

OS MODOS PACÍFICOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS DIANTE DA NOVA ORDEM MUNDIAL: PERSPECTIVAS E LIMITES

Jorge Mascarenhas Lasmar
Natália Cristina Chaves

Sumário

1. Introdução. 2. Os modos diplomáticos de resolução pacífica de conflitos. 2.1. Consciência moral e o agir comunicativo. 2.2. Considerações acerca do marco teórico. 2.3. Aplicação do marco teórico à realidade dos meios diplomáticos de resolução de conflitos. 3. Os modos jurídicos de resolução pacífica de conflitos. 3.1. As comissões de inquérito e conciliação. 3.2. Soluções judiciais. 3.3. A arbitragem. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O sistema internacional está passando por um momento de profundas alterações que se refletem, principalmente, na estruturação de sua base de poder e nas relações dos atores envolvidos nos processos negociais. O desenvolvimento dos meios de comunicação e o fim dos antigos sistemas políticos, associados ao aumento e à diversificação dos fluxos econômicos, sociais e culturais, implicaram uma nova configuração do cenário mundial. Tal cenário ainda é in-

certo e vem a ser marcado pelas discussões acerca dos elementos de configuração de uma nova ordem.

Este panorama de indefinição também se reflete no plano teórico, em que convivem modelos conflitantes, os quais, dificilmente, poderiam explicar os novos fenômenos que se apresentam. A pluralidade (*lato sensu*) é o princípio norteador das análises que visam a compreender e explicar a natureza dessas mudanças, uma vez que evidencia e possibilita a convivência de diversas abordagens, bem como a permanência e convivência entre novas e velhas estruturas e tradições.

Os processos de negociação e resolução pacífica de conflitos tradicionais inseridos nesse novo cenário também foram afetados. Essa problemática sempre esteve presente no cenário internacional. No entanto, com as recentes mudanças ocorridas nesse sistema, evidenciaram-se as limitações dos modelos tradicionais de busca pela paz. Assim é que se constata, atualmente, o surgimento de vias alternativas de solução de litígios, que adquirem novos contornos e passam a abranger novos atores.

Nesse contexto, abordaremos os meios pacíficos de resolução de conflitos que a doutrina tradicionalmente classifica em duas categorias principais¹ – os modos diplomáticos ou políticos e os modos jurídicos de resolução de conflitos –, buscando compreender seus limites e desafios diante das recentes mudanças no âmbito internacional.

2 OS MODOS DIPLOMÁTICOS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

Os modos diplomáticos de resolução pacífica de conflitos compreendem as negociações diretas, os bons ofícios, a conciliação, a mediação, os congres-

sos, as conferências e o sistema consultivo. A principal característica dos modos diplomáticos de solução de controvérsias é o fato de que as partes envolvidas no processo tentam chegar a um resultado que não é juridicamente vinculante, tratando-se, dessa forma, de verdadeira “sugestão” de resolução. A sua aplicação se faz presente sobretudo em litígios que envolvem muito mais interesses políticos do que normas de direito internacional propriamente ditas. É o caso, por exemplo, dos conflitos armados de dimensão internacional.²

Tratando-se deste modo de solução de controvérsias, aplicável a conflitos cujos interesses políticos presentes são grandes, os problemas e limites que a ele se apresentam são de natureza muito mais político-sociológica do que propriamente jurídica.

As novas inter-relações e jogos de poder que se instauraram, nos últimos tempos, no sistema internacional, dificultam a concretização dos objetivos dessa categoria de solução de conflitos ora em comento.

O fato de a solução do conflito ser tradicionalmente buscada mediante uma decisão imposta às partes (ou, no caso de negociações diretas, mediante a imposição à outra parte do seu ponto de vista – quando a autoridade provém das próprias partes), ou seja, o fato de a concepção tradicional se dar em torno de uma solução caracterizada como um jogo de soma zero, vem impondo sérios limites à eficiência desse processo de negociação de conflitos. Acrescem-se isso a abertura de novos canais transnacionais de interação no sistema internacional, a falta de consciência de que a solução efetiva, muitas vezes, somente pode ser alcançada através do diálogo entre os litigantes envolvendo níveis e temáticas diversos, a não preocupação em resolver os aspectos estruturais que originam o conflito e a prioridade que as partes conferem às relações em litígio diante dos interesses em outros níveis durante o processo negocial.

Buscando uma resposta a esses limites, a obra *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, de Habermas, fornece um forte instrumental na análise a

1 Esta é uma distinção meramente didática, uma vez que os conflitos internacionais apresentam, na maioria dos casos, tanto uma natureza jurídica como uma política.

2 Sobre esse assunto veja: BROWN, Michael E. s. *The international dimensions of internal conflicts*, 1996.

respeito da compreensão das causas de limitação dos modos diplomáticos de solução de litígios, além de auxiliar na busca de novos valores para a condução desses processos negociais. Dessa forma, introduzir-se-á o marco teórico habermasiano tal qual é por este autor formulado,³ para, em seguida, adaptá-lo às necessidades conceituais dos conflitos internacionais e, por fim, proceder à análise das recentes mudanças no cenário internacional nessa categoria.

2.1 A consciência moral e o agir comunicativo⁴

Habermas concebe a consciência moral em seis estágios, conforme preconizados por Piaget e aperfeiçoados por Kolberg. A consciência moral seria o quadro cognitivo que orienta o indivíduo no processo de escolha racional dos meios, diante da situação concreta de ação (juízo moral), e em sua própria percepção da aludida situação. Os níveis de consciência determinam o grau de amadurecimento desse quadro cognitivo, partindo de uma orientação egocêntrica para outra universalista. A passagem de um estágio para o outro é chamado por Kohlberg de *aprendizado*.⁵ Esse desenvolvimento moral significa que o ator transformou sua estrutura cognitiva de forma a resolver da melhor maneira uma mesma situação concreta do que anteriormente. Isso implica a hierarquização desses estágios, que estariam divididos em três níveis gerais: o nível pré-convencional, o nível convencional, e o nível pós-convencional ou baseado em princípios.

No nível pré-convencional, o juízo moral tem como referência valorações individuais e egocêntricas. O estágio 1 caracteriza-se pela obediência literal do indivíduo às regras e à autoridade, como forma de evitar o castigo e o mal físico, além de maximizar o prazer. O ponto-chave nesse estágio é o juízo egocêntrico. No estágio 2, o indivíduo segue as regras quando for de seu interesse imediato.

Age para satisfazer os interesses e necessidades próprias e deixa que os outros façam o mesmo, por meio da troca de equivalentes. De fato, reconhece-se que as outras pessoas também têm seus interesses. Os pontos-chave são o juízo pautado pelo individualismo, a separação dos pontos de vista, os direitos relativos e a troca de serviços pela necessidade estratégica.

No nível convencional, o agente baseia-se na orientação social tal qual posta. No estágio 3, mais especificamente, o indivíduo procura desempenhar o papel de uma boa pessoa, preocupa-se com os outros e seus sentimentos, mas apenas na medida em que esse papel e preocupação servem para mantê-lo dentro do grupo de seus parceiros-referência. O indivíduo nesse estágio está motivado a seguir regras e expectativas. Os pontos orientadores são a idéia de compartilhamento de sentimentos, normas, valores e expectativas, sem a idéia de um sistema macrosocial. No estágio 4, ocorre uma ampliação do quadro anterior e insere-se o referencial da sociedade. Cria-se a imagem do cidadão, integrado em um sistema de normas e hábitos que devem ser seguidos a fim de se manter a ordem social. O indivíduo espera corresponder ao que é socialmente esperado. Surge a idéia da lei e da ordem, do “ser bom” que é ter bons motivos e mostrar solicitude com os outros, além de inspirar confiança, lealdade, respeito e gratidão. O agente espera ver e ser visto como bom, sempre se colocando no lugar do outro. Os pontos orientadores são os papéis e regras adotados dentro de um sistema social e normativo claramente identificado e definido.

O último quadro cognoscitivo, o nível pós-convencional, apresenta o pensamento de maneira formal-operacional e o indivíduo orienta-se por meio de princípios. O estágio 5 caracteriza-se pela sustentação de direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade inerentes aos seres humanos, mesmo quando estes entram em conflito com as regras e leis concretas da sociedade em questão. O indivíduo parte da idéia de “regras relativas” diante de princípios universais, conscientiza-se da variedade de valores e opiniões. A maioria dos valores e regras tornam-se relativos ao seu grupo. O indivíduo respeita a idéia de um contrato social, “o maior bem, para o maior número”. E por fim, no estágio 6, o indivíduo guia-se por princípios éticos universais, que toda a huma-

3 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*.

4 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Consciência...*

5 KOHLBERG *apud* HABERMAS. *Consciência...*, p. 154.

nidade deve seguir. Nessa lógica, leis nacionais, valores relativos e acordos sociais se apóiam sobre referidos princípios.

2.2 Considerações acerca do marco teórico

Kohlberg coloca tais quadros como invariáveis e irreversíveis à medida que os indivíduos não regridem a etapas anteriores. A passagem de um estágio para outro será um processo de aprendizado efetivo. Não há ainda maneira de se “pular etapas”. O último estágio, segundo Habermas, não existe efetivamente. Tal estágio seria psicologicamente identificável ou uma simples construção filosófica.⁶ Poderíamos pensar então em um estágio utópico, para o qual deveria caminhar a humanidade, se esta estiver realmente evoluindo.

Uma outra distinção deve ser feita. As questões morais, ou seja, as decididas moralmente, se distinguem das questões valorativas, ou do bem viver, que fazem parte do mundo concreto. As questões valorativas têm grande importância nas negociações e as partes envolvidas devem estar mais atentas a elas do que efetivamente aos valores morais e princípios éticos ditos universais, visto que estes últimos devem ser exatamente construídos pelos atores em litígio, e aqueles, quando do juízo acerca da escolha dos meios, orientam os atores para o agir estratégico. Da mesma forma, devemos distinguir justiça e bem viver, autodeterminação e auto-realização, desenvolvimento moral e desenvolvimento do eu. A idéia de troca e recompensa, ou seja, agir para não sofrer ou para ganhar algo, se assenta no nível pré-convencional, no qual se encontra o grande número de processos negociais, especialmente no que diz respeito às negociações de conflitos.

Em uma situação de negociação de conflitos, a autonomia de decisões por parte dos líderes e mesmo das sociedades envolvidas no processo cede lugar à heteronomia, em que a influência externa tem mais impacto do que as vontades internas. Se, por um lado, os atores agem racionalmente buscando

maximizar seus ganhos e diminuir as suas perdas, é o nível de consciência moral que pautará a hierarquização das preferências e, estas, por sua vez, orientarão a identificação das alternativas de ação.

Os quadros acerca dos níveis de consciência moral referem-se ao desenvolvimento do aprendizado do indivíduo e fundam-se em um desenvolvimento etário, o que traz alguns limites à sua aplicação na interpretação de grupos sociais. Dessa maneira, neste estudo, estender-se-ão os quadros (etapas) de competência de papel e de níveis de desenvolvimento de consciência moral do indivíduo para a coletividade. Ao se examinar a sociedade ou mesmo grupos sociais determinados (evidentemente, portadoras de uma identidade comum), percebem-se, em suas ações e julgamentos coletivos (mais uma vez, comuns a todos os seus membros e atribuidores de certa identidade aos mesmos), diferentes níveis de desenvolvimento comunicacionais e de consciência moral. Ao se entender a ação como a adequação dos meios aos fins, o nível em que se encontra o grupo em questão irá determinar a maior ou a menor maturidade na escolha dos meios.

Os estágios de desenvolvimento continuarão os mesmos preconizados por Piaget e Kohlberg e reconstruídos por Habermas. Os quadros de referência e sanções que balizam cada etapa também. O enquadramento dos grupos nos respectivos níveis, contudo, será dissociado do referencial etário e passará a associar-se ao seu quadro cognitivo próprio. A sua classificação passa a depender do seu agir comunicativo no caso concreto, momento em que pode-se passar a observar os marcos da determinação dos meios aos fins. Nesse ponto em particular, adquire importância a discussão acerca dos usos da razão prática.

Um dos fundamentos hipotéticos da construção de estágios, descrito por Kohlberg, é que

“os estágios do juízo moral formam uma sequência de estruturas discretas que é invariante, irreversível e consecutiva. Com esta suposição fica excluído [...] que os mesmos sujeitos regridam de um estágio superior a um estágio inferior.”⁷

6 Cf. HABERMAS Jürgen. *Consciência...*

7 KOHLBERG apud HABERMAS, Jürgen. *Consciência...*, p.157.

Apesar de os quadros se referirem à estruturação racional do juízo moral, é possível, a um mesmo sujeito, produzir ações baseadas em diferentes níveis de consciência. Esse nível de consciência encontraria desenvolvimentos diversos em diferentes áreas (mesmo que se trate da consolidação de uma estrutura do pensar racional) perante os variegados quadros cognitivos com o qual o sujeito se depara. Estes distintos quadros fornecerão elementos de juízo ao agente podendo, desta maneira, influir no quadro de referência através do qual se baseará sua ação (tornando disponível e possível distintos níveis de comunicação, de exigências de reciprocidade, de esfera de validade, de punição, etc.). Dessa maneira, trabalhar-se-á com estágios flexíveis em que se permite a transição e mesmo a regressão entre eles, apesar de permanecerem moralmente hierarquizados.

2.3 Aplicação do marco teórico à realidade dos meios diplomáticos de resolução de conflitos

A partir desse quadro teórico, notam-se várias limitações dos processos negociais diplomáticos tradicionais, como a orientação para o sucesso e o agir estratégico das partes envolvidas e a ruptura da chamada “diplomacia de via única”.⁸

O “mundo social” e a “interação guiada por normas” já trazem inerentes a eles a dimensão moral, em outras palavras, o mundo seria construído mediante quadros valorativos sociais e/ou normas. Da mesma forma, há uma separação entre as perspectivas do mundo e as perspectivas do falante. Os estágios são construídos com base nas estruturas de perspectivas implementadas em diferentes tipos de agir, e a ação, aqui, é fundamental. Quando se analisar as ações políticas e sociais dos homens em suas respectivas sociedades, poder-se-á enquadrá-los em diferentes estágios e agindo sobre diferentes bases ou fundamentos.

8 Diplomacia de Via Única são aquelas relações e interações no sistema internacional que se dão através da burocracia e chancelaria oficial estatal.

Um dos principais problemas nas negociações diplomáticas atuais é o fato de os atores agirem a partir de uma orientação para o sucesso, ou seja, estrategicamente. Essa forma de agir impede a construção do diálogo⁹ e pode gerar conflitos, uma vez que os atores se utilizam de meios externos ao diálogo como maneira de atingirem o fim egocentricamente visado, recorrendo a meios como armas, ameaças e seduções, sobre a definição da situação ou sobre as decisões ou motivos de seu adversário, indicando um baixo nível de consciência moral destes. Não há entendimento mútuo e nem acordo com assentimento racional nesse tipo de agir, já que o nível de consciência moral determina, aqui, uma escolha egocêntrica dos meios para um agir tipicamente teleológico. A relação mundo objetivo e mundo subjetivo também é complicada, especialmente, quando há interferências de mundos objetivos e subjetivos externos, como no caso de mediação em que atuam potências externas aos problemas aos quais tenta-se empregar valores, expectativas e sentimentos distintos aos dos litigantes.

Dentro desse quadro, o baixo nível de consciência moral das partes envolvidas e dos tradicionais mediadores (quando presentes) pode ser uma das causas das limitações que se têm apresentado ao processo de solução de conflitos. Ao agirem egocentricamente, visando propor uma solução, chegam a uma solução do conflito que equivale meramente à obediência literal às regras e à autoridade (externas). Os litigantes, também com um baixo nível de consciência moral, acabam aceitando essa solução visando, meramente, evitar perdas perante o castigo (coação) de autoridades externas.

Evidencia-se, pois, que uma solução obtida nesses termos não resolverá satisfatoriamente o conflito e nem se sustentará. Essa questão se coloca perante o fato do agir diplomático.

9 Diálogo é entendido, neste trabalho, no sentido habermasiano.

É em relação aos conceitos de diplomacia de via única, de via dupla e de via múltipla que se insere a discussão acerca do transnacionalismo¹⁰ e do papel da sociedade civil no sistema internacional. O movimento transnacionalista abre novas vias de comunicação e inter-relação entre diversos atores não-estatais. A população surge, então, como uma grande força na busca pela paz. A sociedade civil pode se tornar um importante ator em negociações de litígios, à medida que adquiriu instrumentos de pressão sobre os tradicionais negociadores, em grande parte devido ao movimento transnacional. Além disso, ela também deve estar envolvida por ser quem sofre as consequências mais diretas dos embates e das soluções.

Pedraza coloca como formas de atuação em processos de negociação de via dupla e múltipla: a consulta, o diálogo e a capacitação.¹¹ Nesse sentido, as soluções diplomáticas de conflitos devem acrescentar ao seu escopo a idéia de capacitação, trabalhada sobre a forma moral e aprendizado. Capacitação, segundo ele, ocorre quando

*los expertos en solución de conflictos utilizan la capacitación para equipar a las partes en conflicto con las capacidades que les sean útiles para solucionar y transformar esos conflictos.*¹²

Deve-se buscar, dessa maneira, a capacitação das sociedades civis e demais atores envolvidos para que eles resolvam seus próprios problemas. Uma solução é mostrar à sociedade civil (pessoas particulares, setores populares, organizações civis e até figuras públicas) que a construção do diálogo deve partir delas próprias, o que resultará em soluções mais duradouras e menos constrangedoras. Ademais, as soluções serão construídas em conjunto pelas partes em conflito, possibilitando a consolidação e a auto-sustentação daquelas.

Ao atingir um elevado nível de consciência moral, a população estará mais aberta ao respeito à diferença, à igualdade e ao diálogo. Estará mais apta a reivindicar e a negociar suas demandas e de terceiros.

Com essa capacitação, abrir-se-á a possibilidade de uma participação mais efetiva da sociedade civil no diálogo e na resolução de conflitos por meio de pressões transnacionais.

O atual jogo de pressão dentro do sistema é um reflexo das mudanças que ocorrem nele. Esse jogo adquire configurações menos concentradas e interações mais diversificadas, as quais permitem um jogo de freios e contrapesos na busca pelo equilíbrio. O fenômeno do transnacionalismo e as relações entre atores não-estatais também modificam os processos de negociação, já que se cria uma “democratização” dos interesses, abrindo espaço para a presença de diversos atores no processo de resolução de conflitos. Uma negociação comercial entre os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), por exemplo, trará consequências diversas, diretas ou indiretas, para todos os atores do sistema. Atores estes, não apenas estatais (que negociariam com uma racionalidade estratégica), mas também, transnacionais, que podem alterar o

10 O transnacionalismo é um paradigma que, diante das transformações em curso no sistema internacional, vai afirmar a necessidade de se alterar o clássico modelo do Estado como centro das relações internacionais, por um modelo que abarque o novo caráter multidimensional das relações internacionais. No debate transnacionalista tenta-se, então, explicar o novo papel dos Estados nas relações internacionais, dos novos atores que surgem no sistema e da crescente importância da economia para a interpretação deste sistema. Esta mudança de enfoque analítico surge pela dificuldade de se explicar alguns fatores que ocorrem diariamente no mundo, como por exemplo o mercado financeiro, que ocorre em todo lugar, mas, ao mesmo tempo, não há como determinar um lugar específico como sua origem. Assim, sob a perspectiva transnacionalista, o sistema internacional que vem se configurando é conformado por relações que são todo o mundo, independentemente da localização geográfica do país.

Nesse sentido, Keohane e Nye definem as relações transnacionais como “contatos, coalizões e interações através das fronteiras do Estado que não estão controladas por órgãos centrais encarregados da política exterior dos governos”. KEOHANE et NYE *apud* ARENAL, Celestino del. *Introducción a las relaciones internacionales*, p. 312, tradução nossa.

11 Cf. PEDRAZA Luis D. *Negociación internacional* <http://members.xoom/lusiadas/>: 2000 acessado em 25/9/2000.

12 11 Cf. PEDRAZA Luis D. *Negociación internacional* <http://members.xoom/lusiadas/>: 2000 acessado em 25/9/2000. p. 12.

rumo das negociações por meio de pressões que fogem ao tradicional esquema burocracia-burocracia.

Algumas dessas “pressões transnacionais” são de cunho intra-social (dentro dos próprios Estados) e outras partem de *outputs* do próprio sistema. As pressões internas são o diálogo criado entre demandas sociais e as orientações estatais, ou seja, a comunicação do interior de uma bola de bilhar com a sua superfície exterior, no modelo de Burton.¹³ Deve-se lembrar que, nesse modelo de mesa de bilhar, as relações internacionais eram vistas somente a partir da interação das partes externas (por exemplo, políticas externas) dos atores, não levando em consideração as determinações “internas” destes.

As sociedades civis, com suas determinações, e orientações têm-se mostrado, assim, cada vez mais importantes para as relações internacionais. As novas comunicações e interações entre os diversos atores transnacionais em processo de negociação, entre eles a própria sociedade civil, evidenciam novas direções para onde caminham estes fluxos e interações. Ou seja, o processo de negociação político não se configura mais e tão-somente pelo acordo de burocracias estatais.

Nessa perspectiva, os novos diálogos (sociedade/burocracia, sociedade/sociedade, sociedade/burocracia externa) configuram um novo ordenamento, menos hierarquizado e menos estático do que a forma anterior, em que o sistema de negociação internacional era visto como interação tão-somente de Estados soberanos¹⁴ e suas ações estratégicas, na busca de incremento de poder e de satisfação dos interesses nacionais. Regimes¹⁵ democráticos, em contrapartida, favorecem, em parte, esse movimento de participação civil e transnacionalista.

13 As interações do sistema internacional se dariam, até a Guerra Fria, como bolhas de bilhar que se chocam umas com as outras sendo estas, os Estados. Cf. BURTON, John W. *World society In: KAUPPI, Mark V.; VIOTTI, Paul R. International relations theory: Realism, pluralism, globalism*. 2nd edition, ed. Macmillan Publishing Company, Nova York, 1993.

14 Mesmos nos casos envolvendo empresas e nacionais as negociações de conflito eram feitas de forma diplomática, i.e., o Estado chamava a si a causa e os representava.

15 Regimes para Krasner é o “conjunto de princípios, normas, regras e processos de tomada de decisão implícitos ou explícitos, em que as expectativas dos atores convergem em uma área das relações internacionais”. KRASNER, Stephen. *International regimes*, p.1.

De acordo com essa concepção, os processos tradicionais de negociações, dos bons ofícios, da conciliação, da mediação, dos congressos e das conferências, além do sistema consultivo, devem estar abertos ao diálogo com a sociedade civil. As partes envolvidas no processo, eventualmente, incorrem na confusão entre uma decisão imposta e a resolução do conflito. Segundo Burton, a primeira se configura como algo realizado sem apoio, e ele nos lembra de que “a autoridade provém das partes em conflito e não de instituições exteriores”.¹⁶

Nessa visão tradicional, as partes litigantes envolvidas se sentem intimidadas pela ameaça de perda. A resolução do conflito é vista como um jogo de soma zero devido ao baixo grau de consciência moral. Desta maneira, as partes, quando negociam somente com base na razão estratégica, acabam não trabalhando com a *verdade*, a *correção* e a *sinceridade*, pressupostos da criação de um consenso.¹⁷ Os participantes do diálogo nessas condições também não agem objetivamente, em face do estado das coisas, e muito menos em conformidade com as regras que seriam construídas dentro do próprio processo negocial. A resolução de um conflito através de um quadro cognitivo alienígena encerra o diálogo uma vez que é impositiva e longe da realidade efetiva, podendo levar à sua deflagração posterior ou ao surgimento de novos litígios. É a situação do *confronto ativo sujeito/ambiente* proposto por Piaget.¹⁸ Restam, então, poucas opções para as partes a não ser o *agir estratégico*, o que impede as *interações guiadas por normas* externas ao contexto comunicacional e a construção do diálogo entre os atores envolvidos. Talvez, com a participação da sociedade civil e da lógica da razão substantiva no processo negocial, o problema possa ser de alguma forma contornado.

16 BURTON, John W. *O controle e a resolução dos conflitos internacionais In: BRAILLARD, Philippe. Teoria das relações internacionais*, p. 541.

17 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*.

18 Cf. PIAGET *apud* HABERMAS. *Consciência...*

O mediador (ou qualquer terceiro envolvido como condutor do processo) não deve assumir um papel de autoridade. Os próprios atores envolvidos devem construir o quadro normativo que guiará a solução do litígio. O processo se auto-sustentará tendo em vista que os próprios atores criaram o quadro normativo que pautará, objetivamente, suas ações e, por via de consequência, porá termo ao conflito.

3 OS MODOS JURÍDICOS DE RESOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS

A principal característica destes modelos de resolução de conflitos é o fato de um terceiro desinteressado chegar a uma sentença legal, a qual possui, independentemente das discussões envolvendo a sua força executória e eficácia, autoridade de coisa julgada, isto é, faz *res judicata* entre as partes litigantes. São usados, principalmente, em casos de violação de tratados e convenções, da ofensa a princípios e normas de direito internacional e de dúvidas quanto à extensão, à quantidade e à qualidade de um direito seu ou de terceiro.

Os modos jurídicos de resolução pacífica de conflitos compreendem as comissões de inquérito e conciliação, as soluções judiciais e a arbitragem.

3.1 As comissões de inquérito e conciliação

As comissões de inquérito e conciliação foram inicialmente previstas na Conferência de Haia, de 1899, como uma possível alternativa à arbitragem, e receberam uma regulação de certa forma uniforme em outros atos coletivos internacionais, como a Conferência de Haia de 1907, a Convenção Gonda de 1923, a Convenção Geral Interamericana de Conciliação de 1929, o Pacto Antibélico de Não-Agressão e Conciliação de 1933, a 7ª Conferência Internacional Americana, também de 1933, e os tratados de Bryan realizados entre 1913 e 1940. Todavia, o instituto não constitui propriamente um modo de reso-

lução de conflitos, muito menos jurídico, apesar de grande parte da doutrina o classificar como um modo jurídico de resolução pacífica de conflitos.

Essas comissões internacionais são criadas visando à elucidação dos fatos envolvidos no litígio por meio de uma investigação, ao final da qual deve apresentar um relatório contendo os fatos e “sugestões” de conciliação. Podemos perceber que o instituto tem um caráter consultivo e o seu uso, como nos aponta Shaw,¹⁹ tem sido raro.

Deve-se ressaltar que o instituto encontra certo valor quando é feito dentro de um padrão institucional profissionalizado, como os feitos pelas agências especializadas na Organização das Nações Unidas (ONU), de modo a fornecer elementos para os demais modos de solução de conflitos, bem como elucidar as circunstâncias sobre o envolvimento de terceiros. Por fim, o próprio entendimento mútuo, pelas partes, do conflito, de sua origem, natureza e dos diversos elementos nele (no conflito) presentes, já é um grande passo na busca de um diálogo e de uma solução que ultrapassem resoluções conjunturais e temporárias e atinjam as suas raízes e elementos estruturais, chegando a uma solução definitiva e aceitável para as partes envolvidas.

3.2 As soluções judiciais

As soluções judiciais, segundo Shaw,²⁰ compreendem as atividades das cortes internacionais e regionais que decidem disputas entre os sujeitos de direito internacional. Essas instituições surgiram dentro do espírito das Conferências de Haia de 1899 e de 1907 de criar uma corte mundial para a comunidade internacional, como, de fato, surgiu a Corte Permanente de Arbitragem e, posteriormente, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) que antecedeu a Corte Internacional de Justiça.

19 SHAW, M. N. *International law*.

20 SHAW, M. N. *International law*. p.

Apesar da existência de outras instituições e do relevante papel que as Cortes Internacionais *ad hoc* desempenharam, como as cortes referentes aos crimes de genocídio, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é a mais relevante em prestígio e jurisdição, de forma que a análise ater-se-á a ela.

Não obstante o relativo sucesso da CIJ (e da sua predecessora CPJI) por ter se tornado, efetivamente, uma corte internacional permanente, com um corpo jurisprudencial consolidado (conferindo estabilidade às suas decisões e ao Direito Internacional) e vinculado à ONU, duas importantes limitações se fazem presente a este modelo diante das mudanças e em decorrência da própria natureza do instituto: as restrições quanto à legitimidade passiva e ativa e o problema da delegação da competência, em grande parte decorrente do primeiro.

- As cortes internacionais, talvez à exceção do Tribunal de Justiça da União Européia e dos casos consultivos da CIJ, restringem-se à apreciação de lides entre Estados soberanos. De fato, o art. 34 do Estatuto da CIJ é expresso ao estabelecer que “só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte”. Se, por um lado, alega-se que as cortes internacionais, especialmente a CIJ, cumprem o seu papel de regular as relações entre Estados, por outro, essa prática exclui de seu âmbito o crescente número de relações transnacionais, não-estatais portanto. Estas relações carecem de uma regulamentação, especialmente perante as ações dos grupos transnacionais cada vez mais ativos no cenário internacional. Esses grupos, orientados por uma racionalidade estratégica, agem egoísticamente no sentido de buscar a maximização de seus lucros, acabando por gerar, no sistema internacional, situações de injustiça e assimetria que não são alvos de uma regulação direta internacional ou mesmo nacional. Mesmo quando indivíduos ou pessoas privadas são levados aos tribunais internacionais, isto é feito por meio da representação diplomática, o que, para todos os efeitos de direito internacional torna o Estado (e não o representado) parte no processo. O problema da não-legitimidade ativa (e mesmo passiva) se faz sentir especialmente em questões de *jus cogens*, como nos direitos humanos, quando a situação passa pela ofensa de um indivíduo ou um grupo em que o próprio Estado a que esses pertencem é quem está cometendo o ilícito. Basta

ao Estado não aceitar a jurisdição ou não cumprir a sentença contrária a seus interesses.

- Decorre dessa restrição que os Estados soberanos são estruturas políticas por natureza, de modo que, na prática, não têm (em geral) a intenção de regular suas lides por meio de uma sentença definitiva. Se os Estados o fazem é porque existe uma imprecisão das normas jurídicas o que lhes permite encontrar argumentos jurídicos que justifiquem os mais diversos e contraditórios comportamentos. Além disso, o que se observa é que os Estados recorrem à CIJ como meio de evitar uma ruptura diplomática direta com o outro Estado litigante; estes acordam em submeter a lide ao julgamento mas, como a corte deve ater-se à (e justifica-se pela) vontade dos Estados (sob o risco de incorrerem em vício ultra petita), submetem apenas questões periféricas do litígio deixando, na maioria das vezes, as questões centrais fora da apreciação definitiva dos tribunais, levantando uma séria questão de eficácia²¹ à solução de conflitos.

3.3 A arbitragem

Para melhor compreensão desse modo de resolução pacífica de conflitos serão abordados a sua definição, a sua natureza, a distinção entre a arbitragem nacional e a internacional, suas vantagens e, por fim, seus obstáculos e limitações.

A arbitragem, amplamente considerada, é uma prática alternativa, extrajudiciária, de solução pacífica de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso, mediante a atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes em divergência, por isso denominados árbitros.

21 A questão da eficácia é, todavia, amenizada pelo fato de ser interesse dos Estados legitimar o modelo judicial de resolução de conflito, de modo a que, em geral, os Estados acatam as decisões definitivas da CIJ.

Apresenta, portanto, natureza mista: convencional, por sua origem, e jurisdicional, por sua função. Difere-se a arbitragem doméstica daquela praticada internacionalmente. Esta última tende a ser mais liberal do que a primeira.

No que tange à arbitragem internacional especificamente, insta ressaltar que vem adquirindo uma crescente aplicação. As mudanças ocorridas no cenário internacional, com a aprovação da OMC e, mais do que isso, com a abertura generalizada dos países ao comércio internacional, contribuiu para tal fenômeno. Do mesmo modo, a redução do papel do Estado, a criação da ONU e de outras organizações internacionais, governamentais e não-governamentais, além do surgimento de empresas multinacionais como atores internacionais, bem como a recente estratégia empresarial de globalização, também atuaram no sentido de fortalecer esse meio privado de solução de litígios.

Dentre as vantagens do procedimento arbitral, cita-se a sua celeridade, o sigilo com que se processa, a sua informalidade em face do procedimento judicial, bem como a possibilidade de as próprias partes escolherem o árbitro (ou árbitros) que solucionará o litígio, com imparcialidade. Ademais, o processo de arbitragem é mais aberto aos movimentos transnacionais, admitindo atores não-estatais como partes em seus procedimentos. Por fim, o fato de, muitas vezes, as câmaras arbitrais terem origem na própria sociedade civil contribui para que o direito empregado na busca de soluções, por fugir ao ordenamento estatal, esteja mais próximo das necessidades e expectativas geradas em seu seio, e constitua uma forma mais democrática de resolução jurisdicional de conflitos.

Não obstante tais vantagens, a arbitragem, ainda hoje, encontra limites e obstáculos de difícil superação. Ao contrário do que ocorre com os modos diplomáticos de solução de controvérsias, aqui os problemas que aparecem são muito mais de natureza jurídica do que político-sociológica.

Por mais que se proclame o princípio da autonomia da vontade e o anacionalismo da *lex mercatoria*, a arbitragem internacional sempre encontrará restrições impostas pelos ordenamentos jurídicos nacionais que se encerram na expressão “reservas de ordem pública”. Tais restrições se mostram ainda mais significativas quando se cuida da efetividade executória de sentença arbitral.

Assim, dentre os obstáculos à prática arbitral, colocam-se as leis imperativas internas do território no qual a sentença arbitral estrangeira deve ser executada e as regras de ordem pública. Uma violação a qualquer desses dois elementos conduzirá, fatalmente, ao não-reconhecimento da plenitude executória de uma decisão proferida por um tribunal arbitral. Trata-se, portanto, de questão de séria gravidade, posto que, apesar das vantagens oferecidas pelo instituto, no momento final, qual seja, de execução de uma sentença arbitral, corre-se o risco de ter-se todo um procedimento invalidado, e, conseqüentemente, um retorno à via do judiciário.

No que concerne à ordem pública, deve-se mencionar que ela pode ser visualizada sob dois ângulos distintos: a ordem pública interna e a ordem pública internacional. A primeira pode ser definida como um conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto. A segunda encontra-se associada ao surgimento de um espaço transnacional que têm exigências próprias. Essa segunda noção tem como objetivo defender o mínimo *standard* de coerência e homogeneidade com o que se deve produzir a regulamentação jurídica das transações que têm lugar em tal contexto.

A ordem pública, seja ela interna ou internacional, ainda atua como um limite à arbitragem internacional. Assim é que tem sido objeto de preocupação no âmbito do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira. René David, chamando a atenção para a interferência da ordem pública no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, assinala que

“o problema que se coloca, desde que comparemos jurisdições arbitrais e jurisdições estatais, é o da execução forçada das decisões, e, por conseguinte, da coercitividade, e o que se deve indagar é se existe alguma possibilidade de desenvolver, no que concerne às relações de comércio internacional, jurisdições interestatais cujos julgamentos seriam reconhecidos automaticamente como executórios nos diferentes Estados, com

eliminação de todo controle de sua conformidade às regras de processo ou de fundo impostas pela “ordem pública” nos diferentes países”.²²

Deve-se convir que a ordem pública, no plano do comércio internacional, constitui entrave indesejável, pois, muitas vezes, retirará do comerciante importantes expectativas. Com isso, vem-se assistindo lentamente à amenização dos efeitos da ordem pública entre os jusinternacionalistas e na jurisprudência das atividades comerciais. Tanto é assim que a defesa da ordem pública nos casos de arbitragem tem tido cada vez menos sucesso perante as Cortes, quando instadas a se manifestarem acerca do reconhecimento ou não de sentença arbitral estrangeira.

Entretanto, a despeito dessa amenização, não se pode ignorar que a ordem pública associada às leis internas dos Estados, enquanto entrave à arbitragem, ainda é uma realidade vivida atualmente, principalmente quando se analisa a questão do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras nos diversos países e também nas diversas Convenções a respeito do tema.

4 CONCLUSÃO

Acredita-se que a razão estratégica é bem marcante em resoluções de conflitos, cujos atores se configuram como Estados soberanos, e seus representantes, ou seja, na diplomacia de via única. Nesta é comum a utilização da burocracia especializada, criada sobre os ditames do Estado, e cuja relação com a sociedade civil em si pode estar em harmonia ou não. A resolução do conflito pode ou não refletir demandas intra-sociais e, se não, a razão estratégica tornar-se-á predominante. Devemos lembrar, segundo o paradigma predominante até então, de que Estados agem segundo seus próprios interesses, buscando maximizá-los (e isso é nada mais nada menos que o agir estratégico de Habermas)

e que, seus interesses, enquanto Estado, podem ser distintos dos interesses de sua sociedade.

Em contraposição à razão estratégica, está a razão substantiva, aquela em que há elementos vinculados não à busca de fins ao menor custo e nem à utilização de quaisquer meios para se alcançar este fim, mas à satisfação final pela escolha de meios que não se encontrem em contradição ao fim.

Quando se afirma que antigos e novos esquemas estão em convivência, o mesmo ocorre com os dois tipos de racionalidade. Razão estratégica e razão substantiva vivem, convivem e sobrevivem, às vezes, em campos distintos, às vezes, em um mesmo campo. Há foros nos quais prevalecem a racionalidade estratégica como, por exemplo, nas negociações sobre armamentos e no mercado financeiro, e há foros em que prevalecem a racionalidade substantiva, como em negociações temáticas acerca do meio ambiente. Há ainda foros em que degladiam-se as duas racionalidades, como, por exemplo, em discussões sobre Direitos Humanos, quando alguns atores atropelam estes princípios para chegar a um fim maior.

As negociações de resoluções de conflitos não fogem a esta dualidade embora a razão estratégica e os princípios de jogos de soma zero ainda predominem. Isto implica o uso da razão prática, ou, segundo o modelo de Habermas, o agir estratégico. A razão estratégica, pautada segundo interesses individuais e imediatos, é patente nos processos de resolução pacífica de conflitos internacionais. A racionalidade estratégica orienta as negociações por meio de um cálculo de custo-benefício egocêntrico, fundado no nível pré convencional de consciência moral, o que impede que os atores ajam no sentido de construir, por meio do diálogo, um quadro normativo compartilhado que porá fim ao conflito. Um ator X, agindo a partir da racionalidade pré-convencional, irá escolher os meios segundo o princípio *minimax* pensado pelos teóricos dos jogos. A solução do conflito, neste caso, será, muitas vezes, a derrota de uma parte em relação a outra, o que, como vimos, não é uma solução nem eficaz e nem desejada do ponto de vista ético. Negociações baseadas em associações estratégicas (custo/benefício), portanto, não conseguirão formar diálogos efetivos, sempre convivendo com a possibilidade de um maior ganho com sua quebra. Elas têm sua

22 DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*, p. 309. Tradução livre.

lógica baseada em uma razão estratégica, o que dificulta a cooperação – posição individualista de ganho pré-convencional. Esta é a mais comum, na qual as relações internacionais seriam interações de Estados soberanos, ou seja, sob a égide do paradigma estatocêntrico. Entretanto, negociações de cooperação são construções e, portanto, fruto do diálogo, apresentando um caráter, no mínimo, mais estável.

No caso específico da arbitragem, por exemplo, o árbitro deve estar atento às racionalidades envolvidas no conflito de modo a solucioná-lo de forma justa, atingindo não apenas os aspectos periféricos, mas também seus aspectos centrais e estruturais.

Verifica-se, hoje, que o movimento transnacional, contudo, abriu espaço para a participação da sociedade civil como negociadora direta ou condutora do processo, com base em seu amadurecimento social e do exercício de “pressões transnacionais” baseadas em uma racionalidade substantiva capaz de sobrepor-se à racionalidade estratégica dos meios de negociação tradicionais.

A racionalidade substantiva pode, dessa maneira, alterar a lógica do cálculo racional estratégico por meio das “pressões transnacionais”, especialmente da sociedade civil. Uma mudança rumo a racionalização substantiva pode ser um processo eficiente na solução de conflitos em que os próprios atores envolvidos constroem a solução. A teoria de Habermas se apresenta como um importante indicativo da maneira como isto deve ser conseguido: pelo diálogo e formação de um quadro normativo objetivante que pautará as ações, tornando a solução auto-sustentável. Isto requer passos lentos, e sua determinação está relacionada ao nível de consciência moral da sociedade civil e o seu amadurecimento.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMORIM FILHO, Oswaldo B. *A pesquisa geográfica em seu conjunto*. Inédito, 2000.

_____. *Os quadros conceituais da análise das situações de conflito em geografia política*. Inédito, 1999.

_____. *Geopolítica: Fundamentos para o estudo dos focos de tensão*. Inédito, 1999.

_____. *Pequeno glossário geopolítico*. Inédito, 2000.

ALBUQUERQUE, José A. G. de. *Nova geometria do poder mundial*. In: *ESTRATÉGIA no novo cenário mundial*. São Paulo: Núcleo de Políticas e Estratégias da Universidade de São Paulo, 1996, v. 5.

ARENAL, Celestino del. *Introducción a las relaciones internacionales*. 2. reimpresión. Madrid: Tecnos, 1994.

BECK, Ulrich. *O que é globalização: Equívocos do globalismo - Respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BROWN, Michael E. S. *The international dimensions of internal conflicts*. Cambridge: The MIT Press, 1996.

BROWN, Chris. *International relations theory: New normative approaches*. New York: Columbia University Press, 1992.

BROWNLIE, Ian. *Principles of international law*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

BURTON, John W. O controle e a resolução dos conflitos internacionais. In: BRAILLARD, Philippe. *Teoria das relações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

_____. *World society*. In: KAUPPI, Mark V.; VIOTTI, Paul R.. *International relations theory - Realism, pluralism, globalism*. 2. ed. Nova York: Macmillian Publishing Company, 1993.

DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce International*. Paris: Economica, 1982.

DOUGHERTY, James E. and PFALTZGRAFF, Robert L. *Contending theories of International relations* - A comprehensive survey. New York: Longman, 1996. Cap. 13.

DYER, Hugh C. *Moral order/World order: the role of normative theory in the study of international relations*. London: Macmillan Press Ltd; New York: St. Martin's Press, Inc., 1997.

FONSECA Jr, Gelson. Aspectos da multipolaridade: Notas preliminares. In: Contexto Internacional, Rio de Janeiro: PUC-RJ, n. 11, jan./jun. 1990.

FROST, Mervyn. *Ethics in international relations: a Constitutive Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico* [Bibliografia Incompleta]. 19XX.

_____. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, E.; BONI, Luísa (Org). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Teoría de la acción comunicativa* - Complementos y estudios previos: Madri: Cátedra y Teorema, 1994.

HERZ, Mônica. Análise cognitiva e política externa. *Contexto internacional*, v. 16, no 1; jan./jul. 94.

_____. A dimensão cultural das relações internacionais e os atores não-governamentais. *Contexto Internacional*, v. 8, 1988.

_____. A dimensão cultural das relações internacionais - Proposta teórico-metodológica. *Contexto Internacional*: v.6, jul./dez. 1987.

HEWSON, Martin; SINCLAIR, Timothy J. *Approaches to global governance theory*. Nova York: State University of New York Press, 19xx.

HURREL, Andrew. Sociedade internacional e governança global. *Lua Nova: Revista e Cultura e Política*: São Paulo: CEDEC, n. 46, 1999.

KAISER, Karl. A política transnacional - Para uma teoria da política multinacional. In: BRAILLARD, Philippe; *Teoria das relações internacionais*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

KELLY, Petra K. The roots of conflict. In: THEGAIA, peace atlas - The survival into: Nova York: Doubleday, 1990.

KEOHANE, Robert O; NYE JR., Joseph (orgs.) *Transnational relations and world politics*. Harvard: Harvard, 1971.

KRASNER, Stephen. *Sovereignty: organized hypocrisy*. Princenton: Princeton University Press, 1999.

_____. *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1993.

MENDES, Cândido (Coord.); SOARES, Luiz E. (Ed.). *Cultural pluralism, identity, and globalization*. Rio de Janeiro: Conjunto Universitário Cândido Mendes, 1997.

PEDRAZA Luis D. Negociacion Internacional: capturado em: <http://members.xoom/lusiadas/>: 2000 acessado em 25/9/2000.

ROSENEAU, James N. *Turbulence in world politics*. Princenton: Princeton University Press, 1990.

_____. *Governança sem governo* - Ordem e transformação na política mundial. Brasília: EdNub, 19xx.

SANTOS FILHO, Onofre. *Hegemonia e relações internacionais*: Atores transnacionais, espaços e interações: Inédito, 1999.

SHAW, M. N. *International law*. Cambridge: Grotius Cambridge, 1991.

VIGEVANI, Tullo. Ciclos longos e cenários contemporâneos da sociedade internacional. *Lua Nova*: Revista e Cultura e Política. São Paulo: CEDEC, n.46, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel. *States? Sovereignty?* - The dilemmas of capitalism in a age of transition [Bibliografia Incompleta].

WEISS, Thomas G.; GORDENKER, Leon. *NGOs, The UN, and global governance*. Londres: Lynne Rienner Publishers, 1920.

A REGRA DA RAZÃO E A ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA – O CASO DOS INCENTIVOS FISCAIS ESTADUAIS

Giovani Ribeiro Loss

Sumário

1. Introdução. 2. Os incentivos fiscais estaduais. 3. O princípio da livre concorrência. 4. A regra da razão (*rule of reason*). 5. O controle de constitucionalidade. 6. A regra da razão e a análise da inconstitucionalidade por violação ao princípio da livre concorrência. 6.1 A necessidade de análise das eficiências. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Certas medidas de política econômica, tal como ensina Niklas Luhmann, servem de reação a situações momentâneas:

“Outras matérias do direito, como por exemplo muitas medidas de política econômica, servem de reação a situações momentâneas, e podem cons-