

INTERPRETAÇÃO ANTROPOCÊNTRICA: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA PARA UMA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO DEMOCRÁTICA

RUI CARLO DISENHA^{*}

RESUMO

A Organização Mundial do Comércio é um organismo internacional especializado na proteção das relações comerciais. Tem competência jurisdicional para resolver conflitos entre seus membros e, para tanto, adota um critério interpretativo literal-restritivo. Todavia, essa postura hermenêutica contraria a evolução internacional da proteção dos direitos humanos e põe-se na contra-mão da experiência contemporânea. Para se que torne um organismo em harmonia com o atual estágio das relações internacionais, a OMC precisa adequar seus critérios hermenêuticos no sentido de adotar um fundamento antropocêntrico para a interpretação de suas normas, transformando-se, então, em um órgão democrático e aberto, adequado ao atual estágio de desenvolvimento do Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Organização Mundial do Comércio; interpretação de tratados comerciais; direitos humanos.

ABSTRACT

The World Trade Organization (WTO) is an international organization that deals with the protection of commercial relations. WTO has a jurisdictional role in solving conflicts between its members, based on hermeneutical criteria for literal and restrictive interpretation of legal texts of and treaties. However, such hermeneutical position goes against the international protection of human rights, which seems to be the recent main goal of International Law. In order to adapt to this new trend in international relations, WTO needs to adjust its hermeneutical criteria and adopt an anthropocentric foundation for the interpretation of international treaties. Doing so, the organization may become a fully democratic and open organ, suitable to the contemporary stage of development of International Law.

KEYWORDS: World Trade Organization. Interpretation of commercial treaties. Human rights.

^{*} Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor Adjunto da Universidade Positivo.

SUMÁRIO

Introdução. 1 – A construção da OMC e seus critérios interpretativos atuais. 1.1 – O Comércio Internacional no pós-Guerra Fria, a OMC e o Brasil. 1.2 – Os critérios de interpretação na solução de controvérsias pela OMC. 1.2.1 – Critérios gerais de interpretação dos tratados. 1.2.2 – A interpretação dos tratados na OMC. 2 – Alguns problemas com os critérios de interpretação atualmente adotados pela OMC. 2.1 – As desigualdades entre estados e os riscos do “livre comércio”: a manutenção do *status quo*. 2.2 – Um exemplo do problema: acordos de livre comércio *trips-plus* na experiência Norte-Americana. 3 – A OMC e os direitos humanos. 3.1 – a evolução dos direitos humanos. 3.2 – Uma interpretação antropocêntrica na solução de controvérsias na OMC. 3.3 – Exceções na OMC e os direitos humanos. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir os critérios hermenêuticos adotados pela Organização Mundial do Comércio (OMC) na solução de controvérsias de sua competência. O problema que se apresenta se refere especialmente às críticas que sofre essa organização por adotar critérios restritivos de interpretação dos tratados comerciais, impedindo o acesso de tendências humanizadoras nos seus julgados. Ao buscar apenas a vontade das partes expressa nos tratados e ao se posicionar de forma refratária a uma interpretação aberta à proteção dos direitos humanos, sob a defesa de não ser esse tema de sua alçada, pergunta-se se a OMC não se encontra em oposição às tendências contemporâneas das relações internacionais e, mesmo, em conflito com algumas delas. Ademais, tal posicionamento parece se fulcrar em uma postura ideológica que anda em contrário senso ao do desenvolvimento humano.

Assim, em um primeiro capítulo discute-se a formação da OMC e quais são os critérios interpretativos que adota. Para tanto, apresenta-se o histórico do órgão no pós-Guerra Fria, bem como a posição do Brasil nessa construção. Em seguida, discutem-se os critérios adotados na interpretação das normas aplicáveis pelo órgão de solução de controvérsias da OMC em comparação com as regras gerais de interpretação dos tratados determinadas pela Convenção de Viena sobre Tratados de 1969. Em seguida, discute-se, em um segundo capítulo, os problemas que a adoção de uma interpretação literal-restritiva pode produzir, sobretudo referindo-se à desigualdade reinante na esfera internacional no que se refere aos Estados, mas também apresentando o caso dos Acordos de Livre Comércio *TRIPS-plus* como exemplo dessa realidade.

Finalmente, em uma terceira parte, apresenta-se um critério hermenêutico que poderia ser adotado pela OMC como forma de se tornar um organismo internacional efetivamente democrático. Para tanto, demonstra-se a construção do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a compreensão universal de que as garantias do indivíduo são a *lingua franca* das relações internacionais contemporâneas. Em seguida, discorre-se acerca da impropriedade do critério hermenêutico adotado pela OMC nesse contexto internacional para, em seguida, propor-se a esse organismo internacional uma interpretação fundada na garantia e proteção dos direitos humanos, tanto como critério geral de fundamento, quanto como aplicativo importante e esclarecedor às exceções dos textos da OMC que permitem a proteção dos direitos humanos – mormente o artigo XX do GATT.

A conclusão indica o resultado do pensamento expresso neste trabalho: o de que um organismo internacional do calibre da OMC não pode permitir o reinar de uma ideologia voltada meramente à segurança das relações comerciais quando toda a experiência internacional caminha em um sentido diverso: o da garantia do ser humano no mundo globalizado.

1 – A CONSTRUÇÃO DA OMC E SEUS CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS ATUAIS

1.1 – O Comércio Internacional no pós-Guerra Fria, a OMC e o Brasil

Os anos da Guerra Fria, seguindo os propósitos dos acordos de Dumbart Oaks (1944), Bretton Woods (1944) e São Francisco (1945), testemunharam a reconstrução do comércio internacional pela gradativa redução das barreiras econômicas, as quais foram levantadas, sobretudo, ao final do padrão-ouro e do período entre-guerras. A abertura do protecionismo econômico e o adensamento normativo do sistema multilateral de comércio, doravante engendrados, tiveram no *General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*, de 1947, o mecanismo indispensável para a consecução de um espaço de diálogo econômico internacional, capaz de encontrar, por meio de discussões, a certeza e a previsibilidade que o comércio exterior necessitava.¹

¹ SABA, Sérgio. *Comércio internacional e política externa brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 143-170.

Na esteira das significativas Rodadas de Negociação, a ver-se em Kennedy (1964-68), Tóquio (1973-79) e Uruguai (1986-94), o GATT promoveu, em torno de quatro décadas, o debate coletivo de barreiras tarifárias e não-tarifárias, que atravancavam o fluxo mundial das relações econômicas. Tal fato se torna visível, em especial, a partir dos anos 1970, quando, em meio às crises financeira e energética do capitalismo, a expansão do comércio exterior atingiu índices jamais experimentados na história econômica moderna.²

Enquanto o Produto Mundial cresceu a uma taxa média de 3,8% entre 1970 e 1995, o Comércio Exterior o fez a um patamar médio de 5,6%. Isso representa, dentre tantos aspectos possíveis de interpretação, ao menos a importância crescente que ele passou a desempenhar no seio do capitalismo contemporâneo.

Esse aparecimento, conquanto tenha intensificado sobremaneira as trocas comerciais entre as nações, fazendo lentamente países em desenvolvimento se tornarem pequenos atores mundiais, não foi, e, tampouco o é, simétrico e equânime na divisão internacional do capitalismo. É possível, ainda, mesmo na era do “multilateralismo econômico” identificar pólos de domínio de fluxos comerciais. Os números referentes às exportações mundiais bem demonstram a fatia que cabe a cada um dos focos internacionais: Europa Ocidental (40%), Ásia – sem Japão e Oriente Médio (18%), América Anglo-Saxônica (17%), Japão (7%), América Latina (6%), CEI e Europa Oriental (5%), Oriente Médio (4%) e África (1,6%). Os quatro primeiros, juntos, concentram cerca de 80% das exportações, ademais, 28% ocorre tão-somente na interregionalidade da EU e 19% no NAFTA, o que corrobora a tese da desigualdade intercomercial.

Entretanto, as diferenças existentes não ofuscam as conquistas singulares operadas pela “estruturação jurídica” dos mercados, cujo auge regulatório ocorreu ao fim da Rodada do Uruguai, quando o Acordo de Marrakesh deu personalidade jurídica à WTO – *World Trade Organization* – ou OMC (Organização Mundial do Comércio), em 1995. A OMC viabilizou o antigo projeto da *International Trade Organization* – ITO, barrada pela recusa senatorial norte-americana nos anos 1940 (que preferira “acordos bilaterais” em detrimento dos plurilaterais), então não mais existente, em decorrência da ameaça do crescimento europeu.

² LAFER, Celso. *O GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a América Latina*. In.: *Revista de Direito Mercantil*, a. 3, n. 10, p. 41-46, 1971.

Seguindo os passos do GATT, já que, sem solução de continuidade, representou particular avanço operacional, a OMC (conhecida à época como “the GATT with teeth”) se manteve atrelada aos objetivos de seu antecessor na institucionalização do comércio mundial, ao mesmo tempo em que o aperfeiçou, transformando as “partes-contratantes” que escolhiam livremente os acordos a que adeririam (sistema “*pick and choose*”, “*forum-shopping*”, ou, “*GATT à la carte*”) em “estados-membros”, costurados na lógica da “aceitação em bloco” (*single undertaking*) de suas regras.

Deste modo, a OMC, reunida em seus painéis, passou a intensificar a utilização dos princípios anteriormente previstos da “cláusula da nação mais favorecida”, do “tratamento nacional”, da “proibição de restrições quantitativas”, etc., e, sobretudo, a juridicizar o “mercado mundial” por meio da implementação das políticas criadas na oitava Rodada do GATT, quais sejam: o GATT/94 (GATT/47 mais as atualizações); o *Trade-Related of Investments* – TRIM's, para as discussões sobre investimentos e capitais, outrora reclusos às instituições financeiras (WB, IMF); o *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIP's, sobre propriedade intelectual; o *General Agreement on Tariffs in Services* – GATS, sobre serviços.²

Esse alargamento peculiar proporcionado pelo Acordo de Marrakesh, recentemente revigorado em discussões sobre as consideradas “cláusulas de paz”, como os temas dos subsídios agrícolas, a ver-se pela ainda frustrada Rodada Doha, apenas denota o papel fundamental da OMC para a “diplomacia econômica” dos países desenvolvidos, e a melhor distribuição de renda e de mercado para os países em desenvolvimento (pressões antepostas pelo G-20).

Estruturada por uma Conferência Interministerial (chanceleres e ministros de comércio exterior de todos os estados-membros, hoje, 151, reunindo-se a cada dois anos); um Conselho Geral (embaixadores ou representantes, com função executiva); um OSC – Órgão de Solução de Controvérsia (árbitros indicados pelos países, que se organizam em Grupos Especiais, para avaliarem as reclamações – consultas, além de um Órgão de Apelação), um Órgão de Revisão de Políticas Comerciais (que, segundo a importância das economias dos países que lhe são membros, avalia

² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 4 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.; SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 211 e segs.

suas políticas comerciais em períodos diferentes); assim como por Conselhos e Comitês, para questões temáticas, como meio ambiente, propriedade intelectual, serviço, desenvolvimento econômico, etc., seu grande propósito é a resolução de controvérsias no âmbito do comércio internacional.

Os Estados, já que as empresas interessadas não têm capacidade postulatória, tampouco as ONG's, meras *amicui curiae*, assumem a existência de conflitos decorrentes da postura dos outros Estados, e pleiteiam a resolução do impasse perante a arbitragem do OSC. Seu propósito passa a ser, assim, a obtenção de um relatório que lhes seja favorável e reconheça o seu direito de disputar parcela do mercado.

Reconhecido, cabe ao perdedor cumprir as exigências que lhe foram requisitadas, sob pena de “compensação” ou de “suspensão temporária de direitos e benefícios”. Deste modo, prevendo um sistema sancionatório, a OMC se torna um instrumento valioso de consecução da transnacionalização do mercado, concedendo benefícios nítidos aos países setentrionais, ao mesmo tempo em que os concede aos países em estágio de crescimento.³

A defesa da OMC, ainda que suas predileções fiquem evidentes nas rodadas destinadas a produtos industrializados, torna-se imperiosa. Afinal, na linha da United Nations Conference on Trade and Development – UNCTAD, para os países em desenvolvimento, tal qual o Brasil, a constituição desse órgão representa um lugar de diálogo e de debate sobre os entraves do comércio exterior, cujas amarras jamais poderiam ser voluntariamente desfeitas pela pressão solitária de um ou outro Estado.⁴

O Brasil, que vira com bons olhos a primeira conferência – Rodada de Seattle (1995-99), também denominada de Rodada do Milênio – sobre subsídios agrícolas, teve seus interesses frustrados em razão do rápido fracasso das negociações, embora tenha novamente se agitado pela segunda conferência – Roda de Doha (2001-), também chamada de Rodada de Desenvolvimento –, ainda em voga. Neste último estágio de discussão, cujo fim estava previsto para 2005, mantém-se em aberto, à espera que os EUA deixe de conceder, mediante naturais trocas compensatórias, os 7 bilhões de

³ SALDANHA, Carolina. *A defesa comercial na organização mundial do comércio*. In.: O Brasil e o contencioso na OMC. T. II, São Paulo: Saraiva-GVLaw, p. 3-50, 2009.

⁴ LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

dólares anuais em subsídios aos agricultores, assim como a Europa aceita barganhar com a sua *Common Agricultural Politics* – CAP.

Apenas a título de aprofundamento, já que o Brasil pretende ter um espaço cada vez mais decisivo nas negociações da OMC, e, hoje, começa a se tornar uma chave importante na concretização dos direitos humanos – a se ver pelas últimas declarações feitas contraditoriamente tanto pelo presidente do Irã quanto de Israel, convém compreender brevemente a participação nacional no comércio internacional.⁵

A participação brasileira no fluxo das trocas entre as nações de mercadorias, prestações de serviços, transferência de capitais e investimentos, etc., que hoje sustenta o complexo modelo de comércio internacional, naturalmente não foi uniforme ao longo da sua história, e assim como, de resto, também os demais países latino-americanos. A condição de “periferia” ou “semi-periferia” (como se afirmaria cientificamente a partir dos anos 1950) que coube aos países latino-americanos na divisão internacional do trabalho e do comércio, certamente delimitou o percurso de sua balança comercial, ora exclusivamente extrativista, ora repleta de bens primários, ora balanceada por manufaturas de baixo conteúdo tecnológico, ora, recentemente, por produtos originários, etc.

Essa imposição feita aos países ex-colonizados ou dominados por aqueles que erigiram a ordem econômica internacional, inevitavelmente, deixou a marca indelével, e com a qual hoje tanto se luta, de se constituírem, na essência, de países primário-exportadores que, apesar do processo significativo de industrialização vivenciado pelas políticas desenvolvimentistas do séc. XX, não conseguiram, por certo, fugir a alcunha que lhe foi posta. Ao se tornarem nações, e o Brasil segue exemplo significativo por seu crescimento atual, colocaram-se num tabuleiro comercial em que as “regras” já estavam postas, e, portanto, o que lhes poderia sobrar era tão-somente servirem de mercados de matéria-prima e consumo para os produtores da revolução industrial.

Inobstante as críticas operadas pelos estruturalistas sob o signo da CEPAL entre os anos 40 e 60, na maestria de Raul Prebisch, Maria Tavares, Celso Furtado, etc., que questionaram o neoclassicismo ricardiano e mostraram a deterioração dos termos de troca, a pauta de exportações brasileiras se manteve, durante o séc. XIX e XX, imensamente sustentada pela economia agro-

⁵ LESSA, Antônio Carlos; OLIVEIRA, Henrique Altemani de. *Política internacional contemporânea: mudo em transformação*. São Paulo: Saraiva, 2007.

exportadora, e, embora tenha movimentado uma grande mudança tecnológica capaz de produzir para dentro e não apenas para fora, sua contabilidade ainda está longe de ser equânime no que tange aos produtos do fluxo comercial.

O Brasil se construiu no último século, que no início se gravava apenas pela essencialidade do café, do cacau, da borracha, e outros poucos produtos, como um grande exportador de bens primários. Seus maiores *commodities* atrelaram-se ao que, por muito tempo se acreditou ser o seu destino, por possuidor de vastas terras e excedente de mão-de-obra sem qualificação que é: um celeiro do mundo.

Contudo, recentemente, apesar das instabilidades no campo econômico e da manutenção da alcunha hegemônica que lhe foi etiquetada, o Brasil, conquanto não seja um “tigre asiático” dos anos 1990 ou uma China em franco crescimento, tem se mostrado economicamente viável, não apenas pela estabilidade monetário-financeira, mas pelo desenvolvimento industrial e tecnológico, indispensável para mudar as estatísticas de sua balança de pagamentos. Sua capacidade de diversificação de pauta de exportações tem sido visivelmente potencializada, à medida que, sob a logística do Estado atual e da diplomacia que se aplica atualmente, sua qualidade de se tornar um ator político-econômico no cenário internacional é cada vez mais apreciada pelos países emergentes, que o veem com uma maturidade fundamental: habilidade em estabelecer reciprocidade entre os seus desígnios e as estruturas hegemônicas.

Nessa evolução, o país ganhou uma extraordinária força de vendas e inserção internacional, que cresce acima da média mundial. Não apenas seus produtos mudaram, como as empresas brasileiras gradativamente estão se desterritorializando e procurando alcançar investimentos em outros países. Isso fica factível ao se ver que a economia brasileira tem ampliado a sua integração pela força do comércio e dos Investimentos Diretos Externos (IDE), que já somam cerca de US\$ 100 bilhões.

Pode-ser sustentar, portanto, que surge uma “nova cultura exportadora”⁶, vez que as empresas já têm a exportação como algo contínuo e não ocasional e o mercado internacional também é seu grande parceiro, devendo fazer parte de suas escolhas estratégicas. Sua capacidade de manter as variações cambiais pela poupança

⁶ TACHINARDI, Maria Helena. *Surge uma nova cultura exportadora*. In *Revista Conjuntura Econômica*, São Paulo, Seção Comércio Exterior, set. 2007, p. 18-24.

interna acumulada, bem como pela independência e possibilidade de resistir a mudanças conjunturais na economia internacional e sua diversidade de parceiros, tornam o país um grande “negociador” nos foros comerciais externos.

Atualmente, o comércio Sul-Sul já representa cerca de 46% do comércio internacional global dos países do Sul (Roberto Azevedo), o que bem demonstra a sua diversidade de parceiros. Nos últimos oito anos o incremento das exportações brasileiras para a Aladi, Mercosul, Ásia e China tem sido sempre notoriamente crescente, enquanto o declínio, apesar da importância, dos lugares tradicionais se verifica: EUA, União Europeia, Japão, Canadá, etc.

Apesar dos entraves e das dificuldades dos “acordos comerciais” com o Mercosul, México, CAN, etc., em contribuir para o incremento das exportações, dada a incapacidade de uma redução mais rápida das tarifas, da ausência de preferências tarifárias, de boa parte dos acordos se darem com a “OMC *plus*” (logo, incluindo disciplinas que vão além do acordado na OMC), do país ter de negociar em bloco com seus parceiros do Mercosul, etc., os acordos dão estabilidade e visibilidade nacional.

A marca da política comercial atual tem sido clara: a preferência pelo multilateralismo em detrimento dos acordos bilaterais. Trata-se de uma opção pensada para dar resultados ao comércio exterior brasileiro a longo prazo, já que estes não cuidam de temas como subsídios agrícolas à exportação, regras de anti-*dumping* e direitos compensatórios. Porém, seus efeitos são lentos se comparados aos bilaterais, razão pela qual estes também não têm sido esquecidos, apesar de esbarrarem no gigantismo do Brasil na sua questão agrícola. Israel, países do Golfo, e, sobretudo a Índia, além do Mercosul-União Europeia estão no alvo da política comercial bilateral brasileira.

Ao lado da diversidade de parceiros, o comércio exterior brasileiro está cada vez mais robusto pelo acesso facilitado a outros mercados. Ao internacionalizar a sua economia, muitas empresas brasileiras, que se desterritorializaram, passaram a produzir em países que pertencem a determinados blocos comerciais, com programas de redução de tarifas e barreiras não-tarifárias (tal o NAFTA e seus constituintes; o Chile, com sua gama de acordos com EUA, Japão, EU, etc.) Assim, as próprias empresas brasileiras foram beneficiadas, ganhando em escala e escopo, além de capacitação tecnológica, ampliando a inserção do comércio brasileiro. Essa ampliação acaba também trazendo frutos para o país, que vê

incremento tecnológico, melhoria de salários e de renda, expansão de divisas, etc.

Diante dessa inserção das empresas multinacionais brasileiras e da diversificação de parceiros, agrega-se a multiplicação e diferenciação de mercados e produtos, concluindo o crescente progresso do comércio exterior pátrio. Essa diversificação fica evidente à medida que as crises no câmbio internacional, como a recente dos créditos *subprime* no âmbito do mercado imobiliário americano causou, não tem afetado o país de modo tão significativo como outrora. Eventual valorização cambial afeta, por exemplo, a exportação de setores mais sensíveis ao câmbio, como os de baixa tecnologia (calçados, móveis e têxteis) ou de média tecnologia (ferro e aço) – que sempre constituíram a primazia da pauta nacional dada o excesso de mão-de-obra – enquanto outros setores de maior capacitação tecnológica (automóveis, aviões, motores para veículos, aparelhos transmissores ou receptores e componentes, etc.) conseguem manter o fluxo do volume de bens exportados.

Recentes estudos demonstram que a “cesta de commodities” não tem verificado um crescimento tão elevado nos produtos agrícolas ou mesmo no petróleo e nos minerais (o que se poderia esperar num eventual “doença holandesa”, que atingisse o país pelo excesso de importação de matérias-prima pelo sudeste asiático), mas, ao contrário, o aumento tem se dado nos produtos diferenciados ou industriais. Apesar dos commodities ainda dominarem uma parcela um pouco acima da metade das exportações brasileiras, cerca de 56% (o que demonstra a herança histórica de que se falava), o crescimento gradativo tem ocorrido nos bens industrializados. O volume de exportação dos combustíveis tem superado o agronegócio, assim como os industrializados altamente tecnológicos (aviões) tem superados os calçados e têxteis.

Assim, a inserção internacional do Brasil pelo seu comércio exterior é, como visto, cada vez mais crescente: desterritorialização de empresas, diversificação de parceiros, ampliação do volume da pauta de exportações, modificação substantiva da cesta de bens, etc. Contudo, ainda precisam ser trabalhados alguns problemas essenciais como a melhora da infra-estrutura, da produtividade, do desenvolvimento de pesquisas a fim de que o país de torne realmente um efetivo *global trader*.⁷

⁷ TACHINARDI, Maria Helena. *Surge uma nova cultura exportadora*. In *Revista Conjuntura Econômica*, São Paulo, Seção Comércio Exterior, set. 2007, p. 18-24.

Se do ponto de vista comercial, há questões a serem trabalhadas para se derrubarem as barreiras alfandegárias aos produtos nacionais, sem dúvida, maiores existem na participação do Brasil na luta pela proteção dos direitos humanos. À medida que se torna um *global player* abrem-se espaços para que o país, na interpretação dos tratados comerciais, venha a valorizar temas de fundo constitucional, como a proteção ao meio ambiente, as relações de trabalho, a dignidade humana, em suma, os velhos e recorrentes princípios da Carta de 1948.

Eis porque refletir a interpretação dos acordos da OMC com vistas a construir um diálogo com os direitos humanos se apresenta aos juristas brasileiros como um tema atual e de nítida importância. O bom uso de espaços interpretativos nos acordos comerciais no âmbito multilateral certamente é um vigoroso caminho para o Brasil buscar a promoção dos direitos humanos.

1.2 – Os critérios de interpretação na solução de controvérsias pela OMC

1.2.1 – Critérios gerais de interpretação dos tratados:

É nessa toada que a importância da OMC e do seu órgão de solução de controvérsias se demonstra. Como estrutura essencial na esfera internacional para o desentrelaçamento das relações comerciais, a OMC desempenha um papel fundamental na garantia do desenvolvimento dos Estados. Sobretudo aqueles que vêm crescendo, como o Brasil, mas também aqueles que ainda se esforçam para se lançar como agentes do “*global trade*”, precisam do auxílio dessa preciosa instituição. Para tanto, o papel das soluções de controvérsias no plano da OMC deve estar funcional e seguir regras claras que estejam lançadas de forma harmônica com o sistema internacional em geral.

Uma questão central da interlocução entre os acordos de comércio no âmbito da OMC e a proteção dos direitos humanos pressupõe um estágio de reflexão anterior: a compreensão do modo como se realiza internacionalmente a interpretação dos tratados. É a percepção de uma hermenêutica própria das tratativas internacionais que conduz a possíveis deslindes entre a estrutura hermética da interpretação realizada pelo Órgão de Solução de Controvérsia e o Órgão de Apelação da OMC e a afirmação dos direitos humanos.

Os tratados referentes a relações comerciais envolvem um modelo próprio de interpretação, que, embora não muito distante da

hermenêutica contratual tradicional, é marcado por traços que procuram restringir o alcance dos olhares do intérprete, numa espécie de embocadura contentora da sua subjetividade.⁸ Trata-se, em princípio, de uma limitação necessária, cuja razão de ser redundante na defesa de uma interpretação legítima dos acordos internacionais, haja vista a natural tendência dos Estados interpretarem as normas dos tratados da forma que melhor lhes convier.

A base de sustentação para a doutrina internacionalista é o art. 31 e o art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CV/69), que organiza o raciocínio do intérprete sobre um triplo apoio: o método textual, o método subjetivista e o método teleológico. Este último indica ao intérprete que todo tratado deve ser inserido dentro do seu próprio objeto e do seu fim. O subjetivista é o que ressalta a intenção de cada uma das partes soberanas. Por fim, ao primeiro compete a busca pelo sentido literal das palavras, reduzindo-se ao domínio textual. Estes três campos hermenêuticos abertos pela CV/69 ficam claros nas disposições das “regras gerais de interpretação” e nos “meios complementares de interpretação” assim previstos:

“Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação:

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

⁸ MCDUGALL, M.; LASWELL, H.; MILLER, J. *The Interpretation of Agreements and World Public Order: principles of Content and Procedure*. New Haven/London: Yale University Press, 1967.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Artigo 32 - Meios Suplementares de Interpretação

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado”.

Em princípio, portanto, percebe-se da leitura de tais artigos que os três métodos de interpretação são possíveis. Contudo, na prática jurisprudencial internacional, dificilmente os métodos subjetivista e teleológico terão espaço. A interpretação dos tratados só aparece à medida em que, por alguma causa, o conflito interestatal toma a cena, e isso, por si só, já interdita os métodos de valorização da soberania e do objeto e fim tratadistas. Os Estados em conflito certamente farão cada qual a sua interpretação com vistas a defender seus próprios interesses, de modo que em nada ajudará o método subjetivista. De igual modo, tampouco é produtora a busca pelo objeto e pelo fim do tratado, pois certamente é em razão de tais critérios que os Estados se colocam em situação conflituosa.

Resta, portanto, o método textual como o guia central de metodologia epistemológica do intérprete. Por isso, embora não seja o único meio usado, como a jurisprudência internacional tem deixado claro⁹, a extração do sentido mais evidente das palavras e da sintaxe é o critério válido e usual para a interpretação dos tratados. Diante dessa espécie de conflito, sustenta a doutrina internacionalista no tema de que se trata, cumpre aos árbitros, aos juízes das cortes, aos membros dos órgãos de solução de controvérsia buscar o sentido literal que pretenderam os contratantes na hora da celebração do tratado¹⁰. Embora pareça

⁹ HARRIS, D. J. *Cases and Materials on International Law*. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 832-844.

¹⁰ Segundo HARRIS: “As stated by the International Law Commission in its *Commentary*, ‘the jurisprudence of the International court contains many pronouncements from which it is permissible to conclude that textual approach to treaty interpretation is regarded by it as established law’”. Nesse sentido, o autor indica a verificação dos casos *Admissions* (ICJ, 1948), *Competence* (ICJ, 1950) e *Aegean*

pouco quando em comparação com o nível nacional, é isso o que a jurisprudência tem conseguido produzir no plano internacional, onde a falta de um poder central com capacidade de coerção implica a necessidade de exercício jurisdicional “por consenso”. Nesse sentido, pouco há que se fazer para além de fixar-se a atenção naquilo que as partes efetivamente quiseram dizer quando assinaram o tratado – daí a valorização da interpretação gramatical no Direito Internacional, ainda que se conheçam as mazelas desse simplório critério interpretativo.

1.2.2 – A interpretação dos tratados na OMC:

Não se pode esquecer que é *“precisamente para conter o unilateralismo político da interpretação e conter o self-help na sua aplicação por meio de ‘retorsões’ e ‘represálias comerciais’ é que o sistema multilateral de solução de controvérsias da OMC foi concebido, enquanto um mecanismo de rule oriented, na linha grociana, destinado a ‘domesticar’ as tendências unilaterais das ‘razões de Estado’ Power oriented¹¹”*.

As palavras de LAFER indicam os fatores que tornaram importante o surgimento de um robusto sistema de solução de controvérsias dentro do modelo de regulação internacional do comércio. Todavia, como não poderia ser diferente, nem a organização internacional e nem mesmo a criação da OMC foram capazes de eliminar todas as discordâncias. Seguindo com o mesmo autor,

“essas normas comuns criadas pela ‘Rodada Uruguai’ não conduzem, no entanto, automaticamente à sua interpretação comum. É um truísmo, derivado da lógica da experiência jurídica, observar que a interpretação de normas nunca é inequívoca ou consensual. Os estados têm entendimentos diferentes de normas comuns, do seu alcance e de sua aplicação. Há sempre mais de uma possibilidade de vincular fatos a normas e quando os Estados unilateralmente procedem a qualificação jurídica dos fatos tendem a fazê-lo para legitimar sua conduta e seus interesses¹²”.

Sea Continental Shelf (ICJ, 1978). HARRIS, D. J. *Cases and Materials on International Law*. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 836.

¹¹ LAFER, Celso. *O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial de Comércio*. In CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 729-755.

¹² LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 29.

Dáí a enorme importância dos meios de solução de controvérsias presentes na OMC. Todavia, em nome da segurança jurídica e da criação de um senso comum para o comércio internacional, a definição dos parâmetros que indicam o sentido das decisões desses órgãos é essencial. Por isso mesmo, e para além dos parâmetros internacionalmente adotados na interpretação de tratados em geral, a OMC tem um rígido e estrito sistema hermenêutico que anima as decisões dos painéis e que dá o tom para que os Estados possam definir suas posições comerciais e celebrar tratados de forma harmônica.

A análise dos critérios interpretativos da OMC e de seu sistema de controvérsias parece indicar que o sistema da Convenção de Viena sobre Tratados é o fundamento geral da interpretação¹³. Por isso mesmo, o processo hermenêutico parte do pressuposto que o texto do tratado é “*espelho fiel da vontade dos Estados, símbolo concreto do entendimento alcançado sobre questões de interesse comum*”¹⁴. Assim, o critério de interpretação geral dos tratados, mencionado acima, acaba, por certo, invadindo o espaço hermenêutico dos acordos comerciais da OMC, que, de modo ainda mais restritivo, engessa o intérprete na resolução de conflitos comerciais. Assim, se a interpretação geral é literal, a interpretação no âmbito da OMC é literal restritiva¹⁵.

O propósito de tal interpretação, como menciona Luiz Olavo Batista¹⁶, dado o caráter coletivo das decisões do Órgão de Solução de Controvérsia e do Órgão de Apelação, bem como os interesses antagônicos entre os Estados, é garantir que o interesse original dos tratados do sistema OMC-plus seja preservado e estável. A busca pelo anonimato das opiniões dos membros dos órgãos jurisdicionais da OMC e a fuga constante do desejo de legislar acaba por delimitar o espaço hermenêutico.

Nesse sentido e em tal âmbito, o papel dos intérpretes é apenas de interpretar, adequando a norma ao caso concreto, não lhes sendo lícito avançar com suas próprias subjetividades. Isso

¹³ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 167.

¹⁴ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 167.

¹⁵ SALDANHA, Carolina. *A organização mundial do comércio e as regras de direito intertemporal*. In.: *O Brasil e o contencioso na OMC*. T. II, São Paulo: Saraiva-GVLaw, p. 137, 2009.

¹⁶ BATISTA, Luis Olavo. *A interpretação e aplicação das regras da OMC nos primeiros anos*. In.: *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, p. 265-272, abr./jun. 2004.

ficou evidente em diversos casos paradigmáticos julgados na OMC, em que a interpretação literal restritiva parece consolidar-se ostensivamente (*EC – Hormones; Argentina – Textiles and Apparel; US-FSC, Japans – Alcoholic Beverages II; Argentine – Footwear*; etc...). A redução ao texto procurou evidenciar em tais casos o princípio da efetividade, evitando a interpretação tendenciosa dos acordos comerciais. AMARAL explica essa tendência: “a preocupação com a observância dos limites interpretativos se justifica porque o tratado se circunscreve unicamente ao que as partes consentiram e não ao que deveriam ter consentido para torná-lo mais justo ou facilitar a execução dos deveres que lhes competem. (...) O propósito do tratado não se confunde com os propósitos individuais que os Estados pretendem realizar¹⁷”.

Em suma, todo o critério interpretativo da OMC não escapa das determinações do texto do próprio tratado, adotando-se, de regra, uma interpretação restritiva na linha segundo a qual a OMC deve restringir-se a um papel judicial e não legislativo¹⁸. É a visão da OMC como um sistema de “domínio limitado”, segundo MARCEAU, ou, para SIMMA, um “*self-contained regime*”¹⁹.

Certamente, nesse contexto em que a interpretação se restringe aos termos acordos comerciais, não haveria nenhum espaço para a preocupação com os direitos humanos. Tanto não há, ao menos evidente, que os Órgãos de Solução de Controvérsia e de Apelação não chegaram, em nenhum momento, a aceitar qualquer indagação em termos de direitos humanos. Sanções existem, mas apenas se alguma ofensa a medidas comerciais, de protecionismo comercial, for levada a cabo pelos países nesse tocante. Em geral, se houver ofensa aos direitos humanos, trata-se para os membros da OMC de uma questão a ser resolvida nos foros jurisdicionais especializados, que nada se relacionam com o multilateralismo econômico.

¹⁷ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 180.

¹⁸ PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo: as barreiras técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 252.

¹⁹ MARCEAU, Gabrielle. *WTO Dispute Settlement and Human Rights*. In *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, n. 4 (753-814), p. 773 e 775.

2 – ALGUNS PROBLEMAS COM OS CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO ATUALMENTE ADOTADOS PELA OMC.

2.1 – As desigualdades entre Estados e os riscos do “livre comércio”: a manutenção do *status quo*;

Convém, todavia, perguntar se um critério assim restritivo de interpretação bem como uma visão hermética dos tratados da OMC se justificam na atual conjectura econômica e comercial mundial. Afinal, essa interpretação restritiva tende a ser evidentemente prejudicial aos países em desenvolvimento que, como se sabe, não participaram ativamente da construção do sistema de normas da OMC e, assim, receberam prontas as regras do jogo. Embora em outros tempos se discutissem regras com fins a oxigenar esse sistema fechado para permitir a segurança daqueles países que demandam maior proteção, o modelo da OMC não representa muitas possibilidades de garantia de desenvolvimento àqueles que mais precisam.

Mais do que isso, a aplicação do critério literal-restritivo na interpretação dos tratados comerciais implica acreditar na idéia – evidentemente falaciosa – da igualdade entre Estados na comunidade internacional, presumindo-se que, efetivamente, países em desenvolvimento negociam em patamar de igualdade com países desenvolvidos. Os critérios aplicados pela OMC, nesse contexto, não são suficientes para permitir uma interpretação humana e holística que as regras de um comércio efetivamente livre podem pleitear. Afinal, a vinculação ao modelo das Nações Unidas de relações internacionais implica necessariamente a imaginária igualdade entre nações, uma realidade em que a Zâmbia tem o mesmo poder de negociação que os Estados Unidos²⁰.

Convém lembrar que já no GATT havia regras que implicavam ajustes no sistema em prol dos países em desenvolvimento. O processo de descolonização invocou a necessidade de revisão das regras de comércio internacional e implicou o surgimento, por exemplo, da Conferência UNCTAD, foro de debate dos países subdesenvolvidos em busca de voz e do seu direito ao desenvolvimento. A consequente criação do Sistema Geral de Preferências, em 1968, e a adoção pelos países desenvolvidos de

²⁰ Nesse sentido, ver interessante artigo de WALTERS. WALTERS, Reece. *Crime, Bio-Agriculture and the Exploitation of Hunger*. In *British Journal of Criminology* (2006), n. 46 (46 Brit. J. Criminology 26), p. 26-41.

atenuações às regras gerais comuns de comércio em favor das nações menos favorecidas foi comum durante a década de setenta.

Todavia, a Rodada Uruguai nada trouxe de novo e, em certa medida, implicou retrocessos²¹. Como provável manifestação da retomada dos processos liberais na comunidade internacional como um todo e o conseqüente recrudescimento da competitividade, aliado ao enfraquecimento do bloco socialista mundial, os favorecimentos às comunidade mais pobres do globo parece ter cessado de progredir, senão minguado substancialmente, e se fundamenta em poucas cláusulas favoráveis, complexas, obscuras e aplicadas restritivamente²².

Esse recrudescimento neoliberal se manifesta no processo de globalização: a pretensão de “*expansão de mercados consumidores*” que teve o condão de produzir não a circulação de cultura, valores e facilidades em geral, mas, sim, “*a falta de consenso, a mundialização do terrorismo, a abertura de mercados e a integração de blocos econômicos europeus e americanos, disputando entre si hegemonias de lucro, certeza de ganho e estabilidade monetária*”²³.

Mais do que isso, a existência dessa desigualdade material entre os Estados cria as condicionantes que são responsáveis pela manutenção das relações de poder dominadoras entre os países que mais podem e aqueles que podem menos. Embora existam em diversas formas e manifestações, importam aqui especialmente as condicionantes de cunho econômico que implicam aos Estados menos favorecidos, sobretudo aqueles não desenvolvidos, obrigações exageradas ou não cumpríveis, tais como aquelas determinadas por organismos internacionais como o Banco Mundial ou o próprio Fundo Monetário Internacional²⁴.

Embora sejam indicados em 2001, os dados citados por HOEKMAN e KOSTECKI são importantes: “*global trade flows are dominated by exchanges within and between the three major regions of the global economy (the so-called triad): Europe, North America, and East Asia. Trade flows involving other parts of the globe are*

²¹ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 122.

²² AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p.121-125.

²³ BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. Segunda edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 327-328.

²⁴ SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155.

*relatively small, accounting for some 15 percent of world trade*²⁵. Segundo os mesmos autores, embora os países em desenvolvimento tenham aumentado sua quota de mercancia, os países pobres (ou “subdesenvolvidos”) até as diminuiram²⁶.

Aliás, parece certo que a maior dessas condicionantes é justamente a regra do “*single undertaking*”, em sede da OMC. A lógica do tudo ou nada implica a adoção de um bloco de regras que é desenhada pelas forças dominantes em um mercado de negociação em que países desenvolvidos têm seus mercados determinados e garantidos enquanto países em desenvolvimento não podem perder qualquer acesso a mercado algum. Nesses termos, as palavras de PRONER, sustentando-se em BARRAL e PRAZERES:

*“os países têm liberdade de não participarem da OMC, mas não poderão eleger um ou outro acordo isoladamente. Esta condicionante, que talvez seja a mais eficiente de todas já analisadas, atende a vários objetivos: a) obriga os países a negociarem todos os temas de comércio ao mesmo tempo; b) anula a possibilidade, para efeitos de negociação, de exclusão dos setores (acordo por setores) de comércio; c) implica o comércio como um ‘todo indissociável’ que deve seguir a marcha determinada pela liberalização progressiva; d) permite a ação do órgão de solução de controvérsias (OSC) aos ‘acordos abrangidos’ (covered agreements) por intermédio da unificação de procedimento; e) permite a inter-relação entre os setores para efeitos de sanção comercial, já que o direito de retaliação poderá ser exercido sobre a atividade econômica como um todo e não apenas naquele setor que motivou o litígio perante o OSC*²⁷”.

É por conta dessa realidade que, no sistema de controvérsias da OMC, os problemas são muitos. Nas palavras de AMARAL:

“O sistema de solução de controvérsias da OMC encerra um paradoxo: o aumento da igualdade formal, presente no ‘adensamento da juridicidade’ do procedimento, correspondeu à ampliação da

²⁵ HOECKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 09.

²⁶ HOECKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 10.

²⁷ PRONER, Carol. *Organização Mundial do Comércio e Propriedade Intelectual. Um ‘Direito Global’ Substituindo Legitimidades*. In *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, n. 24, 2005, p. 301-327, p. 323.

desigualdade real, traduzida por dificuldades variadas que impedem a propositura de uma demanda. Os países em desenvolvimento foram especialmente afetados pela conjuntura que desde então se criou e que, numa perspectiva mais ampla, deita raízes na experiência do GATT. Figuram entre os principais problemas enfrentados pelos países em desenvolvimento os elevados custos econômicos do litígio, o temor de reações adversas por parte dos países desenvolvidos, a falta de experiência e capacitação técnica, além da ineficácia das regras sobre a execução das decisões. É necessário tanto o aprimoramento normativo para corrigir as debilidades que hoje existem quanto a criação de condições favoráveis para que os países em desenvolvimento tenham amplo acesso ao sistema de solução de controvérsias da OMC²⁸ⁿ.

Mesmo diante dessa realidade, e embora exista uma reconhecida história de desigualdades na esfera internacional²⁹, defende-se o mito da igualdade entre Estados que é, ainda, o próprio fundamento de um livre comércio. Determinado pela própria Carta das Nações Unidas, tal princípio se constitui na razão de ser da imposição à comunidade internacional de princípios como a regra da não-discriminação e da reciprocidade³⁰. É, da mesma forma, o fundamento que sustenta instituições tradicionais como o GATT e a própria OMC, além de dar a toada do critério interpretativo literal-restritivo adotado pelo órgão de solução de controvérsias.

2.2 – Um exemplo do problema: Acordos de Livre Comércio TRIPS-plus na experiência norte-americana

Ao estabelecer o fundamento das decisões na base do “livre comércio”, os organismos de decisão necessariamente imaginam a ocorrência de uma liberdade de negociação que, às escâncaras, não existe. As gritantes diferenças entre os países que compõem a comunidade internacional implicam diferenças de poder e, portanto, de capacidade de negociação. Conseqüentemente, essa diferença estará impressa nas relações entre países e, sobretudo, nas relações comerciais que, nessa toada, determinam a manutenção das qualidades de “países desenvolvidos” e de “países em

²⁸ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 124-125.

²⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 31.

³⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 28-29.

desenvolvimento” (eufemismo tendencioso que denota nada mais do que um “país não-desenvolvido”), algo que já existia na comunidade internacional antes do processo de globalização. A globalização econômica, portanto, não é capaz de mudar essas relações, senão de reforçá-las³¹. Dessa realidade, é exemplo o caso das celebrações dos tratados *TRIPS-plus* pelos Estados Unidos com países em desenvolvimento.

Os acordos TRIPS, além de garantirem os direitos à propriedade intelectual e de permitirem o estabelecimento de regras de proteção a tais direitos, em determinados momentos criam certas válvulas de escape que permitem salvaguardas a países em situação de hipossuficiência em detrimento dos países desenvolvidos onde estão, por certo, a maior parte dos detentores de direitos de propriedade intelectual. Todavia, há anos os EUA celebram tratados de livre comércio com países em desenvolvimento estabelecendo determinações acerca da proteção da propriedade intelectual que excedem os padrões mínimos estabelecidos nos tratados TRIPS. Afinal, tais padrões, justamente quando garantem determinados interesses de países em desenvolvimento, em vários momentos são conflitantes com os padrões norte-americanos, que protegem os detentores de patentes e direitos.

A postura defensiva norte-americana tende a ser prejudicial aos interesses de países mais pobres (sobretudo, por exemplo, no caso da indústria farmacêutica) em vários momentos, o que tem sido reconhecido reiteradamente, sobretudo na questão da saúde pública³². A celebração desses tratados bilaterais de livre comércio impõe parâmetros pré-determinados aos países signatários que repetem os padrões americanos. Todavia, o sistema estadunidense de proteção da propriedade intelectual é extremamente desenvolvido e só se compreende dentro de uma estrutura maior de freios e contrapesos capaz de relativizar as vantagens dos detentores de patentes³³. Assim, a adoção de um sistema similar ao

³¹ Sobre esse tema, leia-se a produção de Danilo ZOLO. ZOLO, Danilo. *Globalizzazione: una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

³² Nesse sentido, ver MASKUS, Keith E. *Lessons from Studying International Economics of Intellectual Property Rights*. In *Vanderbilt Law Review*, n. 53, issue 6 (Nov, 2000), p. 2219-2239.

³³ ABBOT, Frederick M. *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U.S. Federal Law*. UNCTAD: ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, February 2006, p. 1. Disponível em

americano pela grande maioria dos países em desenvolvimento tende a ser altamente prejudicial, especialmente quando os tais tratados de livre comércio são autoexecutáveis.

É nesse momento que desempenha um papel pernicioso o modelo interpretativo literal-restritivo. É certo que a adoção de tais tratados pelos países em desenvolvimento lhes é prejudicial, pois tolhe uma série de direitos que lhes são reconhecidos pelos acordos TRIPS. Mas não lhes é dado fazer diferente, na medida em que a negativa à assinatura desses acordos implica o impedimento de acesso ao mercado norte americano. Assim explica ABBOT:

“The economy of the United States is significantly dependent on only a few foreign countries, meaning that the United States can afford to strain its political and economic relations with almost all other countries. For many smaller and developing country economies, denial of access to the U.S. market would create very serious adverse effects. Therefore, it is likely that the legislatures of most U.S. FTA partners will be significantly more reluctant to legislate inconsistently with an FTA than the U.S. Congress^{34m}.”

Importa lembrar, sempre com ABBOT, que do ponto de vista do direito interno, os Estados Unidos sequer estão efetivamente obrigados ao cumprimento das regras de tais acordos, na medida em que no sistema americano, esses tratados não são autoexecutáveis e ficam sujeitos à revisão nacional³⁵. O mesmo, pelo motivo apontado acima, não se aplica à outra parte dos acordos.

Como a construção da rodada Doha não impede que os países adotem regras mais complexas e protetivas de direitos intelectuais, países desenvolvidos acabam autorizados à imposição de regras que tolham os parcos direitos conquistados pelos países

<http://www.unctad.org/en/docs/iteipc20064_en.pdf>, visitado em 14 de novembro de 2009.

³⁴ ABBOT, Frederick M. *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U.S. Federal Law*. UNCTAD: ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, February 2006, p. 5. Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/iteipc20064_en.pdf>, visitado em 14 de novembro de 2009.

³⁵ ABBOT, Frederick M. *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U.S. Federal Law*. UNCTAD: ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, February 2006, p. 4-5. Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/iteipc20064_en.pdf>, visitado em 14 de novembro de 2009.

em desenvolvimento nas negociações de Doha³⁶. Essa situação é especialmente sensível em campos muito importantes, como a indústria farmacêutica e a proteção do meio-ambiente.

Já se reconhece há tempos que a adoção de medidas protetivas da propriedade intelectual tende a desenvolver mercados, inclusive em países em desenvolvimento, na medida em que lhes transfere certa monta de tecnologia, abrem-se mercados e permite uma evidente melhora de condição de vida. Todavia, essa adoção não pode ser feita de forma pontual como o exigido pelos acordos de livre comércio mencionados. É essencial o desenvolvimento de políticas nacionais de proteção da propriedade intelectual que levem em consideração a realidade interna, bem como a criação e desenvolvimento de instituições periféricas aptas a dar apoio a essas políticas³⁷. A imposição de medidas internacionais, celebradas em tratados não-negociáveis como são os TRIPS-plus, portanto, são prejudiciais e se tornam em um efeito daninho do assim chamado livre comércio.

A interpretação literal-restritiva desses acordos em painéis da OMC, repise-se, tem o condão evidente de manter a vontade das partes expressa nos termos do tratado. Mas fecha a porta para qualquer possibilidade de relativização ou revisão em prol dos países que tenham aceitado os termos do acordo por absoluta impossibilidade econômica de fazer diferente.

Essa postura interpretativa da OMC conflita com as contemporâneas tendências de proteção, por exemplo, dos direitos humanos na comunidade internacional. Ora, ainda que se leve em consideração a vontade dos países contratantes, é de se perguntar se essa vontade, ao andar em contrariedade com a proteção dos direitos humanos, deve efetivamente ser reforçada e confirmada pela postura de um organismo internacional do porte da OMC.

³⁶ ABBOT, Frederick M. *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U.S. Federal Law*. UNCTAD: ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, February 2006, p. 18. Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/iteipc20064_en.pdf>, visitado em 14 de novembro de 2009.

³⁷ MASKUS, Keith E. *Lessons from Studying International Economics of Intellectual Property Rights*. In *Vanderbilt Law Review*, n. 53, issue 6 (Nov, 2000), p. 2219-2239, p. 2238.

3 – A OMC E OS DIREITOS HUMANOS.

3.1 – A evolução dos Direitos Humanos

Não é de se negar que as raízes dos direitos humanos são antigas como o homem. COMPARATO já as localizou no assim chamado “período axial”:

“No centro do período axial, entre 600 e 480 A.C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos (...). Todos eles (...) foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período”³⁸.

Todavia, parece certo concordar que, embora a construção moderna desses direitos se confirme com a Ilustração e com a sequência de revoluções liberais que a seguiram, o seu caráter de efetiva universalização e internacionalização se dá apenas ao fim da Segunda Guerra Mundial. A comunidade internacional, ainda assustada com o “magma de negatividade”³⁹ que assolou a Europa nos primeiros quarenta anos do século XX, lançou as bases de um novo sistema internacional de colaboração entre nações e do controle da guerra. Mais do que isso, e especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, inicia um novo momento na história da humanidade com a efetiva universalização do “direito a ter direitos”⁴⁰.

Esse processo tem seus percalços no seguir dos anos, e a Guerra Fria foi exemplo evidente da dificuldade de implementação dos direitos humanos na ordem global, com a divisão do mundo em dois blocos politicamente separados e com a eclosão de diversos conflitos armados. O processo de descolonização também evidenciou essa dificuldade: largados pelos antigos senhores, os países recém-libertos, sobretudo no continente africano, caíram em uma sequência terrível de guerras civis e instabilidade política, civil e social, cujos efeitos são visíveis quase cinquenta anos depois e são

³⁸ COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 08.

³⁹ LAFER, Celso. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In MAGNOLI, Demétrio (org.), “História da Paz”. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329), p. 305.

⁴⁰ LAFER, Celso. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In MAGNOLI, Demétrio (org.), “História da Paz”. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329), p. 299.

formidavelmente memoráveis nas imagens vindas de países como Ruanda, Congo, Somália, Etiópia, Sudão, entre tantos outros.

De qualquer forma, parece certo concluir que o processo iniciado em 1948 lançou as bases para que se pudesse, sobre essa pedra, construir um mundo que tivesse condições de prosperar. Na escala planetária e social da história humana, sessenta anos não são suficientes para que se produzam todos os frutos desse importante passo da comunidade internacional e talvez ainda sejam necessários mais sessenta anos para que se evidenciem os reais efeitos da universalização dos direitos humanos.

De qualquer forma, já existem instrumentos ativos e consequências tangíveis desse processo. A criação de organismos internacionais jurisdicionais com competência para julgar violações de direitos humanos se tornou uma constante e ao menos em três continentes existem tais instituições empenhadas na garantia dos indivíduos. A Corte Europeia, a Corte Interamericana e a Corte Africana de Direitos Humanos (ainda que esta ande tropeçadamente em comparação com as outras duas) têm desempenhado um excelente papel nesse tocante. Mais do que isso, evidenciam o signo da definitiva modificação da imagem medieval da configuração da Westphalia, colocando à evidência em cheque o conceito de soberania como poder supremo. Outras instituições semelhantes, como os Tribunais Penais Internacionais, ainda que diversas críticas possam lhes ser aplicadas, bem como a criação recente de um Conselho de Direitos Humanos no bojo das Nações Unidas, indicam que o tom das relações internacionais futuras passa necessariamente pela compreensão, aplicação e efetivação dos direitos individuais no globo.

Obviamente não se trata de um processo perfeito. As idiosincrasias de cada continente, de cada região e de cada país identificam as dificuldades a serem enfrentadas no processo. O surgimento de fenômenos localizados de violência e o recrudescimento da criminalidade internacional complicam ainda mais o processo de universalização dos direitos humanos. Mas, hoje, instrumentos há, e com grande efetividade, no sentido de permitir que, no todo, os direitos do indivíduo sejam reconhecidos como o centro da política internacional.

Em suma, pode-se dizer que, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial e mais recentemente, com o fim da Guerra Fria, os direitos humanos se tornaram um denominador comum entre as nações e têm contribuído para a compreensão entre os povos de forma

contundente com o reconhecimento aos direitos humanos um efetivo alcance e a necessidade de uma proteção “universal e positiva”⁴¹.”

É nesses termos que os direitos humanos são reconhecidos, assim, ainda que em um processo lento⁴², como uma plataforma de concordância internacional, o que lhes garante o status de “*consensus omnium gentium*”⁴³. Foi essa “língua franca”⁴⁴, internacional que permitiu a realização de eventos importantes tais como a Convenção de Viena de 1993, sobre o tema dos direitos humanos, que declarou “a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e o inter-relacionamento de todos os direitos humanos”⁴⁵, dentre tantos outros tratados com a mesma temática⁴⁶ que foram produzidos nos últimos cinquenta anos do milênio com vistas à proteção e garantia dos direitos humanos, conectando os países que compõem a comunidade internacional na busca desse fim pelo direcionamento de suas legislações no sentido da proteção e garantia da humanidade.

Em suma, tanto a Declaração Universal quanto a Carta das Nações Unidas relativizam a soberania e promovem o respeito universal aos direitos humanos, criando uma “*vis directiva*”⁴⁷, internacional da qual o primeiro fruto é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Obviamente, a distribuição desigual de poder na esfera internacional implica dificuldades nesse processo, fazendo com a que a aplicação das normas de direitos humanos não seja fácil e nem linear, pois fica submetida a “razões de Estado” que, por vezes, a subjugam⁴⁸. É por isso que LAFER se refere a um consenso frágil (“*thin morality*”) sobre os direitos humanos que ainda

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nona Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 49.

⁴² RATNER, Steven; ABRAMS, Jason, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 332.

⁴³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nona edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 46.

⁴⁴ IGNATIEFF, Michael. *Whose Universal Values – The Crisis in Human Rights*. Amsterdam: Praemium Erasmianum Foundation, 1999, p. 12.

⁴⁵ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 26.

⁴⁶ Nesse sentido, ver LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁴⁷ LAFER, Celso. *Parecer. O caso Ellwanger*. In LAFER, Celso, “*A Internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais*”. São Paulo: Manole, 2005 (p. 33-88).

⁴⁸ LAFER, Celso. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In MAGNOLI, Demétrio (org.), *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 326.

demanda “adensamento axiológico e jurídico”, mas que se configura em um grande passo evolutivo⁴⁹. Assim, as suas palavras:

“O consenso alcançado em Viena explicitou a hierarquia axiológica – sem a seletividade concreta dos interesses – inerente à interdependência dos direitos humanos no plano internacional. Neste sentido, poder-se-ia apontar que os direitos humanos alcançaram no plano universal, por obra da integração dos valores da convivência coletiva, normativamente positivados, o status de valores fundamentais. Tornaram-se, pois, parâmetros das formas de conceber a vida em sociedade, standards da legitimidade do poder das soberanias e como tal indicadores e balizas do *locus standi* e da credibilidade dos Estados e de seu acesso à cooperação internacional. Os direitos humanos seria, em outras palavras, um “adquirido axiológico” desvendado pelo “senso majestoso da História”, como diria José Guilherme Merquior, na sua análise da relação entre os valores e a História na obra de Miguel Reale⁵⁰”.

3.2 – Uma interpretação antropocêntrica na solução de controvérsias na OMC

Como não poderia ser diferente, essa regra de validade absoluta da proteção dos direitos humanos também é de ser reconhecido até mesmo em processos de integração econômica. Segundo RAMOS, a integração econômica é um processo de rompimento de barreiras entre países no campo econômico e comercial através de construção normativa e material, realizada através de transferência de competências dos Estados para outros órgãos criados para a consecução dos fins normativos estabelecidos pelos países⁵¹. Dentre esses fins, como se viu anteriormente, a construção e reforço dos temas de direitos humanos está sempre presente, como demonstra a leitura do preâmbulo de qualquer tratado de integração.

Por isso, dado o caráter de “*vis directiva*” dos direitos humanos, é certo que devem eles animar as construções internacionais de todas as espécies, inclusive aquelas economicamente integrativas. Para alguns autores, inclusive, embora se trate de tema extremamente debatido,

⁴⁹ LAFER, Celso. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In MAGNOLI, Demétrio (org.), *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 326.

⁵⁰ LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos. Reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 194-195.

⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. São Paulo: Renovar, 2008.

aos direitos humanos, ao menos os de primeira geração, é reconhecido o caráter de “*jus cogens*”, com todas as implicações que lhe são consequentes. Segundo RAMOS a experiência internacional já reconheceu esse status a diversos direitos humanos em espécie e a tendência é que faça o mesmo com todos os demais, pois os direitos humanos são o “*núcleo essencial de normas que compõe o ordenamento jurídico internacional contemporâneo*”⁵², com proeminência hierárquica (material e formal) sobre as demais normas. Ainda que possa existir discussão sobre o status que se dá às regras de direitos humanos, parece certo acreditar que se tratam de um senso comum internacional e, assim, resta a consequência lógica de que devem ser respeitados em todas as instâncias internacionais e por todos os sujeitos de Direito Internacional, mormente aqueles de cunho convencional.

É certo que há divergência sobre a validade das regras de direitos humanos no plano dos processos de integração econômica. Mas essa não parece ser uma posição defensável na medida em que “*impede que haja uma reação coordenada contra as violações de direitos humanos, que impedem o fluxo livre dos fatores de proteção e que obstaculizam a defesa da qualidade de vida e dignidade humana nos diversos Estados integrantes do processo*”⁵³.

Não poderia ser diferente. O desrespeito aos direitos humanos ou o seu não reconhecimento lança uma sombra de dúvida quanto aos fins de qualquer processo. A ignorância das garantias individuais tem o condão de afastar a própria legitimidade de um sistema integrativo qualquer e pode identificar critérios políticos inaceitáveis nas relações internacionais. Não é por outro motivo que mesmo países que atuam de forma em princípio contrária às regras internacionais comumente aceitas (como a Carta das Nações Unidas, por exemplo) tendem a fundamentar suas condutas na proteção dos direitos humanos, como se tem visto no surgimento de conceitos como a “guerra humanitária”, as “*pre-emptive measures*” e a “guerra ao terror”.

Obviamente, a OMC não se confunde com um processo de integração econômica. Todavia, é duvidoso imaginar que, como organismo internacional que é, com a importância que tem, e dada a condição de “*vis directiva*” dos direitos humanos, a OMC possa

⁵² RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 30.

⁵³ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 35.

debater questões comerciais aferrando-se apenas aos critérios dos tratados comerciais. Mesmo porque, segundo LAFER, lembrando as lições de MONTESQUIEU e KANT, comércio e paz no âmbito internacional estão diretamente ligados e foi justamente a relação entre esses elementos que levou à produção do “*International Trade Organization*” e à Carta de Havana, com o consequente GATT. Vários autores reconhecem essa realidade, e isso fica ainda mais claro com o fim do conflito mundial “leste-oeste”⁵⁴. De todo esse efeito a OMC é o reflexo, como se vê com a massiva participação internacional nessa organização internacional.

É bem certo que o sistema de proteção dos direitos humanos e o sistema garantidor do livre comércio internacional evoluíram de forma diferente. Nas palavras de AMARAL, “os sistemas 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”⁵⁵. Nesse sentido, também parece certo entender que, enquanto a proteção dos direitos humanos seguiu um projeto antropocêntrico, a partir, sobretudo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, as regras do comércio internacional fundamentaram-se em uma tendência centrada no Estado e na defesa dos seus interesses econômicos. Aliás, conforme reconhece CELLI JÚNIOR, “para alguns autores mais identificados com a agenda política neoliberal, que, sem dúvida, não só pautou as negociações, como também exerceu grande influência no resultado final da Rodada Uruguai, o objetivo fundamental do sistema comercial multilateral é a integração dos mercados e a eliminação de obstáculos ao comércio”⁵⁶. Enquanto essa postura estiver harmônica com a defesa dos direitos humanos, é certo que problema algum parece surgir. Contudo, na medida em que a liberação do fluxo comercial coloque em risco as garantias do indivíduo, o quadro muda sobremaneira.

Afinal, esse posicionamento cria um campo em branco em meio a uma regra de Direito Internacional, pois indica que, conforme é inegável no mundo contemporâneo, toda a ordem internacional se constitui no sentido da proteção dos direitos humanos, *menos a OMC*. Ora, essa defesa é obviamente incongruente com o Direito

⁵⁴ LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 102.

⁵⁵ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

⁵⁶ CELLI JÚNIOR, Umberto. *Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 80.

Internacional atualmente vigente e, portanto, vai de encontro com as próprias determinações da Convenção de Viena sobre Tratados, especialmente no seu artigo 31, “3”, letra “c”, que determina, expressamente, que:

“3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

(...)

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”

Ademais, dado o momento em que se vive, talvez não seja sequer errado afirmar que a interpretação de um tratado, qualquer que seja, feita de forma contrária aos direitos humanos é *“manifestamente absurda ou desarrazoada”* (art. 32, letra “b”, da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969).

Dessa forma, importa notar que partindo de uma análise holística do sistema jurídico internacional o posicionamento pela aplicação do critério literal-restritivo não encontra sustentação nem mesmo na própria Convenção de Viena. A justificativa para a manutenção desse critério interpretativo é, portanto, ideológica, e se constitui como manifestação do resultado do embate de forças contemporâneo, sobretudo caracterizado por uma postura neoliberal que visa à garantia da segurança do lucro. O que não deve causar estranheza, pois toda interpretação e discurso decisório têm o fundamento ideológico que os sustentam. Afinal, nas palavras de FERRAZ JÚNIOR sobre o ato de decidir,

“não se trata de regularidades lógico-formais, mas, por assim dizer, ideológicas. O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso informativo sobre como a decisão deve ocorrer, mas também um discurso persuasivo sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários (...) por isso, a verdade decisória acaba reduzindo-se, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte”.

Em suma, por um critério de congruência, não é defensável uma interpretação centrada na estrita observância dos termos de um tratado comercial, conforme se faz na OMC, senão dentro de um contexto que anda absolutamente na contramão da tendência mundial das relações internacionais que, lutando contra o modelo hegemônico atual, pretende ver garantidos os direitos humanos. Por isso, não há outra saída para que os órgãos de solução de controvérsias da OMC decidam de forma equânime e

fundamentalmente justa que não aplicando as regras de direitos humanos como critério interpretativo, seguindo o que aqui se chama de uma hermenêutica antropocêntrica. Afinal, seja diretamente (na forma apresentada por LAFER segundo a qual o sistema de regulação do comércio coexiste e se desenvolveu em conjunto com o sistema de garantia da paz) ou indiretamente (fazendo parte do sistema internacional de direito, um organismo internacional não pode deixar de aplicar interpretações de acordo com a proteção dos direitos humanos), a interpretação nas soluções de controvérsias da OMC demanda a aplicação de tal fundamento antropocêntrico.

3.3 – Exceções na OMC e os Direitos Humanos

De qualquer forma, ainda que se adote um posicionamento absolutamente estrito e em oposição à tendência contemporânea, aplicando-se uma interpretação literal-restritiva, é certo que há algumas válvulas de escape no sistema de comércio internacional, sobretudo na OMC, que permitem a relativização desse contraste e que demandam não muito mais do que uma abertura do sistema hermenêutico para uma análise mais ampla das determinações da Convenção de Viena.

Afinal, apesar de o critério hermenêutico central ser a busca pela literalidade do tratado, não há como deixar de visualizar que a própria CV/69 abre margem, ao contrário do que usualmente se sustenta, para uma interpretação geral dos tratados além do campo textual⁵⁷. Isso fica evidente pela própria redação dos arts. 31 e 32. A chave para um possível diálogo entre OMC-Direitos Humanos parte desde logo das próprias regras hermenêuticas dos tratados previstas na CV/69, para, em seguida, encontrar outro robusto campo nos próprios tratados multilaterais de comércio através das cláusulas de exceção.

Vê-se desde logo tal possibilidade pela inserção da cláusula geral da “boa-fé”, no caput do art. 31, como critério que deve orientar a interpretação tratadista. Se há interpretação, ela deve ser de boa-fé, e, nesse compasso, não há como interpretar eventual conflito constituído entre dois países, ou empresa e país, por exemplo pela prática de *dumping* de seus produtos, aceitando-os do ponto de vista comercial, sem sequer questionar a questão da saúde, do trabalho e da dignidade da vida humana. Não há boa-fé na interpretação que

⁵⁷ LAUTERPACHT, H. *Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités*. Paris: Recueil des Cours, 1934, p. 779-797.

ofusque os valores primordiais do ser humano, logo, qualquer interpretação, por mais restritiva que seja, acabará por ofender a CV/69, à medida que desrespeitará a boa-fé.

Ademais, na própria CV/69 vê-se também o destaque ao “contexto”, diretamente pelo preâmbulo e tratativas, quando pelas circunstâncias do momento. Jamais se pode ler que por “contexto”, quis a Convenção restringir o intérprete, ao contrário, abriu-lhe espaço para recepcionar as circunstâncias atuais da interpretação, segundo a medieval cláusula: “contractus que habend de tractum sucessivum et dependentia de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur”.

Isso fica claro, ainda, quando se pode sustentar, como o faz James HARRISON, Gabrielle MARCEAU e Steve CHARNOVITZ⁵⁸, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a necessidade de ver na CV/69 um “*approche évolutive*”, ou seja, uma forma de interpretação evolutiva que leva em conta as circunstâncias diversas da criação do acordo e de sua interpretação.

Entretanto, não apenas a CV/69 abre espaço para uma interpretação mais ventilada, como os acordos da própria OMC também assim o permitem, através do que estes autores chamam de “cláusulas gerais de exceção”. Os países que se sentirem ameaçados ou ofendidos, numa reação, podem opor-se ou restringir o ingresso de determinados produtos ou serviços, como forma de protecionismo econômico admitido pelo âmbito multilateral. Certamente não podem os países se valerem de instrumentos tais a qualquer momento, haja vista que o propósito do livre-comércio apregoadado pelo sistema GATT/94 não se sustentaria. Porém, sempre que presentes as cláusulas de exceção, a barreira protecionista seria legítima e legalmente aceita pelos acordos da OMC.

As cláusulas de exceção são mecanismos de soberania que permitem os Estados discutir os seus interesses e suas obrigações. É um mecanismo que priva de efeitos todas as obrigações subscritas no âmbito da OMC. Encontram-se previstas no GATT (art. XX), GATS (art. XIV) e no GPA – *Agreement on Government Procurement* (art. XXIII) – Acordo Sobre Aquisições Públicas. Nos dois primeiros, com o nome “cláusula de exceção”, e, neste último, indiretamente, através da denominada “outorga de licença compulsória”, para o caso dos produtos cujo reconhecimento de

⁵⁸ HARRISON, James; CHARNOVITZ, Steve; MARCEAU, Gabrielle. *Les droits de l'homme et les accords commerciaux internationaux: utilisation des clauses d'exception générale pour la protection des droits de l'homme*. Nations Unies, New York et Genève, 2005.

patente possa trazer problemas de ordem de saúde pública. Em todos os outros acordos da OMC não há previsão de cláusulas de exceção, porém, grande parte dos autores, como os acima citados, acredita que extensivamente tais cláusulas se aplicariam a eles. De qualquer forma, é certo entender que o artigo XX, se bem manejado, permitiria uma reinterpretação das normas do GATT “à luz das convenções sobre direitos humanos, contrariamente à tradição de isolamento do GATT⁵⁹”.

Um único detalhe deve antes ser destacado: muito embora seja possível aplicar as regras do GATT/94 aos outros acordos, podem vir a ocorrer conflitos, à medida que os demais acordos multilaterais da OMC dizem que no conflito prevalecerá o acordo específico, logo, sem cláusula de exceção. Todavia, a doutrina mesmo assim sustenta o uso de tais cláusulas. Há inúmeras formas de reação, porém quatro cláusulas de exceção se encontram expressamente previstas nos acordos, que aqui são importantes para a costura com a questão dos direitos humanos: i) moralidade pública; ii) saúde; iii) vida humana; iv) ordem pública.

A “moralidade pública” inevitavelmente protege a natureza, a dignidade e a capacidade humana, que é extraída do conjunto de valores de uma dada sociedade – a preservação dos interesses fundamentais de uma sociedade vista pelo interesse público. A “saúde e a vida das pessoas” incluem, por certo, os direitos à alimentação, à saúde, ao trabalho, à vida digna. E, pela expressão “ordem pública”, conceito ainda mais vasto, ficam garantidas as previsões normativas internas e a coerência do sistema jurídico doméstico.

Ressalte-se que é possível conjugar essa percepção com a própria CV/69, pois a partir do seu art. 32, os acordos da OMC devem ser interpretados à luz “das regras costumeiras de interpretação”. Também, pelo art. 31.3, o tratado deve sempre ser interpretado segundo a boa-fé, atribuindo-se aos seus termos o sentido ordinário de acordo com o seu contexto, objeto e finalidade. Ainda, a Convenção permite também que na interpretação se recorra a meios complementares (ex. trabalhos preparatórios) quando os termos forem “ambíguos ou obscuros”.

⁵⁹ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 263.

Também é preciso, como salientam os autores⁶⁰, que às cláusulas de exceção às regras gerais dos acordos da OMC não se deve realizar uma interpretação tão restrita. Deve-ser privilegiar a interpretação que seja menos gravosa, menos restritiva para a parte (como no caso *EC – Hormones* ou no caso dos cigarros da Tailândia e de produtos eróticos na Inglaterra). A generalidade dessas cláusulas ocorre exatamente para que a interpretação não se prenda excessivamente à textualidade dos tratados multilaterais de comércio. Muito embora o tratado de Marrakesh nada mencione em seu preâmbulo expressamente sobre a proteção dos direitos humanos, menciona, de outra sorte, a expressão “desenvolvimento durável” e “comércio que revela níveis de vida”, logo, invariavelmente, os direitos humanos ali se expressam. Essas mesmas variáveis têm sido levadas ao questionamento da Corte Européia, a qual tem aceitado a necessidade dos acordos comerciais se adaptarem às legislações protecionistas dos direitos humanos.

Tais cláusulas, em suma, permitiram desde logo os países imporem barreiras tarifárias e não-tarifárias para protegerem os direitos humanos, dada, sobretudo, a universalidade e o alcance jurisdicional que a sua proteção alcançou atualmente. Porém, um dilema importante deve ser destacado, ante a luta irracional e desvairada pela promoção dos direitos humanos: a proteção do comércio não seria, em suma, uma forma de proteger os direitos humanos? À medida que os países promovem a pulverização do comércio, certamente outros ganhos macroeconômicos hão de aparecer, como o aumento da produção nacional, do nível de emprego, da redução dos ciclos inflacionários, das melhores condições de vida etc.

Não é inoportuno ressaltar que muitas vezes poderão os países se valer do uso dos direitos humanos como forma de mascarar um protecionismo estreito, reduzindo possibilidades comerciais nos países mais pobres e agravando a situação dos trabalhadores. Por isso, o justo meio, a medida equilibrada, parece ser a solução. O próprio art. XIV, a do GATS alerta para isso, vez que só é possível o uso da exceção de “ordem pública” quando houver uma ameaça verdadeira e suficientemente grande sobre os interesses fundamentais da sociedade – logo, há legalmente um limite.

⁶⁰ HARRISON, James; CHARNOVITZ, Steve; MARCEAU, Gabrielle. *Les droits de l'homme et les accords commerciaux internationaux: utilisation des clauses d'exception générale pour la protection des droits de l'homme*. Nations Unies, New York et Genève, 2005, p. 10.

É possível, então, resolver a grande questão: como preservar/usar o impacto positivo do comércio para proteger os direitos humanos? O uso das cláusulas de exceção muito bem pode auxiliar na valorização do ser humano, funcionando como uma forma de amortização e compensação dos débitos do capitalismo, à medida que concede ao país ofendido, dentro da própria lógica legalista e de interpretação restritiva da OMC, proteger-se e proteger seus cidadãos, sem com isso cair na utopia cega e desvairada das bandeiras políticas.

CONCLUSÃO

É crítica corriqueira contra a OMC a vinculação de suas pretensões apenas ao livre comércio, ignorando-se “as consequências negativas do processo de liberalização⁶¹”. Isso seria reconhecido até mesmo pelas Nações Unidas, através de relatório recente⁶², em que critica se a globalização “a partir de cima”, ou seja, aquela feita pelas “empresas transnacionais, os fluxos de investimentos, a formação do mercado mundial e a OMC⁶³”. Tal relatório entende o óbvio: que a globalização deve ser democrática, feita de baixo para cima e universalmente.

A adoção do critério interpretativo literal-restritivo é, sem qualquer sombra de dúvida, um elemento importante a dar azo a essas críticas. Afinal, com uma análise que pretende ser eminentemente vinculada à vontade das partes e ao livre comércio, a OMC ignora os maiores problemas mundiais e se mantém à margem das verdadeiras necessidades de um mundo globalizado que, evidentemente, não se resumem a questões comerciais. Não há outra justificativa para se compreender esse posicionamento se não se imaginar a fundamentação ideológica neoliberal e despreocupada das questões sociais que anima a OMC, em total confronto com a realidade humana global contemporânea. É certo que há algumas válvulas de escape na legislação aplicável que permitem alguma aeração a essa ideologia. Mas não serão jamais

⁶¹ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 268.

⁶² Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/140/14/PDF/G0014014.pdf?OpenElement>, visitado em 17.11.09.

⁶³ AMARAL Jr., Alberto do. *A Solução de Controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 268.

suficientes se a interpretação for resumida a uma análise fria e morta do texto da lei.

Uma resposta positiva a essas críticas poderia ser dada pela OMC através da adoção de critérios antropocêntricos para suas decisões. Ao orientar e fundamentar suas opções na defesa dos direitos humanos, a Organização promoveria uma revolução importantíssima ao fazer com que todos os países do globo também se obrigassem a orientar seus interesses comerciais à proteção das garantias individuais. Não há outra opção em um mundo democraticamente globalizado e livre das alegações fundamentadas na “*raison d’État*”.

Afinal, enquanto a OMC tratar o trabalho escravo como uma barreira comercial, uma “prática competitiva desleal”, e não uma violação grave de direitos humanos que anula a própria dignidade do indivíduo, em uma perspectiva centrada no Estado e fundamentada em uma quimera de igualdade, ela jamais será uma ferramenta para evolução humana e se tornará apenas mais um instrumento de manutenção do *status quo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOT, Frederick M. Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U.S. Federal Law. UNCTAD: ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development, February 2006. Disponível em <http://www.unctad.org/en/docs/iteipc20064_en.pdf>, visitado em 14 de novembro de 2009.

AMARAL Jr., Alberto do. A Solução de Controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008.

BATISTA, Luis Olavo. A interpretação e aplicação das regras da OMC nos primeiros anos. In Revista de Informação Legislativa, a. 41, n. 162, p. 265-272, abr./jun. 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na Pós-Modernidade. Segunda edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Nona Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CELLI JÚNIOR, Umberto. Comércio de Serviços na OMC: liberalização, condições e desafios. Curitiba: Juruá, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Terceira edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

HARRIS, D. J. Cases and Materials on International Law. Sixth edition. London: Sweet & Maxwell, 2004.

HARRISON, James; CHARNOVITZ, Steve; MARCEAU, Gabrielle. Les droits de l’homme et les accords commerciaux internationaux: utilisation des clauses d’exception générale pour la protection des droits de l’homme. Nations Unies, New York et Genève, 2005.

- HOECKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- IGNATIEFF, Michael. *Whose Universal Values – The Crisis in Human Rights*. Amsterdam: Praemium Erasmianum Foundation, 1999.
- LAFER, Celso, *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri: Manole, 2005.
- _____. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In MAGNOLI, Demétrio (org.), *História da Paz*. São Paulo: Contexto, 2008 (p. 297-329).
- _____. *O GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a América Latina*. In *Revista de Direito Mercantil*, a. 3, n. 10, p. 41-46, 1971.
- _____. *O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial de Comércio*. In CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta. *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 729-755.
- _____. *Parecer. O caso Ellwanger*. In LAFER, Celso, “*A Internacionalização dos Direitos Humanos. Constituição, Racismo e Relações Internacionais*”. São Paulo: Manole, 2005 (p. 33-88).
- LAUTERPACHT, H. *Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités*. Paris: Recueil des Cours, 1934.
- LESSA, Antônio Carlos; OLIVEIRA, Henrique Altemani de. *Política internacional contemporânea: mudo em transformação*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARCEAU, Gabrielle. *WTO Dispute Settlement and Human Rights*. In *European Journal of International Law*, 2002, vol. 13, n. 4 (753-814).
- MASKUS, Keith E. *Lessons from Studying International Economics of Intellectual Property Rights*. In *Vanderbilt Law Review*, n. 53, issue 6 (Nov, 2000), p. 2219-2239.
- MCDougall, M.; Laswell, H.; Miller, J. *The Interpretation of Agreements and World Public Order: principles of Content and Procedure*. New Haven/London: Yale University Press, 1967.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio Internacional e Protecionismo: as barreiras técnicas na OMC*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- PRONER, Carol. *Organização Mundial do Comércio e Propriedade Intelectual. Um 'Direito Global' Substituindo Legitimidades*. In *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, n. 24, 2005, p. 301-327.
- RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. São Paulo: Renovar, 2008.

RATNER, Steven; ABRAMS, Jason. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SABA, Sérgio. *Comércio internacional e política externa brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SALDANHA, Carolina. *A defesa comercial na organização mundial do comércio*. In *O Brasil e o contencioso na OMC*. t. II, São Paulo: Saraiva-GVLaw, p. 3-50, 2009.

_____. *A organização mundial do comércio e as regras de direito intertemporal*. In *O Brasil e o contencioso na OMC*. t. II, São Paulo: Saraiva-GVLaw, 2009.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 4 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

TACHINARDI, Maria Helena. *Surge uma nova cultura exportadora*. In *Revista Conjuntura Econômica*, São Paulo, Seção Comércio Exterior, set. 2007, p. 18-24.

WALTERS, Reece. *Crime, Bio-Agriculture and the Exploitation of Hunger*. In *British Journal of Criminology* (2006), n. 46 (46 Brit. J. Criminology 26).

ZOLO, Danilo. *Globalizzazione: una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2006.