

Capítulo 1 - DOI:10.55232/1082024.1

**O ACESSO À JUSTIÇA EM FOROS INTERNACIONAIS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO INDIVÍDUO
NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E NA
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**

Gabriel Moura Aguiar e Mayra Karla Correia Fagundes

RESUMO: O presente trabalho consiste num estudo sobre o locus standi na atual configuração do Direito Internacional em dois grandes foros internacionais: a Organização Mundial do Comércio, através de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias e a Corte Internacional de Justiça. Refletir-se-á sobre as consequências da restrita legitimidade ativa nestes foros, considerando a evolução do Direito Internacional, e o maior alcance da subjetividade internacional, hoje não mais se limitando aos Estados soberanos, pois cada vez mais o indivíduo ao lado de entes públicos e privados reclamam direitos na esfera internacional, e, por isso, sua posição processual neste âmbito deve ser considerada.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Corte Internacional de Justiça, Organização Mundial do Comércio

INTRODUÇÃO

A ordem jurídica internacional se difere sobremaneira do direito interno de cada Estado. No direito nacional, o poder estatal determina a submissão à jurisdição local, da qual não se pode escapar, tanto particulares quanto entes públicos. No direito internacional público, por outro lado, a organização ocorre de forma descentralizada, e a submissão de um Estado a determinada jurisdição, seja de um outro Estado ou de um organismo ou corte internacional, depende de aceitação expressa do ente estatal, tendo em vista sua soberania (REZEK, 2010).

Dessa forma, tem-se que o Estado é o sujeito originário de direito internacional público, e este detinha, até há pouco tempo, a exclusividade neste papel. Todavia, nos dias atuais, há o reconhecimento das organizações internacionais também como sujeitos de direito internacional, uma vez que ostentam personalidade jurídica internacional e são assim “habilitadas à titularidade de direitos e deveres internacionais, numa relação imediata e direta com aquele corpo de normas” (REZEK, 2010, p.153).

Por sua vez, esta personalidade jurídica, ainda conforme Francisco Rezek, não é uniforme. Os Estados detêm uma personalidade originária, uma vez que este possui não somente uma precedência histórica, mas uma existência física, um território no qual vive uma comunidade humana. A personalidade jurídica internacional das organizações é derivada, posto que elas não existem senão com base no ato jurídico que as instituiu, a exemplo de um Tratado, ato este resultado da vontade conjugada de Estados que, em livre exercício de sua soberania, voluntariamente abrem mão de parcela desta para se submeter à jurisdição e aos ditames da organização internacional. (REZEK, 2010, p. 153-154).

Pode-se dizer que esta é a configuração unânime tradicional dos sujeitos de direito internacional, os Estados e as organizações internacionais. Dessa forma, é evidente a conclusão de que estes dois sujeitos possuem legitimidade ativa em direito internacional, ou seja, podem acessar as jurisdições internacionais consubstanciadas nas Cortes e Tribunais supranacionais.

Dentro desta configuração tradicional, se incluem a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), esta última aqui representada por seu mecanismo de solução de controvérsias. Logo, conclui-se que os Estados são legitimados ativos para recorrer à CIJ e ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC, conforme seus respectivos atos jurídicos criadores, assunto que será analisado de forma mais aprofundada no corpo do trabalho.

Ocorre que há um movimento, observado tanto na prática quanto na doutrina, de consideração de entes privados como sujeitos de direito internacional, notadamente os indivíduos. Entretanto, este entendimento não é unânime na doutrina internacionalista e há, ainda, resistência de alguns órgãos internacionais de solução de conflitos em acatar este posicionamento, sendo este o problema motivador da pesquisa.

O objetivo do trabalho é, pois, analisar criticamente a posição tradicional diante da crescente importância tomada pelo indivíduo e por empresas privadas na esfera internacional, levando setores respeitadas da doutrina a defender o direto acesso à justiça destes nas Cortes internacionais. Algumas das Cortes e Tribunais internacionais já aceitam a participação de indivíduos ou de empresas. No primeiro caso, pode ser citada como exemplo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹ e, no segundo, o Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI ou ICSID)².

Porém, outras ainda relutam em permitir esta participação, tais como a Corte Internacional de Justiça e a OMC, objetos do trabalho. Estas duas organizações internacionais foram escolhidas por sua importância no cenário internacional e, também, por possuírem casos emblemáticos para ilustrar a questão, nos quais seria salutar a possibilidade de participação direta de entes particulares.

A vertente teórico-metodológica utilizada foi a jurídico-teórica, pelo destaque aos aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários do tema (GUSTIN, 2006, p. 22), tanto na análise da legitimidade ativa dos particulares nos foros internacionais quanto no estudo das Cortes Internacionais selecionadas (A Corte Internacional de Justiça e o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC).

O raciocínio empregado foi o dedutivo, pelo qual se parte de premissas consideradas verdadeiras a priori, cuja investigação busca confirmar a certeza. Por fim, pode ser observada também uma vertente de investigação jurídico propositiva, pois se busca, ainda que em menor medida, fomentar a discussão sobre a ampliação do rol de legitimados ativos nas Cortes Internacionais analisadas (GUSTIN, 2006, p. 23, 30).

¹De acordo com o art. 34 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal “pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos” (CONSELHO DA EUROPA, 1950, p.22).

²O art. 25 da Convenção do CIRDI/ICSID dispõe que a jurisdição do Centro se estende a qualquer disputa legal proveniente diretamente de investimentos, entre um Estado-parte e um nacional de outro Estado-parte (WORLD BANK GROUP, 2006, p.18). tradução nossa do original em inglês: “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State (...)”.

O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL

Conforme mencionado nas considerações introdutórias, não há consenso na doutrina sobre a possibilidade de aceitação dos indivíduos ou empresas como sujeitos de direito internacional e, conseqüentemente, como legitimados ativos a acessar as cortes internacionais. São assim verificadas duas correntes; a primeira mantém a concepção do direito internacional clássico, ou seja, de que somente Estados soberanos, organismos internacionais, beligerantes, insurgentes e nações que buscam sua soberania são sujeitos ativos no âmbito transnacional e, portanto, teriam legitimidade para elaborar normas internacionais com a circunstância de serem eles seus destinatários imediatos. (PORTELA, 2015, p.155)

A outra corrente, à qual se filia Portela, dentre outros, defende a inserção de indivíduos, empresas e organizações não governamentais (ONGs), no rol dos sujeitos de direito internacional. Isto se dá por conta de uma recente evolução da ordem jurídica internacional, que passou a prever, em suas normas, direitos e obrigações a estas pessoas. Contudo, o autor faz a ressalva de que a legitimidade internacional ativa dos particulares é bem mais restrita que a dos Estados e organismos internacionais. Esta legitimação se limita ao acesso a métodos transnacionais de solução de conflitos. (PORTELA, 2015, p.155-156)

A recente valorização do indivíduo e sua posição de sujeito de direito internacional pode ser vista como uma conquista do direito internacional no século XX, e está, nas palavras de Valerio Mazzuoli (2015, p. 470), intimamente ligada ao “desenvolvimento e solidificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. O mesmo autor também ressalta que não há, no direito internacional, nenhuma regra a dizer que o indivíduo não é um sujeito do “direito das gentes”.

Um outro argumento a reforçar a posição do indivíduo como sujeito de direito internacional é a possibilidade deste ser sujeito a deveres e punições na esfera transnacional. Ou seja, já é possível e plenamente aceita a legitimidade *passiva* de indivíduos em direito internacional, especialmente em matéria penal, tendo em vista a responsabilização dos oficiais nazistas pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, bem como em outras situações de conflito, a exemplo da guerra na antiga Iugoslávia e do genocídio de Ruanda (MAZZUOLI, 2015, p. 472-475).

Nesta esteira, algumas Cortes, Tribunais e centros internacionais de solução de conflitos aceitam a instauração de casos por parte de indivíduos ou empresas, a exemplo da Corte

Interamericana de Direitos Humanos ou do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI ou ICSID), órgão arbitral de solução de controvérsias do Banco Mundial. Todavia, conforme já adiantado acima, não é unânime na doutrina o aceite à participação de particulares como sujeitos de direito internacional. Francisco Rezek afirma categoricamente que “não tem personalidade jurídica de direito internacional os *individuos*, e tampouco as *empresas*, públicas ou privadas” (REZEK, 2010, p.154).

Para o autor, ao se abrir o leque dos sujeitos de direito internacional para os indivíduos, deveria ser reconhecida também a legitimidade a empresas e sociedades mercantis, pessoas jurídicas com ânimo de lucro inventadas conforme as leis de países quaisquer. Rezek reconhece que há atualmente normas internacionais que protegem indivíduos e empresas, todavia, em que pese o reconhecimento de personalidade jurídica em direito interno a essas pessoas, o mesmo tratamento na esfera internacional dependeria da legitimidade para reclamarem diretamente seus direitos, o que, para o autor, não ocorre (REZEK, 2010, p.154-155).

Porém, há que se levar em conta a nova configuração do direito internacional e do papel do Estado, no qual este divide o protagonismo na esfera internacional com outros entes e com pessoas de direito privado, e isto em um mundo deveras modificado pela evolução das formas de organização territorial e da intensificação e internacionalização do fluxo de capitais e de mercados. Esta é uma apertada síntese do notável fenômeno da globalização, cuja força se evidenciou a partir do final dos anos 1980.

Este fenômeno não é inédito no mundo. Grandes impérios no passado tentaram fazê-lo, porém, somente com a comunicação instantânea, observada nos tempos atuais, a globalização se tornou realidade. Pela primeira vez, ela se torna tecnologicamente possível (VIADÉL, 2000, p.15).³ A globalização alterou sobremaneira o direito internacional público, ou seja, a forma pela qual os Estados se relacionam entre si e a própria configuração de Estado (aqui se incluem os blocos regionais, a exemplo da União Europeia). Kildare Gonçalves Carvalho relata diretamente a transformação da realidade estatal pela globalização, “pelo comprometimento de seu território, de sua soberania e da erosão da cultura e da identidade nacionais, com a expansão da cidadania, e o surgimento de uma ordem supranacional (...)” (CARVALHO, 2004, p.95-96).

É neste âmbito que se insere a abertura do direito internacional a novos sujeitos e novas formas de organização territorial:

³Tradução nossa do original em espanhol: “Una de las herramientas decisivas de este cambio planetario, de su rapidez y universalidad es la comunicación instantánea. Los intentos globalizadores ya existieron en otras épocas. Todos los grandes imperios se lo propusieron, pero ahora se vislumbra, por primera vez, como tecnológicamente posible.”

A esse propósito, tem-se observado o crescimento das organizações e coletividades internacionais e transnacionais, como a ONU, e regionais, como a União Europeia, seus organismos especializados até grupos de pressão, com destaque para as denominadas organizações não governamentais internacionais (ONGIs), que em 1990 já eram em número de 5.500 (CARVALHO, 2004, p.96).

Dentre os supracitados “organismos especializados” das coletividades internacionais e transnacionais estão a Corte Internacional de Justiça e o mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Estes dois organismos, cuja composição permite somente a atuação direta de Estados, serão analisados sob um olhar crítico acerca desta legitimidade ativa, com vistas para uma maior flexibilização de suas regras, a fim de conferir mais espaço aos novos *players* do direito internacional, no atual mundo globalizado.

A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A atual Corte Internacional de Justiça (CIJ) foi instituída pela Carta das Nações Unidas, em 1945. Contudo, conforme leciona Accioly, a CIJ é a sucessora da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), criada em 1921 no âmbito da extinta Sociedade (ou Liga) das Nações, esta, por sua vez, instituída ao final da Primeira Guerra Mundial e precursora da ONU (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 444).

A Corte Permanente de Justiça Internacional não fracassou como a Liga das Nações. A CPJI teve um considerável volume de trabalho durante as décadas de 1920-1930, sendo sua jurisprudência relevante para o (conturbado) período de reorganização territorial da Europa no pós-guerra, na passagem dos “impérios multinacionais” para um continente “de nacionalidades” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.836). Ainda conforme o autor, esta jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional se constituiu como um legado considerável para a atuação de sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, sendo inclusive o Estatuto da CIJ baseado quase que inteiramente no documento equivalente da antiga Corte Permanente (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 839-841).

Este sucesso da CPJI fez com que fosse cogitada, nas reuniões que embasaram a criação da ONU, a sua manutenção. Ao final, tendo em vista as mudanças ocorridas no mundo no pós-guerra, e para atender a nova ordem do direito internacional (novas superpotências e novas instituições), decidiu-se pela criação de uma nova Corte, daí a instituição da Corte Internacional de Justiça (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.444).

Também motivou a criação de uma nova Corte a previsão, na Carta das Nações Unidas, de que todos os membros da ONU seriam membros também da Corte, bem como a ausência de alguns dos membros da Convenção de San Francisco, na qual a ONU foi criada, no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (UNITED NATIONS, 2018).⁴ A atual CIJ, evidenciando a intenção de continuidade em relação à CPIJ, entrou em funcionamento somente após a extinção oficial desta, em abril de 1946, e funciona no mesmo local, o Palácio da Paz na Haia.

Jurisdição e Estatuto da CIJ

A Corte Internacional de Justiça é um dos órgãos principais da ONU, ocupando posição equivalente à da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança. Seu Estatuto é um anexo da Carta das Nações Unidas, sendo parte integrante desta (UNITED NATIONS, 2018)⁵. O Brasil é um dos Estados signatários da Carta da ONU e, conseqüentemente, do Estatuto da CIJ. A Carta da ONU foi promulgada em território nacional por meio do Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945, fonte da qual serão retiradas as transcrições do Estatuto que aqui constarem.

A Corte Internacional de Justiça está prevista no art. 92 da Carta das Nações Unidas, sendo apontada como o principal órgão judiciário da ONU, a ser regida pelo Estatuto anexo. O referido artigo declara expressamente que este é baseado no Estatuto da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, declaração incontestada de que a atual CIJ é sucessora direta da CPIJ. O art. 93, por sua vez, traz a aqui já referida previsão de que os membros da ONU serão *ipso facto* partes do Estatuto da CIJ, abrindo a possibilidade de um Estado que não integra a ONU tornar-se parte da Corte Internacional de Justiça em condições a serem definidas pela Assembleia Geral e mediante recomendação do Conselho de Segurança (BRASIL, 1945).

O art. 94 prevê a obrigatoriedade do cumprimento das decisões da Corte pelos países membros das Nações Unidas (item 1), funcionando o Conselho de Segurança como órgão de execução, ao qual o Estado parte lesado deve recorrer. O Conselho poderá, neste sentido, fazer recomendações ou decidir sobre “medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença”

⁴Tradução nossa do original em inglês: the creation of a new court was more consistent with the provision in the Charter that all Member States of the United Nations would *ipso facto* be parties to the court's statute; several States that were parties to the Statute of the PCIJ were not represented at the San Francisco Conference and, conversely, several States represented at the Conference were not parties to the Statute;

⁵Tradução nossa do original em inglês: “The Conference decided against compulsory jurisdiction and in favour of the creation of an entirely new court, which would be a principal organ of the United Nations, on the same footing as the General Assembly, the Security Council, the Economic and Social Council, the Trusteeship Council and the Secretariat, and whose statute would be annexed to the Charter, forming an integral part of it.”

(item 2) (BRASIL, 1945). Todavia, apesar da previsão legal da Carta, o Estatuto demanda anuência expressa dos Estados para se submeterem à jurisdição da Corte em alguns assuntos.

O art. 36 do Estatuto, em seu item 1, prevê que a CIJ terá competência para decidir sobre todas as questões que as partes a ela submeterem, e especialmente “assuntos previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor” O item 2, por seu turno, traz a possibilidade de os Estados reconhecerem (ou não) como obrigatória a jurisdição da Corte (BRASIL, 1945), ou seja, retiraria, a princípio, a obrigatoriedade automática da submissão à Corte, prevista na Carta da ONU.

Antonio Augusto Cançado Trindade (2013, p.18) leciona que este artigo é denominado de “cláusula Raul Fernandes”, ou “cláusula facultativa da jurisdição obrigatória”, reforçando que a jurisdição da Corte não é, de fato, automaticamente obrigatória. Todavia, ainda conforme o autor, diversos tratados e convenções internacionais submetem os Estados à jurisdição da CIJ, bem como acordos ou “compromissos” entre Estados, não somente Estados-partes, sendo estas atualmente as formas mais utilizadas para o acesso à Corte.

Legitimidade ativa e críticas ao atual modelo da Corte

A Corte Internacional de Justiça, como herdeira direta da Corte Permanente de Justiça Internacional, prevê somente Estados como partes em sua atuação contenciosa. Na atuação consultiva, prevista no art. 96 da Carta das Nações Unidas, é permitido o acesso à Corte pela Assembleia Geral, pelo Conselho de Segurança e outras organizações internacionais, especialmente os órgãos descentralizados da própria Organização das Nações Unidas, tais como a FAO, UNESCO, ACNUR, etc., desde que autorizadas pela Assembleia Geral, e somente em “questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades” (BRASIL, 1945).

Porém, no âmbito da competência contenciosa da Corte, somente Estados possuem legitimidade ativa. É a redação expressa do art. 34 do Estatuto: “Artigo 34. 1. Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte” (BRASIL, 1945). Há que ressaltar, todavia, que a legitimidade ativa na Corte Internacional de Justiça não é restrita a Estados membros das Nações Unidas, mas a Estados de modo geral.

Com efeito, o próprio Estatuto autoriza, em seu art. 35, o acesso a Estados que não são membros das Nações Unidas, nos termos de tratados vigentes ou em condições estabelecidas pelo Conselho de Segurança, vedada a colocação de Estados partes em situação de desigualdade

perante à Corte. O acesso aos Estados signatários do Estatuto é sempre garantido (àqueles que, evidentemente, se submeteram à jurisdição da Corte) (BRASIL, 1945).

Logo, depreende-se que a Corte Internacional de Justiça não permite acesso direto a particulares, aqui incluídos indivíduos, empresas privadas e as ONGs. O acesso é possível, desde que o particular lance mão do intrincado mecanismo da “proteção diplomática”, pelo qual o Estado assume, na esfera internacional, a posição de seu nacional. Nas palavras de Accioly, Casella e Silva (2012, p. 445) “o *locus standi* está restrito a estados, devendo quaisquer pessoas jurídicas ou físicas solicitar aos seus respectivos governos que levem ao conhecimento da Corte, em seu nome, suas demandas jurídicas”.

Este mecanismo acaba por evidenciar a importância e a necessidade de uma proteção maior dos direitos individuais em Cortes internacionais. Em 1988, já apontava José Carlos de Magalhães que a Corte Internacional de Justiça, e mesmo sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, já decidiam questões envolvendo interesses individuais, ainda que seus titulares estivessem sob a proteção da legitimidade de seus Estados nacionais:

Da mesma forma que as Comissões Mistas e os Tribunais Arbitrais Mistos, a Corte Permanente de Justiça Internacional e sua sucessora – a Corte Internacional de Justiça – decidiram controvérsias entre Estado e particular, apesar de estes estarem representados por seus Estados. A legitimidade processual do Estado para postular em nome de seu nacional, todavia, não obnubila o real interessado na questão decidida: o indivíduo (MAGALHÃES, 1988, p.40).

Caso emblemático envolvendo a legitimidade extraordinária de um Estado para defender interesse individual de seu nacional foi o “Mavrommatis Palestine Concessions”, decidido ainda pela Corte Permanente de Justiça Internacional, uma vez que os fatos ocorreram nos anos 1920.

Mavrommatis era um cidadão grego que possuía concessões de serviços públicos na Palestina, outorgadas pelo então Império Otomano. A Inglaterra, que assumiu a região após a queda do Império Otomano na Primeira Guerra Mundial, não reconheceu os direitos de concessão, levando Mavrommatis a socorrer-se do Estado grego para demandar contra os ingleses na CPIJ. A Grécia assumiu a questão e, apesar de alegações da Inglaterra de impossibilidade de julgamento pela Corte, por conta dos interesses individuais envolvidos, esta reafirmou sua jurisdição e decidiu de forma favorável ao cidadão grego (MAGALHÃES, 1988, p. 41-42).

Há também casos julgados já pela Corte Internacional de Justiça: Bélgica x Senegal, 2009 e 2012, sobre obrigatoriedade de julgamento ou de extradição; sobre a aplicação do princípio da jurisdição universal sob a Convenção da ONU contra a tortura (Guiné x República

Democrática do Congo, 2010 e 2012); sobre detenção e expulsão de estrangeiro, entre outros (TRINDADE, 2013, p.22). São casos de nítido caráter individual, levados à CIJ pelos respectivos Estados.

Cançado Trindade é brasileiro e Juiz da Corte Internacional de Justiça, e um dos principais críticos ao “mecanismo rigidamente estatal”. Para o autor, este mecanismo não tem se mostrado satisfatório, uma vez que em alguns casos envolvendo indivíduos, a participação destes “para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte”. O Juiz também alerta que “casos do gênero, atinentes sobretudo à situação concreta dos seres humanos afetados, têm se intensificado nos últimos anos perante a CIJ” (TRINDADE, 2013, p.23).

Outro ponto também ressaltado pelo Juiz brasileiro da CIJ é a “artificialidade do caráter exclusivamente estatal” do modelo, revelada pela própria natureza de alguns dos casos levados à Corte, que demandam desta um raciocínio que vai além da relação entre Estados (TRINDADE, 2013, p.23). Esta “artificialidade” é evidente quando se analisa o caso *Mavrommatis*, dentre outros, bem como quando se coloca a Corte Internacional de Justiça no atual mundo globalizado.

A LEGITIMIDADE ATIVA ESTATAL NO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Hodiernamente, na Organização Mundial do Comércio, mais especificamente através de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias e na Corte Internacional de Justiça, só é possível que se figurem Estados soberanos nos polos ativo e passivo de qualquer litígio em suas respectivas esferas. Diante de tal cenário, cabe refletir sobre tal limitação e seus desdobramentos, sob a perspectiva do Direito Internacional Contemporâneo e seus avanços.

A análise desta condição concentrar-se-á, neste segundo momento, no Mecanismo de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, órgão responsável pela apreciação das controvérsias envolvendo países-membros da referida Organização. As lides submetidas ao referido órgão evidentemente gravitam em torno de litígios comerciais.

Necessário traçar um breve compilado histórico do Mecanismo de Solução de Controvérsias responsável por dirimir conflitos comerciais entre duas ou mais partes, a fim de compreender melhor seu funcionamento atual.

Mecanismo de Solução de Controvérsias: do Gatt à OMC

A Organização Mundial do Comércio é o foro internacional adequado para discutirem-se as mais variadas questões comerciais que interessam aos Estados-membros da organização. Ela foi criada ao fim da Rodada Uruguai do Gatt⁶, tendo como seu ato constitutivo o Tratado de Marrakesh.

O Gatt era um conjunto de acordos que possuía contornos institucionais, uma vez que suas sucessivas rodadas criavam ambientes favoráveis para negociações comerciais entre os países que eram parte no Gatt. Rosenberg assevera que no âmbito do Gatt, o Mecanismo de Solução de Controvérsias não possuía meios sofisticados de solução de conflitos. Isto foi acontecendo paulatinamente com o passar dos anos, até enfim a criação da OMC e seu respectivo Mecanismo de Solução de Controvérsias, que inclusive não despreza a jurisprudência produzida quando da vigência de seu predecessor no Gatt. O que aconteceu foi que tal Mecanismo ganhou roupagem mais jurídica, podendo ser considerado um verdadeiro tribunal internacional para temas de comércio (ROSENBERG, 2009).

A reforma do Sistema de Solução de Controvérsias ocorrida na transição do Gatt para a OMC inclusive é considerada um dos grandes avanços relativos ao Sistema Multilateral de Comércio. Albertini esclarece que, se comparado ao sistema do Gatt, o atual Mecanismo de Solução de Controvérsias é dotado de regras muito mais detalhadas, apresenta prazos para cumprir e aprovar procedimentos, e traz também uma instância recursal que é o Órgão de Apelação, que conta com natureza jurisdicional, sendo composto por juízes com formação jurídica (ALBERTINI, 2010).

A primeira instância do referido mecanismo conta com o painel, que muito se assemelha a um procedimento arbitral, contando com árbitros indicados pelas partes. A partir de discordância de uma das partes com relação ao relatório emitido pelo painel, o Estado-membro que se sinta desfavorecido tem a oportunidade de oferecer apelação ao Órgão de Apelação que seria uma segunda instância.

Outro detalhe que diferencia o atual Mecanismo de Solução de Controvérsias do sistema vigente na época do Gatt é que naquela época as decisões tomadas pelos painéis só poderiam ser implementadas caso houvesse consenso geral, o que implicaria inclusive a concordância do

⁶*General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*: acordo que, a princípio, vigorou “provisoriamente” por 47 anos, cujo propósito inicial era regular a progressiva redução de tarifas aduaneiras e outras restrições comerciais.

Estado-membro ao qual a decisão foi desfavorável. Evidentemente, em se tratando de decisão conflitante com seus interesses, tal Estado não anuiria com o cumprimento da decisão do painel. No Mecanismo de Solução de Controvérsias, diferentemente, existe a regra do consenso reverso, quando uma decisão só não deverá ser considerada caso haja consenso geral no sentido de que não deve ser.

Feitas estas breves considerações acerca da evolução do Mecanismo de Solução de Controvérsias – que apesar de ter se transformado, conservou a característica de somente admitir Estados soberanos como partes em litígios no seu âmbito – pode-se agora discorrer melhor a respeito da legitimidade ativa no órgão, cuja qual é deveras restrita.

Os Estados-membros como parte em litígios na OMC

Conforme já mencionado, somente Estados-membros litigam na esfera do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC. Antes do estabelecimento do painel, há a fase de consultas entre as partes, que consiste numa tentativa amigável de se chegar a um acordo antes de levar a lide para a apreciação dos árbitros no painel. Frustrada a fase de consultas, procede-se com o estabelecimento do painel. O Estado-membro que sentir-se prejudicado com a decisão prolatada pelo painel, poderá apelar dela.

A OMC, diferentemente do Gatt, viabiliza o acesso do público a documentos de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias, mas ainda existem muitas críticas quanto à falta de transparência bem como quanto à participação da sociedade civil e seu efetivo controle sobre os casos que estão sendo julgados. Não é possível, por exemplo, que particulares, representantes de ONGs ou até mesmo profissionais da imprensa tenham acesso às audiências dos processos que tramitam sob tal jurisdição (PRAZERES, 2000).

Destarte, como bem explica Silva, no quesito acesso à Organização, a OMC pode ser classificada como de baixo a médio acesso, uma vez que restringe a participação formal em seu cotidiano apenas aos representantes de seus Estados-membros, embora admita certa abertura em momentos específicos, com destaque para Conferências Ministeriais, através de processo de acreditação específico e participação em simpósios abertos ao público (SILVA, 2016).

Seria esta modesta participação de atores não estatais, que ocorre em momentos esporádicos da vida da OMC, suficiente para lhe conferir efetividade? Configura-se como justa? Poderia ser maior? Para alcançar tais respostas é necessário fazer uma reflexão mais acurada. É importante primeiramente considerar a lição do Professor Carlos Roberto Husek (2015), para

quem “[...] qualquer ordenamento jurídico, por mais rarefeito que se apresente, tem por destinatário o Homem.”, o que ressalta o papel que o Direito deve ter, não devendo constituir-se, pois, nas palavras do mesmo autor, num “Direito sem alma”, devendo o homem ter espaço garantido ao lado dos demais entes no Direito Internacional (HUSEK, 2015).

A preocupação com o espaço do indivíduo no Direito Internacional vem se intensificando e pode ser considerada legítima, mas ela não é considerada uma preocupação uníssona na doutrina. Como opinião dissonante, pode-se reiterar o exemplo já considerado por Francisco Rezek (2014), para quem a atribuição de personalidade jurídica de direito internacional a um indivíduo implicaria o dever de reconhecer também tal condição a empresas, sociedades mercantis e quaisquer coisas juridicamente inventadas com o intento de buscar lucro à luz das regras de direito privado de qualquer país.

A discussão a respeito de tal temática se revela importante, sobretudo no âmbito da Organização Mundial do Comércio, onde as controvérsias gravitam em torno de situações que muitas vezes não refletem necessariamente um comportamento institucional do Estado, mas sim de algum agente privado que não detém legitimidade para demandar ou ser demandado naquele espaço.

Nas palavras de Albertini (2010, p.22): “Somente estão aptos a participar do sistema de solução de controvérsias, disputas entre os países-membros da OMC, seja como partes ou como terceiros interessados. Sendo assim, é inviável que agentes não governamentais sejam partes nas disputas [...]”.

Tal condição pode, por vezes, levar a um hiperdimensionamento da questão. Como sinalizado acima, uma controvérsia pode chegar até o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC sem que necessariamente reflita o comportamento de um Estado. Kramer (2013) ressalta a importância de o empresariado estar sempre atento às negociações e cobrar de seu governo que apresente suas reivindicações no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Mas, ainda assim, é evidente que o Estado-membro adotará um tom menos incisivo do que o que adotaria um ente privado, a fim de não comprometer seu relacionamento com outros Estados-membros em nome de um interesse que não é primariamente ou exclusivamente seu. Para Barral (2007, p. 39):

Apesar desses interesses das empresas, o ESC não contempla nenhuma oportunidade específica para sua atuação no procedimento, nem sequer as reconhecem como partes legítimas para qualquer tipo de ato procedimental. Na prática, essas empresas poderão auxiliar seus respectivos governos a preparar a reclamação, ou contratam advogados especializados para a elaboração dos documentos necessários, que serão posteriormente apresentados pelos governos à OMC.

Prazeres (2000) reflete sobre o que denomina de “custo político” da submissão de um caso ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Para a autora, muitos Estados, sobretudo se tratando de países em desenvolvimento em face de países centrais, enxergam a decisão de submeter um caso ao OSC como uma decisão política, de estratégia governamental, que pode chegar inclusive a um “não-agir” devido ao custo político da decisão.

Destarte, tal “custo político” pode de fato pautar muitas decisões de se levar adiante ou não um litígio comercial no OSC, no sentido de que um país em desenvolvimento queira preservar boas relações com países desenvolvidos, evitando, pois, o confronto direto em litígios comerciais. O que por outro lado pode contrariar os interesses de entes privados abrigados em seu território que estejam sofrendo com determinadas medidas adotadas pelo Estado que seria demandado em litígio.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir-se que o Direito Internacional da atualidade contempla um maior protagonismo do indivíduo e não apenas dos Estados soberanos. O indivíduo e entidades privadas alcançaram posições outrora inimagináveis no contexto global, devido à intensa mobilidade propiciada pelo fenômeno da globalização. Isto lhes permite celebrar negócios jurídicos e participar ativamente da vida econômica em ambientes estranhos a seu ambiente doméstico. Natural seria que em virtude de tais possibilidades, seus interesses também pudessem ser defendidos *de per se* nas esferas adequadas, sem precisar acarretar custos políticos a outros atores estatais que sentem-se muitas vezes constrangidos ao ter que assumir tal responsabilidade.

O Direito Internacional da maneira como está configurado hoje não admite mais a exclusividade estatal em diversos domínios. Tal exclusividade traz mais ônus do que bônus, pois ao demandar e ser demandado em litígios internacionais os Estados criam barreiras difíceis de ser superadas, fragilizam suas relações com outros Estados muitas vezes em nome de interesses privados, que poderiam ser discutidos entre os mesmos entes privados envolvidos na contenda, sem necessariamente necessitar da proteção diplomática de seu Estado, que detém legitimidade para levar uma discussão comercial ao Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC. Isto pouparia maiores desgastes nas relações internacionais, bem como preservaria as boas relações entre nações e governos, restringindo a lide aos que de fato têm interesses em

Internacional : estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva / Antônio Márcio da Cunha Guimarães, Arianna Stagni Guimarães. – São Paulo : Lex Editora, 2013.

MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na arbitragem privada. 1. Ed. São Paulo: Max Limonad: 1988.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 7. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **O Sistema de Solução de Controvérsias**. In: O Brasil e a OMC : os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais / organizado por Welber Barral; colaboradores Odete Maria de Oliveira [et. al.]. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSENBERG, Barbara. Revisitando o escopo e a função do mecanismo de solução de controvérsias da OMC: segurança e previsibilidade no sistema multilateral de comércio. In: O Brasil e o Contencioso na OMC : Tomo I/ Maria Lúcia Labate Mantovanini Padua Lima, Barbara Rosenberg, coordenadoras. – São Paulo : Saraiva, 2009.

SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da. Direito internacional em expansão : encruzilhada entre comércio internacional, direitos humanos e meio ambiente. São Paulo : Saraiva, 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os Tribunais internacionais contemporâneos. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

UNITED NATIONS. International Court of Justice. History. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/history>. Acesso em: 28 maio 2018.

VIADÉL, Antonio Colomer. La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales. In: El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

WORLD BANK GROUP. International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID Convention. Washington D.C., 2006. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2018.