito internacional contemporâneo descortinam novo cenário, dada a premência de se investigar o impacto das interações e conflitos no plano do comércio internacional, da preservação do meio ambiente e da proteção dos direitos humanos.

434 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. op. cit., p. 458-459.

435 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. op. cit., p. 460-461.

O conflito das normas internacionais assume na doutrina a forma de verdadeiro conflito das fontes do direito internacional, consagradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ. Nessa acepção, os conflitos abrangem as relações entre os tratados, os costumes e os princípios gerais de direito. O crescimento espetacular do número de normas escritas na última metade do século XX deu aos conflitos de tratados visibilidade particular em virtude dos reflexos que acarreta para a coerência do direito internacional e para a consecução dos objetivos visados pela política externa dos Estados.

A definição de conflito entre as normas internacionais separou os doutrinadores em duas correntes: a primeira, a que se filiam autores do porte de Kelsen,[436] Jenks[437] e Karl,[438] advoga uma concepção restrita, enquanto a segunda, que inclui, entre outros, Charles Rousseau,[439] Hersch Lauterpacht,[440] Aufricht[441] e Humphrey Waldock,[442] apregoa uma definição ampla de conflito. Wilfred Jenks num ensaio clássico publicado em 1953 definiu o conflito, a partir de uma ótica restritiva, como a impossibilidade de se cumprirem, simultaneamente, as obrigações estabelecidas por dois tratados. Para Jenks, a divergência até certo ponto comum nas relações internacionais não constitui, em si mesma, um conflito. Dois tratados que reúnam partes comuns poderão abordar a mesma matéria segundo prismas não coincidentes, e um dos instrumentos poderá, inclusive, prever obrigações mais amplas, mas não incompatíveis com aquelas indicadas pelo outro compromisso.

A divergência, não raro tão séria quanto o conflito, ameaça frustrar o objeto de um ou de ambos os acordos ao impedir a obtenção de todas as vantagens que o respeito integral aos dois pactos seria capaz de acarretar. A divergência chega a comprometer a aplicação de dispositivos idealizados para dar a um dos acordos a necessária flexibilidade que o cumprimento do ajuste muitas vezes requer. A eliminação de exceções que o outro instrumento estipula ou, inversamente, o relaxamento dos requisitos nele previstos concorre para diminuir a importância prática de uma das convenções.

436 KELSEN, Hans. *Théorie générale des normes*. Paris: PUF, 1996. p. 161; KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*. Trad. H. Thevenaz. Neuchâtel: Ed. de la Bacconière, 1988. p. 144.

437 JENKS, Wilfred. op. cit., p. 406, 451.

438 KARL, Wolfram. Conflicts between treaties. In: BERNHARDT, R. (Ed.). *Encyclopedia of public international law*. Amsterdã: North-Holland, 1984. v. 8, p. 468.

439 ROUSSEAU, Charles. De la compabilité des normes juridiques contradictoires das l'ordre international. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 39, p. 135, 1932. Cf. também SALMON, Jean-A. Les antinomies en droit international public. In: PERELMAN, Chaim (Ed.). *Les antinomies en droit*. Bruxeles: É. Bruylant, 1965. p. 285.

440 LAUTERPATCH, Hersch. The Covenant as the 'Higher Law'. *British Yearbook of International Law*, London, v. 17, p. 54, 1936.

441 AUFRICHT, Hans. Supersession of treaties in international law. *Cornell Law Quarterly*, Ithaca, v. 37, p. 655-656, 1952.

442 WALDOCK, Humphrey. *ILC Yearbook*, v. 1, 1964.

O conflito, por sua vez, envolve obrigações mutuamente excludentes porque a observância concomitante de ambas é concretamente impossível. Não existe conflito se as obrigações de um tratado forem mais rigorosas, mas não incompatíveis com aquelas que constarem de outro instrumento, ou se for viável o seu cumprimento pela abstenção do exercício de um privilégio concedido por um tratado diverso.

A concepção restritiva do conflito, que Jenks tão bem personifica, afasta certas situações em que há patente incompatibilidade normativa. Nesse sentido, Jenks exclui a existência de conflito entre uma norma proibitiva e uma norma permissiva, já que o não exercício do direito de fazer algo, garantido pela permissão, evita que a norma proibitiva seja violada. Sujeitar-se à proibição é o único meio plausível de impedir que o conflito se manifeste.

A ausência de incompatibilidade não justificaria recorrer ao artigo 30 da Convenção de Viena, aplicável às hipóteses de conflito entre tratados sucessivos. Segundo a definição de Jenks, não haveria conflito entre um tratado, concluído por dois Estados, que regule o comércio de escravos, e as normas de *jus cogens* que o proíbem. Inexistiriam obrigações mutuamente excludentes porque o tratado não teria como finalidade exigir que o comércio de escravos se realizasse. Se, a despeito do convencionado, o tráfico de escravos não se consumasse, nenhum conflito existiria. O conflito se resolve, desse modo, por meio de uma definição e não por um critério elaborado para esse fim.[443] Não há dúvida de que cláusulas de tratados que contenham obrigações mutuamente excludentes configuram conflito, mas é errôneo restringir os conflitos unicamente a essa situação.

A definição ampla de conflito, por outro lado, não se limita às incompatibilidades decorrentes de obrigações mutuamente excludentes. Lauterpacht,[444] ao se deter na análise do artigo 20 do Pacto da Liga das Nações, afirmou que a palavra *inconsistency* se refere tanto às incompatibilidades patentes quanto potenciais. Waldock declarou, no relatório elaborado para a CDI sobre o Direito dos Tratados,[445] que o conflito se apresenta quando as cláusulas de uma convenção *could not be reconciled with one another*.

Com um enfoque ainda mais abrangente, Lorand Bartels[446] considera que o conflito ocorre se um tratado frustrar o objeto e o propósito de outro acordo previamente firmado. Corrobora esta interpretação, na opinião de Bartels, o artigo 41 da Convenção de Viena, que proíbe as partes de um tratado multilateral de concluírem qualquer tratado *inter se* incompatível com a execução efetiva do objeto e propósito do tratado principal. Bartels argumenta, ainda, que o artigo 18 da Convenção de Viena obriga um Estado, que assinou um tratado mas não o ratificou, a se abster dos atos que frustrem o seu objeto e propósito. Na realidade, os artigos 18 (obrigação de não frustrar o objeto e o propósito de um tratado antes de sua entrada em vigor) e 41 (acordos para modificar tratados multilaterais somente entre certas partes) da Convenção de Viena não buscam cuidar das obrigações seqüenciais e contraditórias contempladas nos artigos 30 (aplicação de tratados sucessivos sobre a mesma matéria) e 59 (extinção ou suspensão da execução de um tratado em virtude da conclusão de um tratado posterior).

443 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 173-175.

444 LAUTERPATCH, Hersch. The Covenant as the 'Higher Law'. op. cit., p. 58.

445 WALDOCK, Humphrey. op. cit., p. 125.

446 BARTELS, Lorand. *The relationship between treaties*. [S.l.: s.n.], 2001. Paper for CIEL.

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. Já as antinomias insolúveis 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 palavras de Rousseau, um contencioso de interpretação ou de indenização, jamais, diretamente, um contencioso de anulação. Isto quer dizer que haverá sempre uma certa margem de incompatibilidade quase insuperável, em conformidade com os procedimentos técnicos do direito positivo.

5.1.4 Técnicas de prevenção de conflitos normativos no direito internacional

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.[447] 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. As cláusulas de prevenção dos conflitos revelaram-se de inquestionável utilidade para dar coerência à produção convencional. Entre as mais largamente utilizadas merecem destaque:[448]

1. *As cláusulas de ab-rogação expressa.*

O artigo 20 do Pacto da Sociedade das Nações preconizou: "Os membros da Sociedade reconhecem [...] que o presente Pacto revoga todas as obrigações ou acordos entre si, incompatíveis com os seus termos, e se comprometem, solenemente, a não contrair semelhantes acordos ou obrigações para o futuro."

2. *As declarações de compatibilidade.*

Salmon comenta que essas declarações 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.

447 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 237-240.

448 SALMON, Jean-A. op. cit., p. 294-299.

Se um dos compromissos contiver semelhante declaração que lhe dá, na hipótese, uma condição de inferioridade, o artigo 30, § 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, § 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 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.

Os artigos 305 e 306 do TCE não só não derrogam os Tratados CECA e EURATON, como também não são obstáculos à existência da união econômica Belgo-luxemburguesa e do BENELUX. O artigo 47 do TUE não repercute sobre os tratados anteriores e sobre os atos subseqüentes, exceção feita às modificações expressas que o TUE venha a promover. É de se registrar ainda que o artigo 6º, § 2º, não deixou de lembrar que a União Européia respeitará os direitos fundamentais tal como garantidos pela Convenção Européia dos Direitos do Homem.

3. *As cláusulas de incompatibilidade.*

Essas cláusulas visam a eliminar uma das normas em conflito, seja do próprio tratado que as contém, seja de outro compromisso, anterior ou futuro. Hipótese deste tipo de cláusula figura no artigo 103 da Carta da ONU: "No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta."

4. *As cláusulas que adaptam os pactos já concluídos aos novos tratados.*

Comuns nos tratados econômicos, são convenientes para ajustar as normas superadas pelo passar do tempo ao ritmo dos acontecimentos supervenientes e, dessa forma, assegurar a mudança pacífica.

Os mecanismos preventivos, diferentemente das cláusulas que irradiam efeitos *ex post facto*, almejam evitar a conclusão de tratados contraditórios. Eles podem ser institucionalizados a exemplo do artigo 300 do TCE (228 do Tratado de Roma), ou puramente interestatais, consoante o artigo 311, § 4º, da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982,[449] segundo o qual "os Estados Partes que pretendam concluir um acordo dos referidos no § 3º devem notificar os demais Estados Partes por intermédio do depositário da presente Convenção, da sua intenção de concluir o acordo bem como da sua modificação e suspensão que tal acordo preveja". Se algum conflito acaso surgir, relativamente ao artigo 311, § 4º, da Convenção de *Montego Bay*, aplicar-se-ão à espécie, muito provavelmente, as disposições da parte XV sobre a solução de controvérsias, mas a decisão proferida ocorrerá *a posteriori* e se limitará a assinalar a incompatibilidade verificada.

No plano comunitário, com a função de assegurar a integridade dos tratados constitutivos em relação aos acordos incompatíveis que as Comunidades Européias e os Estados membros vierem a concluir previu-se um controle prévio de compatibilidade a ser exercido pela CJCE. Conforme o artigo 300 do TCE, o Conselho, a Comissão ou um Estado membro podem, antes da conclusão de um acordo entre as Comunidades e um Estado ou organização internacional, solicitar um parecer

449 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 331-332.

à Corte de Luxemburgo. Se ela emitir uma opinião negativa o acordo em tela não entrará em vigor senão após a revisão do Tratado de Roma.[450]

As precauções enumeradas acima diminuem, mas não tolhem a emergência dos conflitos entre tratados. Nunca é demais relembrar que as convenções não são, normalmente, negociadas pelos mesmos indivíduos. A natureza especializada dos temas em discussão, a interferência de fatores ligados à estrutura administrativa interna e circunstâncias de oportunidade diplomática levam à contínua mudança dos negociadores nos foros externos. Não é infreqüente o desconhecimento do exato teor do conteúdo de compromissos que guardam conexão com os temas debatidos.

Os negociadores tendem, também, a empenhar-se em ampliar as vantagens em favor do Estado que representam, ainda que esta atitude importe no nascimento de obrigações antagônicas aos acordos que vinculam os Estados em domínios correlatos. O alcance limitado da prevenção do conflito de tratados não deve desencorajar a adoção de medidas que aliviam os seus efeitos.

5.1.5 As antinomias na jurisprudência internacional

Desde o período entre guerras, a jurisprudência internacional procura resolver os conflitos entre tratados. A Corte de Justiça Centro-Americana julgou, em 1916, a disputa entre Costa Rica e Nicarágua sobre o direito de navegação no rio San Juan, que banha ambos os países. O Tratado Canas-Jerez, de 1858, estabeleceu que a Nicarágua teria o domínio exclusivo e a soberania sobre as águas do rio San Juan, mas reservou à Costa Rica o direito perpétuo de navegação nesse curso fluvial. A Nicarágua concordou em não concluir acordos posteriores sem antes ouvir o governo costa-riquenho sobre as desvantagens que semelhante ajuste poderia acarretar. O laudo arbitral de autoria do presidente norte-americano Grover Cleveland, de 1888, confirmou essas obrigações. Os Estados Unidos celebraram com a Nicarágua o Tratado Bryan-Chamorro, ratificado pelo Congresso Norte-Americano em 1916, que lhes conferiu o direito perpétuo de navegação no rio San Juan e de ali construir barragens, pontes e canais. A Corte de Justiça Centro-Americana entendeu que a Nicarágua violara as obrigações constantes do Tratado Canas-Jerez de 1858, aplicando o princípio *lex prior* em relação a este país, mas que os Estados Unidos, que não eram parte da CJCA, não poderiam ter seus direitos comprometidos por um tratado ao qual não haviam assentido. Conquanto vencedora, a Costa Rica não viu satisfeita a sua pretensão, já que o Tratado Bryan-Chamorro permaneceu intocado.[451]

450 NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit., p. 269.

451 BORGEN, Christopher J. Resolving treaty conflicts. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 37, n. 3, p. 591-594, 2005.

A CPJI emitiu em 1931 parecer consultivo sobre a legalidade da união aduaneira que a Alemanha e a Áustria pretendiam constituir.[452] O Reino Unido inclinou-se pela ilegalidade da pretendida união aduaneira por força do Tratado de Saint-Germain, celebrado em 1919, ao término da Primeira Grande Guerra, pelo qual a Áustria concordava em não agir, direta ou indiretamente, no sentido de comprometer a sua independência, e em virtude do protocolo I, firmado em Genebra em 1922. Configurava-se, na hipótese, nítida contraposição entre dois tratados multilaterais anteriores e um tratado bilateral posterior. A CPJI deliberou, por oito votos a sete, que levar a cabo a união aduaneira importaria na violação dos tratados anteriores que resguardavam a independência política da Áustria. A decisão estribou-se, mais uma vez, no princípio *lex prior* mas, premida pelos limites de um parecer consultivo, nada disse a respeito das conseqüências jurídicas que se abateriam sobre o tratado posteriormente concluído.[453]

No caso Oscar Chinn, entre a Bélgica e o Reino Unido (julgado em 1934), discutiu-se a compatibilidade da legislação belga sobre o comércio fluvial na bacia do Rio Congo com o direito internacional. Oscar Chinn, cidadão inglês, solicitara proteção diplomática ao Reino Unido pelos prejuízos que sofrera e que haviam levado à falência alguns dos seus negócios. Dois tratados, dos quais o Reino Unido e a Bélgica eram partes, regulavam o comércio na Bacia do Congo: o Ato de Berlim de 1885, com 13 signatários, e a Convenção de Saint-Germain, que reuniu somente alguns Estados que haviam celebrado o Ato de Berlim. A CPJI examinou somente se a Bélgica violara a Convenção de Saint-Germain, que na opinião do Reino Unido se sobrepunha ao Ato de Berlim. O tema do conflito dos tratados que regulavam a matéria surgiu no voto dissidente de três juízes que criticaram a posição majoritária da corte. Para o juiz Cesil Hurst a questão era saber se a Bélgica e o Reino Unido se haviam comprometido: "*By the terms of the Berlin Act not to terminate or to modify, even as between themselves, the provisions of that instrument except in agreement with all other State which were parties to it.*" Mesmo sem apontar uma solução, Hurst cogitou duas possíveis alternativas que auxiliariam a resolver o problema. Na primeira, "*A new treaty made in violation of such a pledge would be devoid of juridical effect*"; na segunda, este tratado "*would merely be a wrongful act entitling a State which was note a party to the Convention of Saint-Germain, but was a party to the Berlin Act, to demand preparation*".[454] De forma a não deixar nenhuma dúvida, o juiz Eysinga[455] declarou que a Convenção de Saint-Germain era um acordo *inter se* firmado por algumas das partes do Ato de Berlim, que se achava proibido pelo artigo 36.[456]

---

452 Caso Austro-German Customs Union.

453 BORGEN, Christopher J. op. cit., p. 594-596.

454 Caso Oscar Chinn, p. 122-123.

455 Ibid., p. 136.

456 BORGEN, Christopher J. op. cit., p. 596-599.

Os casos ora discutidos demonstram que a jurisprudência preferiu aplicar o princípio *lex prior* e preservar a validade do tratado mais antigo. As cortes relutaram em declarar nulo o tratado posterior, preferindo interpretações harmônicas que afastem a ocorrência de conflito. As falhas em enfrentar com êxito as incompatibilidades entre os tratados deviam-se a três causas principais:

1. não havia clareza sobre a existência do conflito;
2. dada a falta de critérios uniformes não se sabia ao certo qual tratado deveria prevalecer;
3. os tribunais internacionais se mostravam impotentes para deliberar sobre os direitos de terceiros que não eram partes dos tratados que os constituíram.

Essas insuficiências estão na origem das regras sobre os conflitos de tratados na Convenção de Viena de 1969, que, entretanto, não resolveram muitas das dificuldades que o tema comporta.

5.1.6 O conflito entre tratados sucessivos na Convenção de Viena sobre direito dos tratados

A discordância entre os internacionalistas sobre o conflito de tratados se fez sentir no curso dos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena. Não se formou, nesse plano, um costume internacional a testemunhar a opinião comum dos Estados.

Os vários *rapporteurs* indicados pela CDI exibiram posições diferentes sobre o conflito de tratados.[457] No primeiro relatório apresentado à CDI, Sir. Hersch Lauterpacht comentou que o tratado se esvaziaria se as partes violassem as obrigações assumidas. Não oculta, desse modo, a preferência pela manutenção do tratado anterior se este vier a colidir com um compromisso futuro que o contrarie. O segundo *rapporteur*, Sir. Gerald Fitzmaurice, considerou apenas a invalidade do tratado subseqüente que viole as normas de *jus cogens*. Nos demais casos, confiava-se na negociação para resolver a incompatibilidade entre as normas convencionais. Finalmente, o terceiro *rapporteur*, Sir. Humphrey Waldock, recusou-se a aceitar a invalidade do tratado posterior todas as vezes que um conflito se verificasse.

Numerosos artigos da Convenção de Viena cuidaram da incompatibilidade entre os tratados. O artigo 30 previu a regra geral aplicável aos tratados sucessivos que concernem à mesma matéria. A esse respeito, importa assinalar desde logo que a expressão *tratados sucessivos sobre a mesma matéria* parece referir-se aos acordos que têm idêntico grau de generalidade. Reconhecido pela jurisprudência e

---

457 BORGEN, Christopher J. op. cit., p. 601-602.

avalizado em uníssono pela doutrina, o princípio de especialidade, conquanto não figure no texto da Convenção de Viena, é o critério para resolver a colisão entre um tratado que regula de forma específica certos assuntos e um outro acordo que disciplinou os mesmos assuntos com maior abrangência, a menos que as partes do tratado posterior, expressa ou implicitamente, dispuserem de outra maneira.

O § 1º do artigo 30 confirmou a superioridade da Carta das Nações Unidas sobre qualquer outro tratado. A menção feita ao artigo 103, nesse particular, corresponde à posição adotada pela CIJ, no parecer consultivo de 11 de abril de 1949, que acentuou o efeito *erga omnes* da Carta da ONU.[458] Assim procedendo, o artigo 103 concorre para esboçar uma hierarquia das normas internacionais e outorga às convenções multilaterais posição privilegiada na ordem jurídica internacional, tendo em vista o seu objeto e campo de aplicação.[459]

O § 3º do artigo 30 da Convenção de Viena, referente aos tratados com identidade de partes, privilegiou o critério cronológico, cuja operacionalidade simples não suscita dúvidas, já que os tratados emanam dos mesmos sujeitos de direito internacional:

> Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa em virtude do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior.

Nos termos do § 3º do artigo 30 o tratado anterior aplicar-se-á unicamente na medida em que suas disposições sejam compatíveis com as do ajuste subseqüentemente firmado. Prevalecerá, assim, o tratado posterior que modifique ou ab-rogue parcialmente o compromisso anterior, exceto quando as partes manifestarem intenção diversa. Este fato favorece, indiscutivelmente, a aplicação cumulativa e simultânea de ambos os instrumentos. O § 4º do artigo 30, por outro lado, versa o caso de tratados que não contam com as mesmas partes:

> Quando as partes no tratado posterior não incluírem todas as partes no tratado anterior:
>
> a) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados, aplicam-se as regras do parágrafo 3;

458 Caso Reparação de Danos a Serviço da ONU, p. 185.

459 NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit., p. 275. Cf. também RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 62, n. 2, p. 81-134, 1967.

> b) nas relações entre um Estado parte nos dois tratados e um Estado parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege seus direitos e obrigações recíprocos.

À semelhança do que se passa com o § 3º, nas relações entre os Estados partes nos dois tratados a avença mais recente imperará, conforme o critério cronológico. Cite-se, à guisa de ilustração, sobre a hipótese ventilada pela letra (b) do § 4º do artigo 30, que, se os Estados A e B forem partes do tratado X e somente o Estado B for parte do tratado Y, o tratado X regerá os direitos e obrigações recíprocos entre A e B.

Por seu turno, o artigo 59 determina que:

> 1. Considera-se extinto um tratado quando todas as suas partes concluírem um tratado posterior sobre o mesmo assunto, e:
>
> a) resultar do tratado posterior ou ficar estabelecido por outra forma que a intenção das partes é regular o assunto por esse tratado; ou
>
> b) as disposições do tratado posterior forem de tal modo incompatíveis com as do tratado anterior que os dois tratados não possam ser aplicados ao mesmo tempo;
>
> 2. A execução do tratado anterior é considerada apenas suspensa quando se depreender do tratado posterior ou estiver estabelecido de outra forma que essa era a intenção das partes.

Este é, tipicamente, um caso especial de tratados sucessivos em que o tratado posterior extingue, implicitamente, o tratado anterior. A hipótese cogitada não se confunde com a extinção de um tratado por vontade expressa das partes, objeto do artigo 54 da Convenção de Viena. O artigo 59 cuida dos casos em que as partes, apesar de não se mostrarem propensas a extinguir ou a modificar expressamente o primeiro tratado, originaram novo ajuste cujas disposições são tão incompatíveis com as cláusulas do acordo anterior que se presume a intenção de ab-rogá-lo.

É grande a analogia entre o § 3º do artigo 30 e o artigo 59 da Convenção de Viena. Convém admitir que o artigo 30 se aplica quando as partes não se propuserem a ab-rogar o tratado anterior ou suspender totalmente a sua aplicação. De la Guardia e Delpech, com agudo senso analítico, captaram a essência da distinção entre o § 3º do artigo 30 e o artigo 59, § 1º ao ressaltarem que a incompatibilidade focalizada pela letra (b) desse parágrafo deve ser total para causar a ab-rogação do tratado anterior. A incompatibilidade a que se refere o artigo 30, § 3º, deve ser parcial ou relativa, já que permite a subsistência também parcial ou relativa

do tratado anterior, que continuará a ser aplicado, unicamente, na medida de sua compatibilidade.[460]

Atento aos inconvenientes e à eventualidade dos danos resultantes da colisão total ou parcial dos tratados, o artigo 30, § 5º lançou luz sobre o problema:

> O § 4 aplica-se sem prejuízo do artigo 41, ou de qualquer questão relativa a extinção ou suspensão da execução de um tratado em virtude do artigo 60, ou de qualquer questão de responsabilidade que possa surgir para um Estado da conclusão ou da aplicação de um tratado cujas disposições sejam incompatíveis com suas obrigações em relação a outro Estado, em virtude de outro tratado.

Acresce notar que se os acordos plurilaterais não contiverem cláusula que faculte a sua alteração por certas partes, as modificações planejadas por alguns Estados não poderão prejudicar o gozo pelas outras partes dos direitos decorrentes do tratado, nem o cumprimento de suas obrigações ou ser incompatíveis com a execução efetiva do objeto e da finalidade do tratado multilateral em seu conjunto (artigo 41, b). Os Estados lesados pela inexecução das obrigações derivadas da coexistência de compromissos incompatíveis têm a prerrogativa de colocar fim ao tratado ou suspender a sua aplicação devido à infração cometida e pretender a responsabilização do autor do ilícito.

Se os Estados A, B e C celebrarem um tratado entre si, e os Estados A e B concluírem uma avença com ele incompatível, C poderá invocar a violação do primeiro tratado por A e B e suspender ou extinguir o primeiro ajuste nos termos do artigo 60 da Convenção de Viena. Independentemente disso, C está legitimado a invocar a responsabilidade dos Estados A e B e pleitear a reparação dos danos sofridos ou a cessação do ato em causa.[461] Não se trata, aqui, de resolver um problema de conflito de normas (problema objetivo de compatibilidade), mas de sancionar (subjetivamente) um comportamento internacionalmente ilícito. A solução não é satisfatória porque o Estado lesado, ao invés de buscar a responsabilização do infrator, poderia desejar a execução do tratado. Além disso, o efeito das regras existentes é deixar à livre escolha do Estado que celebrou compromissos contraditórios a opção a respeito de qual instrumento irá executar e, assim, definir qual deles será violado.[462]

460 GUARDIA, Ernesto de la; DELPECH, Marcelo. *El derecho de los tratados y la Convención de Viena*. Buenos Aires: La Ley, 1970. p. 308-309.

461 NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit., p. 276.

462 NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. op. cit., p. 276-277.

5.1.7 A presunção contra o conflito

No direito doméstico, presume-se que contratos simultâneos ou sucessivos entre partes diferentes sobre a mesma matéria sejam compatíveis entre si. Esta presunção, desde o início, penetrou o direito internacional moderno, especialmente a interpretação dos tratados. Grotius julgou que se deveriam envidar esforços para conciliar, sempre que possível, as cláusulas de uma mesma convenção ou de convenções diferentes. Vattel recomendou a interpretação restritiva: "*quando se apresenta um caso no qual a lei ou o tratado, tomados no rigor dos seus termos, levaria a algo ilícito*".[463] Mais recentemente, Oppenheim defendeu o uso da presunção contra o conflito ao dizer que:

> It is taken for granted that the contracting parties intend something reasonable, something adequate to the purpose of the treaty, and something not inconsistent with generally recognized principles of International Law, nor with previous treaty obligations towards third States. If, therefore, the meaning of a stipulation is ambiguous, the reasonable meaning is to be preferred to the unreasonable, the more reasonable to the less reasonable, the adequate meaning to the meaning not adequate for the purpose of the treaty, the consistent meaning to the meaning inconsistent with generally recognized principles of International Law and with previous treaty obligations towards third States.[464]

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 conseqüência 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.

Esta 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

463 VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Ed. UnB; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004. Livro II, cap. 17, par. 293, p. 364.

464 OPPENHEIM, Lassa. *International law*. 7th ed. London: Longmans, 1948. v. 1, p. 858-859.

previamente celebrados. Obrigações contraditórias dificultam a inteligibilidade do que foi acordado e ameaçam, quase de forma irremediável, o cumprimento integral das finalidades originariamente perseguidas.[465]

Presume-se que os governos não pretendam envolver-se em enlaces 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 entrechoquem 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.[466]

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: "*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.*"[467] A Corte reiterou este entendimento no caso Certas Despesas em relação aos atos provenientes das organizações internacionais. "*When the organization takes action which 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.*"[468]

No plano da OMC o painel do caso Indonesia – Autos[469] e o Órgão de Apelação nos Casos Canada – Periodicals, EC – Bananas III e Guatemala – Cement I[470] 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

465 JENKS, Wilfred. op. cit., p. 401-453.

466 JENKS, Wilfred. op. cit., p. 401-453.

467 Caso Direito de Passagem, p. 142.

468 Caso Certas Despesas, p. 168.

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

470 Appellate Body Report, Guatemala – Cement I, par. 65.

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, 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 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.

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. Há mesmo quem conteste a validade da presunção contra o conflito pelas características que apresenta, e que de algum modo a distancia das verdadeiras presunções usadas pelo jurista. Grossen[471] cita o exemplo do direito inglês em que a morte é presumida quando não se tem notícia de uma pessoa por mais de sete anos.

As presunções genuínas são positivas na medida em que de um fato conhecido se extrai outro que até então era desconhecido. A morte, fato desconhecido, é a presunção que decorre da circunstância de alguém provar que, durante mais de sete anos, não recebeu notícias de uma determinada pessoa. A presunção contra o conflito, ao contrário, tem natureza negativa, pois depende da prova a ser efetuada por aquele que a alega. A despeito desta contestação, a presunção contra o conflito existe e é de grande importância para a interpretação harmônica do direito internacional.

A busca de harmonia na interpretação dos tratados, fim último da presunção contra o conflito, é certamente desejável do ponto de vista político e jurídico. Esta 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.

471 GROSSEN, Jacques-Michel. *Les présomptions en droit international public*. p. 63, 117 apud PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 331-332. Cf. no mesmo sentido SALMON, Jean-A. op. cit., p. 294-299.

5.1.8 As antinomias entre os tratados na OMC

Dois dispositivos inscritos nos acordos da OMC dispuseram acerca do conflito entre tratados. A Nota Interpretativa Geral ao Anexo 1 A do Acordo de Marraqueche previu que "*in the event of conflict between a provision of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and a provision of another agreement in Annex 1 A to the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in the agreements in Annex 1A as the 'WTO Agreement'), the provision of the other agreement shall prevail to the extent of the conflict*".

Em nítida aplicação do princípio de especialidade, procurou-se dar preferência aos dispositivos de tratados sobre matérias específicas sempre que se esboçar a colisão com alguma regra do GATT de 1994. Partiu-se do pressuposto de que tais tratados, por regularem um tema determinado, espelham melhor os interesses dos membros sobre o assunto. De forma similar, o artigo 1.2 do ESC estatui que as regras especiais ou adicionais e os procedimentos do Apêndice 2 prevalecerão, em caso de conflito, sobre as normas gerais que disciplinam a solução de controvérsias. Vigorou, neste ponto, a mesma diretriz inspiradora da Nota Interpretativa ao Anexo 1 A, isto é, as regras e procedimentos especiais preponderam sobre as normas do ESC, que são gerais e não contemplam as particularidades deste ou daquele acordo.

Problema especial surge no tocante à relação entre as disposições do GATT de 1994 e aquelas existentes em outros acordos multilaterais sobre o Comércio de Mercadorias. Na controvérsia Brazil – Desiccated Coconut, o Órgão de Apelação, diante do silêncio dos próprios acordos sobre a possibilidade da aplicação cumulativa das regras previstas, estimou que esta é uma relação complexa que somente se aclara com a apreciação do caso concreto. Aqui, não se afiguraria uma hipótese de conflito, dada a diversidade dos campos de aplicação dos acordos; cada qual possui objetivos específicos e meios adequados para viabilizar o seu cumprimento.

No caso US – Upland Cotton o painel opinou em favor da aplicação cumulativa do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e do Acordo sobre Agricultura:[472]

> We are well aware of our duties as a treaty interpreter. It is clear to us that the provisions of the Agreement on Agriculture, the SCM Agreement and the GATT 1994 must be read in conjunction and that, unless explicitly indicated, provisions of the Agreement on Agriculture and/or the SCM Agreement cannot be taken to replace, subsume or exclude provisions of the GATT 1994. We are also well aware that WTO obligations generally apply "cumulatively" and that an appropriate reading of the "inseparable package of rights and disciplines" in these covered agreements must, accordingly, be a harmonious one that gives meaning to all the relevant provisions of these three equally binding agreements.

472 Panel Report, US – Upland Cotton, par. 7.1003.

Convém separar, por razões analíticas, o caso em que os acordos regulam, expressamente, a relação entre as disposições em conflito daquele em que tal não acontece. Nos termos dos artigos 10 e 32.1 do Acordo sobre Subsídios, a imposição de medidas compensatórias obedecerá ao disposto no artigo VI do GATT de 1994 e à Parte V do Acordo sobre Subsídios. A Nota Interpretativa ao Anexo 1 A afirma que o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias prevalecerá se um conflito vier a se caracterizar.

A análise da totalidade das disposições pertinentes será o caminho que o intérprete deverá trilhar se indicações precisas estiverem ausentes. A jurisprudência da OMC, no campo das medidas de salvaguarda, ocupou-se da questão se uma das condições previstas no artigo XIX do GATT de 1994, mas não mencionada pelo Acordo sobre Salvaguardas, seria complementar, objeto de um exame separado, ou se ela é parte da totalidade das condições para a aplicação a estas medidas. O Órgão de Apelação concluiu que a disposição do artigo XIX, relativa à evolução imprevista das circunstâncias, não se dissocia da disciplina do Acordo sobre Salvaguarda, motivo que explica a sua análise conjunta. O problema se põe, também, no quadro das relações entre o GATT de 1994 e o Acordo sobre o Comércio de Serviços. O Órgão de Apelação já decidiu que não se pode resolver em abstrato, sem averiguar as nuances da experiência concreta, se um serviço vinculado a uma mercadoria deve ser apreciado à luz do GATT, do Acordo sobre Comércio de Serviços ou de ambos.

A jurisprudência da OMC ora propendeu por uma definição ampla, ora por uma definição restrita de conflito. No caso EC – Bananas III, o painel optou por uma definição ampla de conflito. Na visão exposta, o conflito abarca tanto as obrigações mutuamente exclusivas, para usar a linguagem de Jenks, quanto a contradição entre uma norma proibitiva e outra permissiva.

Mudança significativa de posição teve lugar no caso Indonesia – Autos, pois o painel exibiu notória preferência por uma noção restrita de conflito. O relatório julgou não haver contradição entre o artigo 27.3 do Acordo sobre Subsídios, norma permissiva por natureza, e o artigo 3.2 do GATT de 1994. Nessa lógica, o respeito ao Acordo sobre Subsídios, por parte da Indonésia, não colide com o teor do artigo 3.2. O painel evocou a noção de conflito esposada por Jenks e Karl para amparar a conclusão a que chegou. Este fato importou na condenação da Indonésia, que se viu obrigada a retirar os subsídios que concedera para a produção de bens domésticos, ao arrepio da Nota Interpretativa Geral ao Anexo 1 A.

A definição restrita de conflito pareceu imperar, também, no caso Guatemala – Cement I no tocante à interpretação do artigo 1.2 do ESC. O Órgão de Apelação julgou que os dispositivos especiais ou adicionais preponderarão sobre as regras do ESC se a adesão aos primeiros tipificar violação das segundas. Nada comprova que o Órgão de Apelação não possa reverter esta postura, dada a escassez de julgados em que a questão foi ventilada.

A definição de conflito não é um problema puramente teórico, que não guarda relação com o resultado final da controvérsia. No caso Indonesia – Autos, o resultado final da disputa teria sido outro se o painel tivesse considerado ter havido conflito entre o artigo 27, § 3º, do Acordo sobre Subsídios e o artigo 3.2 do GATT de 1994. Ademais, uma definição ampla de conflito permitiria maior equilíbrio entre os direitos e as obrigações na OMC.[473]

Vários acordos outorgam aos membros o direito de, em situações justificadas, impor restrições ao comércio. Desde que não constituam protecionismo descabido, estas permissões são hábeis para proteger a vida e a saúde dos consumidores, preservar o meio ambiente, garantir o emprego ou tutelar algum outro valor essencial para as sociedades domésticas. De outro modo, a Nota Interpretativa ao Anexo 1 A permaneceria letra morta ou teria escassa relevância prática. Mais importante, porém, é o equilíbrio das exigências que, em última instância, são responsáveis pela legitimidade do sistema multilateral de comércio.

5.2 O "diálogo" das fontes e a aplicação do direito internacional na OMC

5.2.1 Os "diálogos" entre os tratados da OMC e as demais normas internacionais

No Curso Geral ministrado na Academia de Haia, em 1995, Erik Jayme enfatizou que a pluralidade das fontes, própria do direito pós-moderno, requer a coordenação das leis no interior do sistema jurídico. Esta 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.[474]

473 PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law*. op. cit., p. 188-200.

474 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 251, p. 60, 251, 1995.

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 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.[475]

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 batizou de "diálogo" das fontes a aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes.[476] Esta 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 falharam. Em artigo pioneiro, Cláudia Lima Marques,[477] 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 da OMC, que compõem um subsistema específico, e a totalidade das normas do direito internacional público. Considero, na esteira de Norberto Bobbio, 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. Os capítulos anteriores realçaram a crescente normatização das relações internacionais. 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 comunica-

475 JAYME, Erik. op. cit., p. 60.

476 Ibid., p. 259.

477 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, p. 71-99, jan./mar. 2003.

ção dos subsistemas entre si e com as regras gerais do direito internacional. 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.

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; já a estrutura 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.

É possível distinguir, ao menos, três tipos de "diálogo" entre as regras da OMC e as normas internacionais que não a integram:

1. *"Diálogo" sistemático de coerência*. 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. Tal sucede, por exemplo, no que concerne à aplicação das regras sobre a validade, a retroatividade, a interpretação e os 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 elaboradas 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 derrogará 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.

2. *"Diálogo" de coordenação e adaptação*. A jurisdição exclusiva do Órgão de Solução de Controvérsias aos litígios que envolvem a violação dos acordos da OMC propõe o delicado problema da coordenação entre as jurisdições internacionais. Nesse contexto, dois temas se destacam: a interação entre, de um lado, os meios de solução de controvérsias da OMC

e os mecanismos engendrados para esse fim pelos tratados multilaterais ambientais, e de outro a interação entre os primeiros e as regras sobre solução de disputas estatuídas pelos acordos regionais de comércio.

3. *"Diálogo" sistemático de complementaridade*. Verifica-se, nesse caso, sempre que couber, a aplicação complementar das normas e dos princípios que as informam. 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. O Órgão de Apelação já interpretou a expressão *recursos naturais exauríveis*, contida no artigo XX (g) do GATT de 1994 à luz de outras convenções internacionais, numa prova eloqüente da vitalidade desse "diálogo". A legitimidade futura da OMC resultará, em certo sentido, da força e do vigor do "diálogo" entre os acordos comerciais e as normas que preservam o meio ambiente e tutelam os direitos humanos.

5.2.2 O "diálogo" de coordenação e de adaptação

5.2.2.1 A solução de controvérsias na OMC e os conflitos de jurisdição: o caso dos acordos regionais de comércio

O artigo 23 do ESC, já mencionado anteriormente, conferiu ao Órgão de Solução de Controvérsias competência exclusiva para conhecer e julgar as demandas fundadas nas violações dos tratados da OMC. Esta referência colocou na ordem do dia o tema do entrechoque das jurisdições, extraordinariamente agudizado pela previsão de formas de solução de controvérsias para pôr fim às contendas em áreas específicas do direito internacional contemporâneo. Como já se ressaltou, os conflitos de competência têm lugar quando a mesma disputa é apresentada perante duas instituições ou órgãos jurisdicionais diferentes. Há, nesse caso, o risco de que as jurisdições que se envolverem com o litígio cheguem a conclusões opostas, com a perda de recursos, a realização de procedimentos desnecessários e a produção de resultados incoerentes no plano do comércio internacional.

Gabrielle Marceau distingue três tipos de conflitos de jurisdição:[478]

1. quando dois foros consideram ter jurisdição exclusiva sobre as mesmas matérias ou sobre matérias paralelas ou similares;

[478] MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions: the relationship between the WTO agreement and meas and other treaties. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 35, n. 6, p. 1109, Dec. 2001.

2. quando um foro reivindica ter jurisdição exclusiva sobre certa matéria enquanto o outro aceita apreciar os fatos sem postular exclusividade;
3. quando duas jurisdições se dispõem, voluntariamente, a examinar o mesmo litígio ou litígios similares.

Nos últimos tempos, alguns tratados se reportam aos meios de solução de litígios consagrados em outros acordos internacionais. O artigo 151 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar indicou que as jurisdições criadas pelos tratados comerciais de caráter multilateral de que são partes os litigantes são competentes para analisar as práticas desleais que advierem da exploração dos recursos minerais do leito internacional do mar. O artigo XIII-6 da Convenção Internacional para a Proteção das Plantas prescreve que: "*the provisions of this Article shall be complementary to and not in derogation of the dispute settlement procedures provided for in other international agreements dealing with trade matters*". No mesmo sentido, o § 3º do artigo 11 do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias esclarece: "*Nothing in this Agreement shall impair the rights of Members under other international agreements, including the right to resort to the good offices or dispute settlement mechanisms of other international organizations or established under any international agreement.*"

Como é fácil perceber, entreabre-se a perspectiva da aplicação cumulativa de tratados diferentes sempre que não houver previsão em sentido contrário, o que obviamente suscita o problema da coerência entre as soluções adotadas. As dificuldades não serão menores se a preferência recair nos métodos de solução de controvérsias de um acordo específico. Em face do disposto no artigo 23 do ESC, urge refletir sobre a eventualidade de conflitos de jurisdição entre o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e as formas de solução de disputas dos acordos regionais de comércio e dos tratados internacionais de proteção ao meio ambiente.

No plano jurídico, as relações entre a globalização e o regionalismo adquirem importância particular no campo da solução de controvérsias. A multiplicação das normas sobre solução de disputas nos acordos regionais de comércio entreabre a perspectiva de possíveis conflitos de jurisdição entre as instâncias regionais e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

O artigo 2005 do NAFTA afirma que, em caso de insucesso das consultas realizadas, a controvérsia será decidida com base nesse Tratado. Os §§ 3º e 4º do artigo 2005 consagram a aplicação exclusiva dos meios de solução de controvérsias existentes no NAFTA nas causas que envolverem a proteção do meio ambiente e a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias adotadas por uma das partes para proteger a vida ou a saúde humana, animal e vegetal.

A questão ganha relevo porque o artigo 23 do ESC determina que a violação dos acordos cobertos pela OMC será analisada em conformidade com o procedimento nele estabelecido. Além disso, o procedimento de solução de controvérsias da OMC notabiliza-se pela rapidez, automaticidade e exeqüibilidade, razões

suficientes para justificar a preferência das partes quando eclodir uma disputa. A propósito, o artigo 301 do NAFTA, ao regular o princípio do tratamento nacional, refere-se ao artigo III do GATT em claro indício de que poderá haver conflito de jurisdição entre os dois acordos.

Gabrielle Marceau cogita um exemplo hipotético em que a legislação doméstica de um país pertencente ao Acordo de Livre Comércio da América do Norte viola, ao mesmo tempo, o artigo III do GATT e o artigo 301 do NAFTA.[479] À pretensão do reclamante de ver o caso resolvido pela OMC opor-se-ia o desejo do reclamado de submeter a controvérsia a um painel do NAFTA, considerado a instância adequada para oferecer a melhor solução à contenda. Seria pouco provável que o painel da OMC, chamado para se manifestar sobre a pendência em foco, atendesse ao pedido para encerrar as suas atividades e cessar a investigação iniciada porque procedimentos semelhantes têm lugar no plano regional. Um painel da OMC não teria competência para apreciar supostas violações do NAFTA, mas seria competente para se manifestar sobre a infração a qualquer tratado da OMC similar às regras encontradas no NAFTA.

A OMC, certamente, não daria ouvidos às afirmações segundo as quais as partes da controvérsia integram um acordo regional que regula as relações entre elas e define os instrumentos necessários para fazer valer o direito violado. Nada obsta que o Estado acione, indistintamente, o sistema de solução de controvérsias da OMC ou o mecanismo para resolução de divergências de um acordo regional, tendo em vista a ausência de normas internacionais que regulem a relação entre os procedimentos de solução de disputas.

O Estado integrante do NAFTA, descontente com o pedido de abertura de painel na OMC efetuado por outro componente do acordo regional, poderá alegar prejuízo aos seus interesses e solicitar a instalação de painel no âmbito do NAFTA para decidir se houve a violação do tratado. Tudo indica que as vantagens econômicas oriundas para o reclamante no contexto do NAFTA seriam total ou parcialmente anuladas pela probabilidade de que ele venha a ser derrotado na OMC. No plano do Mercosul, o artigo 1.2 do Protocolo de Olivos dispôs que:

> As controvérsias compreendidas no âmbito de aplicação do presente Protocolo que possam também ser submetidas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte individualmente os Estados Partes do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Sem prejuízo disso, as partes na controvérsia poderão, de comum acordo, definir o foro.
>
> Uma vez iniciado um procedimento de solução de controvérsias de acordo com o parágrafo anterior, nenhuma das partes poderá recorrer a mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos nos outros foros com relação a um mesmo objeto, definido nos termos do artigo 14 deste Protocolo.
>
> Não obstante, no marco do estabelecido neste numeral, o Conselho do Mercado Comum regulamentará os aspectos relativos à opção de foro.

479 MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. op. cit., p. 1117-1118.

No caso Turkey – Textiles discutiu-se a licitude das restrições quantitativas estabelecidas pela Turquia a dezenove categorias de produtos têxteis importados da Índia devido à formação de uma união aduaneira com as Comunidades Européias. Não obstante o painel ter considerado que as restrições quantitativas eram incompatíveis com os artigos XI e XIII do GATT de 1994 e com o artigo 2.4 do Acordo sobre Têxteis, a Turquia apelou da decisão sob o argumento de que tais medidas encontravam guarida no artigo XXIV do GATT de 1994.

O Órgão de Apelação elucidou que o aspecto central proposto pela disputa residia na interpretação do *caput* do artigo XXIV, que não proíbe a formação de união aduaneira entre as partes contratantes, e não nos artigos XXIV-8 (a) e XXIV-5 (a), como afirmara o painel.[480] O § 4º do artigo XXIV é o contexto relevante para a análise do *caput*, não havendo, por isso, nada que impeça a formação de união aduaneira nos termos expressamente indicados. A adoção de medida incompatível com outras normas do GATT seria aceita apenas se a violação em causa fosse necessária para a conclusão do acordo e se a ausência dela inviabilizasse a sua concretização. A interpretação do *caput* do artigo XXIV depende da definição de união aduaneira inscrita no parágrafo 8 (a):

> A customs union shall be understood to mean the substitution of a single customs territory for two or more customs territories, so that
>
> (i) duties and other restrictive regulations of commerce (except, where necessary, those permitted under Articles XI, XII, XIII, XIV, XV and XX) are eliminated with respect to substantially all the trade between the constituent territories of the union or at least with respect to substantially all the trade in products originating in such territories, and,
>
> (ii) substantially the same duties and other regulations of commerce are applied by each of the members of the union to the trade of territories not included in the union.

O artigo XXIV-8 (a) (I) exige a eliminação de tarifas e outras regras restritivas de comércio relativas a uma parte substancial do comércio entre os países integrantes da união aduaneira.

O Órgão de Apelação concordou com o painel que existe flexibilidade para a formação de uma união aduaneira sem deixar de mencionar que ela é, entretanto, limitada. Recordou, também, que o artigo XXIV-8 (a) (II) determina que os com-

480 Appellate Body Report, Turkey – Textiles, par. 60-64.

ponentes da união aduaneira apliquem em relação a terceiros países substancialmente as mesmas tarifas e regulamentos, o que não significa que regras idênticas devam ser adotadas.

As tarifas e regulamentos impostos no momento em que a união se constitui a respeito do comércio com outras partes contratantes não deverão ser mais elevados ou mais restritivos do que a incidência geral das tarifas e regulamentos comerciais aplicáveis ao território das partes antes que o acordo regional viesse a se formar. Logo, o artigo XXIV só poderá ser alegado, a título de defesa, para justificar a violação de uma norma do GATT se o acordo regional efetivamente diminuiu as restrições ao comércio que atingem terceiros países.

É possível, portanto, o uso defensivo do artigo XXIV caso se prove a necessidade da medida e a satisfação dos requisitos estipulados pelos parágrafos 5 (a) e 8 (a) do artigo XXIV. O Órgão de Apelação concluiu que:

> Turkey has not demonstrated that the formation of a customs union between Turkey and the European Communities would be prevented if it were not allowed to adopt these quantitative restrictions. Thus, the defence afforded by Article XXIV under certain conditions is not available to Turkey in this case, and Article XXIV does not justify the adoption by Turkey of these quantitative restrictions.[481]

Afora os inconvenientes da duplicação de procedimentos, não existe, em princípio, conflito de jurisdição entre o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e os meios de solução de divergências dos acordos regionais de comércio. A matéria que ambos focalizam é diferente, muito embora o conteúdo das obrigações seja similar. O painel da OMC aplica as normas do sistema multilateral de comércio, ao passo que o painel do NAFTA tem como escopo aplicar a disciplina normativa constante do acordo regional.

A participação em acordos regionais que dispõem de mecanismos de resolução de disputas não está proibida pelo artigo 23 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias. Aliás, cumpre mencionar que o artigo XXIV do GATT admitiu os acordos regionais de comércio como exceções à cláusula de nação mais favorecida. Esse fato é corroborado pela jurisprudência da OMC sobre o tema. Assim, por exemplo, a Argentina, no ano 2000, houve por bem impor medidas de salvaguarda às importações de certos produtos de algodão provenientes do Brasil, China e Paquistão. O Brasil decidiu recorrer ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul para examinar a compatibilidade da medida argentina com o Tratado de Assunção, criador do Mercosul.

A demora do governo argentino em cumprir a decisão do tribunal arbitral instituído no Mercosul para julgar a demanda levou o Brasil a solicitar o pronunciamento do Órgão de Monitoramento de Têxteis que, na oportunidade, se manifestou pela ilicitude das medidas argentinas. Na OMC as partes compuseram-se amigavelmente antes mesmo que um painel viesse a ser instituído. O Órgão de Solução de Controvérsias não tem competência para assegurar o respeito ao Tratado de Assunção nem a qualquer outro acordo regional. Cabe-lhe simplesmente investigar e punir os comportamentos que atentem contra os tratados que formam o sistema multilateral de comércio.

[481] Appellate Body Report, Turkey – Textiles, par. 63.

5.2.2.2 *Os conflitos de jurisdição: o caso dos tratados ambientais multilaterais*

No direito internacional do meio ambiente, os meios formais de solução de disputas não gozam do mesmo prestígio que no direito do comércio internacional. Com exceção do Tribunal Internacional do Direito do Mar, eles são, na verdade, raramente utilizados, havendo notória preferência pelos meios informais de solução de disputas. Para isso certamente contribui a natureza particular de muitas obrigações contempladas pelo direito internacional do meio ambiente, que vinculam um Estado a todas as demais partes do acordo celebrado. As violações acaso surgidas não se dão entre duas partes específicas, mas entre o Estado violador e as demais partes do tratado, interessadas na fiel execução do que houvera sido ajustado. Além disso, a mera reparação é insuficiente para restaurar o equilíbrio ambiental gravemente afetado, fato que ressalta a necessidade de dar prioridade à prevenção do dano, mais apta para proteger a integridade dos sistemas ecológicos.

A negociação, realizada normalmente sob a forma de consultas, assinala a primeira tentativa para superar as pendências havidas sobre a interpretação e aplicação dos tratados ambientais. Fracassada esta via, as partes recorrem, normalmente, a um terceiro por meio de métodos em que o grau de formalismo é pouco pronunciado, como acontece com os bons ofícios, a comissão de inquérito e a mediação. Se, não obstante os esforços despendidos, o desentendimento ainda persistir, é possível submetê-lo ao exame de um tribunal arbitral ou da própria Corte Internacional de Justiça, ainda que a grande maioria dos tratados ambientais não costume impor esta solução. Vários tratados salvaguardaram a possibilidade de se buscar a conciliação, uma vez eliminadas por falta de assentimento dos contendores as alternativas de caráter jurisdicional. Institui-se, nesse caso, por iniciativa das partes, uma comissão de conciliadores cujas recomendações não são vinculantes, salvo se este intento estiver claramente expresso no ato que instituiu a conciliação.[482]

[482] WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H. The framework for environmental and trade disputes. In: _____; _____ (Ed.). *Reconciling environment and trade*. New York: Transnational Publications, 2001. p.20-21. Cf. CHURCHILL, Robin R.; ULFSTEIN Geir. Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: a little-noticed phenomenon in international law. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 94, n. 4, p. 623, Oct. 2000.

Os tratados recentes criaram comitês de implementação e procedimentos de controle de não execução das obrigações para averiguar as infrações cometidas e desenvolver estratégias adequadas para levar a cabo os deveres assumidos. Os acordos ambientais mais antigos, entre os quais figuram a Convenção para a Herança Mundial, a Convenção de Londres de 1972 e a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies em Extinção (CITES) não continham procedimentos formais de solução de controvérsias. Os tratados que vieram à luz na última década do século XX alteraram esse panorama, porém os Estados não se mostram inclinados a fazer uso dos instrumentos de que agora dispõem.

Segundo John H. Jackson e Edith Brown Weiss,[483] os Estados acreditam que a existência de opção formal estimula, na pior das hipóteses, a solução informal dos conflitos ambientais. Apesar de o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio admitir o uso dos meios de solução de controvérsias constantes da Convenção sobre a Proteção da Camada de Ozônio, os Estados preferiram resolver as divergências iniciadas por intermédio do Comitê de Implementação e do procedimento de controle de não execução das obrigações estabelecidas pelo Protocolo. Esta situação se repete nos tratados ambientais da atualidade. O procedimento tem caráter técnico, não contencioso, e é coordenado pelo Comitê de Implementação, composto por Estados de regiões geográficas diferentes ou que sofram os efeitos das medidas que afetem o meio ambiente.

O Estado parte ou o próprio Secretariado do tratado, ao constatar que se descumpriu alguma obrigação, comunicará o fato ao Comitê, que preparará um relatório com recomendações ao Estado violador, a ser submetido à Conferência das Partes para a deliberação final. O Comitê de Implementação dispõe de múltiplos instrumentos para auxiliar o Estado a cumprir os seus deveres, com destaque para a assistência técnica e financeira, a transferência de tecnologia e o treinamento de pessoal. As medidas punitivas, como a imposição de restrições comerciais ou a suspensão de direitos e privilégios das partes na Convenção, são recomendadas apenas em casos extremos, quando não houver empenho no cumprimento das obrigações.[484]

Problema especialmente grave diz respeito ao risco de eventual conflito entre as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e dos mecanismos de resolução de disputas dos tratados ambientais. A questão se torna ainda mais aguda se considerarmos que as sanções aplicadas no contexto dos tratados ambientais poderão ser incompatíveis com o artigo 23 do ESC, que proíbe as restrições comerciais e a adoção de medidas não autorizadas pela OMC.

483 WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H. op. cit., p. 21-22.

484 WEISS, Edith Brown; JACKSON, John H. op. cit., p. 30-31.

A possibilidade de conflito de jurisdição surgiu no litígio protagonizado pelas Comunidades Européias e pelo Chile, referente à pesca do peixe-espada.[485] Em 6 de novembro de 2000, após o insucesso das consultas realizadas, a CE solicitou ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a constituição de um painel para analisar a decisão do governo chileno de proibir o desembarque nos portos daquele país dos navios que efetuam a pesca do peixe-espada no sudoeste do Oceano Pacífico, com fundamento no artigo 165 da Lei de Pesca, consolidada pelo Decreto 430 de 28 de setembro de 1991 e pelo Decreto 598 de 15 de outubro de 1999.[486] O fato de não se admitir a armazenagem ou a mera transferência da carga para outros navios tornara impossível, segundo a CE, o trânsito do peixe-espada pelos portos chilenos. A CE alegou que a medida era incompatível com o GATT de 1994, em particular com os artigos V e XI.

O Chile, por sua vez, instou a CE a submeter a controvérsia ao exame do Tribunal Internacional do Direito do Mar, mas diante da recusa do pedido que formulara, só lhe restou a alternativa da arbitragem compulsória prevista no Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Em sucessivas reuniões que tiveram curso, respectivamente, em Nova Iorque e em Hamburgo, as partes concordaram com o estabelecimento de uma Câmara do Tribunal Internacional do Direito do Mar composta por cinco juízes, para analisar o litígio. O Tribunal Internacional do Direito do Mar aceitou, formalmente, a solicitação que lhe foi endereçada e declarou constituída uma Câmara Especial incumbida de se pronunciar sobre as pretensões sustentadas pelas partes. O Chile argumentou que as normas editadas visavam à conservação do peixe-espada e que a CE falhara em controlar a operação dos navios que portavam a bandeira dos Estados a ela pertencentes, além de não cooperar com o Estado costeiro na conservação das espécies que se buscava proteger. No final de janeiro de 2001, as partes firmaram acordo que suspendeu os procedimentos para solução da controvérsia nas duas instâncias em que ele foi iniciado. Aventou-se, nesse caso, a hipótese de que o Tribunal Internacional do Direito do Mar e o painel da OMC chegassem a conclusões opostas sobre a análise dos fatos e o direito a ser aplicado. O certo é que até o momento o direito internacional não conhece uma solução para este tipo de problema.

Urge, no entanto, aprofundar a análise no que concerne aos dispositivos referentes à solução de disputas nos tratados ambientais e 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

485 ORELLANA, Marcos A. The swordfish dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO. *Nordic Journal of International Law*, København, v. 71, n. 1, p. 56-65, 2002. Cf. também SERDY, Andrew. See you in Port: Australia and New Zealand as third parties in the dispute between Chile and the European Community over Chile's denial of port access to Spanish vessels fishing for swordfish on the high seas. *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, Vic., v. 3, n. 1, p. 79-119, May 2002.

486 Request for Consultations (WTO), Chile – Swordfish.

vinculantes para os membros da OMC, serão levadas em conta pelo Órgão de Solução de Controvérsias 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. Poder-se-ia indagar se o princípio da boa-fé exige que um membro da OMC, que é parte de um tratado multilateral ambiental, deve exaurir o mecanismo de solução de controvérsias nele previsto, quando há sobreposição relativamente à solução de disputas na OMC.[487] A recusa em esgotar os meios de solução de controvérsias oferecidos pelos tratados ambientais poderá ser um elemento utilizado pelos painéis ou pelo Órgão de Apelação na avaliação da boa-fé das partes envolvidas no litígio. No caso US – Shrimp[488] o Órgão de Apelação da OMC considerou que a atitude norte-americana de não empreender negociações sérias com os demais membros era claro indício de que a medida se afigurava inadequada. 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.

Após o início da demanda na OMC os Estados têm a opção de buscar resolver a discórdia nos moldes previstos pelos tratados ambientais se esse expediente coincidir com o interesse das partes. Convém lembrar que o artigo 13 do 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 em face 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 esta 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

487 MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. op. cit., p. 1125-1126.

488 Appellate Body Report, US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia).

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. Este artigo é um importante instrumento a ser empregado pelos painéis para obter informações colhidas pelos órgãos dos tratados ambientais.

É lícito afirmar que inexiste a obrigação de se esgotar o recurso ao mecanismo de controle de não execução das obrigações ou ao sistema de solução de controvérsias dos tratados ambientais antes de se iniciar um litígio na OMC. Este princípio é extraído da observação de que os tratados ambientais não regulam esta matéria e não disciplinam a prioridade temporal dos procedimentos utilizados. A conseqüência lógica desse raciocínio é que a renúncia a participar do controle de não execução das obrigações ou a atitude de se retirar das consultas e não se engajar na conciliação, reguladas nos tratados ambientais, somente têm efeito no procedimento de solução de controvérsias da OMC para determinar a boa-fé das partes que litigam. O artigo 23 do ESC esclarece que a jurisdição dos painéis e do Órgão de Apelação se estende a todas as matérias versadas pelos tratados cobertos pela OMC. Na realidade, os órgãos jurisdicionais da OMC constituem o foro exclusivo para julgar quaisquer conflitos referentes à interpretação dos acordos pertencentes ao sistema multilateral de comércio. 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 argüição 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.

5.2.3 O "diálogo" de complementaridade

5.2.3.1 O direito aplicável na OMC

O direito internacional vem assistindo à criação de cortes com jurisdição circunscrita a certos litígios, que não conhecem restrições, salvo em hipóteses específicas, à aplicação do direito internacional. O artigo 293, § 1º da Convenção sobre o Direito do Mar, preconiza: "A corte ou tribunal que tiver jurisdição nos termos

desta secção deve aplicar a presente Convenção e outras normas de direito internacional que não forem incompatíveis com esta Convenção."

Os painéis e o Órgão de Apelação gozam de jurisdição limitada e são competentes para analisar apenas as demandas fundadas nos acordos da OMC. Esta situação, entretanto, não significa restringir o direito a aplicar na resolução de uma disputa. No silêncio do Entendimento sobre Solução de Controvérsias, afirma Bartels, é plausível sustentar que, tal como se verifica com a CIJ e o Tribunal do Mar, todas as fontes de direito internacional são potencialmente aplicáveis na OMC.[489]

Uma vantagem adicional do modelo de Bartels reside na sua aplicação ao chamado *direito secundário* produzido na OMC (decisões dos seus órgãos, relatórios dos painéis e do Órgão de Apelação e os procedimentos de trabalho), bem como a outros instrumentos (acordos regionais de comércio, decisões dos mecanismos de solução de controvérsias com base em tais acordos, soluções mutuamente aceitas, acordos bilaterais em uma controvérsia e instrumentos dos quais a OMC seja parte).[490] Esta posição contrasta com o argumento apresentado por diversos autores de que os órgãos jurisdicionais da OMC somente podem aplicar os acordos relacionados no Anexo 1 A. A prática jurisprudencial dos últimos anos contesta a visão restritiva e se mostra propensa, cada vez mais, a integrar a OMC ao restante do direito internacional.

Nos moldes do Tribunal Internacional do Mar, os painéis e o Órgão de Apelação, na ausência de limites expressos, têm competência para aplicar todas as fontes de direito internacional na solução dos litígios que se enquadram no âmbito da sua jurisdição. A esse propósito, o painel do caso Korea – Procurement ponderou:

> The purpose of the terms of reference is to properly identify the claims of the party and therefore the scope of a panel's review. We do not see any basis for arguing that the terms of reference are meant to exclude reference to the broader rules of customary international law in interpreting a claim properly before the panel.[491]

Frisou-se, na oportunidade, que inexiste motivo para não se aplicarem as normas de direito internacional distintas das regras sobre interpretação. Os parágrafos do artigo 7º, que regulam os termos de referência responsáveis por determinarem a jurisdição dos painéis, jamais excluíram o recurso às normas que não pertencem aos tratados da OMC. A expressão "à luz das disposições pertinentes", inserta no artigo 7º, § 1º, não limita as fontes de direito aplicáveis no exame da

489 BARTELS, Lorand. Applicable law in WTO dispute settlement proceedings. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 35, n. 3, p.502, 2001.

490 Ibid., p. 502.

491 Panel Report, Korea – Procurement, par. 7.101, n. 755.

matéria, o mesmo sucedendo com o disposto no artigo 7º, § 3º. A leitura conjugada dos §§ 1º e 3º e do *caput* do artigo 7º permite concluir que um painel pode ser constituído sem a fixação dos termos de referência.[492] Nesse caso, o Órgão de Solução de Controvérsias dispõe da faculdade de autorizar o seu presidente a redigir os termos de referência do painel com a colaboração das partes envolvidas no litígio (artigo 7º, § 3º).

A constituição de painéis sem termos de referência apóia a tese de que o artigo 7º não circunscreve as fontes de direito aplicáveis na solução de uma disputa. O artigo 11, igualmente, corrobora a posição aqui defendida, ao indicar que "um painel deverá fazer uma avaliação objetiva do assunto que lhe seja submetido, incluindo uma avaliação objetiva dos fatos, da aplicabilidade e concordância dos acordos abrangidos pertinentes, e formular conclusões que auxiliem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas nos acordos abrangidos". Não se fez, sob esse ângulo, nenhuma menção que afastasse terminantemente o uso pelo intérprete das demais normas internacionais.

Convém advertir, todavia, que a aplicação ampla das fontes de direito internacional se sujeita às regras constantes dos artigos 3.2 e 19.2 do ESC, segundo as quais os painéis e o Órgão de Apelação não podem acrescentar ou subtrair os direitos e obrigações estabelecidos nos acordos da OMC. Além de procurar conter a utilização, pela jurisprudência, dos trabalhos preparatórios de forma incompatível com as regras e interpretação dos tratados do direito internacional costumeiro, o artigo 3.2 quis assegurar a prevalência, na hipótese de conflito, dos acordos da OMC em face de outros compromissos internacionais. Esse dispositivo não é uma regra usual de conflito que regule, substantivamente, a relação entre tratados colidentes. Apesar de produzir efeitos indiretos, ao invés de apontar diretamente o direito substantivo aplicável a uma disputa, o artigo 3.2 compartilha com as regras substantivas de conflito o propósito de garantir a primazia, ainda que não exclusiva, do direito contido nos acordos da OMC.[493]

O painel no caso Korea – Procurement observou:

> we take note that Article 3.2 of the DSU requires that we seek within the context of a particular dispute to clarify the existing provisions of the agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. However, the relationship of the WTO Agreements to customary international law is broader than this. Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members. Such international law applies to the extent that the WTO Treaty Agreements do not "contract out" from it. To put it another way, to the extent there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered WTO agreement that

492 BARTELS, Lorand. Applicable law in WTO dispute settlement proceedings. op. cit., p. 505.

493 BARTELS, Lorand. Applicable law in WTO dispute settlement proceedings. op. cit., p. 507.

implies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO.[494]

Os artigos 3.2 e 19.2 são regras de conflito similares àquela constante do artigo 293, § 1º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

É óbvio que os painéis e o Órgão de Apelação se defrontam com situações que não se resolvem com o auxílio das regras de conflito acima enunciadas. O intérprete deverá, nesse caso, voltar-se para as normas e princípios do direito internacional alheios à OMC, entre os quais a presunção contra o conflito, o princípio da especialidade, os artigos 28, 30, 41 e 60 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que cuidam respectivamente da não retroatividade, do conflito entre tratados sucessivos sobre a mesma matéria, do acordo para modificar tratados multilaterais somente entre certas partes e do término dos tratados internacionais.

Nada obsta, por outro lado, que os painéis e o Órgão de Apelação preencham as lacunas dos tratados da OMC, valendo-se para isso das regras consagradas pelo direito internacional público. O Órgão de Apelação admitiu, em um dos seus primeiros julgados, que as partes fossem representadas por advogados, já que nada no Acordo de Marraqueche, no Entendimento sobre Solução de Controvérsias, nos Procedimentos de Trabalho, no direito internacional costumeiro ou na prática predominante dos tribunais internacionais, proíbe um membro da OMC de escolher os integrantes da sua delegação encarregados de atuar nos procedimentos do Órgão de Apelação. Comportamento idêntico se repetiu quando o Órgão de Apelação, no caso US – Shrimp, ao interpretar o artigo 13 do ESC, aceitou a participação de *amicus briefs*, fato que voltaria a acontecer por ocasião do julgamento do caso US – Lead and Bismuth II.[495]

O ponto de vista aqui esposado opõe-se tanto à concepção de que a OMC é um sistema fechado, impermeável ao restante do direito internacional, quanto à tese de que os painéis e o Órgão de Apelação gozam de jurisdição geral para aplicar quaisquer normas internacionais. Apesar de valiosas, posições intermediárias como as defendidas por Gabrielle Marceau apenas encaram uma parte do problema. Por isso, o "diálogo" das fontes, que se aproxima da proposta de Lorand Bartels, mas que com ela não se confunde, oferece uma solução mais adequada para as dificuldades que cercam a aplicação do direito na OMC. 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. Trata-se de recurso hermenêutico precioso para se compreender a complexidade e o alcance das relações normativas surgidas a partir da

494 Panel Report, Korea – Procurement, par. 7.96.

495 BARTELS, Lorand. Applicable law in WTO dispute settlement proceedings. op. cit., p. 515.

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 um patamar inferior. Conclui-se, por isso, que os tratados da OMC se sujeitam às normas de *jus cogens* em razão da superioridade que preside o relacionamento entre tais regras. Por último, o "diálogo" das fontes encerra a preocupação em descobrir critérios que identifiquem, em face da multiplicidade de normas, a unidade do direito internacional.

5.2.3.2 A relação entre comércio internacional e proteção do meio ambiente

As políticas comerciais e de proteção ao meio ambiente visam, em princípio, a finalidades distintas e contraditórias.[496] As primeiras voltam-se para a liberalização dos mercados e as segundas se dedicam à preservação do meio ambiente, percebida em sua dimensão física, à defesa da saúde e segurança humanas, bem como à proteção do consumidor. A tensão entre comércio e meio ambiente, visível nas demonstrações públicas que cercam as reuniões ministeriais da OMC, é extremamente prejudicial para a estabilidade das relações internacionais.

No âmbito da política comercial, algumas decisões repercutem na preservação do meio ambiente. Destacam-se, entre elas, a proibição de importação de produtos poluidores ou fabricados com a utilização de processos poluentes, a vedação do ingresso no país de bens produzidos a partir de exigências menos rigorosas que aquelas que vigoram para a indústria doméstica, a tentativa de dissuadir a importação para a reciclagem de resíduos perigosos e a padronização de produtos, métodos produtivos e investimentos, ocorrida principalmente na CE e no NAFTA, que coíbe a relocalização das indústrias nos países que possuem leis ambientais mais lenientes.[497]

Numerosas regras do GATT têm impacto na esfera ambiental. Ao repudiar a discriminação no comércio externo, o artigo I, relativo ao princípio de nação mais favorecida, proscreveu o uso de padrões ambientais diferentes para as importações que provenham dos demais membros da OMC. O artigo III não consente que os governos estabeleçam para os bens importados requisitos ambientais mais severos que aqueles incidentes sobre os produtos domésticos. O Acordo sobre Barreiras

496 THORSTENSEN, Vera. op. cit., p. 288.

497 THORSTENSEN, Vera. op. cit., p. 288-290.

Técnicas e o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias tomaram a devida cautela para que os padrões técnicos não se convertam em obstáculo ao comércio. Padrões mais elevados que os instituídos internacionalmente requerem justificação, fundamental para esclarecer os verdadeiros motivos que explicam, em última instância, o seu aparecimento.

No terreno das regras sobre subsídios aceitou-se o apoio governamental em níveis não superiores a 20% dos custos de adaptação de instalações industriais para satisfazer as leis internas de proteção do meio ambiente. Por sua vez, o Acordo TRIPs excluiu a concessão de patente às invenções que causem grave dano ao meio ambiente. No rol das exceções gerais às regras do GATT, indicado no artigo XX, estão a proteção da vida humana, animal e vegetal (artigo XX, (b)) e a conservação de recursos naturais exauríveis, desde que tais medidas sejam tomadas em conjunto com restrições à produção ou ao consumo doméstico (artigo XX, (g)).

Estas exceções não podem constituir discriminação arbitrária ou injustificada entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. As restrições unilaterais ao comércio, que têm em mira a preservação ambiental, instigam o debate sobre os seus efeitos extraterritoriais e sobre o delicado problema dos requisitos pertinentes aos métodos de produção cujo alcance transcende, eventualmente, as fronteiras nacionais. O Preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC soube captar a evolução do direito internacional na década de 90, ao proclamar que o uso dos recursos mundiais deve estar em conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável.

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 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 esta 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.[498] 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 examina seis situações que, potencialmente, ensejariam o conflito entre as regras da OMC e os tratados multilaterais ambientais.[499] 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,

---

498 MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. op. cit., p. 1096. Cf. também 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, p. 106-152, Oct. 1999.

499 MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. op. cit., p. 1096-1100.

os requisitos do artigo XX. O acordo multilateral ambiental pode, ainda, ser relevante quando, ao invés 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 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 participação 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.[500] Por último, é necessário lembrar que as convenções multilaterais ambientais são diretamente aplicáveis na OMC se não aumentarem os direitos e obrigações dos membros.

5.2.3.3 Direitos humanos e comércio internacional

5.2.3.3.1 A universalização dos direitos humanos

Os direitos humanos têm cinco características principais:[501]

1. *São direitos universais*. Os direitos humanos são universais em relação aos seus titulares e destinatários. Os seres humanos são os únicos sujeitos com capacidade para exercê-los.
2. *São direitos morais*. A validade dos direitos morais independe da positivação efetuada pela norma jurídica. A norma vale, no plano moral, se puder ser justificada racionalmente perante todos aqueles que a aceitam. Os direitos do homem são direitos morais sempre que puderem ser justificados em face dos indivíduos aos quais se destinam.

500 MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. op. cit., p. 1098.

501 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 58 et seq., jul./set. 1999. Cf. também ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

3. *São direitos preferenciais*. Os direitos morais exigem que a ordem jurídica lhes ofereça proteção. Há, nesse sentido, um direito moral que pleiteia a tutela e o reconhecimento dos direitos humanos. Eles gozam, no confronto com outros direitos, de uma posição de prioridade no quadro das normas jurídicas existentes.
4. *São direitos fundamentais*. Os direitos do homem compreendem interesses e carências essenciais aos seres humanos. Os interesses e carências são fundamentais quando a sua violação ou não satisfação provocarem a morte ou grave sofrimento dos indivíduos ou quando afetarem o núcleo essencial da autonomia. Eles são protegidos tanto pelos direitos liberais clássicos quanto pelos direitos sociais, que asseguram condições mínimas de existência.
5. *São direitos abstratos*. Esta particularidade é indissociável do estabelecimento de limitações, sem as quais nenhuma aplicação concreta se mostrará viável. É preciso, por isso, conceber instâncias encarregadas de promover ponderações juridicamente obrigatórias. O Estado é, nessa conjuntura, uma instância decisiva para a concretização e efetivação dos direitos humanos.

O regime internacional de proteção dos direitos humanos nasceu sob o impulso das atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial.[502] Na era moderna, os direitos humanos surgem no pensamento filosófico ocidental, no século XVII, como teoria abstrata, cuja força se resume nas exigências formuladas ao poder político estabelecido. Acreditava-se que o homem tinha direitos inalienáveis merecedores de tutela por parte do ordenamento jurídico.

A concretização dos direitos humanos foi obra do constitucionalismo do final do século XVIII, que organizou a esfera pública com base na liberdade e na igualdade entre os cidadãos. Nesta passagem, afirma Bobbio, os direitos do homem ganham em concretude, mas perdem em universalidade. Doravante, os direitos são protegidos, "mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece".[503] Até meados do século XX, porém, os direitos humanos eram tutelados, exclusivamente, pelos sistemas jurídicos nacionais.

A criação da ONU favoreceu, extraordinariamente, a edificação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.[504] O Preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas reafirmou "a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas". É propósito da ONU,

502 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 150-166.

503 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Campos, 1990. p. 30.

504 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. op. cit., p. 150.

nos termos do artigo 1.3: "promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião". De forma análoga, o artigo 55 associou o respeito universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais à criação de condições para a estabilidade e o aumento do bem-estar, necessários às relações pacíficas entre as Nações.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada e adotada em 10 de dezembro de 1948, inaugurou a fase de positivação e universalização dos direitos humanos. Tornou-se possível, pela primeira vez, o consenso em torno de certos valores, que receberam a adesão da maior parte dos Estados. A Declaração é a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores.[505] A maioria dos governos solenemente enunciou os princípios fundamentais da conduta humana, sinal evidente de que, a partir de então, um mínimo ético recebera concordância generalizada. Os destinatários dos direitos proclamados são todos os homens, onde quer que eles vivam e trabalhem. A Organização das Nações Unidas desempenhou papel vital na criação e promoção dos regimes internacionais de direitos humanos.[506] O fim da Guerra Fria e das divisões a ela associadas aceleraram o ritmo desse processo.

A positivação, por sua vez, se traduz na instituição de normas jurídicas que protegem os direitos humanos. Tende a repetir-se, em escala universal, o fenômeno de positivação dos direitos humanos que acompanhou o nascimento das democracias modernas. As normas jurídicas conferem solidez e durabilidade a valores que, de outro modo, teriam escassa efetividade prática.

Visou-se, enfim, ultrapassar o nível abstrato das aspirações e garantir, juridicamente, o cumprimento dos direitos do homem até mesmo contra o próprio Estado que os violou. "A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais."[507] A Declaração final da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993 enfatizou a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Bobbio[508] explica que, no segundo pós-guerra, a proliferação dos direitos humanos ocorreu de três modos diferentes. Em primeiro lugar, aumentou a quantidade dos bens merecedores de tutela. Aos direitos de liberdade simbolizados, entre outros, pela liberdade de religião, de opinião, de imprensa, etc. adicionaram-se os direitos sociais realizáveis somente graças à intervenção direta do Estado. Em

505 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. op. cit., p. 26.

506 CASSESE, Antonio. *International law*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 349-374.

507 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. op. cit., p. 30.

508 Ibid., p. 68.

segundo lugar, novos sujeitos, como a família, as minorias étnicas e religiosas e mesmo a humanidade em seu conjunto, adquiriram a titularidade de alguns direitos, fato perceptível no debate sobre o direito das gerações futuras. Em terceiro lugar, o homem não é mais visto como ente genérico, mas em razão da especificidade que possui como criança, velho, doente, etc. Verificou-se, a esse respeito, a passagem do homem genérico para o homem específico, classificado com base em múltiplos critérios de diferenciação, tais como sexo, idade e condição física. Cada um desses aspectos revela diferenças específicas, que não podem ser tratadas da mesma maneira.[509]

O artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê: "Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados". Esta afirmação realça o significado da institucionalização dos direitos humanos para a ordem interna e internacional: O que se fez, em verdade, foi evidenciar a existência de um direito à institucionalização dos direitos humanos que atinge, indiscriminadamente, o âmbito doméstico e as relações internacionais.

Definiu-se que a ordem interna e internacional devem assentar-se em valores que compõem o seu núcleo axiológico fundamental. A concretização desses valores é fonte de legitimidade da ordem jurídica e condição necessária para que as potencialidades humanas desabrochem. Este é, pois, um direito a uma ordem específica que proteja e tutele os direitos humanos. Ademais, o direito à institucionalização pertence a todos, sem distinção de raça, sexo ou religião. Não é uma concessão ou privilégio atribuído a indivíduos específicos ou a algumas nações.

A Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem estimularam a formação de um espaço público internacional favorável à salvaguarda dos direitos do homem. O Estado exercia no passado, com exclusividade, a jurisdição sobre os seus nacionais. A soberania interna, entendida como independência perante os governos estrangeiros, consubstanciava-se, afinal, no direito de vida e morte sobre a população. No âmbito externo, os indivíduos eram tratados como cidadãos de um Estado estrangeiro carentes da proteção diplomática de seu Estado pátrio a fim de obter a compensação do dano causado e, possivelmente, a punição do culpado. Não se dispensava, também, a presença do Estado para propor uma demanda em uma corte judiciária internacional ou, ainda, para pleitear a constituição de um tribunal arbitral para examinar o litígio. Os indivíduos eram meros apêndices do Estado aos quais pertenciam; a sua proteção ou o sacrifício de seus interesses subordinavam-se aos ditames da conveniência e oportunidade.[510]

É fato conhecido que até a eclosão da Segunda Guerra Mundial os direitos humanos pertenciam ao domínio reservado dos Estados. Os governos não defi-

509 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. op. cit., p. 69.

510 CASSESE, Antonio. *International law*. op. cit., p. 350.

niam a extensão do domínio reservado a partir das motivações predominantes em cada momento histórico.[511] Nos últimos tempos, as organizações internacionais passaram a traçar, na prática, em grande número de casos, os limites da noção de domínio reservado. Tal sucedeu, por exemplo, no campo dos direitos humanos compreendidos, agora, sob uma perspectiva mais ampla, que extrapola a competência exclusiva dos Estados.

O avanço das tecnologias da informação penetra a intimidade soberana e divulga, instantaneamente, os atos de violência governamental, o desrespeito às liberdades civis, a prisão injustificada de opositores políticos, as perseguições étnicas e o genocídio de parcelas expressivas da população. Esses comportamentos são objeto de discussão e debate pelos meios de comunicação, em escala mundial, devido à intensa porosidade das fronteiras que diluiu a distinção radical entre o interno e o externo, comum durante a ordem internacional de Westfalia. A relação entre governantes e governados, entre o Estado e os cidadãos, desperta o interesse da comunidade internacional; a legitimidade externa de um Estado depende cada vez mais da maneira como as sociedades domésticas estejam politicamente organizadas. Os direitos humanos subvertem a ordem doméstica e a configuração tradicional das relações internacionais. No novo espaço público internacional que se criou, o indivíduo adquire, para certos efeitos, a condição de sujeito de direito internacional. Muitas ONGs exercem grande pressão para que os Estados atuem, internacionalmente, em prol da defesa dos direitos humanos.

5.2.3.3.2 A OMC e a proteção dos direitos humanos

A mobilidade do capital ao redor do mundo, inerente ao fenômeno da globalização, tem sérias conseqüências para a proteção dos direitos humanos.[512] Se é verdade que as violações dos direitos humanos antecedem a interdependência do mundo globalizado, os novos acordos comerciais abriram caminho para a perpetração de abusos, que até agora não receberam tratamento adequado. Em países em

511 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado de. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 12. Cf. também TRINDADE, Antônio Augusto Cançado de. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. v. 1, p. 31-58, 177-209; v. 2, p. 335-427; HURRELL, Andrew. Power, principle and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (Ed.). *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 277-302; DONNELLY, Jack. *International human rights:* dilemmas in world politics. 2. ed. Boulder, Colorado: Westview Press, 1998. p. 149-163, COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 453-483.

512 HOWSE, Robert; MUTUA, Makau. *Protecting human rights in a global economy*: challenges for the World Trade Organization, International Center for Human Rights and Democratic Development. 2000. Disponível em: <http://www.dd-rd.ca/site/publications/index.php?lang=en&subsection=catalogue&id=1271&page=11>. Acesso em: 3 ago. 2006.

desenvolvimento, localizados principalmente na Ásia, o governo e os empresários apoiaram o desrespeito à proibição do trabalho forçado e do emprego da mão-de-obra infantil, ambos merecedores de repúdio pela Declaração dos Direitos Trabalhistas Fundamentais elaborada pela OIT.[513] A globalização deu visibilidade, ao mesmo tempo, a abusos já existentes, que permaneciam ignorados no passado.

O sistema multilateral de comércio e o regime internacional de proteção dos direitos humanos desenvolveram-se, no segundo pós-guerra, de forma separada e às vezes contraditória. A Carta de Havana não se contentou em pôr fim às barreiras que se antepunham ao livre-comércio. Outros interesses relevantes foram acolhidos a indicar a necessidade de se dar vida a uma disciplina abrangente do comércio internacional. Almejou-se, tanto quanto possível, erigir um regime comercial justo, que na concepção dos elaboradores da Carta de Havana seria requisito indispensável para a paz entre as nações.

Esta visão, entretanto, não logrou imperar nas décadas subseqüentes. O fracasso da OIC deu lugar ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio, que não era, como se sabe uma organização internacional propriamente dita, mas um tratado de liberalização comercial que mirava a redução das tarifas incidentes sobre bens industrializados.

O GATT manteve-se isolado das instituições internacionais do pós-guerra. Apesar desse isolamento institucional, o artigo XX representou uma via de comunicação com os demais subsistemas do Direito Internacional, que não foi devidamente utilizada. A criação da OMC oferece grande oportunidade para se atribuir lugar de destaque ao artigo XX por meio da reinterpretação dos seus termos à luz das convenções sobre direitos humanos, contrariamente à tradição de isolamento do GATT.

Vários tratados recentes promoveram a associação entre direitos humanos e comércio internacional. Alguns acordos concluídos pelas Comunidades Européias incluíram uma cláusula que faculta às partes a adoção de medidas apropriadas, como a suspensão de ajuda financeira ou de preferências comerciais, quando a democracia e os princípios básicos no campo dos direitos humanos não forem respeitados. O novo Sistema Geral de Preferências (SGP) da União Européia, com vigência para o período entre 2006-2015, declara que somente se beneficiarão do SGP-plus os produtos provenientes das nações que tiverem celebrado os principais acordos internacionais sobre direitos humanos e desenvolvimento sustentável.

Em contraste, no Sistema Geral de Preferências dos Estados Unidos os países em desenvolvimento perdem as preferências comerciais que lhes foram concedidas se o presidente norte-americano concluir que foram violados os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Em certos tratados de livre-comércio celebrados pelos Estados Unidos, em tempos recentes, buscou-se estabelecer a obrigação de cumprir as regras domésticas sobre direitos humanos no texto do

513 Ibid.

acordo principal e vincular esta obrigação a possíveis sanções comerciais aplicáveis quando se descumprir o que foi pactuado. O North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC), firmado em 13 de setembro de 1993, pelos Estados Unidos, México e Canadá, no contexto do NAFTA, especificou que a violação dos direitos trabalhistas desencadeia a aplicação de sanções comerciais. O acordo parte da premissa de que a desobediência aos padrões trabalhistas avençados configura prática competitiva desleal.

A relação entre direitos humanos e comércio internacional não mereceu destaque no temário das negociações ao longo da Rodada Uruguai. O Preâmbulo do Acordo que criou a OMC não se comprometeu apenas com o livre-comércio, mas com a consecução de objetivos necessários para a eficácia dos direitos humanos. Entre as metas a serem perseguidas estão o pleno emprego, o crescimento da renda, o aumento da demanda e o uso dos recursos mundiais em conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável.

O Preâmbulo retratou, assim, a emergência do conceito de desenvolvimento sustentável, cuja consagração no direito internacional se deu na Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. A novidade está, neste passo, na conjugação do equilíbrio entre o crescimento econômico e a preservação ambiental, condição para a sobrevivência das gerações vindouras. Nunca é demais relembrar que as declarações do Preâmbulo, dada a natureza especial do Acordo de Marraqueche, iluminam a compreensão de todos os compromissos que integram o sistema multilateral de comércio.

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.

Este 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.[514] 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 diarréia e o mal de Chagas.[515] A este rol se juntam o diabetes, a asma, as doenças cardíacas e mentais, cuja periculosidade se amplia pelo acesso restrito aos medicamentos que as combatem.[516]

Esta 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. Já o artigo 8º 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.[517] 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.[518] 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

---

514 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, p. 613, 2004.

515 Ibid., p. 614.

516 Ibid., p. 614.

517 CULLET, Philippe. *Patents and health in developing countries in law and development:* facing complexity in the 21st century. London: Cavendish, 2003. p. 83.

518 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, p. 913-919, Dec. 2002.

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.[519]

Graças à iniciativa pioneira do Brasil, a Declaração de Doha de 2001, ao manter essa flexibilidade, assim se expressou:[520]

> 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 ambigüidades 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.

Dois acordos negociados na Rodada Uruguai sobre Barreiras Técnicas e a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias cuidaram, mesmo que indiretamente, dos direitos humanos. O Acordo sobre Barreiras Técnicas dispôs que os regulamentos técnicos não serão elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou efeito de criar obstáculos ao comércio internacional.

519 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.

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

Os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo, tendo em conta os riscos que a não realização criaria. Entre os objetivos legítimos estão: o imperativo de segurança nacional; a prevenção de práticas enganosas; a proteção da saúde ou da segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal, ou do meio ambiente (artigo 2.2). Presume-se que o regulamento técnico que esteja em conformidade com as regras internacionais não cria obstáculo desnecessário para o comércio internacional (artigo 2.5). O Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias seguiu orientação idêntica. O artigo 1º estipula: "Os Membros têm o direito de adotar medidas sanitárias e fitossanitárias para a proteção da vida e da saúde humana, animal ou vegetal, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo."

O Acordo sobre o Comércio de Serviços, negociado durante a Rodada Uruguai, ousou disciplinar um setor deveras complexo, que apresenta níveis de crescimento superiores aos registrados pelo comércio de bens. A natureza particular do comércio de serviços, aliada à especificidade dos setores em que ele se subdivide, dificulta a execução da tarefa regulatória. O acordo concluído desejou estabelecer regras multilaterais para a abertura do mercado de serviços à competição global mediante a eliminação dos monopólios domésticos, principalmente nas áreas de transporte e telecomunicações.

Os monopólios e oligopólios nesses setores concorreram para elevar o preço das tarifas e oferecer serviços deficientes aos consumidores. É equivocado imaginar, porém, que o aumento da competição, por si só, facilita o acesso aos serviços básicos. O problema real consiste em examinar se as regras convencionais retiraram dos governos a possibilidade de fixar objetivos sociais aos prestadores de serviços, sejam eles nacionais ou estrangeiros.[521] Os direitos humanos padecem se parte da população não tiver acesso aos serviços essenciais em condições satisfatórias. A continuidade da liberalização do comércio de serviços, mormente nas áreas da educação e infra-estrutura, terá, certamente, reflexos sobre a proteção dos direitos humanos que necessitam ser cuidadosamente avaliados.

Referência especial deve ser feita, no terreno da negociação de novos acordos, à proposta de se vincularem os direitos trabalhistas ao comércio internacional.[522]

521 HOWSE, Robert; MUTUA, Makau. op. cit.

522 BLACKETT, Adelle. Whither social clause? Human rights, trade theory and treaty interpretation. *Columbia Human Rights Law Review*, New York, v. 31, n. 1, p. 1-80, Fall 1999. Cf. BLACKETT, Adelle. 2001 Ariel F. Sallows Conference: the international law of trade: mapping the equilibrium line: fundamental principles and rights at work and the interpretative universe of the World Trade Organization. *Saskatchewan Law Review*, Saskatoon, v. 65, 2002. Cf. TREBILCOCK, Michael J.; HOWSE, Robert. Trade policy & labor standards. *Minnesota Journal of Global Trade*, Minneapolis, v. 14, n. 1, p. 261-300, Winter 2005. Cf. BHAGWATI, Jagdish. Trade linkage and human rights. In: _____; HIRSCH, Mathias (Org.). *The Uruguay Round and beyond:* essays in honor of Arthur Dunkel. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1998.

O tema da cláusula social, como ficou conhecida nas discussões internacionais a associação entre padrões trabalhistas e comércio, remonta à Carta de Havana, que disciplinava o assunto numa clara tentativa de cercear a obtenção de vantagens indevidas pela exploração da mão-de-obra. Com o fracasso da OIC, o GATT absteve-se de regular a questão por estar mais interessado nos aspectos relativos à desgravação tarifária.

Os Estados Unidos procuraram sem êxito, durante a Rodada Tóquio, introduzir uma cláusula trabalhista no GATT. A tenaz oposição a esta iniciativa afastou qualquer negociação sobre a sua oportunidade. No âmbito da OMC, a pretensão dos Estados Unidos e da Noruega de avivar o debate sobre a relação entre direitos trabalhistas e comércio internacional não prosperou pelo temor de que ele ocultasse interesses protecionistas e não o desejo de se preservar a dignidade humana.[523] Os países em desenvolvimento alegam que a cláusula social, não só limita de forma inaceitável a sua soberania, mas também impede que se beneficiem das vantagens comparativas resultantes dos baixos custos da mão-de-obra. Aduzem, ainda, que a mera repressão não ajudaria a superar os graves problemas sociais que enfrentam. A evolução consistente dos padrões trabalhistas internos deve contar, nessa ótica, com o apoio de programas internacionais de cooperação técnica.

Em meio às múltiplas convenções que patrocinou, a OIT enumerou, em Declaração de junho de 1998, os direitos trabalhistas fundamentais, que são a liberdade de associação e o direito de negociação coletiva, a abolição das discriminações no emprego, além da eliminação de todas as formas de trabalho compulsório e do trabalho infantil. Segundo estudo realizado pela OCDE, a adoção de padrões trabalhistas similares àqueles previstos pela Declaração da OIT não prejudica o comércio internacional dos países em desenvolvimento. A Declaração Ministerial de Cingapura ecoou o pleito dos países em desenvolvimento ao assinalar que a OIT é a instância apropriada para zelar pela aplicação dos direitos trabalhistas.

A OMC é alvo de críticas que apontam a excessiva ênfase dada ao livre-comércio e a falta de sensibilidade para as conseqüências negativas do processo de liberalização. Uma das evidências desse descontentamento encontra-se reproduzida no Relatório das Nações Unidas intitulado *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and Its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights*.[524] O relatório, preparado pela Subcomissão de Direitos Humanos, distingue duas formas de globalização: a globalização a partir de cima e a globalização a partir de baixo. As empresas transnacionais, os fluxos de investimentos, a formação do mercado mundial e a OMC ilustram a globalização a partir de cima.

523 LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*. op. cit., p. 57-58.

524 U.N. Commission on Human Rights, 52d Sess., Provisional Agenda Item 4, P15, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/13, (2000) (Preliminary report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama).

O relatório condena as tendências antidemocráticas da globalização a partir de cima, que conduzem a crescentes violações dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais. A OMC retiraria a liberdade que os países em desenvolvimento necessitam para levar a efeito políticas voltadas para o bem-estar da população. A globalização a partir de baixo, por outro lado, é protagonizada pelos movimentos que atuam em favor da defesa dos direitos humanos e do meio ambiente. Esses movimentos acrescentam uma dimensão democrática à globalização a partir de cima, principalmente no que tange ao repúdio às tendências hegemônicas que a acompanham. O relatório conclui que a OMC deve alterar a forma de participação dos países em desenvolvimento e das ONGs, além de modificar a relação que mantém com o sistema das Nações Unidas.[525]

Não é necessário abordar o mérito das críticas formuladas para perceber que a liberalização comercial não é um fim em si, mas um meio subordinado à elevação do nível de bem-estar, objetivo primordial dos tratados de direitos humanos. Nessa linha de idéias, sugeriu-se recentemente a realização de estudos de impacto social sobre os possíveis efeitos que a celebração de novo tratado comercial venha a causar.[526] Recomenda-se que se proceda de forma similar ao que se passa com os projetos de infra-estrutura que ameacem acarretar dano ao meio ambiente.[527] De posse das informações colhidas, os diplomatas estariam em melhores condições para decidir acerca da conveniência das futuras obrigações que vierem a ser estabelecidas.

Ninguém desconhece que o comércio está na raiz da globalização atualmente em curso. É preciso, por isso, que as regras que a regulam promovam e concretizem os direitos humanos nas relações econômicas internacionais. 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 deste material interpretativo. Já 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. Urge, outrossim, que as normas comerciais sejam interpretadas em consonância com a hierarquia do direito internacional. Sob esse aspecto, é preciso separar as hipóteses de conflitos entre normas de idêntica hierarquia daquelas em que o conflito se verifica

525 ALA'I, Padideh. A human rights critique of the WTO: some preliminary observations. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 33, n. 3/4, p. 551-552, 2001.

526 RICUPERO, Rubens. Overcoming fear first. *Finance and Development*, Washington, v. 42, n. 1, p. 10-11, Mar. 2005.

527 Ibid., p. 10-11.

entre normas situadas em níveis hierárquicos diferentes, já que uma das regras reveste a natureza de *jus cogens*.

5.2.3.3.3 Os conflitos entre os acordos da OMC e as Convenções de Direitos Humanos

Joost Pauwelyn distingue três situações em que uma defesa fundada nos direitos humanos pode ser apresentada em relação ao mérito de uma demanda promovida na OMC:[528]

1. *As violações das regras da OMC permitidas ou mesmo impostas pelos meios de solução de controvérsias de um tratado sobre direitos humanos*. É o caso da Resolução da Conferência Internacional do Trabalho, adotada com base na investigação levada a cabo por uma Comissão de Inquérito independente, sobre a necessidade de instituir providências contra Mianmar por graves violações da Convenção sobre Trabalho Forçado da OIT. Desde 1919, esta foi a primeira vez em que se recomendou a aplicação de sanções nos termos do artigo 33 da Constituição da OIT. Vários membros da OMC decretaram embargo comercial a Mianmar, o que suscita o conflito entre as regras da OMC que proíbem o embargo e a recomendação da OIT que o determinou. Pauwelyn defende a tese de que a Resolução da OIT deveria prevalecer por ser mais recente e específica. Em conseqüência, o sistema de solução de controvérsias da OMC não poderia, a pedido de um membro, determinar a ilegalidade do embargo.
2. *As infrações dos acordos da OMC permitidas ou impostas por um tratado de direitos humanos*. Isso ocorre quando uma medida é proibida pelos acordos da OMC, mas é prescrita ou permitida de maneira explícita pelos dispositivos de outro tratado ou pelo direito internacional costumeiro. Exemplificam esta situação as medidas que um membro da OMC deve tomar (ou tem direito de estabelecer) com base em um tratado multilateral sobre a proteção dos direitos humanos ou a preservação do meio ambiente que seja vinculante para todas as partes em disputa, ou, ainda, no contexto de um tratado bilateral que preveja a imposição de medidas incompatíveis com as normas da OMC. Se, na hipótese, o painel considerar que existe incompatibilidade normativa, cabe-lhe decidir qual das normas deverá preponderar, a partir das regras de conflito do direito internacional. Se prevalecer o tratado de direitos humanos, não se deve, na opinião de Pauwelyn, perquirir sobre eventuais violações das regras da OMC.
3. *As medidas que infringem os acordos integrantes do sistema multilateral de comércio, permitidas por um tratado de direitos humanos, sob a condição de que um painel da OMC verifique se foram violadas as disposições deste tratado*. Esta possibilidade surge se um tratado de cooperação econômica, celebrado por membros da OMC, autorizar o uso de sanções comerciais para punir a transgressão aos direitos humanos. Indaga-se se seria lícito, na ausência de averiguação prévia, efetuada de maneira independente por uma corte, tribunal ou comissão, impor sanções comerciais segundo a ótica de uma das partes. Pauwelyn assevera que, em princípio, a expansão da competência dos painéis a ponto de recobrir o exame da violação de outro tratado não pode ser aceita, pois sua jurisdição se circunscreve aos pleitos relativos aos tratados da OMC.

A proposta de Pauwelyn para resolver os conflitos entre os acordos da OMC e os tratados de direitos humanos parece colidir com os artigos 3.2 e 19.2 do ESC, que atribuem ao Órgão de Solução de Controvérsias a função de zelar pelo equilíbrio entre os direitos e obrigações dos membros. No tocante à primeira situação ventilada, negar-se-ia o direito que assiste aos membros de se rebelarem contra a adoção unilateral de sanções que não figurem expressamente no ESC.

A propósito da segunda situação, importa frisar que se o painel vier a aplicar uma norma não pertencente à OMC poderá haver o acréscimo de direitos e obrigações que não foram originariamente previstos. Como resultado, os painéis e o Órgão de Apelação têm competência para aplicar os tratados de direitos humanos contanto que não haja o aumento dos direitos e obrigações que os acordos da OMC houveram por bem contemplar.

Hipótese distinta surge quando se esboça o conflito entre normas que estão em níveis hierárquicos diferentes. As normas de *jus cogens* encontradas nos tratados de direitos humanos prevalecem sobre as regras comerciais que não estão no mesmo patamar hierárquico. A doutrina considera que as normas de *jus cogens* contêm obrigações *erga omnes,* fato que confere a todos os Estados interesse em sua proteção. As obrigações *erga omnes* não se confundem com as demais obrigações derivadas do direito internacional geral. Somente as obrigações devidas à coletividade de Estados podem, na verdade, receber esta denominação. Por outro lado, nem todas as obrigações que satisfazem esse requisito são obrigações *erga omnes*. Para que isso aconteça, é imprescindível que a coletividade de Estados esteja habilitada a exigir-lhe o cumprimento, pois ela tem interesse legal que justifica essa atitude.

A CIJ não distingue com clareza os conceitos de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*. Bruno Simma admite que as regras de *jus cogens* instituem obrigações *erga*

528 PAUWELYN, Joost. Human rights in WTO dispute settlement. In: COTTIER, Thomas; _____; BÜRGI BONANOMI, Elisabeth (Org.). *Human rights and international trade*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 218-224. Cf. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human rights and international trade law: defining and connecting the two fields. In: COTTIER, Thomas; PAUWELYN, Joost; BÜRGI BONANOMI, Elisabeth (Org.). op. cit., p. 29-94.

omnes ao se reportarem à totalidade dos Estados.[529] Esta posição é suficiente para motivar a invalidade dos tratados concluídos pelos Estados *inter se* que estejam em contradição com os interesses fundamentais da comunidade. A circunstância de que as obrigações *erga omnes* expressam interesse legal dos Estados em seu cumprimento não significa que acordos *inter se* incompatíveis com tais obrigações sejam sempre nulos. Diversamente, as normas peremptórias definem-se, precisamente, pela aptidão revelada para invalidar os tratados conflitantes. É concebível, em teoria, que algumas obrigações *erga omnes* não venham a produzir este efeito. Na prática, contudo, é difícil pensar em um exemplo de obrigação *erga omnes* que não derive de uma regra de *jus cogens*.

No caso Barcelona Traction,[530] a CIJ sublinhou os traços essenciais das obrigações *erga omnes:*

> In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-a-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. 34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.

Nas últimas décadas, cresceu a convicção de que os direitos humanos ensejam obrigações *erga omnes*. O Instituto de Direito Internacional posicionou-se nesse sentido em 1989 ao afirmar que essa obrigação configura um dever de solidariedade entre todos os Estados a fim de assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos.[531]

529 SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 250, n. 6, p. 300, 1994. Cf.. SIMMA, Bruno; ALSTON, Philip. The sources of human rights law: custom, jus cogens and general principles. *Australian Yearbook of International Law*, Sydney, v. 12, p. 82-108, 1988-1999.

530 Caso Barcelona Traction, par. 33-34.

531 International Law Institute. The Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States. *Annuaire de l'Institut de Droit International,* v. 63, p. 338, 1989.

A CDI, por sua vez, ao analisar os critérios identificadores das normas peremptórias, no § 5º dos Comentários ao artigo 26 do Projeto dos Artigos sobre a Responsabilidade do Estado assim se manifestou:

> The criteria for identifying peremptory norms of general international law are stringent. Article 53 of the Vienna Convention requires not merely that the norm in question should meet all the criteria for recognition as a norm of general international law, binding as such, but further that it should be recognized as having a peremptory character by the international community of states as a whole. So far, relatively few peremptory norms have been recognized as such. But various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties. Those peremptory norms that are clearly accepted and recognized include the prohibitions of aggression, genocide, slavery, racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self determination.[532]

A CDI reconhece que, na maior parte dos casos, os princípios interpretativos se mostram hábeis para resolver os conflitos normativos sem que se tenha que recorrer às regras secundárias sobre a responsabilidade do Estado:

> Where there is an apparent conflict between primary obligations, one of which arises for a State directly under a peremptory norm of general international law, it is evident that such an obligation must prevail. The processes of interpretation and application should resolve such question without any need to resort to the secondary rules of State responsibility. In theory one might envisage a conflict arising on a subsequent occasion between a treaty obligation, apparently lawful on its face and innocent in its purpose, and a peremptory norm. If such a case were to arise it would be too much to invalidate the treaty as a whole merely because its application in the given case was not foreseen. But in practice such situations seem not to have occurred. Even if they were to arise, peremptory norms of general international law generate strong interpretative principles which will resolve all or most conflicts.[533]

No caso de conflito com uma regra de *jus cogens*, a norma da OMC será declarada nula e não produz quaisquer efeitos. Esta é uma hipótese rara, não só pelo reduzido número de normas de *jus cogens*, mas também porque na maior parte

532 International Law Commission. *Report on the Work of its Fifty-Third Session, Official Records of the General Assembly*, Fifty-Sixth Session, Supplement n. 10, (A/56/10), p. 208.

533 International Law Commission. *Report on the Work of its Fifty-Third Session, Official Records of the General Assembly*, Fifty-Sixth Session, Supplement n. 10, (A/56/10), p. 207.

das vezes a interpretação segundo o princípio de boa-fé poderá superar a perspectiva de conflito.

Questão importante diz respeito à necessidade de saber se o Órgão de Apelação é competente para declarar a nulidade de uma norma da OMC incompatível com uma regra de *jus cogens*, ou se essa prerrogativa pertence, somente, à CIJ. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados não fornece resposta a esta indagação. O artigo 66 (a) determinou que "qualquer parte da controvérsia sobre a aplicação ou interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la a decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, em comum acordo, submeter a controvérsia à arbitragem". Não é difícil perceber que o artigo 66 apenas conferiu às partes a faculdade de recorrer à CIJ quando esteja em causa a aplicação dos artigos 53 e 64, mas não lhe concedeu o monopólio para opinar em tais controvérsias.

Esta circunstância não tolhe a relevante função que a CIJ desempenha nessa matéria graças à influência que as suas decisões exercem no campo do direito internacional. Além disso, a declaração de nulidade, pela importância que exibe, é ínsita ao exercício pleno da função jurisdicional. No presente cenário é forçoso reconhecer que o Órgão de Apelação poderá declarar a nulidade de uma norma da OMC que infrinja uma regra de *jus cogens*. Não lhe cabe, ordinariamente, decidir se os tratados de direitos humanos foram violados, mas é imprescindível que o Órgão de Apelação atue para resguardar a hierarquia das normas internacionais. Nesse caso, a obrigação de aplicar os tratados da OMC cede diante de uma norma hierarquicamente superior, que em razão disso deve prevalecer. As normas de *jus cogens* postulam obediência e respeito em todos os foros e níveis de jurisdição.

5.2.3.3.4 A responsabilidade dos membros da OMC pela violação dos tratados de direitos humanos

A responsabilidade do Estado membro da OMC pela violação das normas que protegem os direitos humanos é matéria estranha à competência do Órgão de Solução de Controvérsias. O Projeto dos Artigos sobre a Responsabilidade do Estado elaborado pela CDI cuida das conseqüências da violação das obrigações internacionais constantes das normas de *jus cogens* ou daquelas que não possuem esta natureza. A aplicação cumulativa dos artigos 42 e 48 permite concluir que as violações das normas de direitos humanos autorizam os Estados lesados a reivindicar a responsabilização do infrator. Abre-se ao Estado lesado a alternativa de, se preferir, recorrer às represálias. Os demais Estados poderão também invocar a responsabilidade do Estado que haja infringido uma obrigação *erga omnes* e buscar na instância jurisdicional adequada os remédios previstos pelo artigo 48, a saber: a cessação do ato ilícito, a garantia de não repetição nos termos do artigo 30, e a reparação do dano no interesse do Estado lesado ou dos beneficiários da obrigação violada.

É lícito concluir que a violação dos direitos humanos, apesar de não ser reparada por meio da atuação dos órgãos jurisdicionais da OMC, não libera o Estado infrator de suportar as conseqüências que seu ato acarreta. Os potenciais benefícios obtidos pelo Estado violador podem ser (parcialmente) anulados pela aplicação das regras sobre a responsabilidade do Estado em outra instância jurisdicional.[534] Muitas vezes, a interpretação de acordo com o princípio da boa-fé e a aplicação das regras da OMC em harmonia com as normas sobre direitos humanos serão suficientes para evitar conflitos entre os dois subsistemas normativos.[535] Desse modo, presume-se que os Estados tenham negociado de boa-fé os tratados da OMC e as convenções em matéria de direitos humanos, levando em conta os direitos e obrigações das partes. Este fato conduz a uma presunção segundo a qual inexiste, em princípio, conflito entre os tratados da OMC e as convenções sobre direitos humanos.

Situações de conflito aberto entre os dois subsistemas dificilmente ocorrem, mas, se algum conflito existir, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC não poderá efetuar a aplicação direta das normas a ela não pertencentes, entre as quais as regras sobre direitos humanos. Os órgãos jurisdicionais da OMC não são aptos para garantir a aplicação dos direitos humanos porque a sua atuação acabaria por acrescentar ou subtrair direitos e obrigações dos membros. Eles não são cortes de jurisdição geral com competência para aplicar as normas internacionais de forma ampla, o que os habilitaria a resolver quaisquer conflitos que lhes sejam submetidos. Compete-lhes, ao contrário, interpretar e aplicar o direito da OMC, mas devem fazê-lo de modo compatível com o direito internacional e, particularmente, com os tratados sobre direitos humanos.

Cumpre salientar, a esse respeito, que o artigo 103 da Carta das Nações Unidas estabelece: "No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta." O problema se pôs de forma aguda no caso Lockerbie[536] em que a CIJ considerou que os Estados membros da ONU devem executar as resoluções do Conselho de Segurança que estejam em conflito com outras obrigações internacionais.

A CIJ consignou que o Conselho de Segurança poderia requerer à Líbia a extradição do suspeito pelo atentado, ainda que a Convenção de Montreal para a Supressão de Atos Ilegais Contra a Segurança da Aviação Civil facultasse a realização do julgamento em seus tribunais internos. Já se observou que alguns artigos da Carta da ONU se referiram aos direitos humanos, elevados no Preâmbulo

534 MARCEAU, Gabrielle. WTO dispute settlement and human rights. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 13, p. 804, 2002.

535 MARCEAU, Gabrielle. WTO dispute settlement and human rights. op. cit., p. 804.

536 Caso Lockerbie, par. 42.

à condição de um fim que a ONU deve perseguir. No caso de conflito entre uma obrigação em matéria de direitos humanos, especialmente se de caráter universal, e uma obrigação decorrente de um tratado específico, a primeira prevalecerá, ou, se for isso possível, o dispositivo convencional que a abriga será interpretado em consonância com a obrigação assumida no campo dos direitos humanos. Os tratados da OMC se sujeitam a essa exigência numa indicação de que os direitos humanos serão levados em conta quando da interpretação das obrigações comerciais.

Conclusão

O fim do presente trabalho é a elaboração de critérios que auxiliem o intérprete a aplicar o direito internacional às controvérsias surgidas na OMC. As análises doutrinárias sobre essa matéria são, de alguma forma, insuficientes ou incompletas, e estão a reclamar nova perspectiva que supere as dúvidas e incertezas que o tema suscita. Busco, nesse sentido, apresentar um modelo teórico, concebido a partir das transformações do direito internacional contemporâneo, mais apropriado para compreender a relação entre os tratados da OMC e as demais normas internacionais, bem como propiciar ao intérprete orientação segura para julgar os litígios.

A reflexão se funda na premissa de que a OMC é parte do direito internacional, razão que a torna permeável à influência das suas normas e princípios, de modo que a solução de disputas terá que levar em conta essa realidade. Na decisão da primeira demanda que lhe foi submetida, o Órgão de Apelação ponderou que a OMC não está em "isolamento clínico" perante a totalidade do direito internacional, opinião que abriu caminho para alterações jurisprudenciais ainda não suficientemente exploradas. Cabe recordar, a esse propósito, que a jurisprudência da OMC ordinariamente recorre aos princípios tradicionais do direito internacional em apreço pela rica tradição principiológica sedimentada ao longo dos séculos. Os princípios da boa-fé e da proporcionalidade, mencionados em inúmeras decisões, são indispensáveis para fixar os limites ao exercício dos direitos que os tratados estabelecem e evitar os abusos, sempre condenáveis.

De maneira similar, as regras sobre interpretação constantes da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados são habitualmente invocadas para a resolução

das controvérsias. O artigo 3.2 do ESC alude às regras de interpretação do direito internacional público, o que levou o Órgão de Apelação a entender que os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena cumprem esses requisitos. Mas a interpretação do artigo 3.2 não deve ser restritiva a ponto de ignorar os princípios hermenêuticos que a jurisprudência internacional reconhece, a despeito de não figurarem no texto da Convenção de Viena.

Vislumbra-se estreita harmonia entre a atividade desempenhada pelo Órgão de Apelação da OMC e o comportamento de outros tribunais, em especial a Corte Internacional de Justiça. Sem hiato ou ruptura, os mesmos cânones parecem guiar o trabalho do intérprete, inspirado, diga-se de passagem, nas técnicas e métodos que a hermenêutica jurídica desenvolveu. Não há dúvida de que esse procedimento, além de evidenciar a semelhança que marca a atitude de instâncias jurisdicionais diversas, amplia a legitimidade das decisões e facilita o acatamento pelos interessados.

Cabe frisar, porém, que cada instância jurisdicional é um universo peculiar, não só pelas diferenças de estrutura, mandato e composição, mas principalmente pelo estilo que a singulariza, resultado, em grande medida, do ambiente em que atua. O estilo interpretativo do Órgão de Apelação deriva tanto da especificidade que exibe como parte de uma instituição criada para regular um setor especializado do direito internacional, quanto da herança do GATT, que ainda hoje continua a influenciar a ação dos membros da OMC. Mais do que qualquer outra corte internacional, o Órgão de Apelação revelou arraigado apego ao método literal de análise do sentido das palavras, manifestado nas abundantes citações dos dicionários. São cada vez mais numerosas as decisões que empregam o método contextual adequado para compreender a totalidade do ajuste, em franco repúdio à prioridade concedida a uma de suas partes.

A OMC é um subsistema aberto, dinâmico e poroso que, ao mesmo tempo, afeta a evolução do sistema jurídico internacional e recebe os efeitos das mudanças que nele se produzem. Ela não permanece imune ao que se passa em outras esferas do direito internacional. O princípio do desenvolvimento sustentável, vetor axiológico das convenções celebradas na Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, influiu no desenrolar da Rodada Uruguai com tal intensidade que mereceu acolhimento no preâmbulo do Acordo Constitutivo da OMC e repercutiu nas decisões do Órgão de Apelação. É de se registrar, nesse terreno, que a abertura axiológica marcou a formação do sistema multilateral de comércio após a Segunda Guerra Mundial.

O artigo XX do GATT, revitalizado com a criação da OMC, enumera várias exceções ao livre-comércio, a demonstrar que a realização de valores vitais para a existência coletiva foi não só admitida, mas também estimulada. As exceções do artigo XX permitem aos Estados a participação no sistema multilateral de comércio sem abdicar de parcela da soberania em aspectos primordiais para a ordem legal e política. É patente, contudo, a tensão entre o livre-comércio e as políticas

públicas que impedem ou dificultam o ingresso de bens importados. A interpretação das exceções do artigo XX é crucial tanto para a sujeição às obrigações vigentes na OMC quanto para a efetividade de iniciativas governamentais destinadas a proteger interesses sociais relevantes.

Alguns fatores, inerentes à cena internacional das últimas décadas, elevaram drasticamente a probabilidade de conflitos normativos. Destacam-se, entre esses fatores, o aumento espetacular das normas de cooperação, a aceleração da interdependência no nível universal e regional, a hierarquia dos valores e a generalização dos meios jurídicos de solução de controvérsias. O extraordinário crescimento do número de tratados multilaterais ensejou a perspectiva de conflitos entre normas de diferentes subsistemas, a exemplo do que pode acontecer entre os acordos da OMC e os tratados ambientais ou no interior do mesmo subsistema, caso típico de eventuais incompatibilidades entre as disposições dos acordos que compõem o sistema multilateral de comércio. Compromissos de liberalização comercial ameaçam colidir com normas internacionais instituídas para garantir objetivos sociais; a superioridade de certas normas, devido à consagração do *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, é causa potencial de conflito, e julgamentos proferidos em determinadas instâncias tendem a afetar setores que em princípio estão fora da sua abrangência original.

As antinomias ganharam, em conseqüência, significado desconhecido quando o volume de regras internacionais era pouco expressivo. Logo, definir em que circunstâncias a antinomia ocorre é de grande utilidade para a correta identificação das incompatibilidades normativas. Este não é um problema puramente teórico, que não guarda relação com o resultado final da controvérsia. O desfecho da disputa Indonesia – Autos, que teve lugar na OMC, teria sido outro se o painel tivesse considerado que há conflito entre o artigo 27.3 do Acordo sobre Subsídios e o artigo III – 2 do GATT de 1994. No direito internacional a antinomia se caracteriza pela existência de normas incompatíveis, de sorte que o intérprete não pode aplicar as duas regras simultaneamente.

O tema das antinomias denota a preocupação com a coerência do sistema normativo, expressa na definição de princípios que eliminem uma das normas incompatíveis. Sem desconhecer o labor secular dos juristas para enfrentar com êxito o problema, indico a necessidade de um segundo método, que coexista com as soluções tradicionais. Trata-se da aplicação simultânea, coerente e coordenada das várias fontes do direito internacional. O "diálogo" das fontes designa um novo modo de encarar a coexistência das normas, pelo qual a norma incompatível não é abandonada, mas se torna um recurso extremo a ser usado quando todos os demais vierem a falhar. A coerência se restabelece pela coordenação flexível das fontes: a descoberta da finalidade das normas se dá por meio da convivência e do "diálogo" entre elas.

A exuberante produção normativa nos últimos tempos traz à baila o risco de fragmentação e perda de unidade do direito internacional. A pluralidade, a

complexidade, a fluidez e o dinamismo marcam cada vez mais a organização e o funcionamento do sistema jurídico internacional. Nesse ambiente o "diálogo" das fontes aprimora a comunicação entre os subsistemas e recupera o sentido da totalidade a partir de uma diretriz unificadora. Com efeito, o "diálogo" das fontes não é estranho à tradição do direito internacional público consolidada em torno da preocupação com a unidade e coerência, graças à atuação de princípios comuns. Ele retoma e aplica à conjuntura atual idéias que vieram à luz para regular a relação entre os tratados num período em que a produção normativa rapidamente se expandia.

A presunção contra o conflito, desenvolvida por Wilfred Jenks há mais de meio século, é instrumento valioso para a harmonia das normas, condição para a eficiência e a justiça diante da tendência a disciplinar matérias muitas vezes convergentes. Radica na suposição de que a norma que as partes projetaram é compatível com o direito internacional existente; pressupõe-se que os Estados consideram as regras em vigor com a finalidade de se buscar harmonia entre o velho e o novo direito. O intérprete deve preferir a interpretação que harmonize o significado das duas normas se estiver em face de outras alternativas que tornem inevitável a colisão normativa.

Parece legítimo presumir que as disposições de um tratado, elaboradas amiúde ao final de exaustivas negociações, sejam harmônicas entre si e não contrariem os tratados previamente celebrados. A presunção que evita o conflito constitui desdobramento 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. Ao contrário da posição defendida por Jenks, 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.

O "diálogo" das fontes ocorre entre regras horizontais, que se encontram no mesmo nível hierárquico. Difere, assim, da relação normativa hierárquica, que penetrou no 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 um patamar inferior. Conclui-se, por isso, que os tratados da OMC se sujeitam às normas de *jus cogens* em razão da superioridade que preside o relacionamento entre tais regras.

O "diálogo" das fontes explica as interações entre as regras da OMC, que compõe um subsistema específico, e a totalidade do direito internacional público. Sem nenhuma pretensão de exaurir o assunto, distingo três "diálogos", mas reconheço que, conforme o ângulo adotado, outros "diálogos" poderão ocorrer.

O "diálogo" sistemático de coerência tem lugar quando um tratado, de caráter geral, fornece os conceitos básicos para a aplicação de tratados específicos

de subsistemas particulares que não são materialmente completos. É o que sucede no que concerne à aplicação das regras sobre a validade, a retroatividade, os conflitos e a interpretação dos tratados. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados estabelece o quadro conceitual indispensável para a aplicação dos acordos da OMC.

O "diálogo" de coordenação e adaptação propõe o delicado problema da compatibilidade entre as instâncias jurisdicionais. Não existe, a bem da verdade, conflito de jurisdição entre o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e os mecanismos para resolver divergências dos acordos regionais de comércio. A matéria que ambos focalizam é diferente, ainda que o conteúdo das obrigações seja semelhante. Analogamente, nenhum conflito emerge entre o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e os meios de solução de disputas previstos pelos tratados multilaterais ambientais, apesar da identidade das partes e da conexão das matérias discutidas. As obrigações, o procedimento e as sanções aplicáveis são diferentes.

O "diálogo" sistemático de complementaridade almeja a aplicação harmônica das normas e princípios do direito internacional, finalidade que a interpretação sistemática das normas, tantas vezes exaltada pela doutrina, sempre perseguiu. Esse fato enaltece, pelas implicações que possui, a importância da aplicação do direito internacional na OMC. Os painéis e o Órgão de Apelação gozam de jurisdição limitada e são competentes para analisar apenas as demandas fundadas nos acordos da OMC. Não se restringe com isso o direito a aplicar na resolução de uma disputa. Nos moldes do Tribunal Internacional do Mar, os painéis e o Órgão de Apelação, na ausência de limites expressos, têm competência para aplicar todas as fontes de direito internacional na solução dos litígios que se enquadram no âmbito da sua jurisdição.

Convém advertir que a aplicação das fontes de direito internacional se sujeita às regras constantes dos artigos 3.2 e 19.2 do ESC, segundo as quais os painéis e o Órgão de Apelação não podem acrescentar ou subtrair os direitos e obrigações estabelecidos nos acordos da OMC. Esse dispositivo não é uma regra usual de conflito que regule substantivamente a relação entre tratados colidentes. Não obstante acarretar efeitos indiretos, ao invés de apontar diretamente o direito substantivo aplicável a uma disputa, o artigo 3.2 compartilha com as regras substantivas de conflito o propósito de garantir a primazia, ainda que não exclusiva, do direito contido nos acordos da OMC.

A preservação do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos são duas áreas nas quais o "diálogo" das fontes se mostra essencial para a aplicação coordenada e simultânea das normas internacionais. A probabilidade de conflito entre os tratados pertencentes a esses domínios e os acordos que integram o sistema multilateral de comércio é vista com temor e apreensão pela doutrina, sobretudo pelos problemas que poderão advir da previsão de fins antagônicos entre si. Acresce notar que na "batalha" dos fins a estipulação de meios que conduzam a

resultados opostos agravaria ainda mais o receio de que a fragmentação dilacere o direito internacional em setores autônomos, governados por finalidades não raro colidentes.

É possível conceber instrumentos que aliviem essas preocupações na medida em que se possa fazer a aplicação harmônica das normas que regulam o comércio internacional, a preservação do meio ambiente e a proteção dos direitos humanos. O artigo XX do GATT de 1994 é uma via fundamental para que, por meio da interpretação sistemática, seja obtida a harmonia entre os objetivos que os subsistemas do direito internacional almejam realizar. É preciso destacar também o precioso auxílio que o artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena fornece ao intérprete nessa tarefa. Os acordos da OMC, ademais, contemplam disposições relativas à preservação do meio ambiente e à proteção dos direitos humanos, numa clara demonstração da abertura a valores que transcendem a esfera comercial propriamente dita. Este é mais um motivo que milita em favor da aplicação coordenada das normas em busca da coerência necessária, nesse caso, para a consecução da justiça.

O "diálogo" das fontes oferece uma resposta mais adequada para as dificuldades que cercam a aplicação do direito na OMC. A utilidade que proporciona reside em captar a conexão entre normas de subsistemas diversos segundo o princípio de coerência que, numa era de proliferação normativa, deseja conferir harmonia ao processo de aplicação das regras internacionais. Do ponto de vista teórico, o "diálogo" das fontes analisa sob novo prisma a relação entre as normas internacionais a partir da convergência e harmonia que as aproxima.

Os limites que possui aparecem, entretanto, quando se esboçam conflitos irreconciliáveis que caracterizam a presença das antinomias. O método que apresento enseja uma compreensão mais ampla da teoria das fontes do direito internacional na atualidade. A teoria clássica se contenta em descrever as fontes e precisar o modo de criação do direito internacional. Esta concepção privilegia o caráter estático das fontes, insensível à variada gama de interações que poderão intervir num mesmo horizonte temporal. O "diálogo" das fontes, atento à identidade de objetivos na regulação de temas similares, desloca a ênfase para a relação dinâmica entre as normas que as épocas de grandes mudanças introduzem. Ao estabelecer critérios capazes de identificar a unidade do direito internacional em meio à pluralidade normativa, o jurista contribui, assim, para edificar uma ordem que seja, simultaneamente, legítima e eficaz, aberta e flexível, que preserve a singularidade das partes sem corroer a unidade do todo.

TABELA I

DISPUTAS NA OMC	
Nome simplificado	**Referência completa**
Argentina – Footwear (EC)	Appellate Body Report, *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, DSR 2000:I, 515
Argentina – Footwear (EC)	Panel Report, *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear*, WT/DS121/R, adopted 12 January 2000, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS121/AB/R, DSR 2000:II, 575
Argentina – Textiles and Apparel	Appellate Body Report, *Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*, WT/DS56/AB/R and Corr.1, adopted 22 April 1998, DSR 1998:III, 1003
Brazil – Desiccated Coconut	Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/AB/R, adopted 20 March 1997, DSR 1997:I, 167
Brazil – Desiccated Coconut	Panel Report, *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/R, adopted 20 March 1997, as upheld by the Appellate Body Report, WT/DS22/AB/R, DSR 1997:I, 189
Canada – Aircraft	Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, adopted 20 August 1999, DSR 1999:III, 1377
Canada – Dairy	Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R and Corr.1, adopted 27 October 1999, DSR 1999:V, 2057
Canada – Patent Term	Appellate Body Report, *Canada – Term of Patent Protection*, WT/DS170/AB/R, adopted 12 October 2000, DSR 2000:X, 5093
Canada – Periodicals	Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997, DSR 1997:I, 449
Chile – Swordfish	Request for Consultations, *Chile – Measures affecting the Transit and Importing of Swordfish*, WT/DS193, 19 April 2000
Chile – Price Band System	Appellate Body Report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R, adopted 23 October 2002
EC – Asbestos	Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, DSR 2001:VII, 3243
EC – Asbestos	Panel Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/R and Add.1, adopted 5 April 2001, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS135/AB/R, DSR 2001:VIII, 3305

DISPUTAS NA OMC	
Nome simplificado	**Referência completa**
EC – Bananas III	Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, DSR 1997:II, 591
EC – Bananas III (Ecuador)	Panel Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Complaint by Ecuador*, WT/DS27/R/ECU, adopted 25 September 1997, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS27/AB/R, DSR 1997:III, 1085
EC – Bed Linen	Panel Report, *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, WT/DS141/R, adopted 12 March 2001, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS141/AB/R, DSR 2001:VI, 2077
EC – Computer Equipment	Appellate Body Report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopted 22 June 1998, DSR 1998:V, 1851
EC – Export Subsidies on Sugar	Appellate Body Report, *European Communities – Export Subsidies on Sugar*, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adopted 19 May 2005
EC – Export Subsidies on Sugar (Brazil)	Panel Report, *European Communities – Export Subsidies on Sugar, Complaint by Brazil*, WT/DS266/R, adopted 19 May 2005, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R
EC – Hormones	Appellate Body Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, 135
EC – Hormones (Canada)	Panel Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Complaint by Canada*, WT/DS48/R/CAN, adopted 13 February 1998, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, DSR 1998:II, 235
EC – Hormones (US)	Panel Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Complaint by the United States*, WT/DS26/R/USA, adopted 13 February 1998, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, DSR 1998:III, 699
EC – Poultry	Appellate Body Report, *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products*, WT/DS69/AB/R, adopted 23 July 1998, DSR 1998:V, 2031
EC – Poultry	Panel Report, *European Communities – Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products*, WT/DS69/R, adopted 23 July 1998, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS69/AB/R, DSR 1998:V, 2089
EC – Tariff Preferences	Appellate Body Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R, adopted 20 April 2004

DISPUTAS NA OMC	
Nome simplificado	**Referência completa**
EC – Tariff Preferences	Panel Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/R, adopted 20 April 2004, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS/246/AB/R
Guatemala – Cement I	Appellate Body Report, *Guatemala – Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico*, WT/DS60/AB/R, adopted 25 November 1998, DSR 1998:IX, 3767
India – Patents (US)	Appellate Body Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, adopted 16 January 1998, DSR 1998:I, 9
India – Patents (US)	Panel Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, Complaint by the United States*, WT/DS50/R, adopted 16 January 1998, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS50/AB/R, DSR 1998:I, 41
India – Quantitative Restrictions	Panel Report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, as upheld by the Appellate Body Report, WT/DS90/AB/R, DSR 1999:V, 1799
Indonesia – Autos	Panel Report, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R and Corr.1, 2, 3, and 4, adopted 23 July 1998, DSR 1998:VI, 2201
Japan – Alcoholic Beverages II	Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97
Japan – Alcoholic Beverages II	Panel Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adopted 1 November 1996, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, DSR 1996:I, 125
Japan – Film	Panel Report, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, WT/DS44/R, adopted 22 April 1998, DSR 1998:IV, 1179
Korea – Dairy	Appellate Body Report, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/AB/R, adopted 12 January 2000, DSR 2000:I, 3
Korea – Dairy	Panel Report, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products*, WT/DS98/R and Corr.1, adopted 12 January 2000, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS98/AB/R, DSR 2000:I, 49
Korea – Procurement	Panel Report, *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, adopted 19 June 2000, DSR 2000:VIII, 3541

DISPUTAS NA OMC	
Nome simplificado	**Referência completa**
Korea – Various Measures on Beef	Appellate Body Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, DSR 2001:I, 5
Korea – Various Measures on Beef	Panel Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/R, WT/DS169/R, adopted 10 January 2001, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, DSR 2001:I, 59
Thailand – H-Beams	Appellate Body Report, *Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland*, WT/DS122/AB/R, adopted 5 April 2001, DSR 2001:VII, 2701
Thailand – H-Beams	Panel Report, *Thailand – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland*, WT/DS122/R, adopted 5 April 2001, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS122/AB/R, DSR 2001:VII, 2741
Turkey – Textiles	Appellate Body Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/AB/R, adopted 19 November 1999, DSR 1999:VI, 2345
Turkey – Textiles	Panel Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 19 November 1999, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS34/AB/R, DSR 1999:VI, 2363
US – FSC	Appellate Body Report, *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, WT/DS108/AB/R, adopted 20 March 2000, DSR 2000:III, 1619
US – FSC	Panel Report, *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"*, WT/DS108/R, adopted 20 March 2000, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS108/AB/R, DSR 2000:IV, 1675
US – Gasoline	Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, 3
US – Gasoline	Panel Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, adopted 20 May 1996, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, 29
US – Lead and Bismuth II	Appellate Body Report, *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/AB/R, adopted 7 June 2000, DSR 2000:V, 2595
US – Offset Act (Byrd Amendment)	Appellate Body Report, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adopted 27 January 2003

DISPUTAS NA OMC	
Nome simplificado	**Referência completa**
US – Section 110(5) Copyright Act	Panel Report, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, adopted 27 July 2000, DSR 2000:VIII, 3769
US – Section 301 Trade Act	Panel Report, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, adopted 27 January 2000, DSR 2000:II, 815
US – Shrimp	Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998:VII, 2755
US – Shrimp	Panel Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R and Corr.1, adopted 6 November 1998, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2821
US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)	Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW, adopted 21 November 2001, DSR 2001:XIII, 6481
US – Shrimp (Article 21.5 – Malaysia)	Panel Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/RW, adopted 21 November 2001, as upheld by the Appellate Body Report, WT/DS58/AB/RW, DSR 2001:XIII, 6529
US – Upland Cotton	Appellate Body Report, *United States – Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/AB/R, adopted 21 March 2005
US – Upland Cotton	Panel Report, *United States – Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/R, and Corr.1, adopted 21 March 2005, as modified by the Appellate Body Report, WT/DS267/AB/R

TABELA II

DISPUTAS NO GATT	
Nome simplificado	**Referência completa**
Thailand – Cigarettes	GATT Panel Report, *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, BISD 37S/200, adopted 7 November 1990, DS10/R
US – Embargo of Tuna from Canada	GATT Panel Report, *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, BISD 29S/91, adopted 22 February 1982, L/5198
US – Section 337	GATT Panel Report, *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, adopted 7 November 1989, L/6439
US – Softwood Lumber	GATT Panel Report, *United States – Measures Affecting Imports of Softwood Lumber from Canada*, BISD 40S/358, adopted 27 October 1993, SCM/162
US – Tuna I	GATT Panel Report, *United States – Restrictions on Imports of Tuna – Complaint by Mexico*, circulated 03 September 1991, DS21/R
US – Tuna II	GATT Panel Report, *United States – Restrictions on Imports of Tuna – Complaint by the EEC and Netherlands*, circulated 19 June 1994, DS29/R

TABELA III

DISPUTAS NA CIJ	
Nome simplificado	**Referência completa**
Admissão de Estado Membro à ONU	Advisory Case: *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)* (1947-1948)
Arbitragem do Rei da Espanha	*Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)* (1958-1960)
Atividades Militares e Paramilitares	*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (1984-1991)
Barcelona Traction	*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)* (1962-1970)
Certas Despesas	Advisory Case: *Certain Expenses of the United Nations* (1961-1962)
Conseqüências Jurídicas da Presença Continuada da África do Sul na Namíbia	Advisory Case: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (1970-1971)
Delimitação do Mar Territorial entre Catar e Bahrein	*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)* (1991-2001)
Direito de Passagem	*Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)* (1955-1960)
Disputa fronteiriça	*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* (1983-1986)
ELSI	*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)* (1987-1989)
Empréstimos Noruegueses	*Certain Norwegian Loans (France v. Norway)* (1955-1957)
Estreito de Corfu	*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* (1947-1949)
Fronteiras terrestres e marítimas	*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/ Honduras: Nicaragua intervening)* (1986-1992)
Gabcíkovo-Nagymaros	*Gabcíkovo-Nagymaros (Hungary/Slovakia)* (1993)
Golfo do Maine	*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* (1981-1984)
Haya de La Torre	*Haya de la Torre (Colombia v. Peru)* (1950-1951)
Interpretação dos Tratados de Paz	Advisory Case: *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania* (1949-1950)

DISPUTAS NA CIJ	
Nome simplificado	**Referência completa**
Lockerbie	*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)* (1992-2003)
Minquiers e Ecrehos	*Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)* (1951-1953)
Nacionais dos EUA no Marrocos	*Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States)* (1950-1952)
Pesca Islandesa	*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* (1972-1974); *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)* (1972-1974)
Pessoal Diplomático dos Estados Unidos em Teerã	*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)* (1979-1981)
Plataforma Continental	*Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* (1978-1982)
Plataforma Continental do Mar do Norte	*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/ Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)* (1967-1969)
Reparação de Danos a Serviço da ONU	Advisory Case: *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (1948-1949)*
Sudoeste Africano	*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* (1960-1966)
Testes Nucleares	*Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (1973-1974); *Nuclear Tests (Australia v. France)* (1973-1974)
Timor Oriental	*East Timor (Portugal v. Australia)* (1991-1995)

TABELA IV

DISPUTAS NA CPJI	
Nome simplificado	**Referência completa**
Austro-German Customs Union	*Customs Regime between German and Austria*, PCIJ 1931 (ser. A/B) n. 41.
Chorzow	*Interpretation of judgments nº 7 and 88 (factory at Chorzow)*, PCIJ 1927 (ser. A) n. 13.
Convenção sobre o Trabalho Noturno das Mulheres	*Interpretation of the convention of 1919 concerning employment of women during the night*, PCIJ 1932 (ser. A/B) n. 50.
Decretos de Nacionalidade	*Nationality decrees issued in Tunis and Morocco*, PCIJ 1922 (ser. B) n. 4.
Empréstimos sérvios e brasileiros	*Payment of various Serbian loans issued in France.Payment in gold of the Brazilian federal loans issued in France*, PCIJ 1929 (ser. A) n. 20-21.
Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa	*German interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ 1926 (ser. A) n. 7.
Jaworzina	*Delimitation of the Polish-Czecholovakian frontier (question of Jaworzina)*, PCIJ 1923 (ser. B) n. 8.
Lotus	*The S.S. Lotus*, PCIJ 1927 (ser. A) n. 10.
Mavromatis	*The Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ 1924 (ser. A) n. 2.
Oscar Chinn	*Oscar Chinn (U.K. v. Belg.)*, PCIJ 1934 (ser. A/B) n. 63.
Desvio de águas de Meuse	*Diversion of water from the Meuse*, PCIJ 1937 (ser. A/B) n. 70.
Tratado de Neuilly	*Treaty of Neuilly, article 179, annex, paragraph 4 (interpretation)*, PCIJ 1924 (ser. A) n. 3.
Tratamento de Nacionais Poloneses em Dantzig	*Treatment of polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Dantzig territory*, PCIJ 1932 (ser. A/B) n. 44.
Wimbledon	*The S.S. Wimbledon*, PCIJ 1923 (ser. A) n. 1.
Zonas francas	*Free zones of Upper Savoy and the district of Gex (second phase)*, PCIJ 1934 (ser. A) n. 24.

TABELA V

OUTRAS DISPUTAS CITADAS	
Tribunal	**Referências**
Tribunal Penal para a Antiga Iugoslávia	Caso Tadic – *Tadic (IT-94-1) "Prijedor"*.
Corte de Justiça Centro-Americana	Costa Rica v. Nicaragua, 11 Am. J. Int'l L. 181 (Cent. Am. Ct. J. 1916).
Corte Européia de Direitos Humanos	Caso Al-Adsani – *Al-Adsani v. The United Kingdom*, judgment of 21 November 2001.
	Caso Golder – *Golder v. United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A, n.18, p 14, para. 29, published in 57 ILR 201.
	Caso Handyside – *Handyside vs. United Kingdom*, 1 Eur. H.R.Rep. (ser.A) 737 (1980).
	Caso Loizidou – *Loizidou v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI.

Referências Bibliográficas

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

_____. Cours général de droit international public. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 207, n. 7, p. 9-463, 1987.

_____. The WTO dispute settlement and general international law. In: YERXA, Rufus; WILSON, Bruce (Org.). *Key issues in WTO dispute settlement*: the first ten years. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 7-11.

AGO, Robert. Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 134, n. 3, p. 227-331, 1971.

_____. Nouvelles reflexions sur la codification du droit international. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 92, n. 3, p. 539-576, 1988.

AHN, Dukgeun. Environmental disputes in the GATT/WTO: before and after US – shrimp case. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 20, n. 4, p. 819-870, Summer 1999.

_____. Linkages between international financial and trade institutions: IMF, World Bank and the WTO. *Journal of World Trade*, Geneva, v. 34, n. 4, p. 1-35, Aug. 2000.

ALA'I, Padideh. A human rights critique of the WTO: some preliminary observations. *George Washington International Law Review*, Washington, v. 33, n. 3/4, p. 537-553, 2001.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.