

Manual de **Direito** processual internacional

Organizadores

Bárbara da Costa Pinto Oliveira
Roberto Luiz Silva

Alberto de Campos Cordeiro Neto • Aline Damasceno • Amanda Athayde Linhares Martins • Amanda Carolina Cota Arantes • Ana Cristina Zadra Valadares • Andreas R. Ziegler • Bárbara da Costa Pinto Oliveira • Bernardo Santos • Bruno Braz de Castro • Bruno Carazza dos Santos • Cláudia Paiva Carvalho • Cristiane Drumond • Diego Valadares Vasconcelos Neto • Eduardo Rispoli • Fabricio Santos Damasceno • Felipe Neiva Volpini • Fernanda Almeida • Fernanda Rodrigues Guimarães Andrade • Flávia Fonseca Parreira Storti • Gabriel Barroso • Gabriel Faria Bernardes • Gisely Moura Radael • Giuliana Magalhães Rigoni • Henrique Napoleão Alves • Isabel Penido de Campos Machado • Karina Marzano Franco • Leandro Rocha de Araujo • Leonardo Andrade Macedo • Lucas Eduardo F. A. Spadano • Lucas Mendes Teixeira de Freitas • Luciana Diniz Durães Pereira • Luciana Nunes • Lucianara Andrade Fonseca • Luiz Eduardo Ribeiro Salles • Maria Gabriela Araújo Diniz • Mariana Laeger • Marinana Andrade e Barros • Rafael Pinheiro Costa • Raquel Portugal Nunes • Renato Couto Gomes • Ricardo Gardini de Andrade • Roberto Luiz Silva • Rodrigo Barbosa Pithon • Thiago Braz Jardim Oliveira • Thiago José Zanini Godinho

 **Editora
Saraiva**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

Organizadores
Bárbara da Costa Pinto Oliveira
Roberto Luiz Silva

Manual de
Direito
processual
internacional

2012





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,
das 8:30 às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-
0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –
Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)
3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62)
3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ / AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ / SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO / PARAÍBA / R. G. DO NORTE / ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO / ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-13422-5

Manual de direito processual internacional / Bárbara da Costa Pinto Oliveira, Roberto Luiz Silva (organizadores). – São Paulo : Saraiva, 2012. Vários autores.
Bibliografia.
1. Direito internacional 2. Processo (Direito)
I. Oliveira, Bárbara da Costa Pinto. II. Silva, Roberto Luiz.
11-06237 CDU-341.59

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito processual internacional 341.59

Diretor editorial Luiz Roberto Curia

Diretor de produção editorial Lúgia Alves

Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan
/ Camilla Bazzoni de Medeiros

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Edson Colbone

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Marie Nakagawa

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Elaine Cristina da Silva

Capa Murilhas Comunicação

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 10-5-2012

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Organizadores

Bárbara da Costa Pinto Oliveira
Roberto Luiz Silva

Autores

Alberto de Campos Cordeiro Neto
Aline Damasceno
Amanda Athayde Linhares Martins
Amanda Carolina Cota Arantes
Ana Cristina Zadra Valadares
Andreas R. Ziegler
Bárbara da Costa Pinto Oliveira
Bernardo Santos
Bruno Braz de Castro
Bruno Carazza dos Santos
Claudia Paiva Carvalho
Cristiane Drumond
Diego Valadares Vasconcelos Neto
Eduardo Rispoli
Fabricio Santos Damasceno
Felipe Neiva Volpini
Fernanda Almeida
Fernanda Rodrigues Guimarães Andrade

Flávia Fonseca Parreira Storti
Gabriel Barroso
Gabriel Faria Bernardes
Gisely Moura Radael
Giuliana Magalhães Rigoni
Henrique Napoleão Alves
Isabel Penido de Campos Machado
Karina Marzano Franco
Leandro Rocha de Araujo
Leonardo Andrade Macedo
Lucas Eduardo F. A. Spadano
Lucas Mendes Teixeira de Freitas
Luciana Diniz Durães Pereira
Luciana Nunes
Lucianara Andrade Fonseca
Luiz Eduardo Ribeiro Salles
Maria Gabriela Araújo Diniz
Mariana Laeger
Marinana Andrade e Barros
Rafael Pinheiro Costa
Raquel Portugal Nunes
Renato Couto Gomes
Ricardo Gardini de Andrade
Roberto Luiz Silva
Rodrigo Barbosa Pithon
Thiago Braz Jardim Oliveira
Thiago José Zanini Godinho

AOS PRATICANTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Agradecimentos

Esta obra é dedicada àqueles profissionais de direito internacional que nos precederam, aos juízes que julgaram os casos aqui citados, aos advogados e professores que apresentaram as defesas e argumentos das Partes, aos promotores que acusaram nos Tribunais Penais, às associações que apresentaram os *amici curiae briefs*, aos funcionários dos secretariados das Cortes que fizeram todas as movimentações processuais, aos diplomatas que negociaram os acordos, aos assessores, peritos, advogados-gerais e todos os demais que atuaram, atuam e ainda atuarão na seara do direito internacional processual. Sobretudo, essa obra é dedicada a todos os estudantes — e estudiosos — de direito internacional cuja motivação, curiosidade incessante e paixão pelo tema trazem propósito à atuação dos autores e ensinam-nos a aprender constantemente.

Nós gostaríamos de agradecer enormemente a cada um dos autores dos capítulos aqui contidos, que com maestria e extenso conhecimento da matéria enriqueceram as páginas do presente volume com um brilhantismo poucas vezes visto na literatura jurídica internacionalista. Agradecemos, ainda, aos trabalhadores da última hora, o grupo de alunos e ex-alunos que nos ajudou a finalizar a obra e disponibilizá-la para o leitor que ora a tem em mãos. São eles Diego Valadares Vasconcelos Neto, Laura Delamônica, Luís Felipe Gonçalves Nasser, Pietro Grassi, Luiza Vidal Vago, Alberto Campos, Adriana Vasconcelos de Paula e Silva, Paula Vilhaça Bastos, Mariana Malaquias Guimarães, Bruno Herwig Rocha Augustin, Márcio Pedrosa Junior, Rafael Dilly Patrus,

Finalmente, gostaríamos de deixar nosso agradecimento especial para nossas famílias, que nos apoiaram a cada momento da concepção e elaboração desta obra e toleraram nossa ausência nos momentos de imersão

em sua conclusão. Aos nossos editores, toda a nossa gratidão por apoiar esta, que é fruto do Projeto “Solução Internacional de Controvérsias” do Grupo de Estudos em Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e por disponibilizá-la no mercado editorial jurídico brasileiro. A Deus, sem o qual nada disso seria possível, fica nosso imensurável agradecimento pela presença constante e pelo amor infinito demonstrado a cada instante.

OS ORGANIZADORES

Siglas e Abreviaturas

AAA — American Arbitration Association

ACP — África, Caribe e Pacífico

ACWL — Advisory Center on WTO Law

ADH — Académie de Droit Humanitaire et des Droits Humains à Genève

ADR — Alternative Dispute Resolution

AELE — Association Européenne de Libre Échange

Afr. Hum. Rts. L. J. — African Human Rights Law Journal

AID — Associação Internacional de Desenvolvimento

ALADI — Associação Latino-Americana de Integração

ALALC — Associação Latino-Americana de Livre Comércio

ALCA — Área de Livre Comércio das Américas

AMGI — Agência Multilateral de Garantia para Investimentos

Am. J. Int'l L. — American Journal of International Law

Am. Soc'y Int'l L. Proc. — American Society of International Law Proceedings

Am. U. Int'l L. Rev. — American University International Law Review

ANPAD — Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração

ANPEC — Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia

Ariz. L. Stud. — Arizona Legal Studies

ASIL — American Society of International Law

ASIL Proc. — American Society of International Law Proceedings

Aus YBIL — Australian Yearbook of International Law

Berkeley J. Int'l L. — Berkeley Journal of International Law
BIRD — Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento
BIS — Banco de Pagamentos Internacionais
BITs — Tratados bilaterais de investimentos
Brook J. Int'l L. — Brooklyn Journal of International Law
Buff. Hum. Rts. L. Rev. — Buffalo Human Rights Law Review
BYBIL — British Year Book of International Law
CAMEX — Câmara de Comércio Exterior
CanYear-Intlaw — The Canadian Yearbook of International Law
CARICOM — Caribbean Community and Common Market
CAS — Court of Arbitration for Sport
CCI — Câmara de Comércio Internacional
CCIR — Chamber of Commerce and Industry of Romania
CCM — Comissão de Comércio do Mercosul
CCSBT — Convenção para a Conservação de Southern Bluefin Tuna
CDHIC — C. D. Howe Institute Commentary
CDI/ONU — Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas
CE — Comunidade Europeia
CEBDI — Cursos Euromediterrâneos Bancaja de Derecho Internacional
CEDH — Corte Europeia de Direitos Humanos
CEEAO — Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental
CEJ — Corte Europeia de Justiça
Chinese J. Int'l L. — Chinese Journal of International Law
CIA — Central Intelligence Agency
CIA — Corte Internacional Ambiental
CIETAC — China International Economic and Trade Arbitration Commission
CIF — Cooperação Financeira Internacional
CII — Comissão Internacional de Inquérito
CIJ — Corte Internacional de Justiça

CIRDI — Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos

CITES — Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção

CMC — Conselho do Mercado Comum

CNU — Carta da Nações Unidas

CNUDCI — Comissão das Nações Unidas para Direito do Comércio Internacional

CNUDM — Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y — Colorado Journal of International Environmental Law and Policy

Colum. J. Transnat'l L. — Columbia Journal of Transnational Law

Cornell Int'l L. J. — Cornell International Law Journal

Corte IDH — Corte Interamericana de Direitos Humanos

CPA — Corte Permanente de Arbitragem

CPJI — Corte Permanente de Justiça Internacional

CREDIMI — Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux

CRFA — Conselho Revolucionário das Forças Armadas

CRPC — Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees

CRT-I — Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland

CRT-II — Claims Resolution Tribunal

CVDT — Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados

CVR — Comissão de Verdade e Reconciliação em Serra Leoa

Deakin L. Rev. — Deakin Law Review

Dick. J. Envtl. L. & Pol'y — Dickinson Journal of Environmental Law and Policy

DIS — Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit

DOALOS — Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea

DOCDEX — Documentary Credit Dispute Resolution Expertise

DNA — Ácido desoxirribonucleico

DRJ — Dispute Resolution Journal
DSR — Dispute Settlement Reports
DSU — Dispute Settlement Understanding
ECC — Extraordinary Challenge Committee
ECIJ — Estatuto da Corte Internacional de Justiça
ECJ — European Court of Justice
ECOSOC — Economic and Social Council of the United Nations
ECSC — European Coal and Steel Community
ECT — Carta de Energia
EECC — Eritrea-Ethiopia Claims Commission
EEE — Espace Économique Européen / Espaço Econômico Europeu
EFTA — European Free Trade Association
EJCLJ — European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
EJIL — European Journal of International Law
ESC — Entendimento sobre Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio
EUA — Estados Unidos da América
Eur. J. Int'l L. — European Journal of International Law
FA — Foreign Affairs
FAO — Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação
FDC — Forças de Defesa Civil
FGV Minas — Fundação Getúlio Vargas de Minas Gerais
FIFA — Fédération Internationale de Football Association
FILJ — Foreign Investment Law Journal
FJIL — Florida Journal of International Law
Fletcher F. World Aff. — The Fletcher Forum of World Affairs
Fordham Int'l L. J. — Fordham International Law Journal
FPLC — Forces Patriotiques pour la Libération du Congo
FRU — Frente Revolucionária Unida
FTC — Free Trade Commission
GATS — General Agreement on Trade in Services

GATT — General Agreement on Tariffs and Trade
GEDAI — Grupo de Estudos em Direito Ambiental Internacional
GEDI — Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais
GEDICI — Grupo de Estudos de Direito do Comércio Internacional
GEDI-CIJ — Grupo de Estudos da Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça
GEDI-DH — Grupo de Estudos em Direito Internacional/ Direitos Humanos
GEDI-Humanitário — Grupo de Estudos em Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional Penal
Geo. J. Int'l L. — Georgetown Journal of International Law
Geo. Int'l Env'tl. L. Rev. — Georgetown International Environmental Law Review
Geo. Mason L. Rev. — George Mason Law Review
Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. — George Washington Journal of International Law and Economics
GMC — Grupo Mercado Comum
Harv. Int'l L. J. — Harvard International Law Journal
HJIL — Heidelberg Journal of International Law
Hofstra L. Rev — Hofstra Law Review
Hum. Rts. L. Rev. — Human Rights Law Review
IBA — International Bar Association
ICC — International Criminal Court
ICCA — International Council for Commercial Arbitration
ICHEIC — International Commission for Holocaust-Era Insurance Claims
ICJ — International Court of Justice
ICLQ — International and Comparative Law Quarterly
ICSID — International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICTR — The International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTSD — International Centre for Trade and Sustainable Development
ICTY — The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia

IDP — Internally Displaced Person Camp
ILA — International Law Association
ILC — International Law Commission
ILM — International Legal Materials
ILSA — International Law Students Association
ILSA J Int'l & Comp. L. — International Law Students Association
Journal of International and Comparative Law
INCOTERMS — International Commercial Terms
Int. arb. Ir. — International Arbitration Law Review
Int'l & Comp. L. Q. — International and Comparative Law Quarterly
IO — International Organizations
IOM — International Organization for Migration
IPCC — Grupo Intergovernamental de Especialistas sobre Mudança do
Clima
IRRC — International Review of the Red Cross
ITA — Institute for Transnational Arbitration
ITLOS — Tribunal Internacional do Direito do Mar
IUSCT — Iran — US Claims Tribunal
IUSCTR — Iran — US Claims Tribunal Reports
JCSL — Journal of Conflict and Security Law
JDI — Journal du Droit International (Clunet)
JEM — Justice and Equality Movement
JIA — Journal of International Arbitration
JICJAA — Journal of International Criminal Justice Advance Access
JIEL — Journal of International Economic Law
J. Int'l. Arb — Journal of International Arbitration
JOUE — Jornal Oficial da União Europeia
JLS — Journal of Legal Studies
JWT — Journal of World Trade
LCIA — London Court of International Arbitration / Corte de
Arbitragem Internacional de Londres
LDCs — Least developed countries
Leiden J. Int'l L — Leiden Journal of International Law

LIJ — Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice
LJIL — Leiden Journal of International Law
LLM — Master of Law
LRA — Lord's Resistance Army
MDIC — Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MERCOSUL — Mercado Comum do Sul
MG — Minas Gerais
Mich J. Int'l L — Michigan Journal of International Law
MIGA — Multilateral Investment Guarantee Agency
MLC — Movimento de Libertação do Congo
MLR — Military Law Review
MOX — Mixed Oxide Fuel
MPYUNL — Max Planck Yearbook of United Nations Law
MSU-DCL J. Int'l L. — Michigan State University — Detroit College of Law Journal of International Law
NAFTA — North American Free Trade Agreement
NMF — Nação Mais Favorecida
NMRD — National Movement for Reform and Development
NTPC — National Thermal Power Corporation
NYIL — Netherlands Yearbook of International Law
NULR — Northwestern University Law Review
N.Y. Int'l L. Rev. — New York International Law Review
NYUJILP — New York University Journal of International Law & Politics
NYU J. Int'l Pol — New York University Journal of International Law & Politics
OA — Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio
OEA — Organização dos Estados Americanos
OIT — Organização Internacional do Trabalho
OLR — Ottawa Law Review
OMC — Organização Mundial do Comércio
OMPI — Organização Mundial de Propriedade Intelectual
OMS — Organização Mundial da Saúde

ONG — Organização Não Governamental
ONGs — Organizações Não Governamentais
ONU — Organização das Nações Unidas
Or. Rev. Int'l L. — Oregon Review of International Law
OSC — Órgão de Solução de Controvérsias
OSPAR — Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic
OTAN — Organização do Tratado do Atlântico Norte
OTV — Omnium de Traitement et de Valorisation
PCIJ — Permanent Court of International Justice
PIB — Produto Interno Bruto
PICT — Project on International Courts and Tribunal
PNUMA — Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
PUC-Minas — Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
RAF — Rwandese Armed Forces
RBDI — Revista Brasileira de Direito Internacional
RCA — República Central da África
RCADI — Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RDC — República Democrática do Congo
RdC — Règles Générales du Droit de la Paix
RECIEL — Review of European Community and International Environmental Law
RGDIP — Revue Générale de Droit International Public
RHDI — Revue Hellénique de Droit International
RIAA — Reports of International Arbitral Awards
RJLR — Rutgers Journal of Law and Religion
R. l'A. — Revue de l'arbitrage
RML — Revista Mens Legis
ROA — Regulamento do Órgão de Apelação
RPF — Rwandan Patriotic Front
RSA — Recueil des sentences arbitrales
SAARC — South Asian Association for Regional Cooperation
SAJ — South Asia Journal

San Diego Int'l L. J. — San Diego International Law Journal
Santa Clara J. Int'l L. — Santa Clara Journal of International Law
SAPTA — South Asia Preferential Trade Arrangement
SECEX — Secretaria de Comércio Exterior
SGP — Sistemas Gerais de Preferências
SLM/A — Sudan Liberation Movement/Army
SSC — Sistema de Solução de Controvérsias
Stanf. L. Rev. — Stanford Law Review
TBI — Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos
TESL — Tribunal Especial para Serra Leoa
Tex Int'l L. J. — Texas International Law Journal
T.I.A.S. — Treaties and Other International Acts Series
TIDM — Tribunal Internacional do Direito do Mar
TJE — Tribunal de Justiça Europeu
TJICL — Tulane Journal of International and Comparative Law
TLCP — Transnational Law and Contemporary Problems
TM — Terceira Minuta da ALCA
TPI — Tribunal Penal Internacional
TPRI — Tribunal de Primeira Instância
TPII — Tribunal Penal Internacional para antiga Iugoslávia
TPIR — Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPR — Tribunal Permanente de Revisão
TRIPS — Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
Transnat'l L. & Contemp. Probs. — Transnational Law and Contemporary Problems
TRIMS — Agreement on Trade Related Investment Measures
TRIPS — Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
Tul. J. Int'l & Comp. L. — Tulsa Journal of International and Comparative Law
TW — Tradewins
UCC — Código Comercial Uniforme dos EUA
U. Chi. L. Rev. — University of Chicago Law Review

UE — União Europeia
UFMG — Universidade Federal de Minas Gerais
UN — United Nations
UnB — Universidade de Brasília
UNCC — United Nations Compensation Commission
UNCED — United Nations Conference on Environment and Development
UNCITRAL — United Nation Commission for International Trade Law
UNCLOS — United Nations Convention on the Law of the Sea
UNCTAD — United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO — United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNGAOR — United Nations General Assembly Official Record
UNIDROIT — International Institute for the Unification of Private Law
UNITAR — United Nations Institute For Training and Research
UNMIK — United Nations Interim Administration Mission in Kosovo
UNRIAA — United Nations Reports of International Arbitral
UNTS — United Nations Treaty Series
UNYB — United Nations Year Book
U. Pa. J. Int’l Econ. L. — University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
UPC — Union des Patriotes Congolais
UPDF — Uganda Peoples Defense Forces
U. Rich. L. Rev. — University of Richmond Law Review
VIAC — Vienna International Arbitral Centre
VJIL — Virginia Journal of International Law
Wake Forest L. Rev. — Wake Forest Law Review
WTO — World Trade Organization
WWF — World Wide Fund for Nature
Yale L. J. — Yale Law Journal
YHRDLJ — Yale Human Rights and Development Law Journal
YILC — Yearbook of the International Law Commission

Sumário

[Agradecimentos](#)

[Siglas e abreviaturas](#)

[Introdução ao *Manual de direito processual internacional*](#)

[Roberto Luiz Silva](#)

[As Convenções da Haia e sua importância para a solução pacífica de
controvérsias no início do século XXI](#)

[Andreas R. Ziegler](#)

[Meios diplomáticos e políticos de solução de controvérsias: os
problemas decorrentes da falta de coerência processual](#)

[Renato Couto Gomes](#)

[“Conflitos de competência” entre tribunais internacionais](#)

[Luiz Eduardo Ribeiro Salles](#)

[O sistema de solução de controvérsias da OMC: os membros de menor
desenvolvimento relativo podem participar?](#)

[Fernanda Almeida](#)

[A Corte Internacional de Justiça](#)

[Bernardo Santos e Gabriel Barroso](#)

[Corte Permanente de Arbitragem](#)

[Claudia Paiva Carvalho, Flávia Fonseca Parreira Storti e Lucas Mendes
Teixeira de Freitas](#)

Mecanismos de solução de controvérsias previstos na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar

Ana Cristina Zadra Valadares, Diego Valadares Vasconcelos Neto e Fernanda Rodrigues Guimarães Andrade

Arbitragem internacional

Lucas Eduardo F. A. Spadano

Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio

Bruno Carazza dos Santos e Felipe Neiva Volpini

Arbitragens relativas a operações de investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados sob a égide do ICSID

Thiago José Zanini Godinho

Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional

Ricardo Gardini de Andrade e Thiago José Zanini Godinho

Acordo de Livre-comércio da América do Norte — NAFTA

Gabriel Faria Bernardes e Giuliana Magalhães Rigoni

Sistema jurisdicional da União Europeia

Lucianara Andrade Fonseca

O mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul: evolução e desafios

Leandro Rocha de Araujo

Solução de controvérsias na terceira minuta da Área de Livre-comércio das Américas (ALCA)

Fabricio Santos Damasceno

A Corte Europeia de Direitos Humanos

Amanda Carolina Cota Arantes, Karina Marzano Franco e Bruno Braz de Castro

Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos

Isabel Penido de Campos Machado

A comissão e os órgãos jurisdicionais do Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos

Luciana Diniz Durães Pereira e Marinana Andrade e Barros

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas: novas perspectivas diante de uma intolerância universal consolidada

Eduardo Rispoli e Mariana Laeger

Comitês em matéria de proteção aos direitos humanos

Henrique Napoleão Alves

O Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional

Luciana Nunes e Rodrigo Barbosa Pithon

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia

Thiago Braz Jardim Oliveira

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda: considerações sobre jurisdição e jurisprudência

Rafael Pinheiro Costa e Aline Damasceno

O Tribunal Especial para Serra Leoa

Maria Gabriela Araújo Diniz e Raquel Portugal Nunes

Iran-us Claims Tribunal

Alberto de Campos Cordeiro Neto, Cristiane Drumond e Gisely Moura Radael

O painel de inspeção do Banco Mundial

Amanda Athayde Linhares Martins, Leonardo Andrade Macedo e Thiago José Zanini Godinho

“Mecanismos de não cumprimento” e outros meios de solução de controvérsias em direito internacional ambiental

Diego Valadares Vasconcelos Neto e Fernanda Rodrigues Guimarães
Andrade

Reflexões finais acerca da proliferação de cortes e tribunais
internacionais

Bárbara da Costa Pinto Oliveira

Anexo — Lista de casos

INTRODUÇÃO AO MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL

ROBERTO LUIZ SILVA¹

O direito internacional, como disciplina jurídica que é, ainda carece de maior espaço nos currículos dos cursos de Direito no Brasil. Seu caráter interdisciplinar, sua atenção voltada para os fatos internacionais e para a política mundial, isto é, para o fato que precede a criação da norma, enchem de riqueza o raciocínio jurídico dos estudantes, que se veem às voltas com desafios e questionamentos de como modificar a conduta dos atores internacionais não necessariamente através da sanção mas também, e principalmente, através do cumprimento voluntário de normas, da solução amigável de disputas e da perspectiva de futuro que as relações internacionais carregam consigo.

A presente obra tem como objetivo examinar a miríade de Cortes e Tribunais Internacionais e como tais instituições funcionam e contribuem para a formação e o desenvolvimento do direito internacional. Por meio de uma análise das regras e procedimentos, e também da jurisprudência de tais tribunais, pretende fornecer subsídios para estudantes e profissionais de direito internacional que atuam ou pretendem atuar, direta ou indiretamente, no contencioso internacional ou que buscam apenas alargar seus conhecimentos em uma matéria cuja importância é, às vezes, menosprezada nas escolas de Direito brasileiras. Fruto de um projeto maior, que é o Grupo de Estudos em Direito Internacional da Faculdade de Direito da UFMG, este

Manual sobre solução de controvérsias internacionais vem coroar oito anos de trabalhos frutíferos no domínio do Direito Internacional, os quais exporemos ao leitor com maiores detalhes abaixo.

1. O GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO INTERNACIONAL (GEDI-UFMG)

Desde os fins dos anos 1990, pudemos perceber que, frequentemente, estudantes de Direito bastante entusiasmados pela matéria direito internacional têm consideráveis dificuldades em reconhecer as possibilidades profissionais concernentes à área e de enxergá-la de forma concreta. Diante dessa deficiência, foi criado, em 2001, pelos Professores Roberto Luiz Silva e Márcio Luís de Oliveira, o Grupo de Estudos em Direito Internacional (GEDI) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — GEDI-UFMG, o qual trouxe consigo uma maravilhosa oportunidade para os vários alunos que se mostravam extremamente interessados à época em realizar um estudo sistemático e aprofundado do direito internacional público — DIP. As atividades do grupo tiveram início com a realização de reuniões periódicas extraclasse, com o intuito de aprofundar as noções oferecidas no curso de graduação sobre o direito internacional, examinar a jurisprudência das cortes internacionais e propiciar aos alunos uma oportunidade de iniciação científica e pesquisa acadêmica sobre temas de direito internacional clássico e contemporâneo. Esse objetivo inicial expandiu-se com o crescimento e a solidificação do GEDI, e logo os alunos se preparavam para competições de simulação de casos em cortes internacionais (*moot court competitions*). Desde então, vêm-se formando várias alianças e parcerias frutíferas e duradouras até os dias presentes.

Coordenado pelo autor e alimentado por várias parcerias institucionais e individuais, o GEDI conquistou reconhecimento e amizades em todo o Brasil e mesmo no exterior e tem-se desenvolvido cada vez mais em âmbito internacional, através da participação em congressos e competições internacionais, além do estabelecimento de parcerias com entidades estudantis, como a ILSA (International Law Students Association), da qual recebeu os prêmios de *Best All Around Chapter*, por ser o grupo de estudos que mais cresceu e se destacou no desenvolvimento do direito internacional

nos anos de 2007 e 2008. Além disso, ex-membros do GEDI, hoje profissionais consagrados em suas respectivas áreas de concentração, continuam a incentivar os alunos através de palestras, *coaching* nas competições, orientação de pesquisas, discussão de material de leitura e aconselhamento. Esses “eternos gedianos” trabalham ou trabalharam em organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU); a Organização Mundial do Comércio (OMC); a Organização dos Estados Americanos (OEA); o Banco Mundial e alguns dos mais consagrados escritórios de direito internacional, além de organizações não governamentais que se envolvem em certas grandes questões jurídicas internacionais, como direitos humanos e meio ambiente, demonstrando claramente para os estudantes de direito internacional que existe um caminho profissional a ser trilhado na área e que esse caminho pode ser brilhante e repleto de desafios.

O maior amadurecimento da experiência inicial levou à especialização no GEDI e à criação de seis subgrupos. Cada um deles desenvolve ações próprias em razão da matéria objeto de suas reuniões, mas todos se ligam ao GEDI, que realiza reuniões plenárias quinzenalmente com todos os membros dos subgrupos. Cada um deles também trabalha anualmente na preparação de uma equipe para diferentes atividades e competições em direito internacional. Por exemplo:

- Grupo de Estudos sobre Direito Ambiental Internacional (GEDAI) participa da *Stetson International Environmental Moot Court Competition*;
- Grupo de Estudos sobre a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça (GEDI-CIJ) participa da tradicional *Phillip C. Jessup International Law Moot Court Competition* e representou o Brasil em 2007, 2008 e 2009 nas rodadas internacionais em Washington, D. C., repetindo o sucesso de uma das primeiras equipes formadas no âmbito do GEDI, em 2003;
- Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos (GEDI-DH) participa da *Inter-American Human Rights Moot Court Competition*;
- Grupo de Estudos sobre Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional (GEDI-Humanitário) participa da *Jean Pictet*

Competition, the International Law Competition “Youth for Peace” e da International Criminal Court Trial Competition. Na edição de 2008, a equipe do GEDI-Humanitário foi a vencedora nas duas competições;

- Grupo de Estudos sobre Direito Comercial Privado Internacional (GEDICI) participa da *Willem C. Vis International Arbitration Moot*; e
- Grupo de Estudos sobre a Organização Mundial do Comércio (GEDI-OMC) participa da *Elsa Moot Court Competition* e da *CUFTA Moot Dispute Settlement Competition*.

O GEDI-UFMG, como grupo formado por estudantes em uma universidade pública, preocupa-se igualmente com o papel que desempenha na sociedade, por isso patrocina e desenvolve projetos de extensão, com o objetivo de fazer com que o conhecimento de direito internacional ultrapasse os limites da academia, chegando à sociedade de forma simplificada e compreensível, bem como a resultados práticos importantes no ambiente jurídico brasileiro. Como exemplo dessa participação, podemos recordar a apresentação de um memorando *amicus curiae* pelo GEDI-DH ao Supremo Tribunal Federal, versando sobre o sistema interamericano de Direitos Humanos e sua interpretação pelos órgãos jurisdicionais brasileiros; e a elaboração de material didático sobre a arbitragem pelo GEDICI, com o intuito de difundi-la como um mecanismo alternativo importante de resolução de litígios entre as empresas.

O GEDI tem ainda se dedicado à organização de eventos e seminários em diversos temas em direito internacional, como uma forma de contribuir para a qualidade acadêmica dos alunos e profissionais de diversas áreas relacionadas aos temas estudados, dentre elas o Direito, as Ciências Políticas e as Relações Internacionais. A UFMG, através do GEDI, organizou a primeira Conferência ILSA fora dos Estados Unidos, a qual encontrou excelente recepção e foi institucionalizada como um evento periódico. Em 2008, a ILSA Conference Brasil teve como tema central o “Universalismo e Regionalismo no Direito Internacional: Desafios e Perspectivas para a Cooperação e Resolução de Conflitos”. Dentro dessa mesma Conferência, foi sediada a primeira competição em direito internacional sobre sistemas de regulamentação regional do comércio, sendo

emulado, no primeiro ano, o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL. Tal competição, a *CUFTA Moot Dispute Settlement Competition*, foi elaborada e executada exclusivamente por estudantes de graduação, membros e profissionais ex-membros do GEDI, evidenciando novamente os fortes laços de amizade e profissionalismo que se desenvolvem dentro desse Grupo de Estudos. Além disso, as competições oferecem aos estudantes brasileiros uma rara oportunidade de aprendizagem, pois são um importante método de estudo do direito internacional, visto que oferecem uma vasta visão dos procedimentos internacionais, experiência que dificilmente o aluno obterá em um curso regular de Direito.

Um dos objetivos do GEDI, desde a sua concepção, tem sido fomentar a difusão do estudo e da prática de Direito Internacional em outras instituições, por meio do incentivo à criação de outros grupos de estudo em direito internacional em outras faculdades e redes de ensino em Minas Gerais. O GEDI-UFMG tem prestado apoio aos grupos de DIP nascentes, ao fornecer *know-how* sobre a dinâmica dos grupos de estudo e ao organizar iniciativas conjuntas, tais como a própria ILSA Conference Brasil 2008. Grupos de outros estados, como Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, têm contado com o apoio do GEDI-UFMG, assim como estudantes em outros países, dentre eles a Índia e Ucrânia. Dessa maneira, é importantíssimo ressaltar o papel que outras instituições de ensino desempenharam na promoção do GEDI, dentre elas o Centro Universitário Newton de Paiva, a Universidade FUMEC, as Faculdades Estácio de Sá, as Faculdades Milton Campos, o Departamento de Relações Internacionais da PUC-Minas e a Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), que, com a participação voluntária de alunos e docentes nas propostas e projetos do GEDI, têm propagado o ideal da difusão de conhecimento e prática em direito internacional.

A ideia por trás da ILSA Conference Brasil 2008 demonstra o compromisso do grupo em fazer avançar a compreensão do direito internacional não só dentro da UFMG, mas também nas diferentes universidades brasileiras e, acima de tudo, a gratidão para com as pessoas cujas experiências em direito internacional foram fundamentais para que conseguíssemos o reconhecimento, o apoio e a aceitação nas áreas diversas em que o GEDI tem desenvolvido suas atividades.

Vale destacar que grande parte do sucesso do GEDI-UFMG e de seu crescimento como grupo atuante em várias frentes deve-se ao apoio institucional que recebeu da Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG, através da Pró-Reitoria de Graduação, a qual sempre incentivou e apoiou as ações dos membros do grupo, inclusive a participação em competições, da Fundação Valle Ferreira e da Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa — FUNDEP, a qual sempre que possível concedeu apoio financeiro ao GEDI enquanto grupo de extensão da graduação. O convênio CAPES/PROCAD, por sua vez, foi essencial para que fizéssemos o intercâmbio de professores em direito internacional entre a UFSC e a UFMG, inclusive com a participação do Dr. Welber Barral, hoje Secretário de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e de outros renomados professores. Tal intercâmbio gerou uma leva de especialistas em comércio internacional dentre os primeiros membros do GEDI, hoje atuantes nos mais variados foros internacionais. No âmbito privado, reconhecemos os patrocinadores dos congressos, eventos e competições promovidos ou que contaram com a participação do GEDI e seus membros.

Sem o apoio das parcerias estabelecidas, o engajamento dos estudantes, o carinho dos ex-membros, a atenção de colegas docentes pelo mundo afora, nada do que foi realizado nesses últimos oito anos teria sido possível. Também não teria se concretizado o presente Manual, uma obra requintada e, de certa forma, pioneira sobre solução de controvérsias internacionais. Aos nossos parceiros e fomentadores, fica todo o nosso reconhecimento por tornarem viável a realização de um sonho, pois que foram instrumento essencial para possibilitar a vários jovens estudantes que se tornassem membros do Grupo e, ao fazê-lo, desenvolvessem todo o seu potencial e atingissem tal excelência acadêmica que ora culmina na publicação desta obra.

2. O PROJETO DO MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL

Conforme pôde ser visto acima, o GEDI-UFMG e seus subgrupos têm desenvolvido estudos aprofundados em diversas áreas de direito internacional. Alguns desses estudos transformaram-se em obras jurídicas,

como os livros *A OMC e o Direito Internacional* e *Alca: Colcha de Retalhos*, concluídos em 2006 e 2007. Por meio da união de trabalhos de profissionais estabelecidos no mercado, ex-participantes dos grupos de estudos, professores convidados e atuais membros, as obras reúnem uma visão prática e fundamentada dos desafios contemporâneos nas relações internacionais, incluindo o cenário jurídico internacional.

Um dos objetivos primordiais de um grupo de estudos universitário é o aprimoramento acadêmico, através de pesquisas e do pensar a realidade. O GEDI segue essa linha por meio da promoção dos estudos realizados e consequentes publicações, o que permite inclusive aos integrantes dos grupos o desenvolvimento das técnicas de pesquisa e produção acadêmica focada em resultados. Assim, propôs-se o presente livro, com foco na solução de controvérsias internacionais, isto é, no direito internacional processual.

Obras brasileiras sobre tribunais internacionais em si e sobre direito internacional processual são escassas. Mesmo em direito comparado, são poucos os autores que têm dedicado tempo e esforços à elaboração de estudos a respeito do direito internacional processual, em especial estudos comparativos sobre os vários tribunais internacionais e como estes têm contribuído para a construção e evolução do direito internacional. Obras modernas que merecem ser citadas são *Manual on International Courts and Tribunals*, do Professor Philippe Sands, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, do Professor Yuval Shanny, e *International Dispute Settlement*, do Professor J. Merrills.

Em vista dessa carência, o GEDI vem trabalhando a proposta de sistematizar o conhecimento a respeito dos tribunais internacionais de modo a torná-lo útil aos alunos e profissionais que pretendem aventurar-se pelos meios jurídicos internacionais. Através de tal sistematização, os participantes do projeto criaram subsídios que servirão ainda aos grupos de estudos envolvidos na preparação e atuação nas várias competições internacionais que simulam a apresentação de casos perante tribunais e cortes internacionais.

Os capítulos da presente obra, coordenada pelos Professores Roberto Luiz Silva e Bárbara da Costa Pinto Oliveira, englobam duas vertentes:

- uma parte teórica que aborda cada tribunal ou sistema como uma instituição, o que inclui um estudo sobre a sua competência, escolha dos juízes, partes, fases do procedimento, prova, recursos, participação de *amicus curiae* etc.
- uma parte crítica, sobre a jurisprudência, porque no Brasil ainda há uma carência de literatura sobre a jurisprudência internacional, e sobre a importância que esse tribunal ou sistema e sua prática têm tido na evolução tanto do direito internacional material quanto do direito internacional processual.

Tendo-se em conta o estudo de cada tribunal ou sistema específico, objetiva-se responder às seguintes questões centrais que permeiam a obra como um todo:

- Pode-se falar em princípios procedimentais comuns a todos os tribunais?
- Quais são as principais diferenças entre os tribunais e sistemas apresentados e por quê?
- Existe uma “fragmentação” indesejável do direito internacional provocada pela criação e prática desses tribunais e sistemas ou há, na verdade, uma necessária e saudável especialização?

A obra é dividida em 27 capítulos, estruturados da seguinte forma:



O livro, como se depreende da análise do organograma acima, apresenta uma análise ampla das cortes e tribunais internacionais. Inicialmente, faz-se uma análise histórica dos meios de solução de controvérsias, retomando as Convenções de Haia. Na sequência, são expostos os meios diplomáticos e políticos de solução de controvérsias, mencionando-se a questão de Kosovo, em que o papel da mediação rendeu um prêmio Nobel ao finlandês Martti Ahtisaari. No Capítulo 3, trata do conflito de competências entre Tribunais Internacionais, seguido da discussão acerca da participação de membros de menor desenvolvimento relativo diante de sistemas de solução de controvérsias internacionais, utilizando-se como ilustração o sistema da Organização Mundial do Comércio — OMC.

No que se refere aos órgãos gerais de solução de controvérsias, integram este livro capítulos dedicados à Corte Internacional de Justiça, à Corte Permanente de Arbitragem, à Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar e o Tribunal do Mar, além de à arbitragem internacional e suas características essenciais, que em grande medida fundamentam a criação e funcionamento dos diversos sistemas de solução de controvérsias internacionais formalmente institucionalizados.

Os órgãos referentes ao comércio internacional e os investimentos ganham destaque na presente obra, com capítulos sobre o mecanismo de

solução de controvérsias da OMC, o processo realizado perante o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos (ICSID, da sigla em inglês), assim como as controvérsias submetidas à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Além disso, fazem parte da obra capítulos que se referem à estrutura do Acordo de Livre Comércio da América do Norte — NAFTA, aos Tribunais das Comunidades Europeias, aos mecanismos de solução de controvérsias no MERCOSUL, além das possibilidades aventadas para solucionar controvérsias internacionais nas ora latentes negociações para a criação da Área de Livre Comércio das Américas — ALCA.

Passando ao assunto concernente aos Direitos Humanos e sua evolução, os capítulos abordam a Corte Europeia de Direitos Humanos, que se fundamenta nas disposições da Convenção Europeia de Direitos do Homem; a atuação da Comissão e Corte no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; a Comissão e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; e a atuação da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Na parte seguinte a obra traz capítulos referentes às soluções de controvérsias em matéria de direito penal internacional e direito humanitário. O primeiro deles trata do Estatuto de Roma do Tribunal Internacional — TPI, enquanto os capítulos seguintes analisam os tribunais internacionais *ad hoc* atualmente em funcionamento, quais sejam os Tribunais para a ex-Iugoslávia, para Ruanda, e para Serra Leoa.

Nos últimos três capítulos, trata de mecanismos diversos de solução de controvérsias e arranjos correlatos, como o *Iran-US Claims Tribunal*, a função de fiscalização internacional desenvolvida pelo Banco Mundial em seus projetos, e as soluções de controvérsias em matéria ambiental, assunto em alta na agenda internacional contemporânea, o que complementa o caráter abrangente da obra.

No início deste livro, o leitor irá encontrar a lista de autores com a qualificação de cada autor que contribuiu para a obra, a qual também é indicada nos capítulos específicos de sua respectiva autoria. Encontrará ainda uma lista completa dos casos citados pelos diversos autores, separados por Tribunal, com referência completa e local de publicação das

decisões, bem como uma lista única de siglas que foi formulada e poderá auxiliar o leitor no exame da obra.

3. E O QUE É “SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS INTERNACIONAIS”?

Conforme exposto, a ideia de escrever um Manual de Direito Processual Internacional surgiu da dificuldade que os interessados em direito internacional, dentre eles os membros do GEDI, encontravam ao buscar informações sobre a matéria. A necessidade, a curiosidade acadêmica e a preocupação com a qualidade foram os fomentadores da presente empreitada, de cunho sistematizador. Este livro, por ser uma obra sobre solução de controvérsias internacionais, focou-se em uma análise particularizada do direito internacional público e dos aspectos de natureza processual relacionados à matéria, sem perder de vista a contribuição da jurisprudência e do próprio processo para o desenvolvimento do direito internacional material. Desse modo, cabe-nos um esclarecimento sobre os conceitos fundamentais que nortearam a produção dos artigos desta obra.

Antes de uma análise aprofundada do conceito de solução de controvérsias (*Dispute Settlement*), apresentamos um exame particularizado do termo “controvérsia” (*dispute*) em direito internacional.

A história da civilização é a história do convívio em sociedade e, nesse contexto de diversificadas formas de interação dos povos em torno de interesses comuns, mas ocasionalmente divergentes, é de esperar que surjam atritos e posicionamentos que correspondam à defesa de interesses de grupos específicos, por vezes em detrimento do bem geral. Há situações em que duas ou mais pessoas se interessam pelo mesmo bem ou direito, mas não há como satisfazê-las todas. Dessa forma, ter-se-ia o embrião do que hoje conhecemos por “controvérsia”.

A solução pacífica de controvérsias foi uma prática adotada desde a formação dos Estados Nacionais, que caminhou paralelamente ao direito à guerra. Desde o início da construção do direito internacional, tal qual o conhecemos hoje, existe a prática diplomática de solução de disputas, pois havia a percepção de que, em decorrência das constantes guerras e tensões entre os Estados, fazia-se necessário desenvolver meios possíveis de manutenção da paz ou solução de diferenças. Se não fossem estabelecidos

mecanismos de controle dos conflitos de interesse, a sociedade internacional dificilmente se manteria por muito tempo. Isso porque a guerra sempre fez parte da vida dos Estados, com consequências das mais variadas para os indivíduos, e foi sendo aprimorada com a utilização de armas mais tecnológicas, gerando inclusive uma indústria pautada por vários interesses econômicos e políticos.

No entanto, a utopia de um mundo livre de guerras, com o desenvolvimento do direito internacional, passou a ser vista como uma realidade possível, visto que a ênfase nas soluções pacíficas de controvérsias começou a ocupar a agenda da diplomacia internacional a partir de fins do século XIX. Acreditava-se que o estabelecimento de uma Corte Internacional Permanente viabilizaria um mundo efetivamente livre de guerras, preservando a paz e a segurança internacionais. Assim, em 1899 foi sediada a primeira Conferência de Paz de Haia, realizada por iniciativa do czar Nicolau II, da Rússia, com o intuito de limitar a corrida armamentista e as principais consequências financeiras advindas da mesma, assim como ampliar as perspectivas de solução pacífica das disputas internacionais (ainda que esse não fosse seu objetivo principal) e codificar o direito à guerra. A ação do czar foi vista como herança das ações iniciadas por seu pai quando da Declaração de São Petersburgo, em 1868, que proibiu o uso de projéteis explosivos que tivessem peso inferior a quatrocentos gramas, em virtude de questões humanitárias.

No entanto, a Conferência de 1899 ganhou grande repercussão internacional, além de maior amplitude de efeitos. Foram adotadas três convenções: a primeira sobre solução pacífica de controvérsias, que dispunha sobre bons ofícios e mediação, comissão de inquérito e arbitragem facultativa, além de estabelecer a Corte Permanente de Arbitragem; outra se referia à codificação das leis e costumes sobre o instituto da guerra; e uma terceira dispunha sobre o direito do mar. Além disso, foram adotados três outros documentos específicos sobre limitação do uso de armas. Porém, os próprios membros da Conferência chegaram à conclusão de que a matéria discutida não estava esgotada, e que seria necessário um trabalho de monitoramento e de futuras reuniões para que se pudesse regular satisfatoriamente o tema da “solução de controvérsias”.

A segunda Conferência da Paz de Haia ocorreu em 1907 e foi responsável pela produção de uma declaração e outras treze convenções, inclusive com revisões dos textos de 1899. Foi estabelecida a intenção de se realizar uma Terceira Conferência de Haia, que não ocorreu devido à eclosão da Primeira Guerra Mundial. Ambas as Conferências foram de extrema relevância para a evolução das disciplinas no tocante à solução de controvérsias em direito internacional, uma vez que fixaram uma agenda de negociações, formalizaram mecanismos de solução de controvérsias e estabeleceram parâmetros para a futura diplomacia internacional.

Os representantes dos Estados, naquele momento histórico, estavam preocupados com a prevenção às guerras, preocupação que se encontra atualmente positivada na Carta das Nações Unidas, art. 33, o qual dispõe que “as partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou por qualquer outro meio pacífico à sua escolha”. Todos os meios pacíficos de solução de controvérsias elencados na Carta das Nações Unidas encontravam-se dispostos em alguma das Conferências mencionadas acima. A doutrina, para fins didáticos, divide os modos de solução de controvérsias em: (i) meios pacíficos, que se subdividem em jurisdicionais e não jurisdicionais, e (ii) meios não pacíficos de solução de controvérsias.

No caso *Mavrommatis Palestine Concessions* (Grécia v. Reino Unido), de 1924, e depois no caso *Lotus* (França e Turquia), de 1927, ambos da Corte Permanente de Justiça Internacional — CPJI, esta definiu uma controvérsia internacional (*dispute*) como um “desacordo sobre uma questão de direito ou de fato, uma contradição ou uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas”.

A Corte Internacional de Justiça — CIJ, no caso *Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua* (Nicarágua v. Estados Unidos da América), de 1986, apesar de não estabelecer um conceito para controvérsias, entendeu que nestas, quando sua continuidade puder colocar em risco a manutenção da paz e segurança internacionais, as partes envolvidas devem procurar uma solução através de meios pacíficos. Nesse mesmo caso, a CIJ fez

considerações sobre a existência de controvérsias jurídicas (*legal disputes*) e controvérsias políticas (*political disputes*).

As controvérsias internacionais podem ter, de fato, inúmeras causas. A doutrina, tal qual a CIJ no precedente supracitado, costuma dividi-las em *jurídicas* (que podem resultar da violação de tratados e convenções; do desconhecimento, por um dos Estados, dos direitos do outro; da ofensa a princípios correntes de direito internacional, inclusive no trato de cidadãos estrangeiros) e *políticas* (que envolvem choques de interesses, políticos ou econômicos; ou resultam de ofensas à honra ou à dignidade de um Estado). Definições doutrinárias à parte, na prática, é difícil distinguir a verdadeira natureza das controvérsias, pois as disputas internacionais costumam ser multifacetadas e de grande complexidade. No direito internacional, como talvez em todos os ramos jurídicos, direito, política e economia estão sempre entrelaçados.

Nas palavras do renomado professor Allain Pellet, “sugeriu-se que a distinção principal devia opor os conflitos ‘políticos’ e os conflitos ‘jurídicos’, e cada tipo de conflito seria susceptível de modalidades diferentes de resolução. Mas não será possível justificar uma diferença de natureza senão quando cada tipo de conflito tenha um campo de aplicação próprio: todo conflito internacional é simultaneamente político e jurídico, apenas a ponderação dos aspectos jurídicos e políticos varia”².

Ainda no meio acadêmico, J. G. Merrills argumenta que “uma controvérsia internacional pode ser definida como um desacordo (*disagreement*) específico relacionado a questão de fato, de direito ou política no qual a pretensão de uma parte encontra recusa, reconvenção (*counter-claim*) ou negação da outra parte”³. Dessa forma, dois são os elementos necessários à formação do conceito: um elemento objetivo, qual seja a existência de um conflito de interesses e de uma oposição de teses jurídicas; e um elemento subjetivo, que seria o fato de esse conflito se dar entre sujeitos de direito internacional.

Assim, controvérsias entre indivíduos ou entes privados de nacionalidade diversa não serão tratadas no presente livro. Disputas entre indivíduos ou entes privados e Estados — em especial de nacionalidade diversa da sua — são tratadas nos capítulos sobre arbitragem internacional, ICSID, Câmara Internacional de Comércio, *US Iran Claims Tribunal*, entre outros, e ainda

no contexto da proteção diplomática exercida por um Estado em favor de seu nacional, caso em que se tem, do ponto de vista formal, uma controvérsia entre Estados. Há também as disputas entre um indivíduo e um Estado no contexto das Cortes e órgãos de proteção aos direitos humanos.

Importante ressaltar a opinião individual do juiz Fitzmaurice no caso *Camarões Setentrional (Camarões v. Reino Unido)*, de 1963, ao observar que, para que exista uma controvérsia, é preciso “que uma das partes formule ou tenha formulado, em virtude de uma ação, omissão ou comportamento presente ou passado uma queixa, pretensão ou protesto cuja validade esta impugna, rechaça ou nega, explicitamente — ou implicitamente ao persistir com a ação, omissão ou comportamento contestado — não adotar a medida demandada ou não conceder a reparação desejada”⁴.

Portanto, a simples diferença de opinião, a reprovação de uma conduta, ou o mal-estar diplomático entre Estados não configura, por si, uma “controvérsia” internacional. Para tanto, é preciso que um sujeito de direito internacional formalize no plano internacional sua decisão de se contrapor oficialmente a outro sujeito, em virtude de uma questão específica relacionada à violação de direitos e/ou a conflito de interesses entre tais sujeitos.

As controvérsias são, pelo menos em princípio, compatíveis com a manutenção das relações diplomáticas. Elas tendem a ser resolvidas dentro do próprio sistema jurídico internacional e não fora, ou em oposição a ele, como ocorre, por exemplo, nos casos de uso ilegítimo da força ou de ações contrárias ao direito internacional. É nesse sentido que a Carta das Nações Unidas destaca o princípio universal — também reconhecido pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 no seu art. 4º, VII — pelo qual todos os países deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

O dever de buscar uma solução pacífica para os conflitos permanece mesmo depois de as partes já terem tentado sem sucesso um ou mais mecanismos de solução de controvérsia. As partes têm o dever de continuar a procurar uma solução por outros meios pacíficos. Não é possível evitar as controvérsias em direito internacional, mas é possível, por meio dos

instrumentos jurídicos internacionais, exigir que os Estados se engajem em modos pacíficos de solucioná-las.

O saudoso Professor Guido F. da Silva Soares nos ensina que as soluções pacíficas devem ser entendidas como “instrumentos elaborados pelos Estados e regulados pelo Direito Internacional Público, para colocar fim a uma situação de conflito de interesses, e até mesmo com a finalidade de prevenir a eclosão de uma situação que possa degenerar numa oposição definida e formalizada em polos opostos”⁵.

Os mecanismos de solução de controvérsias internacionais, desse modo, deixaram de ser um instrumento para prevenir o uso da força, para se tornarem um meio indispensável que permite aos Estados conviver em sociedade e manter relações civilizadas entre si, apesar dos interesses conflitantes que se fazem presentes no cenário político e econômico internacional. É por esse motivo que as partes de uma controvérsia possuem liberdade para escolher o método pelo qual tentarão resolver o impasse internacional, a não ser que se obriguem previamente, de alguma forma, a utilizar um determinado meio de solução de controvérsia, a exemplo da arbitragem ou da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça.

O desacordo — ou a contradição, a oposição de pontos de vista e de interesse, o conflito — há que se exteriorizar, manifestar, evidenciar na conduta de ambas as partes, dando assim corpo a um terceiro elemento, de natureza formal. Não basta, portanto, que uma das partes afirme ou negue a existência de uma controvérsia para fazer valer sua opinião. É preciso demonstrar que a reclamação de uma parte enfrenta a oposição manifesta da outra. E presume-se a própria existência de tal controvérsia quando um órgão competente é demandado ou constituído para analisar a questão. É exatamente sobre as possibilidades de solução dessas controvérsias que ocorrem frequentemente nos diversos campos das relações internacionais, regulamentadas pelo direito internacional, que o presente livro tratará, nos capítulos que se seguem.

1 Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, LL.M — Wirtschaftsrecht und Europäische Gemeinschaftsrecht der Universität zu Köln (Alemanha) e Especialista em Direito Internacional pela Unitar/United Nations. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Internacional (GEDI) e do Centro de Estudos do Brasil na Organização Mundial do Comércio (CEB-OMC) da Faculdade de Direito da UFMG. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Regional Minas Gerais.

2 QUOC DINH, Nguyen et all. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 840.

3 MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press. 3 ed., 1998, p. 1

4 Caso da CIJ, Northern Cameroons, Separate Opinion of Judge Gerald Fitzmaurice. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/48/5221.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2009.

5 SOARES, Guido Fernando da Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. I, p. 163.

AS CONVENÇÕES DA HAIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONTROVÉRSIAS NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

ANDREAS R. ZIEGLER¹

(trad. Thiago José Zanini Godinho)

INTRODUÇÃO

A Convenção da Haia de 1899 previa, ainda de maneira puramente encorajadora, em seu artigo 1º, que, em vista de prevenir sempre que possível o recurso à força nas relações entre os Estados, as Potências signatárias convinham em empregar todos os seus esforços para assegurar a solução pacífica de controvérsias internacionais. O estado atual do direito internacional obriga os Estados a dirimir suas controvérsias de maneira pacífica². Fala-se hoje da obrigação de solução pacífica das controvérsias. Historicamente, os Estados sempre tiveram o recurso à guerra para dirimir seus conflitos. A inscrição da interdição do recurso à força na Carta das Nações Unidas³ e seu reconhecimento como direito imperativo marcam uma reviravolta. Desde então, o recurso à força deve representar a exceção⁴.

Desde sua origem, os conflitos armados quase sempre coexistiram com um sistema de *solução pacífica de controvérsias*. Com efeito, os *meios diplomáticos* de dirimir as controvérsias entre Estados soberanos são

relativamente antigos. Entretanto, a sujeição dos Estados a um *processo coercitivo*, por exemplo, perante uma jurisdição arbitral ou mesmo um tribunal institucionalizado, é muito recente.

No fim do século XIX, intensos esforços foram realizados para promover a solução pacífica de controvérsias entre Estados. Sob a iniciativa do czar da Rússia, foram convocadas as *Conferências de Paz da Haia*, que ocorreram em 1899 e 1907. Ainda hoje, a Haia permanece como o centro tradicional da solução de controvérsias, inclusive no plano jurisdicional.

A *Convenção para a solução pacífica dos conflitos internacionais*, de 29 de julho de 1899, entrou em vigor para a Suíça em 29 de dezembro de 1900. A *Convenção para a solução pacífica dos conflitos internacionais*, de 18 de outubro de 1907, entrou em vigor para a Suíça em 11 de julho de 1910. Esta convenção substituiu aquela de 1899 nas relações entre os Estados que a ratificaram.

1. A EXISTÊNCIA DE UMA CONTROVÉRSIA

A noção de *controvérsia* ou de *litígio entre Estados* define-se para o direito internacional tradicional como a confrontação de duas concepções contraditórias do direito, de duas pretensões estatais incompatíveis, entre duas partes em um conflito. Os conflitos puramente teóricos, quer sejam diferenças de *apreciação*, *crises políticas* ou *tensões políticas* não entram nessa definição⁵. O termo *conflito*, tal como utilizado nas Convenções da Haia de 1899 e 1907, permanece em uso, mas é geralmente reservado ao direito da guerra e à noção de *conflitos armados*. Ele compreende todas as controvérsias implicando o uso da força armada, seja um conflito armado internacional ou não.

Hodiernamente, a existência de uma controvérsia é presumida quando da reclamação junto a um órgão internacional de controvérsias se o Estado demandante faz alusão a uma violação de direito internacional pela outra parte na controvérsia, notadamente a violação de uma regra convencional. Assim, o Memorando do Acordo sobre a solução de controvérsias da OMC prevê em seu artigo 1º: “As regras e procedimentos do presente memorando de acordo se aplicarão às controvérsias submetidas em virtude das disposições relativas às consultas e à solução das controvérsias dos acordos

enumerados no Anexo 1 do presente memorando de acordo (denominados no presente como os ‘acordos visados’).”

Os eventuais litígios envolvendo uma *organização internacional* ou um de seus funcionários não entram no escopo deste capítulo. Em ambos os casos, aplicam-se regras especiais decorrentes do direito interno da organização internacional. Ademais, não nos interessaremos aqui pelas pretensões jurídicas dos *indivíduos* contra os Estados, mesmo que certas analogias possam ser feitas com a solução pacífica de controvérsias quando um indivíduo reclama junto a uma jurisdição internacional no domínio dos investimentos ou direitos fundamentais, tais como a Corte Europeia de Direitos Humanos. Enfim, a *solução interna* de controvérsias entre Estados, que existe na prática do direito internacional público, situa-se fora dos limites deste capítulo. Trata-se do caso no qual um Estado aciona o tribunal interno de outro Estado que ele pretende atacar. É um modo de solução de controvérsias muito raro. Em revanche, abordaremos as questões do respeito e da aplicação do direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados⁶.

2. A BOA-FÉ

Se uma controvérsia surge entre Estados, estes devem iniciar negociações ou consultas a fim de chegar a uma solução. Esse compromisso é regido pelo princípio da *boa-fé* (do latim, *bona fides*). Inúmeros acordos incluem esse princípio geral de direito internacional. Assim, para a Convenção da Haia de 1907, o artigo 37 prevê juízes de sua escolha e com base no respeito ao direito de que o recurso à arbitragem implica o compromisso de se submeter de boa-fé à sentença. Da mesma forma, quase um século depois, no que concerne à solução de controvérsias da OMC, ”entende-se [...] que, se uma controvérsia surge, todos os Membros iniciarão esses processos de boa-fé em um esforço visando dirimir esta controvérsia”⁷.

Ainda, hoje, o direito internacional geral não impõe aos Estados obrigações mais amplas⁸. Toda obrigação suplementar de recorrer a meios diplomáticos ou a mecanismos juridicamente coercitivos de solução de controvérsias deve se fundar no *consentimento* de cada uma das partes. Evidentemente, esse consentimento pode ser dado avançadamente sob uma forma geral. Porém tal mecanismo, impondo a existência de um

consentimento, torna a solução internacional de controvérsias incoerente. Ele aparecera como tal não somente aos iniciantes, mas igualmente aos juristas habituados ao estudo do direito interno para quem o sistema é de difícil compreensão. Essa dificuldade não é levantada devido ao fato de que a solução das controvérsias é prevista, de larga forma, por tratados.

3. BONS OFÍCIOS

O artigo 2º da Convenção de 1899 previa desde então que “[e]m caso de dissentimento grave ou de conflito, antes de convocar às armas, as Potências signatárias convinham de recorrer, enquanto as circunstâncias o permitam, aos bons ofícios ou à mediação de uma ou de várias Potências amigas” (tradução livre). O artigo 3º continha mais precisões concernentes aos bons ofícios. Notadamente, previa que o exercício do direito de oferecer seus bons ofícios de terceiro Estado não poderia jamais ser considerado pelas Partes em litígio como um ato pouco amical. Essa última vontade não é sempre respeitada na vida política. Assim, a oferta de seus bons ofícios no conflito envolvendo Israel e Palestina nos anos recentes suscitou, diversas vezes, críticas da parte de Israel e dos Estados Unidos.

Não obstante, ainda hoje, em casos de tensão, a intervenção de um terceiro pode ser útil, principalmente quando ele coloca uma infraestrutura apropriada à disposição. Este é um elemento importante da função de *bons officios* que representa um aspecto privilegiado da política externa suíça, mesmo tendo ela perdido sua importância nos dias de hoje⁹. Os bons ofícios consistem em intervir no interesse das partes e em salvaguardar seus interesses respectivos no caso em que as relações diplomáticas se tornarem impossíveis.

Assaz frequente é vermos hoje controvérsias serem dirimidas dentro das organizações regionais ou universais. Esses processos podem concernir tanto o respeito dos tratados constitutivos quanto a competência geral de prevenir tensões ou conflitos entre os Estados-membros. Essas organizações se tornaram foros de solução de controvérsias específicos nos quais as regras derivadas das regras clássicas da Haia são aplicadas. No plano universal, o papel das Nações Unidas está logicamente em primeiro plano. Nesse ponto, as resoluções obrigatórias do seu Conselho de Segurança têm uma importância primordial¹⁰.

Ao mesmo tempo, o uso dos meios que levam à intervenção de um terceiro são menos numerosos nos casos onde existam meios jurídicos eficazes. Assim, o artigo 5 do Memorando de Acordo sobre solução das controvérsias da OMC prevê os “bons ofícios, a conciliação e a mediação” sem que esses mecanismos sejam jamais utilizados.

4. MEIOS DIPLOMÁTICOS

O direito internacional clássico conhece igualmente os *meios diplomáticos*, isto é mecanismos jurídicos não coercitivos que são deixados à livre escolha das partes. A enquete, a mediação e a conciliação pertencem a esta categoria. Esses diversos mecanismos são, por natureza, opostos aos *meios jurídicos* (ou coercitivos) de solução das controvérsias das jurisdições arbitrais ou jurisdicionais. Ocorre geralmente que as organizações internacionais prevejam a eles mecanismos suplementares.

As *negociações* são a base das relações internacionais¹¹. Hoje, elas se desenrolam geralmente no seio das organizações internacionais ou na ocorrência de conferências, longe do grande público, e se concluem simplesmente pelas declarações finais. A fim de impedir as situações de conflito, os Estados podem igualmente recorrer a *consultas* prévias. Elas são, aliás, geralmente previstas de forma expressa pelos próprios tratados, desde uma época recente. Podem igualmente decorrer de um dever geral de precaução que nasce de certas atividades (por exemplo, o direito de vizinhança). Um exemplo de grande atualidade, pela importância das consultas para a solução de controvérsias, é novamente o caso da OMC. O artigo 4 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias da OMC acorda uma grande importância às consultas antes do eventual estabelecimento de um grupo especial.

Na prática, normalmente, o conceito de consulta coincide com o de negociação. Hoje a distinção feita entre as duas tem mais importância política. Assim, em 13 de fevereiro de 2007, a Comissão Europeia informou a Suíça de sua decisão unilateral de considerar certas disposições cantonais em matéria de imposição das sociedades como uma violação do Acordo de livre comércio concluído em 1972 entre Suíça e a Comunidade Europeia. A Suíça julga infundada essa decisão. O Conselho federal rejeitou, por conseguinte, com firmeza a reclamação de uma violação do acordo e de

algumas negociações com base neste. Todavia, declarou estar disposto a dialogar sobre a questão com Bruxelas.

A *mediação*, tal como mencionada no artigo 2 da Convenção de 1899, é igualmente um tipo de negociação por meio do qual um terceiro tenta facilitar a elaboração de uma solução¹². Segundo o artigo 4 da Convenção de 1899 “o papel do mediador consiste em conciliar as pretensões opostas e de apaziguar os ressentimentos que podem se produzir entre os Estados em conflito” (tradução livre).

A *conciliação* fez um passo a mais, visto que oferece soluções concretas às partes em conflito ao fim de processo que respeita o contraditório¹³, por exemplo, uma *comissão de conciliação* composta por três ou cinco membros¹⁴. No fim da Primeira Guerra Mundial, a Suíça se comprometeu particularmente a promover esse modo não coercitivo de solução de controvérsias que lembra aquele da jurisdição arbitral.

O *Tratado de Conciliação e de Arbitragem obrigatória entre a Suíça e a França*, de 6 de abril de 1925¹⁵, prevê em seu art. 1º:

Todas as controvérsias entre o Conselho Federal Suíço e o Governo da Republica Francesa, de qualquer natureza que sejam e que não puderam ser resolvidos pelos procedimentos diplomáticos ordinários, serão, antes de qualquer processo perante a Corte Permanente de Justiça Internacional, ou antes de todo recurso à arbitragem, submetidos, a fim de conciliação, à uma comissão internacional permanente, dita Comissão Permanente de Conciliação, constituída em conformidade ao presente Tratado (tradução livre).

Ainda que a Suíça tenha mantido esse esforço de promoção após a Segunda Guerra Mundial, esse meio não tem grande relevância hoje em dia. Assim, a Corte de Conciliação e de Arbitragem, criada pela *Convenção relativa à Conciliação e à Arbitragem* adotada em Estocolmo em 1992 no seio da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa, nunca foi acionada!

Os artigos 8 a 15 da Convenção da Haia de 1899 são consagrados à enquete. O papel da *enquete*, da qual se encarrega em geral uma *comissão de enquete* é de determinar um estado de fato, isto é, de clarificar as

representações divergentes dos fatos. Hoje, essa tarefa tem a tendência de ser assumida por grupos de especialistas instituídos pelas organizações internacionais ou grupos de Estados que formam *comissões de estabelecimento dos fatos*¹⁶.

A *Convenção para a solução pacífica dos conflitos internacionais*, de 18 de outubro de 1907, estipula em seu artigo 35: “O relatório da Comissão, limitado à constatação dos fatos, não tem o caráter de uma sentença arbitral. Ele deixa às Partes uma inteira liberdade para a sequência a dar a esta constatação” (tradução livre).

5. MEIOS JURISDICIONAIS

Tanto a *Convenção para a solução pacífica dos conflitos internacionais* de 1899, em seus artigos 20 e seguintes, quanto a *Convenção para a solução pacífica dos conflitos internacionais* de 1907, em seus artigos 41 e seguintes, previam o processo de arbitragem.

A *arbitragem interestatal* e as jurisdições institucionalizadas fazem parte dos mecanismos de solução de controvérsias *coercitivas*. Eles se opõem aos meios diplomáticos mencionados acima que são desprovidos de efeito jurídico em relação às partes em conflito.

Tendo recorrido a um desses dois meios que os liga no plano jurídico, as partes se comprometem a reconhecer avançadamente o caráter coercitivo da sentença arbitral ou do julgamento ou acórdão que será pronunciado. Ademais, nos dois casos, a decisão será tomada por um órgão composto por terceiros. Enquanto os tribunais fixam regras processuais aplicáveis, notadamente aquelas que concernem à sua composição, o recurso a uma jurisdição arbitral dá às partes maior liberdade de organização.

A arbitragem (internacional) entre Estados se assemelha, no essencial, aos processos arbitrais previstos em outros ramos do direito, principalmente em matéria de direito comercial e de direito esportivo. Na maior parte dos acordos de livre comércio recentes, encontramos capítulos ou cláusulas de arbitragem desse tipo. Exemplos típicos são os Acordos de livre comércio concluídos pela Associação Europeia de Livre Comércio com o México em 2000, Singapura em 2002 ou com o Chile em 2003.

Ainda hoje as características essenciais da arbitragem interestatal clássica resultam dos trabalhos das Conferências da Haia de 1899 e 1907.

Existem igualmente acordos que instituem jurisdições arbitrais internacionais que conhecem litígios opondo investidores estrangeiros a Estados. Fale-se então em *arbitragem diagonal* ou *investidor-Estado*.

Imposto pelo método da solução pacífica de controvérsias, o *consentimento mútuo* dos Estados partes ao processo representa o fundamento da jurisdição arbitral e dos tribunais internacionais. Esse princípio requer que as partes consintam reciprocamente a submeter suas controvérsias a um juiz ou a um colégio de juízes e aceitem que a decisão que dele decorre seja juridicamente obrigatória em virtude do processo específico do qual ele resulta. Esse consentimento pode se exprimir de diversas maneiras. De um lado, ele pode ser dado a qualquer momento de forma *ad hoc*, isto é, após o nascimento (*ex post*) da controvérsia, ou para uma série de controvérsias conexas. Chama-se *compromisso arbitral* o documento que contém os detalhes (regras de processo, direito aplicável etc.) de tal aceitação.

De outro lado, é possível emitir uma aceitação prévia (do latim *ex ante*) para todas as controvérsias futuras ou algumas dentre estas. As *cláusulas arbitrais obrigatórias* previstas nos tratados bilaterais ou multilaterais, em particular no ato que estabelecia uma organização internacional, são muito apreciadas¹⁷. Certos Estados, ainda, concluíram seus próprios *acordos de arbitragem* que preveem o recurso a uma jurisdição arbitral obrigatória para todas (ou uma parte de) suas controvérsias bilaterais.

O *órgão de arbitragem* pode ser composto de um *árbitro único* ou de um grupo de pessoas reunidas em um *tribunal arbitral*. Esse órgão é instituído pelas próprias partes. Durante a época de ouro das jurisdições arbitrais, no fim do século XIX e no início do século XX, era frequente chamar uma única pessoa cuja reputação de integridade fosse reconhecida (por exemplo, a rainha da Inglaterra, ou o Papa, e mais recentemente, o Secretário-Geral das Nações Unidas¹⁸) ou *comissões mistas de arbitragem*. Desde 1945, as Nações Unidas publicam o *Recueil des sentences arbitrales* (R. S. A.) que contém aproximadamente 120 sentenças.

Entre as jurisdições arbitrais interestatais, a *Corte Permanente de Arbitragem* (CPA) em Haia merece menção particular. Ela existe desde 1899 (primeira Convenção da Haia) e sua existência é hoje fundamentada nos artigos 41 a 50 da *Convenção para a solução pacífica dos conflitos*

internacionais de 1907. Em conformidade com a natureza da jurisdição arbitral, ela não consiste em um colégio de juízes permanentes, todavia unicamente em uma *lista*, à disposição dos Estados, de pessoas podendo servir como juiz. Ela permite, pois, aos Estados encontrar rapidamente juízes apropriados. Por outro lado, os juízes assim designados dispõem de uma *sede*, seja o *Palais da Paix* em Haia (que abriga igualmente a sede da CIJ), de um cartório, de um Regimento Interno etc. Durante esses últimos dez anos, a CPA reencontrou seu papel de órgão de solução de controvérsias regularmente utilizado pelos Estados (tanto quanto por outros sujeitos de direito tendo acesso a essa instituição), mesmo se a Corte exara, normalmente, apenas uma sentença por ano. Em 17 de setembro de 2007, ela publicou a sua sentença referente a um litígio fronteiro entre a Guiana e o Suriname.

6. TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

As Convenções da Haia não pretendia ainda a criação de cortes internacionais competentes em caso de conflito entre dois Estados soberanos. Que os Estados pudessem acionar um *tribunal internacional* era, há tempos, algo impensado à ótica do direito internacional clássico. Foi preciso esperar os horrores da Primeira Guerra Mundial, e sua repetição durante a Segunda Guerra, para que tal possibilidade se tornasse concebível. Não obstante, ainda hoje uma decisão tomada por uma jurisdição internacional representa a exceção, em razão, notadamente, das numerosas restrições que lhe são impostas. Certos tribunais competentes em certas áreas precisas conhecem um relativo sucesso. Ora, a *Corte Internacional de Justiça* (CIJ) instituída precisamente para julgar conflitos gerais entre Estados foi raramente posta à contribuição, malgrado um recrudescente interesse nesses últimos anos.

Esse sucesso mitigado é devido à exigência atual de uma solução jurisdicional *consentida* pelos Estados. Como em matéria de arbitragem, a competência de um tribunal particular pode ser reconhecida de maneira *ad hoc*, isto é, caso a caso (*ex post*), ou de forma abstrata para todos os litígios futuros ou alguns deles (*ex ante*), sem relação direta com uma parte em um conflito. Certas organizações internacionais e certos tratados exigem, ao contrário, da parte de todos seus membros, uma aceitação *obrigatória* da

jurisdição que eles instituem (por exemplo, a OMC e sua solução de controvérsias, o tribunal da AELE para os membros da EEE da AELE).

Contrariamente às jurisdições arbitrais internacionais, os tribunais internacionais caracterizam-se por uma composição e um processo fixado de avanço. Trata-se de instituições permanentes. As partes no tratado podem influenciar na sua forma no momento de sua criação. São, contudo, obrigadas a aceitar tais instituições tais como elas existem, quando nelas ingressam ulteriormente.

Entre os tribunais de competência universal, urge citar a *Corte Permanente de Justiça Internacional* (CPJI), precursora da CIJ durante o período entre guerras. Parte do sistema da Sociedade das Nações, ela foi criada em 1920 e dissolvida em 1946 pela criação da instituição que a sucederia. Tinha sua sede no “Palais da Paix” da Haia. Sua organização era regulamentada por seu Estatuto adotado em 1920. De 1922 a 1940, a CPJI conheceu 29 casos (acórdãos) entre Estados e exarou vinte e sete pareceres consultivos. Uma parte de sua jurisprudência guarda ainda hoje toda sua pertinência.

Seguindo o exemplo da CPJI, a *Corte Internacional de Justiça* (CIJ) foi fundada em 1945 no momento da criação da Organização das Nações Unidas. Ela debutou suas atividades em 1946 e é um dos seis principais órgãos das Nações Unidas. Todavia, tal posição não significa de forma alguma que todos os membros das Nações Unidas devem reconhecer automaticamente sua competência para um determinado litígio. Analogamente à sua predecessora, sua sede encontra-se no Palais da Paix da Haia. Sua competência se limita a controvérsias jurídicas (Capítulo 7.1.2) e somente os *Estados* podem acioná-la à condição que estes tenham um *interesse jurídico* a fazer valer no caso.

O *Estatuto* da CIJ encontra-se no anexo da *Carta das Nações Unidas*. Ele vigora para todos os *membros das Nações Unidas* (*Carta das Nações Unidas*, art. 93 [1]), contudo os *Estados não membros das Nações Unidas* podem igualmente ratificá-lo (*Carta das Nações Unidas*, art. 93 [2]). A Suíça o fez em 1948, bem antes de sua adesão à ONU, que ocorreu em 2002. Seguindo sua predecessora, atividade da CIJ em matéria de solução de controvérsias interestatais pode tomar duas formas: a de um acórdão ou de um parecer. Nunca é repetir demais que a simples ratificação do Estatuto não

equivale ao reconhecimento da *competência* da Corte para a solução de controvérsias. Esse reconhecimento deve ocorrer por ato apartado *caso a caso* (compromisso *ad hoc*) ou *de maneira geral* por um número determinado de casos futuros (v., sobre o princípio, capítulos 7.1.7.1 e s.). Um Estado pode ainda reconhecer essa competência pela *aceitação tácita* unilateral e se tornar parte de um processo iniciado contra ele.

O reconhecimento da competência da CIJ *para todos os litígios futuros* é previsto no artigo 36 (2) do Estatuto. Menos de um terço dos membros das Nações Unidas já emitiram uma declaração de reconhecimento obrigatório da CIJ para todos os litígios que os oponha a outros Estados que tenham igualmente reconhecido a competência da CIJ. Ademais, mesmo os Estados que emitiram tal declaração fizeram-no com largas reservas cujo alcance é frequentemente contestado.

A Suíça, em conformidade ao Decreto Federal de 12 de março de 1948 da Assembleia Federal e em vigor desde 17 de junho de 1948, declarou que a Confederação

reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial, com relação a qualquer outro Estado aceitando a mesma obrigação, a jurisdição da Corte Internacional de Justiça sobre todas as controvérsias de ordem jurídica tendo por objeto:

- a) a interpretação de um tratado;
- b) todo assunto de direito internacional;
- c) a realidade de qualquer fato que, se estabelecido, constituiria violação de uma obrigação internacional;
- d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional (tradução livre).

Devemos, ainda, acrescentar aproximadamente uma centena de *convenções* multilaterais que preveem especialmente a jurisdição obrigatória da CIJ para os litígios tratando de sua aplicação ou interpretação (*Estatuto da CIJ*, art. 36 (1)). O artigo 37 do Estatuto prevê, ainda, que a CIJ se torna a jurisdição competente para os *tratados concluídos antes de 1946* que previam a competência obrigatória da CPJI. Nos casos em que as partes não chegassem a um acordo sobre a competência da CIJ, esta mesma decide sobre a sua competência (*Estatuto da CIJ*, art. 36 (6)).

Se um caso se refere a um *interesse essencial de um terceiro Estado*, a Corte pode recusar, por consideração aos terceiros não tendo reconhecido sua competência, a chegar a uma decisão de mérito (*Estatuto da CIJ*, art. 36 (2), a ler concomitantemente com o artigo 62 do Estatuto e artigo 81 do Regimento Interno da Corte)¹⁹. Os *Terceiros Estados* também têm a possibilidade de *intervir* se puderem fazer valer um interesse jurídico (*Estatuto da CIJ*, art. 62). Conforme os artigos 2 e seguintes de seu Estatuto, a Corte conta com 15 *juízes eleitos* pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança. Estes são independentes. Porém uma parte “não representada” pode demandar a indicação de um juiz *ad hoc*.

O *processo* relativo à solução de controvérsias entre Estados é regulado pelos artigos 25 a 29, assim como os 39 e seguintes do Estatuto. A Corte é dotada igualmente de um *Regimento Interno* que concretiza os artigos 39 e seguintes do Estatuto. Salvo exceção, as decisões da Corte são tomadas em *sessão plenária* (*Estatuto da CIJ*, art. 25), mas em certas circunstâncias, *câmaras* podem ser formadas (*Estatuto da CIJ*, arts. 26–29) conforme a vontade das partes no conflito, notadamente as câmaras *ad hoc* (*Estatuto da CIJ*, art. 26 [2]). Nesses casos, as partes possuem um direito de opinião considerável (*Regimento da Corte*, art. 17), comparável àquele previsto pela jurisdição arbitral. As decisões tomadas pelas câmaras equivalem às tomadas pela Corte.

Ocorre muito frequentemente que a competência da Corte seja contestada por uma parte. Tal contestação obriga a Corte, em uma primeira fase, a examinar as *objeções preliminares* antes de poder, em uma segunda etapa, se pronunciar sobre o *mérito*. Ademais, a Corte pode tomar *medidas cautelares* (*Estatuto da CIJ*, art. 41). Estas têm efeito obrigatório para os Estados, mesmo que não sejam sempre observadas²⁰.

O processo se compõe de uma fase escrita e uma fase oral (*Estatuto da CIJ*, art. 43). Os *agentes* dos Estados partes podem ser assistidos por advogados ou professores (*Estatuto da CIJ*, art. 42). O processo oral é público, enquanto as deliberações são secretas (*Estatuto da CIJ*, art. 54). A decisão é tomada pela maioria dos juízes, mas esses podem apresentar *opiniões dissidentes* ou *opiniões individuais* (*Estatuto da CIJ*, art. 58). A sentença somente é obrigatória para os Estados partes (*inter partes*) quanto ao litígio (autoridade da coisa julgada, *res judicata*; *Estatuto da CIJ*, art.

59), mas faz jurisprudência sobre as questões tratadas. É definitiva (*Estatuto da CIJ*, art. 60), mas pode ser objeto de uma *revisão* (*Estatuto da CIJ*, art. 61) ou de uma *interpretação* em caso de contestação sobre o sentido ou o alcance da decisão (*Estatuto da CIJ*, art. 60). As partes são obrigadas a respeitar o julgamento, em decorrência do artigo 94 da *Carta das Nações Unidas*. Se isso não ocorre, as partes podem recorrer ao *Conselho de Segurança* (*Carta das Nações Unidas*, art. 94 [2]). O fato de o caso ser levado a ele não exclui a competência da Corte. Todavia, a Corte sempre evitou o exame das decisões do Conselho de Segurança tomadas sob a égide do Capítulo VII da *Carta das Nações Unidas*, sem, entretanto, excluir expressamente tal possibilidade²¹.

Além de sua competência para os litígios contenciosos, a CIJ pode igualmente se pronunciar em casos consultivos. Essa possibilidade existia para a CPJI. Trata-se de pareceres realmente jurídicos que são publicados sob *demanda* de um órgão particular da ONU ou de uma outra instituição habilitada. O parecer deve se limitar à questão jurídica que lhe é submetida. A Assembleia Geral e o Conselho de Segurança têm essa capacidade em virtude do artigo 96 (1) da *Carta das Nações Unidas*. Tal competência pertence igualmente a outras instituições especializadas que receberam autorização da Assembleia Geral, como o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e praticamente todas as outras instituições do sistema onusiano (*Carta das Nações Unidas*, art. 96 [2]). Os pareceres consultivos *não têm efeito jurídico obrigatório* para os Estados, mas não há dúvida de que gozam de uma importância fundamental para o direito internacional. A CIJ pode se recusar a dar tal parecer se ele ultrapassa a competência da instituição requerente ou se o requerimento é considerado como uma forma de contornar a ausência de reconhecimento — da competência da Corte — de um Estado concernido ao caso²².

7. TRIBUNAIS REGIONAIS E ESPECIAIS

Desde a criação da CIJ, apareceu certo número de tribunais regionais e especializados que conheceram um verdadeiro sucesso até então estranho à CIJ.

A *Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar* (Convenção de Montego Bay, de 10 de dezembro de 1982, em vigor desde 16 de novembro

de 1994, arts. 279–99), que regula os vastos campos do direito do mar, conduziu à criação do *Tribunal Internacional de Direito do Mar* que tem sua sede em Hamburgo (Alemanha). Esse tribunal, composto de 21 juízes, tem uma existência própria cuja competência obrigatória se limita à aplicação e à interpretação de certas partes da Convenção. Ele já estatuiu sobre 13 casos no curso dos dez primeiros anos de sua existência²³.

Um sistema de *solução de controvérsias* foi criado em 1º de janeiro de 1995 no seio da *Organização Mundial do Comércio* (OMC). Ele corresponde em parte ao modo de jurisdição arbitral, apesar de apresentar traços semelhantes a um tribunal. A possibilidade de examinar os painéis dos *grupos especiais*, a primeira instância, por um *órgão de apelação* constitui uma das particularidades desse sistema. Essa segunda instância, ao contrário dos grupos especiais da primeira instância, compreende um número fixo de membros eleitos. Ainda, todos os painéis e recomendações dos grupos especiais ou do órgão de apelação apenas adquirem um caráter juridicamente obrigatório quando da sua aceitação pelos Estados Membros da OMC (em sequência de um processo facilitando essa aceitação). No curso dos primeiros dez anos de sua existência, os grupos especiais trataram de mais de 325 casos.

No plano regional, a *Corte de Justiça das Comunidades Europeias* (CJCE) reveste-se de uma importância particular. Ela tem um papel capital *vis-à-vis* dos Estados membros da União Europeia, mas permanece, como a própria União, um caso excepcional no direito internacional.

Existe no caso dos *direitos humanos* uma multiplicidade de instituições que podemos descrever como tribunais ou instituições semelhantes a tribunais, quer sejam regionais, quer façam parte do sistema universal das Nações Unidas. Os tratados relativos aos direitos humanos preveem geralmente um sistema especial de petição que, além do *processo estatal*, oferece aos indivíduos em certos casos a possibilidade (normalmente facultativa) de depositar *requerimentos individuais*²⁴. *Convém igualmente, a fim de prevenir qualquer confusão, fazer referência aos tribunais penais internacionais*. Estes têm mandato para julgar indivíduos que cometeram atos particularmente repreensíveis aos olhos do direito internacional. Sua competência é limitada.

CONCLUSÃO

Mesmo um século após sua negociação, as duas *Convenções da Haia para a solução pacífica dos conflitos internacionais* permanecem como as bases conceituais para solução de controvérsias entre Estados. Se for verdade que hoje a existência de Cortes e Tribunais internacionais nos faz, às vezes, olvidar a importância de outros métodos de solução de controvérsias, não se deve subestimar a importância desses últimos. Se se observar simplesmente o número de controvérsias resolvidas entre Estados e publicadas desde o início do século XIX, pode-se sustentar que a CIJ exara raramente mais que três acórdãos anuais, e a CPA,, raramente mais de uma sentença por ano.

Um número mais importante de controvérsias é submetido aos processos de solução das controvérsias da OMC. Entre 1995 e o final de 2007, 369 litígios foram registrados. Os grupos especiais da OMC, que se assemelham quanto à sua natureza a tribunais arbitrais, publicam normalmente entre 10 e 30 painéis anuais. O Órgão de Apelação da OMC que se assemelha muito mais a uma corte internacional pública entre dois e dez relatórios anuais. Entre 1997 e 2007, o Tribunal Internacional do Direito do Mar se ocupou de apenas 15 casos.

Um outro campo que se tornou de grande importância é aquele das arbitragens entre Estados e investidores estrangeiros, que se inspiram enormemente nos princípios concernentes à arbitragem das Convenções da Haia. Seu número cresceu no curso dos últimos anos e essas sentenças arbitrais se tornaram fontes de jurisprudência de direito internacional público de grande importância. A mesma observação vale para os julgamentos das cortes especializadas no campo dos direitos humanos e do direito internacional penal.

Outros métodos como a conciliação ou as comissões de enquete são raramente utilizados hoje em dia. Contrariamente, as consultas ou as negociações e mesmo a utilização de bons ofícios continuam de grande importância nas relações internacionais, mesmo se há uma tendência a esquecer que elas são também métodos de solução de controvérsias, tais como pela primeira vez foram formalmente codificadas pelas Convenções da Haia de 1899 e 1907.

1 Professor de Direito Internacional na Université de Lausanne. Professor Convidado Permanente da Escola Politécnica Federal de Zurique e da Université de Nouvelle Galle du Sud em Sydney (Austrália). Senior Research Fellow do Tim Fisher Centre for Global Trade and Finance da Bond University (Austrália). Presidente das Seções Suíças da International Law Association (ILA) e membro dos Comitês de Comércio e Direito de Investimentos desta associação.

2 Carta da ONU, art. 2 (3).

3 Carta da ONU, art. 2 (4).

4 Pensamos, notadamente, nas situações de legítima defesa, assim como nas medidas coletivas adotadas pelo Conselho de Segurança da ONU, tal como tomadas após a invasão do Kuwait pelo Iraque, Resoluções do Conselho de Segurança 677 (1990) e 678 (1990).

5 *Mavrommatis*, 30 de agosto de 1924: “Uma controvérsia é um desacordo sobre um ponto de direito ou de fato, uma contradição ou uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas” (tradução livre, p. 11) ou *Lótus*, 7 de setembro de 1927: utilização da mesma definição que a do caso *Mavrommatis*, ou ainda, *Sudoeste Africano*, exceções preliminares, 21 de dezembro de 1962, p. 319: “É preciso demonstrar que a reclamação de uma das partes choca com a oposição manifesta da outra” (tradução livre, p. 328).

6 Um exemplo se constitui na Decisão do Conselho de Estado, Suíça c. França, decisão de 14 de dezembro de 1994 (reproduzida em (1994) 6 RUDH 478): petição perante um tribunal interno e constatação da violação de um tratado de cooperação judiciária entre a Suíça e a França por esta jurisdição interna.

7 Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, artigo 3.10 (tradução livre).

8 *Parecer sobre o Estatuto da Carélia Oriental*, 23 de julho de 1923: “É bem estabelecido em direito internacional que nenhum Estado pode ser obrigado a submeter suas controvérsias com outros Estados, seja à mediação, seja à arbitragem, enfim, a qualquer procedimento de solução pacífica, sem seu consentimento” (tradução livre, p. 27).

9 Ainda hoje a Suíça representa respectivamente os interesses americanos (desde 1961) e cubanos (desde 1991) em cada um destes países.

10 Carta da ONU, art. 25 e Capítulos VI e VII. Um exemplo é a Resolução 242 (1967) do Conselho de Segurança.

11 *Plataforma Continental do Mar do Norte*, 20 de fevereiro de 1969, p. 3, 47.

[12](#) Por exemplo, a mediação do Presidente estadunidense Jimmy Carter entre o Egito e Israel em 1978 (acordos de Camp David).

[13](#) Ato Geral de Arbitragem, 26 de setembro de 1928, Capítulo 1: conciliar as partes e lhes propor os termos de um acordo conveniente.

[14](#) Um exemplo é a Comissão de conciliação para a delimitação da plataforma continental entre a Islândia e Jan Mayen: relatório e recomendações aos governos da Islândia e Noruega (reproduzidos no (1981) 20 *I.L.M.* 797).

[15](#) Em vigor para a Suíça em 23 de março de 1934, RS 0.193.413.49.

[16](#) Ver, por exemplo, a Comissão internacional de estabelecimento de fatos, *Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais* (protocolo I), 8 de junho de 1977, art. 90.

[17](#) Ver, por exemplo, a *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*, 10 de dezembro de 1982, art. 287 e anexo VII.

[18](#) Decisão do Secretário-Geral da ONU de 16 de julho de 1986, Solução contenciosa entre a França e a Nova Zelândia par a o incidente do Rainbow Warrior, (1987) 91 *R. G. D. I. P.* 1031.

[19](#) *Ouro monetário tomado em Roma em 1943*, 15 de junho de 1954, p. 19; *Certas Terras de Fosfato em Nauru*, 26 de junho de 1992, p. 240; *Timor Leste*, 30 de junho de 1995, p. 90; *Diferença fronteira terrestre, insular e marítima*, 13 de setembro de 1990, p. 92.

[20](#) *LaGrand*, 27 de junho de 2001, p. 466: apesar de uma ordem decorrente de uma decisão interlocutória requisitando suspender a execução dos cidadãos alemães, os Estados Unidos mesmo assim executaram a sentença antes da publicação do acórdão. Constatação de uma violação do direito internacional pelos Estados Unidos pela CIJ relativa às medidas cautelares.

[21](#) *Plataforma Continental do Mar Egeu*, 19 de dezembro de 1978, par. 29: a Corte pode prosseguir sua função judiciária mesmo se as Partes mantêm negociações paralelas; *Pessoal Diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã*, 24 de maio de 1980, p. 3: o acórdão foi publicado apesar da decisão paralela do Conselho de Segurança; *Questões de interpretação e de aplicação da Convenção de Montreal de 1971 resultante do incidente aéreo de Lockerbie*, decisão interlocutória, 14 de abril de 1992, p. 3: a Resolução 748 (1992) do Conselho de Segurança prima sobre toda e qualquer disposição convencional em virtude do artigo 103 da Carta da ONU.

[22](#) Por exemplo: *Parecer sobre o Estatuto da Carélia Oriental*, 23 de julho de 1923: recusa da demanda com base em uma ligação direta com a requisição pendente; *Parecer sobre a interpretação dos tratados de paz concluídos entre Bulgária, Hungria e Romênia*, 30 de março de 1950, p. 65: apesar das críticas da Bulgária, da Hungria e da Romênia, o parecer foi publicado; *Parecer relativo ao Saara Ocidental*, 16 de outubro de 1975, p. 12; *Parecer relativo às consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado*, 9 de julho de 2004, p. 136: protesto de Israel que pretendia que o parecer era uma forma de contornar a ausência do reconhecimento da competência da Corte para dirimir o litígio.

[23](#) Detalhes disponíveis em www.itlos.org.

[24](#) Por exemplo, o Conselho da Europa: *Convenção de salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais*, 4 de novembro de 1950 (em vigor para a Suíça em 28 de novembro de 1974, RS 0.101), arts. 33 e 34 ; OEA: Corte interamericana de direitos humanos e Comissão interamericana dos direitos humanos; *Constituição da Organização Mundial do Trabalho*, 28 de junho de 1919 (em vigor para a Suíça em 16 de maio de 1920, RS 0.820.1), art. 26; ONU: Comitê para a eliminação da discriminação racial (*Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*, 660 R. T. N. U. 195, em vigor em 4 de janeiro de 1969, art. 8). Competência do Comitê: art. 11; ONU: Comitê dos direitos humanos instituído pelo *Pacto internacional relativo aos direitos civis e políticos* (19 de dezembro de 1966, 999 R. T. N. U. 187, em vigor desde 23 de março de 1976), no art. 28. Ver em particular o art. 41.

MEIOS DIPLOMÁTICOS E POLÍTICOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: OS PROBLEMAS DECORRENTES DA FALTA DE COERÊNCIA PROCESSUAL¹

RENATO COUTO GOMES²

1. INTRODUÇÃO

Diante dos demais capítulos desta obra, voltados, em sua maioria, à análise dos meios jurídicos de solução de controvérsias internacionais, a presença de um capítulo dedicado aos meios diplomáticos pode parecer uma perspectiva histórica de evolução rumo a um direito internacional normativo escorado em sistemas jurídicos. De fato, o século passado testemunhou uma multiplicação, em diferentes searas legais, de órgãos internacionais especializados na solução jurídica de controvérsias. Uma análise pormenorizada desse cenário, no entanto, demonstra que os Estados ainda dão primazia aos meios diplomáticos, recorrendo, em caso de insucesso daqueles e quando possível, aos meios jurídicos.

A ampla utilização dos meios diplomáticos pode parecer uma corroboração do sucesso desse meio, e de fato assim é na vasta maioria das vezes. Contudo, o presente capítulo irá focar as exceções problemáticas. Uma análise detalhada dos fracassos dos meios diplomáticos, seja na sua fase de negociação ou na fase de implementação, revela um vício processual.

O capítulo abre com uma exposição da continuada importância dos meios diplomáticos para a atual conjuntura internacional. De forma a estabelecer a importância do processo que rege negociações diplomáticas, segue então uma análise das principais teorias do campo das relações internacionais. O sistema atual, em suas múltiplas feições, é então analisado com foco nos procedimentos adotados. Finalmente, as negociações sobre o *status* final para o Kosovo são examinadas de forma a demonstrar a manipulação do processo de negociação e o seu impacto no resultado final.

No decorrer do presente capítulo, tomar-se-ão como sinônimos “meios diplomáticos” e “meios políticos” de solução de controvérsias. Porque, apesar de a literatura diferenciá-los em grau, por mais diplomática que seja uma negociação internacional, ela sempre estará imbuída de valores políticos. Ademais, cabe salientar que o objeto primacial da presente análise é a utilização dos meios diplomáticos fora dos sistemas jurídicos de solução de controvérsias. Ou seja, basicamente o recurso *ad hoc* à diplomacia quando da eclosão de uma disputa internacional.

2. INABALÁVEL PREDILEÇÃO: A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS DIPLOMÁTICOS

Meios para a solução de controvérsias internacionais são invocados em busca de um de dois objetivos: prevenir ou terminar conflitos internacionais; ou interpretar e aplicar normas de direito internacional, tanto costumeiras quanto convencionais³. Em ambas as aspirações os meios diplomáticos são mais efetivos porque são o instrumento preferido pelos Estados e porque são flexíveis o bastante para acomodarem qualquer disputa ou circunstância, como será demonstrado a seguir.

Em sua concepção inicial, meios diplomáticos eram utilizados para dirimir disputas militares ou preveni-las⁴. Consequentemente, diante de um crescente corpo normativo criado por tratados dessa natureza, a maior parte do direito internacional era voltada a questões militares⁵, tanto o *jus ad bellum* quanto o *jus in bello*⁶. Em paralelo, a crescente interação comercial entre Estados levou à adoção de tratados de navegação e comércio que, em sua incipiência, também determinavam que controvérsias seriam solucionadas por diálogos diplomáticos⁷.

Ao término da Segunda Guerra Mundial, apesar do crescente número de arbitragens internacionais e da relativamente bem-sucedida experiência com a Corte Permanente de Justiça Internacional, meios diplomáticos ainda eram a forma predominante de solução de controvérsias⁸. Diante da retórica nacionalista de muitos governos, parte da doutrina considerava que questões inerentemente políticas não eram passíveis de solução jurídica⁹. Somente a anuência de um governo soberano, alcançada após engajamento diplomático, poderia selar o fim de uma controvérsia de tal natureza. Essa limitação jurisdicional em prol da soberania estatal foi denominada *non liquet*¹⁰, tendo balizado muitos esforços diplomáticos até a década de 1980.

A Corte Internacional de Justiça limitou significativamente o escopo desse princípio. Em 1984, diante da Corte Internacional de Justiça, os Estados Unidos arguíram o princípio do *non liquet*, questionando a jurisdição da Corte sobre uma contenda, inerentemente político-militar, pleiteada pela Nicarágua. A Corte rejeitou o *non liquet*, afirmando não existir exceção material à sua análise quando a sua jurisdição for adequadamente estabelecida¹¹. Amparados por essa interpretação, tribunais internacionais passaram a entender que qualquer questão de fato ou lei pode ser dirimida por meios jurídicos desde que o tribunal detenha jurisdição para tanto¹². Após essa decisão, vários tribunais internacionais foram criados com jurisdições específicas voltadas para variadas matérias do direito internacional¹³.

A partir da década de 1980, apesar da explosão de meios jurídicos de solução de controvérsias no cenário internacional, os meios diplomáticos seguiram preeminentes. Como os governos detêm a prerrogativa de estabelecerem ou terem recurso aos meios jurídicos, eles postergam o recurso a estes até o fracasso ou impasse diplomático¹⁴. Essa prática também é refletida nos tratados que compelem os Estados a uma solução jurídica das controvérsias, em que se tende a possibilitar, se não incentivar, uma solução diplomática antes da solução jurídica¹⁵.

Nesse sentido, a maioria dos tribunais internacionais cuja jurisdição advém de uma cláusula de jurisdição compulsória possibilita o recurso a meios diplomáticos ou compele as partes a se engajarem em tal processo antes do estabelecimento do tribunal. A título de exemplo: a Convenção das

Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 1982)¹⁶, em sua Parte XV, relativa à solução de controvérsias, condiciona o recurso a meios jurídicos a um prévio engajamento diplomático; a Convenção para a Regulamentação das Atividades sobre Recursos Minerais Antárticos (Madrid, 1988)¹⁷ requer consultas por um período de 12 meses antes que um signatário possa referir a disputa à Corte Internacional de Justiça ou a um tribunal arbitral. A Organização Mundial do Comércio, por meio do Entendimento sobre Solução de Controvérsias¹⁸ em seu artigo 4, também condiciona o estabelecimento de um painel à realização de consultas.

Ainda que inexista disposição explícita no tratado, não há empecilho para que Estados em uma disputa disponham concomitantemente de meios diplomáticos e jurídicos. Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça decidiu, em 1978, que a sua análise jurídica da disputa sobre a fronteira no Mar Egeu entre Grécia e Turquia poderia ser feita em paralelo a contínua mediação em busca de uma solução diplomática¹⁹. Isso porque o objetivo da comunidade internacional é assegurar uma solução pacífica para controvérsias, independentemente do meio empregado para se chegar a tal²⁰.

Portanto, o recurso à diplomacia quando da solução de controvérsias internacionais continua sendo um processo fundamental não obstante os meios jurídicos disponíveis às partes, sendo que, especialmente em disputas militares, esse meio de negociação é muitas vezes o único recurso possível.

3. AS PRINCIPAIS TEORIAS E A ANÁLISE LEGAL

O processo adotado em uma negociação ou mediação é determinado casuisticamente, salvo a exceção de meios diplomáticos regidos por um sistema de solução de controvérsias preestabelecido²¹. Essa falta de coerência processual revela o aparente descaso dado ao processo diante do resultado almejado, conforme refletido nas principais correntes teóricas sobre negociações internacionais²².

A maioria dos analistas termina por simplificar, reduzindo meios diplomáticos de solução de controvérsias a um processo de negociação envolvendo uma série de ofertas, demandas e concessões, em que as partes gradualmente caminham rumo a uma solução mutuamente aceitável²³. Essa concepção tem apelo por colocar ambas as partes em um nível equânime de

participação e influência no resultado final. Sendo que, quando existe uma desigualdade entre as partes, o resultado tenderá a beneficiar proporcionalmente a parte com maior influência diplomática.

Com base nessa lógica, meios diplomáticos de solução de controvérsias são a culminação da história da diplomacia do poder²⁴. Dessa forma, negociações são comumente vistas como a continuação de um embate militar ou econômico por meios pacíficos. Corrobora-se, assim, a conclusão de que todos os fenômenos políticos internacionais podem ser reduzidos a um de três anseios políticos: manter poder, demonstrar poder, aumentar poder²⁵.

Teorias de concessão/convergência de negociação partem do pressuposto de que as partes estão emperradas quando começam as negociações. Dá-se, então, início a um processo de ação-reação, no qual as partes reagem às demandas e concessões alheias. A análise dessa teoria orbita o ritmo e a direção dessa dialética²⁶.

Já a teoria dos jogos reduz negociações diplomáticas a um comportamento de escolha racional²⁷. Em jogos como o “Dilema do Prisioneiro” e a “Galinha”, os participantes buscam uma estratégia “minimax”: minimizar as perdas e maximizar os ganhos. O poder de cada uma das partes é derivado de suas respectivas estruturas de valores e recompensas, que hão de ser cruzados em um quadro comparativo frente aos demais participantes. Essas estruturas são predeterminadas e fixas, de tal forma que o resultado final também é fixo e previsível²⁸.

Assim, a teoria dos jogos trata o poder em termos estruturais, em que as negociações são o processo de alteração e modificação de valores. O modelo de negociação e estratégia calcada na teoria dos jogos foi criado no auge da Guerra Fria, baseado, portanto, em um mundo bipolar onde o eminente e parêlo poder dos Estados Unidos e da União Soviética podia ser analisado de maneira simplória e com as variáveis dos demais atores praticamente excluídas da equação. O jogo da Galinha representava um cenário de crise nuclear, enquanto o Dilema do Prisioneiro espelhava o esforço de controle de armas.

As diversas teorias sobre meios diplomáticos de solução de controvérsias são parcialmente reflexos da variedade de métodos existente. Enquanto essas teorias não explicam plenamente o sistema corrente, elas demonstram a dificuldade de uma análise legalista. De uma perspectiva

jurídica, antes de uma análise material do resultado final de um acordo diplomático, cabe ressaltar a falta de harmonia processual que determina tal resultado.

4. O SISTEMA ATUAL E A FALTA DE COERÊNCIA PROCESSUAL

A história dos meios diplomáticos de solução de controvérsias internacionais remonta às primeiras interações entre diferentes civilizações, nas quais o ritual de celebração do tratado era informal e secundário. No início do século XVII, quando Hugo Grotius concluiu o marco jurídico *De Jure Belli Ac Pacis*²⁹, os procedimentos para a resolução pacífica de disputas internacionais ainda eram considerados amorfos e casuísticos³⁰. Quando, no século XIX, Jeremy Bentham introduziu o termo “direito internacional”, como contraponto a “direito das nações”, a doutrina ainda não havia firmado o escopo ou natureza do processo aplicável à solução pacífica de controvérsias³¹. Atualmente pouco mudou em relação aos meios diplomáticos: o direito internacional, de forma relativamente coerente, informa a interpretação e aplicação dos acordos firmados entre Estados quando da solução de suas controvérsias internacionais, mas não há coerência quanto ao processo a ser seguido para se chegar a tal acordo³².

Essa análise não acomoda, contudo, os casos em que o meio diplomático tem amparo normativo de um tratado que dita o processo a ser seguido³³. As organizações internacionais que dispõem de regimento para a solução pacífica de controvérsias por meios diplomáticos comumente estabelecem o formato e os prazos a serem respeitados³⁴. Apesar de que, mesmo nessas situações, existe considerável margem de tolerância quanto aos meios que as partes podem adotar. Em qualquer dos casos, a presente análise pode ser aplicada proporcionalmente ao grau de antecipação processual em tratados e acordos³⁵.

A interdependência dos países dita a razão pela qual meios diplomáticos de solução de controvérsias são empregados e o processo a ser adotado, sem que existam balizas no direito internacional regulando o processo a ser seguido. O direito internacional seria secundário à solução diplomática de controvérsias. Conforme a teoria realista das relações internacionais, os

Estados não estão sujeitos a nenhuma autoridade superior por serem os atores primaciais do cenário internacional. Assim, o papel das organizações internacionais ou seus sistemas jurídicos seriam diretamente subordinado àquele dos Estados³⁶. Dentro da teoria realista das relações internacionais, o direito internacional não determina o comportamento dos Estados, apenas acomoda e legitima as suas ações³⁷.

O direito só seria capaz de cumprir o papel que lhe cabe quando presentes outras condições que ele não é capaz de assegurar³⁸. Na opinião de Hedley Bull, a função do direito internacional seria identificar, como princípio normativo supremo da organização política da humanidade, a ideia de uma sociedade de Estados soberanos, sem ter a superveniência procedimental quando de interações políticas e diplomáticas que visam à solução de controvérsias³⁹.

De fato, essa lacuna do direito internacional caracterizou todas as negociações internacionais nas últimas décadas. Sem exceção, os meios diplomáticos de solução de controvérsias empregados foram únicos em metodologia e processo. A consequência dessa ausência de um cerne processual que guiasse a resolução das controvérsias internacionais resultou em uma imprevisibilidade para as partes envolvidas em disputas. Negociações internacionais buscam uma fórmula dentro da qual se implementarão detalhes⁴⁰. Sendo que, sob essa ótica, poder é o “rótulo de uma relação causal”⁴¹. Dessa forma, o caminho rumo à mesa de negociações termina sendo mais difícil e, muitas vezes, percorrido de maneira relutante pelas partes.

Ausente uma forma predeterminada para dirimir a controvérsia, o sistema a ser seguido será tal que beneficie a parte mais forte na disputa. Se a disputa em questão for uma envolvendo potências regionais, a comunidade internacional tem pouca influência, ao passo que disputas envolvendo sujeitos com menor preeminência terminam sendo mais influenciadas pela comunidade internacional⁴². Ou seja, diante das pressões da comunidade internacional, o processo adotado tende a beneficiar aquela parte detentora de maior vulto político, não do direito.

5. MANIPULANDO PROCESSOS E CONSERTANDO O PASSADO: O EXEMPLO DAS NEGOCIAÇÕES SOBRE O

FUTURO STATUS DO KOSOVO

Inúmeros exemplos ilustram a dificuldade de determinar o procedimento que governa uma negociação diplomática e o impacto direto no resultado das negociações. As negociações sobre o futuro *status* do Kosovo são notáveis por envolver o direito internacional em um clássico emaranhado processual delineado para obtenção de um resultado predeterminado.

O conceito de autodeterminação dos povos recebe impulso com o presidente americano Woodrow Wilson, logo após a Primeira Guerra Mundial⁴³. A ascensão de governos nacionalistas na Alemanha, Itália e Japão, culminando na Segunda Guerra Mundial, levou a comunidade internacional a repensar a valia do nacionalismo para a paz e a segurança internacionais⁴⁴. Consequentemente, a Carta da ONU, em seu artigo 2.4, explicita a maior importância dada à segurança da integridade territorial em detrimento do nacionalismo e da autodeterminação dos povos. O colapso do muro de Berlim, paradoxalmente, marcou a reversão no cenário de estabilidade estatal e a liberação de sentimentos nacionalistas dormentes havia quase meio século.

Os Bálcãs foram o palco maior da incapacidade da comunidade internacional de firmar certos princípios cogentes do direito internacional através de intervenção e subsequente negociação entre as partes. A letargia resultou em mais de cem mil mortos e muito mais refugiados⁴⁵. Os Acordos de Dayton⁴⁶, mediados por Richard Holbrooke e concluídos em 1995, foram uma imposição da comunidade internacional, liderada pelos Estados Unidos, que visaram a corrigir sua anterior inércia. Ainda que a assinatura das partes envolvidas no conflito tenha dado um ar de respeito ao princípio da igualdade soberana dos Estados, o processo que balizou as negociações guiou o diálogo para um resultado previsível. Por exemplo, desde seu início a conclusão das negociações havia sido condicionada ao estabelecimento de uma nova fronteira étnica das partes⁴⁷.

Em 1999 a tênue paz dos Bálcãs foi novamente deturpada quando pequenos embates entre o Exército de Liberação do Kosovo e tropas sérvias escalaram ao grau de guerra civil. Em uma conferência organizada em Rambouillet, a Sérvia se recusou a assinar um acordo pré-delineado pela União Europeia e os Estados Unidos que daria poder para a Organização do

Tratado do Atlântico Norte (OTAN) supervisionar um cessar fogo em todo o território sérvio⁴⁸. Isso levou a OTAN a, sem a sanção da ONU, bombardear sistematicamente as tropas sérvias por 78 dias, quando a Sérvia capitulou⁴⁹.

A capitulação sérvia abriu as portas para a adoção pelo Conselho de Segurança da ONU da Resolução 1.244⁵⁰, passada sem a participação direta do governo sérvio. Essa resolução colocou o Kosovo sob administração internacional da ONU na forma da United Nations Interim Administration Mission in Kososvo (UNMIK)⁵¹, suspendendo-se leis e instituições sérvias anteriormente em vigor⁵². O prazo de operação da UNMIK estender-se-á até o vigor de uma solução sustentável para a administração do Kosovo⁵³.

Com a finalidade de encerrar a presença da UNMIK e finalmente determinar o *status* do Kosovo, a ONU nomeou como seu Enviado Especial o ex-presidente finlandês Martti Ahtisaari⁵⁴. No decorrer das negociações, iniciadas no começo de 2006, considerável progresso foi feito em várias questões secundárias, mas o *status* final do Kosovo seguiu inconcluso. Os negociadores kosovares empunharam a bandeira da independência, o que os membros permanentes ocidentais do Conselho de Segurança aplaudiram, enquanto os sérvios se dispuseram a conceder apenas autonomia à região, o que a Rússia apoiou. A China manteve ao longo das negociações, e ainda hoje, uma posição neutra.

Após poucos meses do início dos diálogos, a posição do mediador Ahtisaari foi revelada na forma de uma incipiente proposta de acordo. que, entre outras medidas, propunha a independência do Kosovo sob supervisão da comunidade internacional e foi denominada de Plano Ahtisaari. De forma a alcançar tal resultado, o processo das negociações havia sido formulado como um diálogo mediado em que as partes debatiam temas que posteriormente eram codificadas pelo Enviado Especial na forma de propostas. Assim, as partes ficavam praticamente adstritas à solução proposta por Ahtisaari. O apoio russo a esse processo de mediação fundamentou-se na expectativa de que, ausente o consentimento de uma das partes, a comunidade internacional não estaria disposta a impor unilateralmente o Plano Ahtisaari.

Quando o mandato de mediador de Ahtisaari estava para expirar, diante da contínua falta de consenso dos negociadores, os Estados Unidos e os

membros da União Europeia decidiram alterar o processo de resolução da contenda. Em fevereiro de 2007, pautando-se na linguagem da Resolução 1.244, passou-se a considerar a possibilidade de adoção do Plano Ahtisaari por meio de uma resolução do Conselho de Segurança. As partes envolvidas nas negociações apenas anuíam o novo *status*, já que, conforme argumento dos Estados Unidos e da União Europeia, as duas partes teriam tido ampla oportunidade de manifestar suas posições e fazer novas sugestões.

A Rússia, histórica aliada dos sérvios, preocupada com o precedente que a declaração de independência de um território pelo Conselho de Segurança poderia ter para a sua integridade territorial, solicitou, nas quatro reuniões do Conselho de Segurança que tratou do assunto, alguma alteração da linguagem da resolução que adotaria o Plano Ahtisaari⁵⁵. Diante da contínua pressão dos Estados Unidos e da União Europeia, a Rússia declarou que iria vetar qualquer proposta que não fosse explicitamente aceita por sérvios e kosovares. Em 20 de julho de 2007 os Estados Unidos e a União Europeia desistiram do plano de adoção do Plano Ahtisaari na forma de uma resolução da ONU⁵⁶.

O *status* final para Kosovo foi novamente colocado na mesa de negociações. A partir de agosto de 2007 a responsabilidade pela transição passou a uma tróica constituída por Frank Wisner, por parte dos Estados Unidos, Botsan-Kharchenko, por parte da Rússia, e Wolfgang Ischinger, por parte da União Europeia⁵⁷. A tróica buscou uma solução aceitável para os representantes sérvios e kosovares, sendo que, à exceção do Botsan-Kharchenko, os outros dois mediadores putaram suas propostas no Plano Ahtisaari. Em 10 de dezembro de 2007, diante da continuada recusa dos sérvios, o Grupo de Contato para os Bálcãs anunciou para o Secretário-Geral da ONU o fracasso das negociações⁵⁸.

Paralisado pelas tensões geopolíticas internacionais, Kosovo abandonou o caminho das negociações e, em 17 de fevereiro de 2008, declarou sua independência. Em uma direta relação com as posições tomadas durante as negociações, a maioria dos países da Europa ocidental e os Estados Unidos reconheceram o novo Estado⁵⁹. Os sérvios prontamente pediram a prisão dos membros do novo governo sob a acusação de “tentativa ilegal de promover secessão de parte do território sérvio”. O protesto da Sérvia teve o reiterado

apoio de países que também enfrentam problemas separatistas, notadamente China, Espanha e Rússia⁶⁰.

Apesar de 58 Estados membros da ONU reconhecerem a independência do Kosovo⁶¹, por 77 votos a favor a Assembleia Geral da ONU aceitou a proposta da sérvia e levantou a questão à CIJ: “A declaração unilateral de independência pelas Instituições Provisórias para o Autogoverno do Kosovo está de acordo com o direito internacional?”⁶². Um parecer da CIJ não reverterá a realidade geopolítica dos Balcãs, ainda que conceda maior legitimidade aos argumentos de uma das partes.

A forma como a sociedade internacional, notadamente o Conselho de Segurança da ONU, lidou com a solução diplomática para Kosovo encapsula a prática corrente de adotar-se um procedimento que leve ao resultado final almejado. Os russos, nas três etapas de negociação, consentiram com um procedimento que levaria a uma solução letárgica. Os americanos e europeus acreditaram, inicialmente, que alocando poder a um mediador eles poderiam guiar o resultado final, e, diante da determinação sérvia, tentou-se alterar o processo de modo a passar ao Conselho de Segurança o poder de decisão da solução final. A paralisia do Conselho de Segurança levou ao estabelecimento da troica, cuja composição refletia a divisão de interesses da comunidade internacional. A esperada falta de consenso da troica deixou Kosovo com uma única opção: a declaração unilateral de independência. Seu reconhecimento pela comunidade internacional foi um desenrolar previsível das posições passadas.

O futuro do Kosovo ainda é incerto. A única certeza é que o processo norteador das negociações diplomáticas foi fundamental para o resultado e fracasso/sucesso das negociações.

6. CONCLUSÃO

Atualmente a comunidade internacional tem a seu dispor o maior elenco de meios pacíficos de solução de controvérsias já visto. Isso propicia uma oportunidade singular para se firmar e reforçar a paz e segurança internacional. Dentre os meios de solução de controvérsias, os meios diplomáticos são os mais universais e mais utilizados.

Apesar da saliência dos meios diplomáticos, existe um vácuo legal no tangente à regulamentação do processo que governa a sua adoção. Por outro

lado, a influência do poder relativo das partes no resultado final é uma constante teórica no campo das relações internacionais. Ou seja, ambas as searas tratam questões processuais como secundárias para o resultado da contenda.

Otto von Bismarck notou humoristicamente que, “para se manter o respeito por *salsichas* e leis, é melhor não se saber como elas são feitas”. Parte da doutrina jurídica aparentemente levou a sério essa ponderação, tendo feito praticamente nenhum questionamento a respeito dos processos norteadores de negociações diplomáticas. Pelo contrário, quando diante de um acordo ou tratado emanado das negociações diplomáticas, tende-se a ignorar o processo e criticar as circunstâncias políticas.

O caso da negociação do *status* final para o Kosovo é apenas um exemplo em que terceiros interessados buscaram os seus fins através dos meios balizadores das negociações. Enquanto a comunidade internacional não estabelecer um mínimo de coerência processual aplicável aos meios diplomáticos de solução de controvérsias, Estados continuarão sujeitos ao interesse de terceiros que jogarão seu peso político para colocar o fim desejado à disputa internacional.

1 O autor gostaria de agradecer ao Ex-Presidente Martti Ahtissari e ao Dr. Seth Osafo pelas valiosas opiniões e *insights* que o ajudaram a navegar pelo labirinto das negociações diplomáticas. As opiniões expressas neste capítulo são apresentadas a título pessoal, e não necessariamente representam a posição das Nações Unidas e de seus membros.

2 Bacharel em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Internacional Econômico pela London School of Economics and Political Sciences. Mestre em Direito Internacional pela Georgetown University. Doutorando em Direito Internacional pela Georgetown University. Ex-Assessor Legal do United Nations Office of the Special Envoy for Kosovo, Viena.

3 SOHN, L. The Future of Dispute Resolution. In MACDONALD, R. e OHNSTON, D. M. (Eds.) *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 1121.

[4](#) WILDE, J. *Saved from Oblivion: Interdependence Theory in the First Half of the 20th Century: A Study on the Causality Between War and Complex Interdependence*. Dartmouth: Dartmouth Publishing Group, 1991. p. 17.

[5](#) JANIS, M. W. *An Introduction to International Law*. Saint Paul: Aspen Law & Business, 1999. p. 1-2.

[6](#) *Jus ad bellum* é o direito aplicável antes de um conflito, de modo a determinar a legalidade de um embate militar. *Jus in bello* é o direito aplicável durante um conflito, de modo a determinar a legalidade dos meios de agressão utilizados nos embates militares.

[7](#) AUST, A. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 25; WILSON, R. R.; “Treaty-Merchant” Clauses in Commercial Treaties of the United States, *AM. J. INT’L L.*, v. 44, n. 1, p. 145-149, jan. 1950.

[8](#) GROS, L. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *AM. J. INT’L L.*, v. 42, n. 1, p. 20-41, jan. 1948.

[9](#) COLLIER, J.; LOWE, V. *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 10-16.

[10](#) Em uma acepção atual do termo, Cortes internacionais continuam adotando *non liquet* ao declinar jurisdição por não haver direito aplicável à contenda. Ver, por exemplo, SHANY, Yuval. *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*. New York: Oxford University Press, 2003. PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

[11](#) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, par. 84.

[12](#) CHENG, B.; SCHWARZENBERGER, G. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press: Cambridge, 2006, p. 275. Para uma análise de subsequentes menções ao *non liquet*, vide: BELLO, J. H.; BEKKER, P. H. F. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, *AM. J. INT’L L.*, v. 91, n. 1, p. 126-133, jan. 1997.

[13](#) CHARNEY, J. I. The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems. *AM. J. INT’L L.*, v. 90, n. 1, p. 69-75, jan. 1996.

[14](#) FREEMAN, J. R. Jr. *Arts of Power: Statecraft and Diplomacy*, 3rd ed. Washington: US Institute of Peace Press, 2004. p. 15 e 93.

[15](#) ALVAREZ, J. E. International Organizations: Then and Now, *AM. J. INT’L L.*, v. 100, n. 2, p. 324-347, abr. 2006.

[16](#) Third United Nations Conference on the Law of the Sea. UN Doc A/CONF.62/30/Rev.3; Official Records UNCLOS HJ, v. 54, 176; v. IV, 3; v. 4.

[17](#) Convention for the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities, June 2, 1988, Doc. AMR/SCM/88/78, reprinted in 27 ILM 859 (1988).

[18](#) WTO, The Legal Texts: The results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

[19](#) *Aegean Sea Continental Shelf*, p. 12.

[20](#) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with

the Charter of the United Nations, GA/RES/2625 (XXV); ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes, GA/RES/37/10.

[21](#) A título de exemplo, *vide* as notas de rodapés n.º 14, 15 e 16, *supra*.

[22](#) BECKETT, J. A. Behind Relative Normativity: Rules and Process as Prerequisites of Law, *Eur. J. Int'l L.*, ano 12, p. 627 — 650, set. 2001.

[23](#) HABEEB, W. M. *Power and Tactics in International Negotiation*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1988, p. 27.

[24](#) MELLING, T. Dispute Resolution within Legislative Institutions, *Stanf. L. Rev.*, v. 46, n. 6, p. 1677-1715, jul. 1994.

[25](#) MORGENTHAU, H. J. *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 6. ed., New York: Thomposn, 1985.

[26](#) CROSS, J. G. *The Economics of Bargaining*, New York: Basi Books, 1969. BARTOS, O. J. *Process and Outcome of Negotiations*, New York: Columbia University Press, 1974.

[27](#) SCHELLING, T. *The Strategy of Conflict*, Cambridge: Harvard University Press, 1960.

[28](#) NASCH, J. F.; The Bargaining Problem, *Econometrica*, v. 18, p. 155-162, 1950. Para uma crítica jurídica das consequências deste modelo, *vide*: FISS, O. M.; Against Settlement, *Yale L.J.*, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, maio 1984.

[29](#) GROTIUS, Hugo. *The Rights of War and Peace, Including the Law of Nature and of Nations*. New York: Cosimo, 2007.

[30](#) LOUIS, H. *International Law*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. XXIV.

[31](#) *Ibidem*.

[32](#) BELL, C. Peace Agreements: Their Nature and Legal Status, *AM. J. INT'L L.* v. 100, n. 2, p. 373-412, abr. 2006.

[33](#) PETERS, A. International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties, *Eur. J. Int'l L.* v. 14, p. 1-34, fev. 2003.

[34](#) RATNER, S. R. Image and Reality in the UN's Peaceful Settlement of Disputes, *Eur. J. Int'l L.* v. 6, p. 426-444, fev. 1996. Para uma perspectiva histórica: SOHN, L. B. The Role of International Institutions as Conflict – Adjusting Agencies.

SOHN, L. B. The Role of International Institutions as Conflict-Adjusting Agencies, *U. Chi. L. Rev.* v. 28, p. 205-257, inverno 1961.

[35](#) VIERUCCI, L. Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process, *Eur. J. Int'l L.* v. 13, p. 337-340, fev. 2002.

[36](#) MORGENTHAU, H. J.; *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 6. ed., New York: Thomposn, 1985; KENNAN, G. Morality and Foreign Policy, *FA.* v. 64, p. 205-218, 1985-1986.

[37](#) SLAUGHTER, A-M. International Law and International Relations Theory: A dual Agenda, *AM. J. INT'L L.* v. 87, p. 205-239, fev. 1993.

- [38](#) BULL, H.; HURRELL, A.; HOFFMANN, S. *The Anarchical Society; A Study of World Order in World Politics*, 3. ed., New York: Columbia University Press, 1977, p. 143.
- [39](#) Ibid., p. 140-141.
- [40](#) ZARTMAN, I. W. Negotiation as a Joint Decision-Making Process, in *The Negotiation Process*, Beverly Hills: Sage, 1977, p. 76.
- [41](#) ZARTMAN, I. W. *The 50% Solution*, Garden City: Anchor Press, 1976, p. 15.
- [42](#) HABEEB, W. M. *Power and Tactics in International Negotiation*, Baltimore: John Hopkins University Press, 1988, p. 139.
- [43](#) ANDERSON, C. P. The Peace Treaties, *AM. J. INT'L L.* v. 15, p. 552.-555, jul. 1921.
- [44](#) WRIGHT, Q. Accomplishments and Expectations of World Organization, *Yale L.J.* v. 55, p. 870-888, ago. 1946; KELSEN, H. Membership in the United Nations, *Colum. L. Rev.* v. 46, p. 391-411, maio 1946.
- [45](#) UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, Public Information Section, *Update on Ex-Yugoslavia: UNHCR Presents Bosnia Repatriation Plan*, 16 jan. 1996.
- [46](#) General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, 35 ILM (1996) 75, assinado em Dayton, Estados Unidos, em 21 de novembro 1995, entrada em vigor no dia 14 de dezembro de 1995.
- [47](#) DAALDER, I. H. *Getting to Dayton: the making of America's Bosnia Policy*, Brookings Institution Press, 2000.
- [48](#) JUDAH, T. *Kosovo: War and Revenge*, 2. ed., Yale University Press, 2002, p. 197.
- [49](#) CHINKIN, C. M. A "Good" or "Bad" War?, *AM. J. INT'L L.*, v. 93, p. 841-847, out. 1999.
- [50](#) Resolução do Conselho de Segurança 1244 (10 de junho 1999), UN Doc. S/RES/1244 (1999).
- [51](#) UNMIK Regulation 1999/1 (July 25, 1999). Todas as reulamentações atinentes à UNMIK estão disponíveis em <http://www.un.org/peace/kosovo/pages/regulations>.
- [52](#) RODLEY, N. S.; ÇALI, B. Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law, *Hum. Rts. L. Rev.* v. 7, p. 275-297, fev. 2005.
- [53](#) KNOLL, B. From Benchmarking to Final Status? Kosovo and The Problem of an International Administration's Open-Ended Mandate, *Eur. J. Int'l L.* v. 16, p. 637-660, set. 2005; MATHESON, M. J. United Nations Governance of Postconflict Societies, *AM. J. INT'L L.*, v. 95, p. 76-85, jan. 2001.
- [54](#) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Relatório do Conselho de Segurança, S/PV.5373, 14 de fevereiro 2006.
- [55](#) Conselho de Segurança, 10 de maio de 2007, UN SC/9015; Conselho de Segurança, 3 de maio de 2007, UN SC/9013; Conselho de Segurança, 3 de abril de 2007, UN S/PV.5654; Conselho de Segurança, 19 de março de 2007, S/PV.5640.
- [56](#) Declaração feita pela Alemanha, Bélgica, Estados Unidos, França, Itália e Reino Unido, copatrocinadores da proposta de resolução apresentada ao Conselho de Segurança

no dia 17 de julho de 2007, feita no dia 20 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.unosek.org/docref/2007-07-20>.

[57](#) European Union Council, 28-9-2007, Ref. CL07-224EN.

[58](#) Secretary General of the United Nations, Report to the Security Council, December 10, 2007, UN S/2007/723.

[59](#) Reunião do Conselho de Segurança, 18 de fevereiro de 2008, UN S/PV.5839.

[60](#) Reunião do Conselho de Segurança, 18 de fevereiro de 2008, UN S/PV.5839.

[61](#) Dado de maio de 2009, Ministry of Foreign Relations of Kosovo. Disponível em: <http://www.ks-gov.net/MPJ>.

[62](#) Resolução da Assembleia Geral da ONU, 8 de outubro de 2008, A/63/L.2.

“CONFLITOS DE COMPETÊNCIA” ENTRE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

LUIZ EDUARDO RIBEIRO SALLES¹

1. INTRODUÇÃO

Conflitos de competência² e questões de escolha de foro³ têm assumido importância crescente no Direito Internacional Público. Principalmente a partir do último quarto do século XX, foi estabelecido um número impressionante de cortes e tribunais internacionais, vários dos quais são apresentados nesta obra⁴. Muitos desses “jovens” tribunais concretizam a formação de regimes específicos e representam a coroação de processos de legalização em determinadas áreas das relações internacionais⁵.

A abundante literatura sobre a multiplicação de cortes e tribunais apresenta variados graus de otimismo, crítica, ceticismo ou resignação em relação ao fenômeno⁶. Entretanto, a despeito da atitude geral dos estudiosos diante da realidade de pluralismo judiciário, uma questão de cunho prático-processual tende a ocupar, cada vez mais, a ordem do dia: o que fazer quando mais de um tribunal internacional aparentemente possui competência sobre uma mesma controvérsia, ou sobre controvérsias conexas, ou casos similares?

Há pouco tempo objeto de reduzido interesse, tendo em vista a escassez de mecanismos jurisdicionais de solução de controvérsias no direito internacional⁷, a pergunta foi ou tem sido ventilada em diversos casos

recentes. O “spaghetti bowl” NAFTA-OMC literalmente cozeu em um recente caso entre Estados Unidos e México, envolvendo adoçantes de refrigerantes na Organização do Comércio (OMC), relacionado à questão das quotas de açúcar mexicano negociadas no âmbito do Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA)⁸. A Argentina e o Brasil já estiveram face a face perante um tribunal do Mercosul e um Painel da OMC em relação às mesmas medidas *antidumping* contra o frango brasileiro⁹. Enquanto este texto era escrito, a Argentina estava de volta a uma disputa em duplo foro, desta vez contra o Uruguai, no contexto geral da construção de usinas de celulose no território deste país¹⁰. E, no mais impressionante conjunto de disputas relacionadas até o presente, a Irlanda e o Reino Unido litigaram perante dois tribunais arbitrais distintos e o Tribunal do Mar questões oriundas da construção de uma usina nuclear¹¹. Além disso, a Irlanda foi chamada a responder perante a Corte Europeia de Justiça por violar o Tratado das Comunidades Europeias ao instituir procedimentos contra o Reino Unido¹² sob a Convenção de Direito do Mar¹³.

Estes e outros casos ilustram a relevância emergente da temática “conflitos de competência” no direito internacional público contemporâneo. Demonstram, igualmente, a necessidade de coordenar-se a atividade de cortes e tribunais internacionais. Sob este prisma, a questão sob exame vai além do valor econômico ou da sensibilidade política das matérias eventualmente em discussão perante um ou mais tribunais. Trata-se, de fato, de definir progressivamente os contornos do que seja o “judiciário internacional”¹⁴. Nesse sentido, o presente estudo busca apresentar de forma resumida algumas possíveis soluções práticas para eventuais “conflitos de competência” entre cortes ou tribunais de direito internacional público. A próxima seção tenta, brevemente, conceituar “conflito de competência” sob a perspectiva do direito internacional. A seguir, são passados em revista alguns recursos aos quais partes e julgadores poderiam recorrer para contornar situações de competição entre cortes e tribunais internacionais.

A premissa utilizada é que qualquer corte ou tribunal internacional, como parte de um sistema jurídico (de direito internacional público), possui o poder-dever de aplicar as regras de conflito de competência presentes nesse sistema que regem a relação entre os tribunais ou entre as partes, em relação

ao exercício do direito de ação. Em suma, o direito aplicável por um corpo judiciário internacional é o direito internacional¹⁵. Logo, um tribunal internacional pode encontrar-se obrigado a reconhecer um princípio ou regra em um instrumento vinculante às partes de uma controvérsia, ou no direito internacional geral, e proclamar-se incompetente para uma decisão de mérito, ou inadmissível determinado pedido.

Entretanto, é importante notar que a premissa utilizada neste estudo não é a única forma de fundamentar a aplicabilidade de princípios e regras de coordenação entre tribunais internacionais. Por exemplo, no direito internacional privado de diversos países, o fato de os tribunais pertencerem a sistemas jurídicos claramente distintos não é necessariamente impeditivo à coordenação entre eles. Afinal, do ponto de vista da estabilidade da relação entre as partes (evitando a multiplicação de demandas e decisões conflitantes), ou entre os tribunais dos diferentes sistemas jurídicos chamados a decidir a controvérsia entre as partes, coordenar o exercício da competência jurisdicional pode continuar sendo importante a despeito da falta de um sistema claramente identificável.

Além disso, tanto no caso de um único sistema como no caso de mais de um sistema estar envolvido na decisão de um dado caso, a boa administração da justiça pode fundamentar ajustes de procedimento pelo tribunal, ou pelos tribunais, como forma de minimizar os efeitos adversos da superposição de competências. Em suma, embora cortes e tribunais internacionais, muitas vezes, tenham competências superpostas ou concorrentes, e apesar da falta de um “código de direito processual internacional”, alguns “conflitos de competência” podem ser evitados ou remediados, em casos específicos.

2. “CONFLITOS DE COMPETÊNCIA” EM DIREITO INTERNACIONAL

“Conflitos de competência” em direito internacional público e para os fins da presente contribuição podem ser conceituados como situações nas quais uma mesma controvérsia ou controvérsias relacionadas são submetidas a cortes ou tribunais internacionais diferentes, ambos *prima facie* competentes. O conceito aqui proposto assemelha-se a outras definições doutrinárias de conflitos de competência¹⁶. Entretanto, um ponto merece destaque em relação a outras definições: incluímos não apenas casos nos

quais uma controvérsia idêntica é colocada perante tribunais diferentes, mas também casos nos quais são submetidas controvérsias relacionadas¹⁷.

Tal inclusão amplia a indeterminação do conceito, uma vez que se torna necessário identificar uma “controvérsia relacionada” previamente à identificação das regras de solução do conflito de competência. Todavia, entendemos que essa definição ampliada reflete a configuração do direito internacional e permite um tratamento mais abrangente à questão da coerência entre órgãos desse sistema jurídico.

No atual estado do direito internacional, é praticamente impossível falar de uma única controvérsia ou controvérsias idênticas perante tribunais diferentes. Define-se uma controvérsia como um desacordo em um ponto de fato ou de direito, um conflito de posições legais ou de interesses entre duas pessoas¹⁸. Com base nesses elementos, para que haja uma única controvérsia é necessário identidade simultânea de partes, pedido e causa de pedir¹⁹. Porém, controvérsias internacionais costumam recair sobre conjuntos intrincados de aspectos legais e factuais envolvendo vários pedidos entre diferentes sujeitos de direito internacional.

A identidade de pedido e causa de pedir, por exemplo, é raramente possível. Quanto ao pedido, instrumentos constitutivos de órgãos internacionais e compromissos arbitrais tendem a restringir a competência do corpo adjudicatário a uma matéria específica²⁰. Mesmo se todo o direito internacional é potencialmente aplicável por um tribunal devido à sua integração ao sistema jurídico internacional, a capacidade de um órgão atender ao pedido de uma parte depende do consentimento da outra²¹. Tal consentimento, na prática, é restrito à matéria veiculada no instrumento constitutivo ou no acordo especial, ou ainda na declaração de aceitação da competência. Pedidos realizados a partir de instrumentos constitutivos distintos, portanto, ao menos formalmente, tendem a ser distintos.

Pode ser ainda mais difícil identificar a identidade de “causa de pedir”. A matéria de uma controvérsia envolve elementos de fato e de direito. Em primeiro lugar, é notório que disputas entre Estados tendem a se originar em circunstâncias de fato extremamente complexas. Segundo, os aspectos legais tratados por diversos tribunais tendem a ser distintos, como consequência do paralelismo de direitos e obrigações decorrentes de tratados internacionais²² e do reconhecimento que direitos e obrigações similares ou aparentemente

idênticos, quando veiculados em instrumentos separados, podem ser interpretados e aplicados de forma diferente²³. Ademais, direitos e obrigações decorrentes de tratados e do direito costumeiro, ainda que aparentemente similares e significativamente superpostos, podem ser aplicados de forma “autônoma”²⁴. Por conseguinte, será raro encontrar uma identidade de controvérsias apresentadas a tribunais diferentes em direito internacional público.

Ao mesmo tempo, decisões conflitantes podem acontecer em disputas à primeira vista distintas e, ainda assim, podem ser problemáticas para a coerência e a credibilidade de qualquer sistema jurídico, uma vez que contrariam a necessidade universalmente reconhecida de estabilidade nas relações jurídicas²⁵. Decisões contraditórias, assim como decisões contrárias, podem colocar as partes em dificuldades. Uma razão fundamental para a existência de princípios e regras sobre conflito de competência é exatamente evitar um conflito de decisões²⁶. Tendo em vista que o propósito de tais princípios e regras é evitar os riscos inerentes aos conflitos de competência, elas devem aplicar-se igualmente para disputas idênticas ou para disputas relacionadas. Em suma, uma noção ampliada de conflito de competência parece impor-se.

Além disso, a estrutura não centralizada e não hierárquica do direito internacional reclama uma noção ampliada de conflito de competência. Sistemas domésticos tendem a estabelecer mecanismos de coordenação tanto em casos de controvérsias idênticas, por meio de princípios como litispendência e coisa julgada, como em casos de controvérsias relacionadas, através de conexão processual ou recursos a tribunais de conflito. Enquanto o direito internacional pode contar com os primeiros recursos principiológicos²⁷, geralmente não conta com os últimos recursos “institucionais”. Consequentemente, uma definição restritiva de conflitos de competência limitaria as possibilidades de coordenação entre cortes ou tribunais internacionais.

Admitidamente, um problema relativo à conceituação ampliada de conflitos de competência é a definição de controvérsias relacionadas. Entretanto, a presença de elementos flexíveis no conceito parece ser necessária para permitir sua adequada aplicação. Assim, sugere-se que a identificação de disputas relacionadas por tribunais internacionais deva

basear-se no conjunto de fatos e regras jurídicas aplicáveis a cada situação específica. Algumas vezes, os tribunais poderão optar por tratar separadamente controvérsias relacionadas. Isso ocorreu, por exemplo, nas controvérsias entre Irlanda e Reino Unido, no contexto da construção da usina MOX em Sellafield. O Tribunal Arbitral instituído com base na Convenção OSPAR tratou do direito de informação da Irlanda, quando do processo de aprovação da construção²⁸. Já o Tribunal Arbitral instituído sob a Convenção de Direito do Mar foi instituído para examinar as violações da Convenção de Direito do Mar em relação à construção e operação da fábrica. Mesmo se as atividades dos dois tribunais estiveram relacionadas ao mesmo contexto factual e às mesmas partes, os tribunais comportaram-se como se não houvesse conflito de competência²⁹.

Outras vezes, contudo, pode ser impossível ou “artificial” separar duas disputas relacionadas. No caso *Southern Bluefin Tuna*, o Tribunal Arbitral sob a Convenção de Direito do Mar considerou que a disputa, embora focada na Convenção sobre a Conservação do Atum de Nadadeira Azul³⁰, também estava baseada na Convenção de Direito do Mar. Na interpretação do Tribunal, seria “artificial” separar as duas controvérsias³¹. Em casos desse tipo, um conceito ampliativo de conflitos de competência mostra-se mais adequado que a noção restrita de conflito. Nessa linha, a flexibilidade da noção de conflito de competência, aqui apresentada, pode constituir importante instrumento para a coordenação da atividade jurisdicional dos diversos tribunais internacionais.

3. NORMAS QUE PERMITEM A COORDENAÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM DIREITO INTERNACIONAL

Em termos de coordenação do exercício de competências superpostas, o cenário ideal seria que princípios e regras claras regessem a atividade de cortes ou tribunais internacionais, de modo a evitar conflitos. Ainda que isso esteja longe de ser realidade, princípios e regras de direito internacional prescrevem algumas possíveis soluções em casos de conflito de competência. Nessa seção, discutimos brevemente a possibilidade de aplicação de regras convencionais no contexto de conflitos de competência, bem como da utilização de princípios gerais de direito.

3.1. Regras convencionais de prevenção de conflitos de competência

Diversos tratados internacionais prescrevem regras para a determinação da corte ou tribunal competente em relação a uma controvérsia. Tais regras permitem prevenir conflitos ao esclarecerem o foro competente em relação a determinada matéria. Além disso, regras de competência possuem uma função limitativa de recursos abusivos à solução judicial de controvérsias, no contexto de múltiplos tribunais. Cláusulas de eleição de foro, por exemplo, tendem a ordenar o “judiciário internacional” e, ao fazê-lo, podem prevenir a concretização de conflitos de competência. Para que essa função seja cumprida, contudo, é necessário admitir que o direito aplicável por qualquer tribunal internacional é todo o direito internacional que rege as relações das partes em disputa.

Segundo parte da doutrina, um tribunal internacional pode ser impedido de considerar um acordo de seleção de foro, devido à sua competência limitada. Esse argumento é particularmente enfatizado em discussões envolvendo o mecanismo de solução de controvérsias da OMC, em que, algumas vezes, afirma-se que não haveria solução jurídica para uma situação em que dois membros assinam um outro tratado estabelecendo um tribunal com competência potencialmente conflitante com a daquela organização. Em resumo, alguns autores defendem que acordos de seleção de foro concluídos fora da OMC não poderiam ser considerados por painéis da OMC ou pelo Órgão de Apelação³².

Aceitar essa lógica significaria considerar que conflitos de competência seriam, na maioria dos casos, irremediáveis. De fato, tribunais especializados são autônomos e possuem competência específica para examinar pedidos sob o regime ao qual se vinculam. Todavia, os respectivos instrumentos constitutivos não representam o único direito que governa a sua competência incidental. Enquanto a competência de um órgão judicial internacional é limitada aos pedidos baseados no seu próprio instrumento constitutivo, sua capacidade para examinar incidentalmente o direito internacional é, em princípio, ilimitada³³. Afinal, órgãos judiciais são órgãos de direito, logo, suas fronteiras coincidem com as do sistema jurídico aos quais pertencem. Consequentemente, quando um tribunal encontrar uma objeção de caráter preliminar baseada em uma regra convencional de

seleção de foro, o tribunal deve decidir sobre essa objeção como parte do exercício de sua função judicial³⁴.

Deve-se distinguir, entretanto, a aplicação de regra de coordenação derivada do próprio instrumento constitutivo de um tribunal, da aplicação de regra baseada em outros instrumentos. Uma exceção preliminar que seja baseada no próprio instrumento constitutivo do tribunal refere-se, em muitos casos, ao escopo do consentimento dos Estados à competência do respectivo tribunal e, nesses casos, ataca a própria competência do tribunal. Se o tribunal encontrar um problema em relação às suas qualificações básicas para decidir um caso, deve recusar-se a decidi-lo em sua substância³⁵. Aqui, não há falar em ônus da prova ou em invocação da regra pela parte prejudicada³⁶, pois órgãos judiciais internacionais devem assegurar-se *ex officio* de sua autoridade para decidir no que se refere a questões de competência³⁷.

O reconhecimento de uma regra veiculada em outro instrumento como impeditivo à decisão de mérito de um dado tribunal que seja competente para decidir, por outro lado, é governado por lógica diversa. Imagine um acordo de seleção de foro “x” pelo qual dois Estados, A e B, concordam em não submeter uma controvérsia perante o tribunal “y”, sendo que “y” teria competência para decidir aquela controvérsia segundo seu próprio estatuto. Se a disputa é trazida por A perante “y”, em violação do acordo “x”, e B aduzir uma exceção preliminar baseada em “x”, a exceção deverá ser reconhecida. O resultado, no caso de objeção de B, é idêntico aos casos de falta de competência, qual seja, a ausência de decisão do mérito da disputa. Entretanto, o impeditivo para decidir-se o mérito do caso é a impossibilidade de concorrer-se com o ato irregular do Estado A, que trouxe o caso em violação ao acordo prévio. Trata-se normalmente, de um problema quanto à admissibilidade do pedido. Uma corte ou tribunal internacional, que é limitado pelo direito, não pode contribuir com uma ação contra o direito. *Ex iniuria non oritur e ex turpi causa non oritur action* ou, como colocado pelo Juiz Anzilotti, “uma ação ilegal não pode servir de base para uma ação em direito”³⁸. Esse princípio adotado por tribunais internacionais³⁹ e refletido na jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)⁴⁰ fundamenta o reconhecimento de regras de

coordenação de competência de tribunais internacionais, a despeito da autonomia relativa de regimes especializados.

No mesmo sentido, a aplicação de uma regra oriunda de fora do instrumento constitutivo depende, em geral, de invocação pela parte prejudicada. Um órgão judicial deve exercer sua competência para decidir o mérito de uma disputa sempre que assim determine seu instrumento constitutivo, a não ser que um obstáculo legal o impeça. No caso de exceções baseadas em outros instrumentos internacionais, a parte interessada deve levantar claramente a questão perante o tribunal, na primeira oportunidade em que possa fazê-lo.

À luz do exposto, conclui-se que a aplicação de uma regra de seleção de foro compreende duas etapas fundamentais. Em primeiro lugar, a parte prejudicada deve invocá-la. Em segundo lugar, caberá ao julgador definir sobre o efeito preclusivo dessa regra, que poderá, inclusive, impedi-lo de exercer sua competência para uma decisão de mérito. Nesses termos, regras convencionais podem prevenir a ocorrência de conflitos de competência entre tribunais internacionais.

Dois tipos principais de cláusulas podem ser identificados: (i) cláusulas de “competência exclusiva” e (ii) cláusulas estabelecendo possibilidade de eleição do foro de preferência, mas disciplinando o exercício da preferência. Regras de “competência exclusiva” estão presentes em diversos tratados estabelecendo sistemas de solução judicial de controvérsias⁴¹. Por exemplo, o artigo 292 do Tratado das Comunidades Europeias estabelece que os Estados-Membros se comprometem a submeter controvérsias sobre a interpretação ou aplicação do Tratado exclusivamente à Corte de Justiça das Comunidades Europeias.

Regras estabelecendo critérios para escolha do foro também têm sido incluídas em tratados internacionais. Ilustram o exposto os artigos 2005 do NAFTA⁴² e 1.2 do Protocolo de Olivos⁴³, que permitem à parte demandante escolher entre apresentar uma controvérsia à OMC ou ao respectivo mecanismo regional, mas determinam que o foro eleito será o foro de competência exclusiva a partir da eleição. Outro tipo de regra com critérios para eleição do foro prevê a competência de um dado sistema, desde que as partes não tenham acordado em recorrer a outro mecanismo de solução de controvérsias. Fazem parte desse gênero de cláusula de “competência

residual” os artigos 281 e 282 da Convenção de Direito do Mar, estabelecendo que o seu mecanismo é “subsidiário” em relação a outros tribunais. Em teoria, tais regras reduzem a possibilidade de conflitos de competência em direito internacional. Para que possam cumprir sua função plenamente, porém, impõe-se a noção de que todo tribunal internacional pode e deve aplicá-las em casos concretos nos quais sejam validamente invocadas.

3.2. Princípios gerais aplicáveis em casos de conflitos de competência

Regras convencionais são importantes, mas não estão previstas em diversos instrumentos internacionais que estabelecem cortes e tribunais internacionais. Na ausência de critérios explícitos de prevenção ou solução de conflitos de competência, um princípio geral de direito pode fundamentar uma decisão que preserve a estabilidade das relações jurídicas e evite a multiplicação nociva de procedimentos idênticos ou relacionados. Os primeiros princípios desse tipo que vêm à mente do jurista são as exceções de litispendência e coisa julgada.

A aplicação de princípios gerais de direito por todo e qualquer tribunal internacional obedece a raciocínio semelhante à aplicação de outros instrumentos internacionais que não seus instrumentos constitutivos, com base em sua competência incidental. É o pertencimento ao sistema jurídico internacional que permite a um tribunal basear-se em princípios desse sistema⁴⁴. Curiosamente, a utilização de princípios gerais de direito por cortes e tribunais internacionais é ocorrência constante e não tem suscitado as mesmas reações doutrinárias que a aplicação de tratados não pertinentes a regimes especializados. Nesse particular, o caráter sistêmico do direito internacional não se sujeita ao mesmo grau de polêmica⁴⁵. Caberia questionar a coerência lógica da opção de parte da doutrina, que aceita a aplicação de princípios de direito internacional, mas nega aplicabilidade a uma regra de direito internacional em vigor⁴⁶. Assim como um contrato integra automaticamente um sistema jurídico, uma regra de direito internacional não pode existir fora do sistema jurídico internacional. Para os fins deste estudo, presumimos que tanto esses princípios, quanto toda regra em vigor entre duas partes a uma disputa, são potencialmente aplicáveis,

desde que prevaleçam em caso de conflito normativo, conforme os princípios aplicáveis⁴⁷.

O conceito de litispendência em direito internacional assemelha-se ao de alguns sistemas domésticos. Trata-se de uma exceção preliminar baseada na identidade de partes, pedido e causa de pedir⁴⁸. Apesar de o conceito ter sido enunciado pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPIJ) em *German Interests*, nunca houve uma decisão clara a respeito da sua aplicabilidade por aquela Corte ou sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Em *Factory at Chorzów*, a CPJI teria admitido a aplicabilidade do princípio como exceção preliminar, ao responder ao argumento polonês de que a reclamação do governo alemão não poderia ser tratada até que um tribunal arbitral mixto decidisse a respeito de questões similares às submetidas à Corte. A CPJI considerou que, ao definir sua jurisdição em relação à de outros tribunais, não poderia declinar sua competência, a não ser que fosse confrontada com uma cláusula suficientemente clara para prevenir a possibilidade de um conflito negativo de competência⁴⁹.

A ausência de uma decisão clara a respeito da exceção de litispendência em direito internacional é compreensível, tendo em vista a dificuldade de se encontrarem ações idênticas pendentes entre tribunais internacionais diferentes, conforme brevemente discutido acima. Essa constatação leva à inferência de que a importância do princípio de litispendência para a coordenação da atividade jurisdicional dos múltiplos tribunais internacionais não deve ser superestimada. Ademais, no atual contexto do direito internacional em que os tribunais ainda apresentam diferenças importantes de procedimento e eficácia, a aplicação automática de um princípio como a litispendência deve ser feita com cautela.

De qualquer modo, alguns doutrinadores sugerem que a litispendência seja teoricamente aplicável, como princípio geral de direito. Conforme resumido por Lowe:

Litispendência refere-se à ordem de procedimentos judiciais. É comum aos principais sistemas jurídicos e pode ser devidamente aplicada por um tribunal de qualquer sistema jurídico, incluindo o sistema jurídico

internacional, no exercício da sua competência para regular seus próprios procedimentos⁵⁰.

A aplicação do princípio da coisa julgada obedece a uma lógica similar à litispendência, que requer identidade substancial entre controvérsias⁵¹. Mas, enquanto a exceção de litispendência tem por objetivo evitar a multiplicação de procedimentos paralelos, a exceção de coisa julgada permite evitar procedimentos sucessivos.

A jurisprudência e a doutrina são praticamente unânimes no que se refere à afirmação da coisa julgada como princípio geral de direito ou de direito internacional⁵². Nesse sentido, a exceção de coisa julgada é potencialmente aplicável por tribunais internacionais, como forma de evitar a repetição de julgamentos sobre ações idênticas. Afinal, é questão de interesse geral que litígios internacionais a respeito de um mesmo objeto não recomecem indefinidamente⁵³. O princípio da coisa julgada é inerente à ideia de estabilidade nas relações jurídicas internacionais⁵⁴ e exprime uma convicção jurídica de caráter geral⁵⁵.

A relevância da exceção de coisa julgada, em si, tem sua aplicação restrita no mesmo sentido da exceção de litispendência, uma vez que o requisito de ação idêntica torna raros os casos em que tal defesa seria aplicável. Porém, segundo alguns autores, poder-se-iam aplicar ao direito internacional doutrinas como o *issue estoppel* e o *collateral estoppel* como forma de expandir a coordenação entre órgãos judiciários internacionais⁵⁶. Segundo tais doutrinas, oriundas da *common law*, um tribunal poderia basear-se diretamente nas conclusões de um outro para decidir um caso, desde que a mesma questão tivesse sido discutida no outro fórum⁵⁷.

Embora seja inegável que tribunais internacionais devam tomar em consideração as decisões uns dos outros⁵⁸, vários fatores tornam incerto o futuro de uma eventual defesa baseada nas referidas doutrinas de *issue* e *collateral estoppel*. Entre outros, cumpre lembrar: o caráter não centralizado do sistema jurídico internacional, a ausência de relação normativa direta entre tribunais autônomos, suas competências especializadas e a identificação das doutrinas de *estoppel* com o sistema de *common law*.

Outra possível defesa baseada na racionalidade do *estoppel* seria a invocação do princípio *electa una via*, pelo qual a eleição de um foro

significaria a exclusão dos demais foros, *prima facie* competentes, para decidir uma dada disputa. Entretanto, o princípio não tem encontrado acolhida na jurisprudência internacional⁵⁹. Ao contrário, havendo competência baseada em um instrumento internacional válido e vigente, algo possível apenas mediante acordo mútuo, não há questionar o direito de uma parte submeter seu caso a um órgão judicial com base na submissão de caso distinto a outro órgão. Tal noção é essencial ao direito internacional, onde vários tribunais possuem competências especializadas distintas.

Há, ainda, uma discussão doutrinária em torno da possibilidade de exceção de *forum non conveniens* em direito internacional público⁶⁰. Contudo, a orientação jurisprudencialmente predominante parece ser que um tribunal internacional não possui discricionariedade para declinar sua competência para decidir com base em argumentos de oportunidade, se tal competência encontra-se estabelecida com base no consentimento prévio dos Estados⁶¹. Assim, cortes e tribunais internacionais possuem o dever de decidir a respeito das controvérsias que lhes forem submetidas, independentemente da existência de arena hipoteticamente mais conveniente⁶². Noutros termos, a existência de competência implicaria, automaticamente, adequação de um dado órgão para decidir um caso.

A breve discussão até aqui realizada demonstra a escassez de princípios gerais aplicáveis à solução de conflitos de competência em direito internacional público. Em face dessa realidade, cumpre ressaltar a importância de um tribunal considerar, no exercício de administração da justiça, a possibilidade de suspensão do procedimento como forma de minimizar o risco de incongruências inerente à existência de disputas paralelas. Uma suspensão, medida de caráter temporário baseada no controle do órgão judiciário sobre os procedimentos a ele submetidos, pode permitir o esclarecimento de situações obscuras e evitar, de forma pragmática, a concretização de conflitos de competência.

O Tribunal Arbitral instituído com base na Convenção de Direito do Mar para examinar a controvérsia entre Irlanda e Reino Unido, a respeito da construção da usina MOX, recorreu à suspensão daquele procedimento para evitar um conflito com a Corte Europeia de Justiça, mesmo antes de a Corte Europeia ser acionada⁶³. Naquele caso, o Reino Unido havia contestado a competência do Tribunal com base no artigo 292 do Tratado das

Comunidades Europeias⁶⁴. Reconhecendo a possibilidade de a Comissão Europeia acionar a Irlanda perante o sistema europeu, devido à alegada violação da competência exclusiva da Corte Europeia de Justiça, o Tribunal Arbitral considerou que uma decisão no âmbito comunitário poderia precluir sua competência, pela ação dos artigos 292 do Tratado da Comunidade e do artigo 282 da Convenção de Direito do Mar. Além disso, o Tribunal ponderou que tanto uma eventual decisão sua como a decisão da Corte Europeia, seriam finais e obrigatórias para as partes⁶⁵. Concluiu, então, que:

Nessa circunstância, tendo em vista considerações de respeito mútuo e comedimento que devem prevalecer entre instituições judiciárias que podem ser ambas chamadas a determinar direitos e obrigações entre dois Estados, o Tribunal considera que seria inapropriado prosseguir ouvindo as partes em relação ao mérito do caso na ausência de solução aos problemas previamente referidos. Além disso, um procedimento que poderia resultar em decisões conflitantes a respeito da mesma situação não promoveria solução da disputa entre as partes⁶⁶.

Ao suspender o procedimento, o Tribunal manteve sua autoridade sob a disputa e evitou um potencial conflito com a Corte Europeia. Como a Corte Europeia decidiu que a Irlanda violou o artigo 292 ao submeter sua disputa ao Tribunal Arbitral, a decisão mostrou-se um importante passo de coordenação da atividade entre órgãos judiciários internacionais autônomos⁶⁷.

O exemplo citado demonstra que a boa administração da justiça pode requerer “prorrogações” no procedimento, como forma de evitar a concretização de efeitos adversos decorrentes da existência de múltiplos tribunais internacionais. Mais do que isso, representa uma tentativa de reação à ideia de que seria impossível evitar conflitos de competência, administrá-los, ou remediá-los de acordo com o direito internacional público contemporâneo.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo apresentou alguns instrumentos que permitiriam evitar a materialização de “conflitos de competência” entre tribunais de direito internacional público. A maioria dos meios apontados caracteriza-se como

defesa contra a submissão de um segundo procedimento idêntico ou relacionado. Nesse sentido, a parte prejudicada deve invocar a norma em vigor entre ela e a parte reclamante no segundo procedimento, como forma de evitar uma decisão de mérito pela segunda corte ou tribunal internacional.

Viu-se que várias regras presentes em instrumentos internacionais podem funcionar como limites à multiplicação de ações contra uma parte, ou contra a escolha abusiva de um fórum. Tal abuso é definido em termos da violação a uma ou mais regras determinando a eleição do foro, desde que em vigor entre as partes e aplicável ao caso concreto. Viu-se, também, que existem princípios de direito internacional que permitem evitar que disputas sejam submetidas a fóruns paralelos ou sucessivos, nos casos de disputas substancialmente idênticas.

Por outro lado, nos casos de disputas relacionadas, não parecem existir soluções definitivas. Obviamente, a ausência de soluções coaduna-se com o próprio grau de integração entre os diferentes regimes especializados, uma discussão que ultrapassa o escopo desta breve contribuição. Contudo, em vista da necessidade de minimizar contradições entre as decisões de tribunais internacionais, argumentou-se que um tribunal, no exercício de administração da justiça, pode organizar seus procedimentos de modo a minimizar as possibilidades de conflito. Essa possibilidade pode representar uma janela para o desenvolvimento progressivo de princípios e regras adaptados ao direito internacional e destinados a mitigar os efeitos adversos da superposição de competências entre diversos tribunais.

¹ Advogado, *Barretto Ferreira, Kujawski e Brancher (BKBG)*, São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Internacional, *The Graduate Institute of International and Development Studies (IHEID)*, Genebra.

² Ver, por exemplo, SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (2003), Oxford Univ. Press.

³ Ver, por exemplo, PAUWELYN, Joost; SALLES, Luiz Eduardo. Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions, 42 *Cornell Int'l L. J.*

(2009), p. 77-118.

[4](#) PICT, Matrix on the International Judiciary. Disponível em: <http://www.pict-pcti.org>. Acesso em: 20 mar. 2007.

[5](#) ABBOTT, Kennedy (et al.). The Concept of Legalization, 54 *IO* (2000), p. 401-419; KEOHANE, Robert; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational, 54 *IO*(2000), p. 457-488; CAFLISCH, Lucius. Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques, 288 *RCADI* (2001), Martinus Nijhoff, p. 249-467.

[6](#) Ver, por exemplo: ABI-SAAB, Georges. Fragmentation of Unification: Concluding Remarks, 31 *NYU J Int'l L. Pol.* (1999), p. 919-933; ALFORD, Roger. The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance, 94 *ASIL Proc* (2000), p. 160-165; ALVAREZ, Jose. The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences', 38 *Tex Int'l L. J.* (2003), p. 405-444; BUERGENTHAL, Thomas., International Law and the Proliferation of International Courts, 5 *CEBDI*, (2001), p. 29-43; CASANOVAS. Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público, 2 *CEBDI* (1998), p. 35-267; CHARNEY, Jonathan. The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals, 31 *NYU J Int'l L. Pol.* (1999), p. 697-708; CHARNEY, Jonathan. Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?, 271 *RCADI* (1998), p. 101-382; FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, 25 *Mich J Int'l L.* (2004), p. 999-1046; GUILLAUME, Gilbert. Préface, in : DELAS, Olivier (dir.) (et al.). *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruxelles: Bruylant, 2005, VII-XII; KARAGIANNIS. La Multiplication des Juridictions Internationales: un Système Anarchique?, In: *La juridictionnalisation du droit international*, Paris: Pedone, 2003, p. 7-161; KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, 15 *Leiden J Int'l L* (2002), p. 553-579; KINGSBURY, Benedict. Foreword: Is the Proliferation of International Tribunals a Systemic Problem?, 31 *NYU J Int'l L. Pol.* (1999), p. 678-696; RAO, Pemmaraju. Multiple International Judicial Forums: a Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation?, 25 *Mich J Int'l L.* (2004), p. 929-961; ROMANO, Cesare. The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle, 31 *NYU J Int'l Pol.* (1999), p. 709-751; SPELLISCY, Shane. The Proliferation of International Tribunals: a Chink in the Armor, 40 *Colum J. Transnat'l Law* (2001), p. 143-175.

[7](#) Poucos estudos versaram sobre o tema na doutrina até a última década do século XX. Ver, notadamente, TENEKIDES, Giorgos. L'exception de litispendance devant les Organismes internationaux, 36 *RGDIP* (1929), p. 502-527; SALVIOLI, Gabriele. Problèmes de Procédure dans la jurisprudence internationale, 91 *RCADI* (1957), p. 553-617.

[8](#) Relatório do Órgão de Apelação, *Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R, adotado em 24 de março de 2006 (*Mexico- Soft*

Drinks), WT/DS308; PAUWELYN, Joost. Adding Sweeteners to Softwood Lumber: the WTO-NAFTA 'Spaghetti Bowl' is Cooking, 9 *JIEL* (2001), p. 197-206.

[9](#) Relatório do Painel, *Argentina — Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil*, WT/DS241/R, adotado em 19 de maio de 2003, DSR 2003:V, 1727 (*Argentina — Poultry*); *Aplicação de Medidas Antidumping contra a exportação de frangos inteiros*, Laudo Arbitral de 21 de maio de 2001.

[10](#) *Pulp Mills on the River Uruguay*: pendente ante à CIJ; ver, especialmente, o pedido uruguaio de medidas cautelares. Disponível em: www.icj-cij.org. Acesso em: 10 ago. 2007; *Impedimentos a Libre Circulación*, Laudo del Tribunal Arbitral, 6 de setembro de 2006.

[11](#) *Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, Final Award, 2 July 2003 (referente ao direito de informação da Irlanda relacionado com a construção da Usina); *MOX Plant*, Request for Provisional Measures, ITLOS n. 10 (referente às medidas cautelares no caso envolvendo a Usina e à descarga de material radioativo); *MOX Plant*, Order n. 3, 24 June 2003, Order n. 4, 14 November 2004 (referente ao mérito no caso envolvendo a Usina e a descarga de material radioativo).

[12](#) Artigo 292, Tratado das Comunidades Europeias, OJ C325 (2002) e *Commission v. Ireland*, 2003.

[13](#) Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, em vigor desde 16 de novembro de 1994, 1833 UNTS 3.

[14](#) MARTINEZ, Jenny. Towards an International Judicial System, 56 *Stan L R* (2004), p. 429-529; SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts, 44 *Harv Int'l L. J.* (2003), p. 191-219.

[15](#) ILC Study Group, Koskenniemi, Martti (Rapporteur), Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, *UN Doc. A/CN.4/L.682* (2006).

[16](#) LOWE, Vaughan. Overlapping Jurisdictions in International Courts and Tribunals, 20 *Aus YBIL* (1999), p. 191-205, 191; SHANY, Yuval. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford: Oxford Univ. Press, 2003, p. 21-23.

[17](#) Tanto Lowe (op.cit.) quanto Shany (op.cit.) incluem apenas situações em que uma disputa idêntica é submetida a tribunais diferentes. Neste ponto, nos aproximamos de MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions, the Relationship between the WTO Agreements and MEAs and Other Treaties, 35 *JWT* (2001), p. 1081-1131, 1108.

[18](#) *Mavrommatis*, 1924.

[19](#) *Interpretation of Judgments Number 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, dissenting opinion of Judge Anzilotti, 1927.

[20](#) Ver, por exemplo, os artigos 3.2 e 19.2 do Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), Anexo 2 ao Marrakesh Agreement Establishing the WTO, em vigor desde 1º de janeiro de 1995, 1867-9 UNTS 1.

[21](#) Para uma confirmação clara e recente: *Armed Activities in the Territory of Congo*, new application, 2002; *DRC v. Rwanda*, Jurisdiction and Admissibility, 3 February 2006,

par. 125.

[22](#) *Southern Bluefin Tuna*, Jurisdiction and Admissibility, Award, 4 August 2000, par. 38.

[23](#) *MOX Plant*, Provisional Measures Order, 3 December 2001, par. 50-51.

[24](#) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Merits, par. 178.

[25](#) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Judgment, 26 February 2007, par. 139.

[26](#) ANDERSSON, Torbjörn. Parallel and Conflicting Enforcement of Law, in: ANDERSSON, Torbjörn (ed.), *Parallel and Conflicting Enforcement of Law*, Martinus Nijhoff, 2005, p. 18-31.

[27](#) Discutido na Seção 3, abaixo.

[28](#) Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste, em vigor desde 25 de março de 1998 (Convenção OSPAR), 32 ILM (1993) 1068.

[29](#) *Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, Final Award, 2 July 2003; *MOX Plant*, Order n. 3, 24 June 2003. De acordo com o segundo tribunal, a Convenção OSPAR não alterava o caráter da disputa, que envolvia essencialmente a interpretação e aplicação da Convenção de Direito do Mar. O Tribunal acrescentou que não havia sido persuadido de que a Convenção OSPAR cobria o campo da disputa perante ele (par. 18).

[30](#) Convenção para a Conservação do Atum da Nadadeira Azul, em vigor desde 20 de maio de 1994, 1819 UNTS 359.

[31](#) *Southern Bluefin Tuna*, Jurisdiction and Admissibility, Award, 4 August 2000, par. 52-54. Tal consideração, somada ao fato de que o Tribunal não possuía jurisdição sob a Convenção sobre a Conservação do Atum da Nadadeira Azul, levaram-no a declinar sua competência sob a Convenção de Direito do Mar.

[32](#) TRACHTMAN, Joel. The Domain of WTO Dispute Resolution, 40 *Harv Int'l L. J.* (1999), 342; KWAK, Kyung; MARCEAU, Gabrielle. Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements, in BARTELS, Lorand; ORTINO, Federico. *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, London: Oxford Univ. Press, 2006, p. 465-524, 484; ver também SANTULLI, Carlo. *Droit du contentieux international*, Paris: Montchrestien, 2005, p. 91-92.

[33](#) A distinção entre a competência primária de tribunais internacionais e sua competência incidental, bem como a diferença entre competência primária e direito aplicável é consagrada pela jurisprudência. Ver, por exemplo: *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995; *Legal Consequences for the States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion. Ver, ainda, PAUWELYN, Joost. The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?, 95 *AM. J. INT'L L.* (2001), p. 535-578.

[34](#) *Legal Consequences for the States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, par. 89. Nesse caso, a CIJ, ao mesmo tempo que reconheceu não ser uma instância de apelação em relação aos órgãos políticos da ONU, examinou resoluções da Assembleia-

Geral e do Conselho de Segurança. A Corte considerou necessário para o exercício de sua função judicial examinar as resoluções contra as quais objeções haviam sido invocadas.

[35](#) *Judgments of the ILO Administrative Tribunal*, Advisory Opinion.

[36](#) *Fisheries Jurisdiction*, par. 38.

[37](#) *Fisheries Jurisdiction*, par. 38; Appellate Body Reports, *US — 1916 Act*, WT/DS136, WT/DS162, par. 54, nota 30; *Mexico — Corn Syrup (Article 21.5 — US)*, WT/DS132, par. 36. *Rio Grande Irrigation and Land Co.*, p. 135-136.

[38](#) *Legal Status of Eastern Greenland*, Dissenting opinion of Judge Anzilotti.

[39](#) CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London: Stevens, 1953, p. 155.

[40](#) Em *Factory at Chorzów*, a CPJI considerou ser “a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question or from having recourse to the tribunal which would have been open, to him”. A esse respeito, ver também a opinião dissidente do Juiz Schwebel em *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*, Merits, par. 269-271 (explicando a doutrina das “mãos limpas”).

[41](#) Ver, por exemplo: Artigo 292, Tratado das Comunidades Europeias, OJ C325 (2002); Artigo 193, Tratado EURATOM, 298 UNTS 167; Artigo 87, Tratado ECSC 26 UNTS 140; Artigo 42, Tratado criador da Corte de Justiça do Acordo de Cartagena 18 ILM (1979) 1203; Artigos 26 and 27, Convenção do ICSID, 575 UNTS 159; Artigo 23, DSU.

[42](#) North-American Free Trade Agreement, em vigor desde 1º de janeiro de 1994, 32 ILM (1993) 289, 605.

[43](#) Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no MERCOSUL, 42 ILM (2003) 2.

[44](#) Ver, por exemplo, *Georges Pinson*, Award, 13 April 1928.

[45](#) No direito da OMC, por exemplo, enquanto a aplicabilidade direta de outros tratados internacionais por painéis e o Órgão de Apelação permanece indefinida, a aplicabilidade de princípios de direito internacional é material corrente. Ver, por exemplo, os relatórios de Órgão de Apelação em *US — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adotado em 6 de novembro de 1998, DSR 1998:VII,2755, par. 158 (princípio da boa-fé e o princípio relacionado da proibição ao abuso de direito); *Mexico — Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States — Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, adotado em 21 de novembro de 2001, WT/DS132/AB/RW, DSR 2001:XIII, 6717, par. 36 (princípio do devido processo legal); entre muitos outros. Ademais, a aplicação de princípios em matéria de ônus da prova já ocorreu em diversos casos.

[46](#) Ver nota 31, acima.

[47](#) Sobre conflito de normas em direito internacional, ver PAUWELYN, Joost. *Conflicts of Norms in Public International Law*, New York: Cambridge Univ. Press, 2003.

[48](#) *German Interests in Polish Upper Silesia*.

[49](#) *Factory at Chorzow*, Jurisdiction. Ver BLONDEL, André. Les principes généraux de droit devant la CPIJ et la CIJ, in: *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genebra: Tribune de Genève, 1968, p. 201-236; ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*, Haia: Martinus Nijhoff, 2004, p. 102-107.

[50](#) LOWE, Vaughan. Overlapping Jurisdictions in International Courts and Tribunals, 20 *Aus YBIL* (1999), p. 202-203 (tradução livre).

[51](#) Uma definição dos critérios da exceção de coisa julgada pode ser encontrada na opinião dissidente do Juiz Anzilotti em *Interpretation of Judgments Number 7 and 8 (Factory at Chorzów)*.

[52](#) O princípio da coisa julgada foi afirmado como princípio geral de direito ou como princípio geral de direito internacional em vários casos. Ver, por exemplo, *Trail Smelter* (1941), 3 UNRIAA, 1952 ff. A doutrina, em sua Maioria, segue a mesma linha. Ver, por exemplo, SHANY, Yuval. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, London: Oxford Univ. Press, 2003, p. 171.

[53](#) BRANT, Leonardo N. C. *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris: LGDJ, 2003, p. 27.

[54](#) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Judgment, 26 February 2007, par.139.

[55](#) VERDROSS, Alfred. Les principes généraux de droit dans le système de sources du droit international public, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genebra: IUHEI, 1968, p. 524.

[56](#) O equivalente do princípio do *estoppel* em sistemas de *civil law* é o princípio da preclusão. Para um estudo clássico sobre o *estoppel* em direito internacional, ver BOWETT, D. W. *Estoppel before International Courts and Tribunals and Its Relation to Acquiescence*, 33 *BYBIL* (1957), p. 176-201.

[57](#) SHANY, Yuval. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, London Oxford Univ. Press, 2003, p. 165-166. Ver, também, PAUWELYN, Joost, How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law? Questions of Jurisdiction and Merits, .37 *JWT* (2003), p. 997-1030.

[58](#) HIGGINS, Rosalyn,. A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench, 55 *ICLQ* (2006), p. 791-804.

[59](#) Por exemplo, o Painel da OMC em *Argentina — Poultry*, rejeitou a argumentação argentina que o Brasil estaria impedido de recorrer ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC devido ao recurso prévio ao Mercosul. Neste procedimento, a medida argentina atacada pelo Brasil foi considerada em conformidade com a normativa Mercosul. O Painel da OMC considerou as medidas inconsistentes com o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Vale lembrar que o Brasil solicitou o estabelecimento do Painel enquanto vigorava o Protocolo de Brasília, que não continha cláusula de eleição de foro, ao contrário do Protocolo de Olivos. Ver: Panel Report, *Argentina — Poultry*, e o laudo arbitral no MERCOSUL em *Aplicação de Medidas*

Antidumping contra a exportação de frangos inteiros, Laudo Arbitral de 21 de maio de 2001.

[60](#) A noção é rejeitada em LOWE, Vaughan, *Overlapping Jurisdictions in International Courts and Tribunals*, 20 *Aus YBIL* (1999), p. 191-205 e KWAK, Kyung; MARCEAU, Gabrielle. *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements*, in BARTELS, Lorand; ORTINO, Federico. *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford Univ. Press, 2006, p. 465-524. Uma aprovação da noção por um tribunal é considerada como “improvável” por GATTINI, Andrea. *Un regard procédural sur la fragmentation du droit international*, 11 *RGDIP* 2006, p. 303-336.

[61](#) Relatório do Órgão de Apelação, *Mexico — Soft Drinks*. Ver, também, nota 61, abaixo.

[62](#) O raciocínio encontra eco na distinção entre o artigo 38.1 (“The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it...”) e o 65.1 (“The Court may give an advisory opinion...”) do Estatuto da CIJ. Nos casos contenciosos, a Corte tem vigorosamente negado a distinção entre disputas “políticas” e “legais” como obstáculo à sua competência. Ver: *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Jurisdiction and Admissibility, par. 97; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, par. 37; *Aegean Sea Continental Shelf*, par. 31 e também GOWLLAND-DEBBAS, Vera. *The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the light of the Lockerbie Cases*, 88 *AM. J. INT’L L.* (1994), p. 643-677. Já nos procedimentos consultativos, a Corte sempre considera a questão de oportunidade do exercício de competência, que deve ser exercida, a não ser por “compelling reasons”. Ver: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, par. 43-65; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, par. 14; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*, Advisory Opinion, par. 29.

[63](#) *MOX Plant*, Order n. 3, 24 June 2003, par. 28.

[64](#) Memorial do Reino Unido, par. 4.1-4.32.

[65](#) *MOX Plant*, Order n. 3, 24 June 2003, par. 17-28.

[66](#) *MOX Plant*, Order n. 3, 24 June 2003, par. 28.

[67](#) *Commission v. Ireland*, Judgment of the Grand Chamber, 30 May 2006.

O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: OS MEMBROS DE MENOR DESENVOLVIMENTO RELATIVO PODEM PARTICIPAR?

FERNANDA ALMEIDA¹

(trad. Lucas Lima)

1. INTRODUÇÃO

Mais de dez anos após o estabelecimento do Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC)² da Organização Mundial do Comércio (OMC), análises empíricas têm sido quase unânimes na conclusão de que o ESC favorece mais aos países desenvolvidos que aos países em desenvolvimento ou aos países de menor desenvolvimento relativo (LDCs, do inglês *least developed countries*). Especialistas enumeram três razões principais: interesse comercial, falta de recursos humanos e financeiros e limitado poder político e econômico. É razoável afirmar que tais limitações são maximizadas ao mais alto nível no caso de membros LDCs³. Não obstante tais dificuldades, em fevereiro de 2004 Bangladesh levou ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC o primeiro caso iniciado por um LDC. No caso alegava-se que a medida *antidumping* aplicada pela Índia sobre as pilhas de chumbo ácido de Bangladesh violava os acordos da

OMC⁴. Anteriormente ao caso *India-Medidas Antidumping sobre Pilhas*, outros LDCs haviam participado no OSC somente como terceiros países.

O presente trabalho analisará as condições que permitiram a participação de Bangladesh como demandante no caso, assim como os fatores que propiciaram que outros LDCs participassem como terceiros países no OSC da OMC, malgrado sua condição de LDC. Tentará verificar também se tais circunstâncias poderiam ser expandidas a outros LDCs, de forma a favorecer sua participação no sistema multilateral de comércio e, conseqüentemente, elevar os ganhos que esse sistema pode lhes oferecer. Argumenta-se que, nos casos analisados, as condições foram tais que os membros LDC conseguiram superar as principais limitações: falta de interesse comercial, de recursos humanos e financeiros, e de poder. Finalmente, conclui-se que, se um LDC possui um importante interesse comercial, há meios de superar a falta de recursos financeiros e jurídicos, o que lhe permite em cada caso avaliar estrategicamente as limitações de poder.

2. O ENTENDIMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

A OMC foi criada como resultado da Rodada Uruguai de Negociações, ocorrida sob os auspícios do Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947 (GATT, do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*). A OMC incorporou o acordo do GATT e expandiu seu escopo. Destarte, ela não somente promoveu reduções tarifárias e não tarifárias mais amplas, como também incluiu regras sobre Propriedade Intelectual (Acordo TRIPS), Serviços (Acordo GATS) e Investimentos (Acordo TRIMS), entre outros temas relacionados a comércio⁵.

Os membros da OMC promovem a liberalização progressiva do comércio internacional por meio da redução ou eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias em rodadas sucessivas de negociação. A visão da OMC, de prosperidade gerada pelo mercado global, foi inspirada pela crença de que a redução das barreiras comerciais domésticas e internacionais encorajaria o desenvolvimento do comércio conforme o princípio das vantagens comparativas, maximizando a eficiência e o crescimento de atividades econômicas internacionais⁶.

Contudo, a mera existência de regras não é suficiente. Um sistema eficaz requer dois procedimentos essenciais: a) o procedimento de elaboração das normas, e b) o procedimento de sua interpretação e implementação. Na Rodada Uruguai, os membros concordaram na elaboração de um Entendimento de Solução de Controvérsias, que, apesar de baseado no sistema de solução de controvérsias do GATT 1947, tornou-o mais acessível a todos os membros, incluindo membros em desenvolvimento e LDCs.

As principais alterações trazidas pelo ESC da OMC foram: a) as regras de consenso “negativo”, que dispõem que deve haver a concordância de todos os membros para que qualquer decisão no processo de solução de controvérsias não seja implementada, incluindo recomendações do painel e do Órgão de Apelação⁷; b) o estabelecimento de um órgão de apelação conferindo ao sistema maior natureza judicial e previsibilidade⁸; c) normas explícitas de implementação; e finalmente, d) procedimentos de solução de controvérsias uniformes para todos os acordos da OMC. Por essas razões, o ESC é amplamente reconhecido como um dos resultados mais positivos da Rodada Uruguai, principalmente por ter representado um avanço para um sistema mais “automático” e “legalista”⁹. No entanto, essas mudanças não foram suficientes. Como demonstrado pela literatura sobre os padrões de uso do sistema de solução de controvérsias (SSC), os países em desenvolvimento e os LDCs enfrentam desafios à sua participação.

3. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

3.1. O sistema de solução de controvérsias da OMC é tendencioso?

Há uma literatura vasta e bem estabelecida sobre o processo de solução de controvérsias da OMC. Entretanto, adicionalmente à literatura sobre a estrutura jurídica do ESC, escreveu-se pouco sobre os padrões de uso do ESC, em particular no que concerne aos países que recorreram ao sistema de solução de controvérsias da OMC, e se países em desenvolvimento ou LDCs foram sub-representados.

Park e Umbricht¹⁰, em uma análise estatística simples, observaram que, em janeiro de 2001, os Estados Unidos eram o demandante mais ativo. Os Estados Unidos e a Comunidade Europeia (CE), juntos, iniciaram 55,4% do

total das demandas, e foram demandados em 43,3% dos casos. Países desenvolvidos iniciaram três vezes mais casos que países em desenvolvimento, e nenhum LDC participou em qualquer desses casos. Isso leva à conclusão de que, ao menos superficialmente, o SSC foi: a) tendencioso em favor dos países desenvolvidos; b) utilizado satisfatoriamente por países em desenvolvimento; e c) inadequado para os LDCs.

Em estudo mais recente, Horn e Mavroidis¹¹ utilizaram dados mais atuais referentes ao uso do sistema de solução de controvérsias, em uma análise similar à de Park e Umbricht¹². Esses autores observaram que o grupo LDC esteve ausente quase totalmente do sistema de solução de controvérsias da OMC¹³; que os países em desenvolvimento foram atores significativos no ESC (32,3% dos casos) e que os Estados Unidos e CE juntos foram menos dominantes do que tais autores teriam suposto (28,1% dos casos). Os autores, no entanto, meramente apresentaram os dados e não analisaram seus resultados.

Busch e Reinhardt¹⁴ usaram um método diferente. Compararam o uso do sistema de solução de controvérsias da OMC até 2000 com o do GATT 1947. Tentaram verificar se os avanços do ESC da Rodada Uruguai realmente refletiram-se na inclusão de países em desenvolvimento e LDCs no sistema. Dessa forma, não só elaboraram um estudo estatístico simples, como também consideraram a mudança na composição de membros. Concluíram que os países em desenvolvimento constituíram 31% dos demandantes no GATT 1947 comparados a 29% nos litígios da OMC, e que membros em desenvolvimento estão *menos* propensos a iniciar um caso na OMC contra um país desenvolvido do que o estavam no GATT pós-1989.

Por outro lado, Horn, Mavroidis e Nordstrom¹⁵ argumentam que a parcialidade não é tão elevada como sugerem Busch e Reinhardt. Analisam os dados usando um modelo em que é esperado que os padrões dos casos sejam correlatos ao número de medidas inconformes enfrentadas pelas exportações de um determinado país. Concluem que as reclamações de países com volumes maiores de exportação serão mais que proporcionalmente altas, justificando então o maior uso desse sistema pelos países desenvolvidos.

Portanto muita evidência parece apontar a existência de certa parcialidade contra países em desenvolvimento e LDCs, malgrado persista o desacordo sobre o quão grande tal parcialidade seria. Passar-se-á agora às explicações apresentadas por especialistas sobre o porquê da existência dessa parcialidade.

3.2. Por que o sistema da OMC é tendencioso?

Os autores consideram principalmente três razões para explicar a parcialidade existente: interesse comercial, falta de recursos financeiros e jurídicos e diferenças de poder. Em relação ao interesse comercial, evidências demonstram que, quanto menos uma medida afetar os interesses dos exportadores, menos provável é que participem em atividades de solução de controvérsias¹⁶. Além disso, como explicado por Horn, Mavroidis e Nordstrom¹⁷, quanto maior o volume e a diversificação das exportações, mais provável é que um membro seja afetado por barreiras comerciais e que seja portanto parte de um litígio comercial¹⁸. Finalmente, as principais relações comerciais dos LDCs não são reguladas pelas normas da OMC. A maior parte do comércio dos LDCs ocorre por meio de preferências concedidas unilateralmente, os chamados sistemas gerais de preferência (SGP). O SGP é uma exceção formal às regulações da OMC que se cristalizaram na cláusula da nação mais favorecida (NMF). Portanto, fluxos comerciais regulados sob tais acordos não podem *a priori* ser contestados perante OSC da OMC.

Ademais, a falta de recursos humanos e financeiros também significa restrições ao uso do sistema de solução de controvérsias da OMC¹⁹. Segundo Hakan e Nordstrom²⁰, o custo total dos litígios, dependendo do seu nível de complexidade, pode variar de US\$ 257,000 a US\$ 706,000. Além disso, Busch e Reinhardt²¹ argumentam que a maior legalização do sistema trazida pelo ESC elevou os custos adicionais de transação. Os resultados de seu estudo demonstram que mudanças institucionais aumentaram a lacuna entre os benefícios dos casos aos países desenvolvidos e os ganhos auferidos pelos países em desenvolvimento, porque estes carecem de capital humano capacitado. Davis e Bermeo²² também demonstram que o alto custo de participação em um caso, mesmo como terceiro país, inibe o uso do sistema.

A literatura também explica a parcialidade do ESC por meio das diferenças de poder. Abbot e Snidal²³ apontam que os procedimentos legais podem ser usados por Estados poderosos para favorecer seus interesses. De acordo, Busch e Reinhardt²⁴ demonstram que países ricos receberam mais concessões por meio de seu desempenho no sistema de solução de controvérsias da OMC que os países pobres. Tais autores alegam que países em desenvolvimento possuem menos capacidade de negociar concessões nas fases iniciais do caso devido à falta de capacidade técnica e à inabilidade em ameaçar retaliações, não se beneficiando tanto do sistema. Bown demonstra que países com maior poder de retaliação são mais propensos a iniciar um litígio e a alcançar maiores resultados de liberalização²⁵. Além disso, a dependência de ajuda bilateral pode também influenciar o resultado das disputas comerciais²⁶. Finalmente, os países em desenvolvimento podem relutar a iniciar uma disputa comercial contra seus maiores parceiros, tanto porque receiam não receber concessões quanto porque temem perder ajuda e privilégios comerciais unilaterais concedidos sob o Sistema Geral de Preferências²⁷.

4. EVIDÊNCIA EMPÍRICA

4.1. Quadro analítico

A partir dos resultados obtidos pela literatura especializada, para avaliar a participação dos LDCs no sistema de solução de controvérsias, analisar-se-á a evidência empírica sob três perspectivas diferentes: a) interesse comercial envolvido; b) quais os recursos utilizados para adjudicar e c) como as relações de poder foram consideradas em cada caso específico.

4.2. A participação dos LDCs no sistema de solução de controvérsias da OMC

Bangladesh foi o primeiro LDC a levar um caso ao OSC²⁸. Os LDCs têm tradicionalmente participado no SSC da OMC como terceiros países. Os membros da OMC podem participar como terceiros países quando possuem um interesse substancial em uma questão analisada por um painel. Como terceiros, eles têm a oportunidade de submeter petições e apresentações orais ao painel²⁹. O papel de terceiro país é importante na medida em que o OSC não só aplica as normas da OMC, mas também as interpreta, e como

consequência o OSC modela a essência dessas normas. Como terceiro, um membro pode ajudar a modelar o sistema de uma forma que melhor se adapte a seus interesses³⁰.

Sete LDCs participaram em disputas perante o OSC como terceiros países: Bangladesh³¹, Benin³², Chad³³, Madagascar³⁴, Malawi³⁵, Tanzânia³⁶ e Senegal³⁷. Tais casos assemelham-se em algumas características. O mais notável é que, em todos eles, a questão contestada envolveu um interesse comercial muito importante para que os LDCs participassem como terceiros. Ademais, os LDCs somente poderiam participar efetivamente como terceiros países quando pudessem contar com assistências técnica e financeira externas. Finalmente, o único caso em que um LDC participou ativamente contra um país desenvolvido foi *EUA — Subsídios ao Algodão*. Nos outros casos referidos, apresentaram argumentos orais e escritos, e sua participação alinhou-se à posição de seu maior parceiro comercial, a Comunidade Europeia (CE).

5. O CASO ÍNDIA-PILHAS

5.1. O caso

Em dezembro de 2001, o Diretório Geral de *Antidumping* da Índia recomendou a imposição de medidas *antidumping* sobre todas as importações de pilhas de chumbo ácido de Bangladesh. As medidas *antidumping* foram impostas sobre o peso das baterias, que pode ser considerável. Como consequência, a tarifa *ad valorem* efetiva imposta pela Índia poderia alcançar 131%. Essa medida impediu completamente que as pilhas de chumbo ácido de Bangladesh entrassem no mercado indiano³⁸.

Após tentativas infrutíferas de negociar uma solução bilateral, em janeiro de 2004, Bangladesh requisitou ao OSC consultas formais com a Índia. Alegou que as investigações e a decisão da Índia de impor medida *antidumping* não teriam cumprido o Acordo *Antidumping* da OMC³⁹. Durante as consultas, a Índia concordou em suspender a medida *antidumping* e o caso foi resolvido sem chegar à fase do painel. As medidas *antidumping* da Índia contra Bangladesh violavam claramente as regras da OMC, e certamente a Índia perderia o caso na decisão de um painel. Nesse sentido, a estratégia de Bangladesh foi apresentar uma defesa jurídica bem

consistente durante as consultas. Bangladesh apenas foi capaz de apresentar tal defesa devido à consultoria do Centro de Assessoria Legal em Assuntos da OMC (ACWL, no inglês *Advisory Center on WTO Law*), como será detalhado abaixo.

5.2. Interesse comercial

A Índia é o principal parceiro de exportação de Bangladesh, representando 15,1% do total das exportações deste⁴⁰. Além disso, Bangladesh possui uma pauta limitada de produtos para exportação. Seu principal mercado exportador é o de peças prontas de confecção, que corresponde a 74,8% de todas as suas exportações. O governo, a comunidade empresarial e as agências doadoras têm trabalhado conjuntamente para diversificar as exportações do país. Apesar de as pilhas de chumbo ácido de Bangladesh não representarem em si uma elevada parcela de suas exportações⁴¹, a adição de um novo produto manufaturado a sua pauta — pilhas de chumbo ácido — representou uma proeza. A mídia e a opinião pública consideraram a imposição de medida *antidumping* contra as pilhas de chumbo ácido uma tentativa de impedir a entrada na Índia de qualquer produto de Bangladesh⁴².

Considerando a importância da Índia como principal parceiro de exportação de Bangladesh, e a opinião, por parte do público e da mídia, de que a medida *antidumping* seria apenas o primeiro passo para impedir que exportações adicionais de Bangladesh entrassem no mercado indiano, a percepção de Bangladesh do efeito comercial da medida *antidumping* indiana atingiu mais que as exportações de pilha de chumbo ácido. Atingiu, de fato, a totalidade das exportações de Bangladesh à Índia. Portanto, Bangladesh possuía interesse comercial substancial em buscar uma solução ao caso por quaisquer meios disponíveis. O sistema de solução de controvérsias da OMC foi uma das ferramentas disponíveis, já que a aplicação das medidas *antidumping* pela Índia é regulada pelo Acordo Antidumping da OMC e sujeita-se, portanto, ao ESC⁴³.

5.3. Recursos humanos e financeiros

De acordo com os procedimentos de solução de controvérsias da OMC, ao requisitarem consultas, os demandantes já devem apresentar seus

argumentos jurídicos⁴⁴. Dessa forma, apesar de o caso não ter chegado à fase de painel, Bangladesh necessitou de recursos humanos e financeiros consideráveis para requerer consultas. Os honorários cobrados por firmas privadas de advocacia podem variar de US\$ 500 a US\$ 1.000/hora. Na fase de consultas, um caso pode demandar de 257 a 706 horas, conforme sua complexidade⁴⁵.

Segundo opinião unânime do governo de Bangladesh e dos produtores de pilha de chumbo ácido, somente foram capazes de litigar contra a Índia em um caso da OMC graças ao auxílio da ACWL⁴⁶. A ACWL é fundamental para tornar o OSC mais acessível aos membros em desenvolvimento e aos LDCs. O centro fornece assistência jurídica gratuita a tais países no que tange às normas da OMC. Ademais, o preço dos serviços da ACWL em procedimentos de solução de controvérsias encontram-se bem abaixo dos cobrados por firmas de advocacia em Washington e Genebra. Para serviços jurídicos prestados durante um caso aos membros da ACWL, a taxa cobrada varia de US\$ 250/hora para países da Categoria C, US\$ 300/hora para países de Categoria B, e US\$ 350/hora para os da Categoria A. Os LDCs pagam apenas US\$ 25/hora⁴⁷. É também importante ressaltar a especialização do centro em normas da OMC. A ACWL já trabalhou em vinte casos, experiência que equivale à adquirida por países como Brasil e Índia. Recorrendo a ela, os membros LDC beneficiam-se de sua experiência cumulativa e conhecimento técnico sobre as regras da OMC. Rahimafrooz, o principal produtor de chumbo ácido em Bangladesh, ofereceu-se para financiar o governo nos casos da OMC quanto às tarifas cobradas pela ACLW⁴⁸.

Em conclusão, o apoio jurídico pelo preço de 10% do custo total normal, além do financiamento do caso por Rahimafrooz, permitiram a Bangladesh superar as barreiras de recursos humanos e financeiros para iniciar o caso na OMC.

5.4. Poder político

O custo político de iniciar um caso contra um país de maior desenvolvimento pode superar seus benefícios mesmo se os resultados da decisão forem positivos. As relações entre países ricos e pobres possuem muitas facetas, incluindo assistência financeira direta, concessão de

preferências comerciais e outros benefícios econômicos (como imigração e vistos), e outras redes de cooperação estratégica, militar e social. Mesmo que seja exagero afirmar que esses interesses são ameaçados ao levar um caso à OMC, a manutenção de boas relações em várias frentes pode ser crucial para países mais pobres na sua decisão de contestarem um país desenvolvido no sistema de solução de controvérsias da OMC.

Como já notado, a Índia é o principal parceiro de exportação de Bangladesh. Além disso, Bangladesh estava em meio a negociações comerciais com a Índia quando considerava se levaria o caso à OMC. No entanto, a Comissão Tarifária de Bangladesh (CTB), uma comissão estatutária estabelecida em 1992 para aconselhar o governo na promoção e proteção da indústria doméstica, analisou detidamente os aspectos positivos e negativos de iniciar um caso⁴⁹. Do lado positivo estava a forma de aplicação da medida *antidumping* pela Índia, em flagrante violação às normas da OMC, o que tornava altas as chances de se vencer o caso. Ademais, ao levar o caso à OMC, Bangladesh ganharia experiência e conhecimento no tratamento de litígios perante a entidade. Por outro lado, o possível efeito negativo era o risco de retaliação pela Índia sobre outros produtos. A CTB argumentou, contudo, que era mais provável que esse resultado não ocorresse. Bangladesh era um dos maiores mercados para as exportações indianas; dessa forma não seria do interesse da Índia aplicar tais medidas retaliatórias. Em conclusão, Bangladesh julgou que os ganhos que poderia obter em um resultado favorável no OSC da OMC superavam as consequências negativas potenciais. O governo de Bangladesh foi preciso em sua decisão; a Índia não adotou qualquer medida retaliatória contra as exportações de Bangladesh e continuou a negociar o Acordo Preferencial de Comércio do Sudeste Asiático (SAPTA, do inglês *South Asia Preferential Trade Arrangement*)⁵⁰.

6. LDCS COMO TERCEIROS PAÍSES

6.1. Interesses comerciais envolvidos

Em ordem cronológica de participação, Senegal foi o primeiro LDC a levar um caso ao OSC da OMC, em 1996, tendo participado como terceiro país no caso *CE-Bananas III*. Nesse caso, Equador, Guatemala, Honduras, México e Estados Unidos contestaram a organização do mercado comum

para bananas introduzido em julho de 1993 na CE. A política comum da CE para bananas estabelecia três categorias de importações: a) importações tradicionais de doze países de África, Caribe e Pacífico (ACP); b) importações não tradicionais de países ACP; e c) importações de terceiros (países não ACP)⁵¹. Os demandantes alegaram que as políticas comerciais da CE para bananas eram discriminatórias contra países não ACP e, portanto, violavam os acordos da OMC. Senegal participou como terceiro país junto a outros países ACP⁵². De acordo com os relatórios do caso, os países ACP alegaram que o caso abrangia mais que o comércio de bananas; de fato, colocava em xeque a própria legalidade do sistema de preferências unilaterais da CE aos países ACP, que era essencial às economias destes⁵³. Adicionalmente, o sistema servia para “endossar todas as posições da CE”⁵⁴. Nesse caso, o interesse comercial dos LDCs aparece não só devido à importância das exportações de banana ao Senegal em si, por ser um importador nato de bananas⁵⁵. O interesse comercial ocorre aqui em razão das implicações do caso para o sistema de preferências da CE em geral.

O Senegal também participou como terceiro país no caso *EUA-Camarão e Produtos de Camarão*. Em fevereiro, Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia estabeleceram um caso questionando a legalidade do banimento parcial, pelos Estados Unidos, das importações de camarão e produtos à base de camarão. O embargo foi aplicado contra o camarão capturado na natureza em países que careciam de medidas de conservação de tartarugas marinhas, como as aplicadas pelos Estados Unidos. O OSC decidiu que o banimento de importações pelos Estados Unidos violava as normas da OMC. Segundo a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO)⁵⁶, Senegal, Madagascar e Moçambique são os principais países exportadores de camarão da África Subsaariana. Além disso, o “setor pesqueiro tem um papel essencial na economia e na sociedade senegalesa, em particular na área das exportações e para a satisfação de necessidades de alimentação e emprego” (tradução nossa)⁵⁷. As regulações domésticas do Senegal não cumpriram os parâmetros de proteção ambiental dos Estados Unidos e aquele país estava, dessa forma, sendo prejudicado pelo banimento imposto pelos EUA. Portanto, o membro LDC também possuía um interesse comercial relevante no caso em que participou como terceiro.

Ademais, Bangladesh participou como terceiro país no caso *EUA-Regras de Origem Têxteis*. Neste, a Índia contestou a regulação modificada dos Estados Unidos sobre regras de origem para importações de têxteis e produtos de vestuário⁵⁸. Na visão da Índia, os Estados Unidos modificaram sua regulação para proteger seu mercado doméstico contra a competição dos importados. Em junho de 2003, o painel decidiu que a Índia não poderia provar suas alegações. A Índia resolveu não apelar da decisão do painel e o caso foi concluído. De acordo com Rahman, “o regime de quotas sob o AMF (*Acordo Multifibras*) foi um fator crucial ao fornecer o estímulo inicial para o desenvolvimento do setor de Peças Prontas de Confecção em Bangladesh e para sustentar seu progresso subsequente ao longo da última década e meia” (tradução nossa)⁵⁹. Esse setor correspondeu a uma parte significativa do investimento privado, do nível nacional de empregos e do produto interno bruto⁶⁰. Além disso, em 2003, Bangladesh ocupou a décima posição como fornecedor do mercado norte-americano. Finalmente, a mesma regulação contestada pela Índia estava sendo aplicada pelos Estados Unidos a importações de vestuário de Bangladesh. Portanto, Bangladesh tinha um notável interesse comercial no resultado de tal caso e poderia beneficiar-se muito se a Índia fosse bem-sucedida na disputa.

O mesmo pode ser dito sobre a participação de Benin e Chad como terceiros países no caso *EUA-Subsídios ao Algodão*. Nesse caso, o OSC considerou que várias medidas de “apoio doméstico” à agricultura e outras aplicadas à produção de algodão nos Estados Unidos violavam os acordos da OMC. O Órgão de Apelação (OA) da OMC manteve a decisão do painel de que a maioria dos esquemas de pagamento usados pelos Estados Unidos eram ilegais e causavam queda dos preços do algodão. Segundo Baffes⁶¹, o algodão representou 39,1% e 32,2% do total de exportações de Benin e Chad, respectivamente. Também representou 7,1% do PIB total de Benin e 4,7 do PIB total de Chad⁶². Destarte, já que as políticas domésticas dos Estados Unidos depreciavam o preço mundial do algodão, exerciam impacto direto sobre a economia de Benin e Chad. A decisão do caso *EUA-Subsídios ao Algodão*, se implementada, não apenas trará enormes efeitos positivos para as economias de ambos os países como também fortalecerá a “iniciativa do algodão”⁶³, melhorando sua posição de barganha na atual Rodada de negociações de Doha.

De maneira similar, Madagascar, Malawi e Tanzânia também possuíram relevante interesse comercial em jogo no caso *CE-Subsídios à Exportação de Açúcar*. Em setembro de 2002, Austrália, Brasil e Tailândia contestaram o regime de açúcar da União Europeia (UE), e o OSC o considerou inconsistente com as normas da OMC. Sob tal regime, a UE fornece acesso preferencial a seus mercados de açúcar para diferentes grupos de países, do quais o grupo ACP é o principal. Dos 77 países ACP, 21 são signatários do Protocolo de Açúcar ao Acordo de Cotonou⁶⁴, pelo qual a UE garante a compra de quantidades fixas de açúcar de cana. Os países do protocolo recebem os mesmo preços elevados que os recebidos pelos produtores da UE⁶⁵. Sob o Protocolo, os países ACP recebem um preço mais que 300% mais alto que o preço mundial do açúcar para suas exportações à UE. Esse preço elevado é considerado fundamental para muitos desses países, incluindo Madagascar, Malawi e Tanzânia, em especial porque os preços mundiais do açúcar alcançaram os mais baixos níveis históricos⁶⁶. Como consequência, quase todos os ACP beneficiários participaram como terceiros países, incluindo Madagascar, Malawi e Tanzânia.

6.2. Recursos humanos e financeiros

Como anteriormente explicado, a vantagem de participar como terceiro país é a possibilidade de influenciar a interpretação da norma pelo painel ou OA da OMC. Um terceiro país pode fazê-lo ao submeter argumentos orais e escritos ao painel. Tais petições, entretanto, fazem parte dos serviços jurídicos prestados por poucos escritórios de advocacia em Washington DC e Genebra, por honorários elevados.

Isso pode ser suficiente para explicar por que os primeiros casos em que os LDCs participaram no sistema, como terceiros países, não representaram uma participação ativa. Nem Senegal, no caso *EUA-Camarões e Produtos de Camarão*, nem Bangladesh, no caso *EUA-Regras de Origem Têxteis*, submeteram quaisquer argumentos orais ou escritos. O caso *CE-Bananas III* é peculiar, já que nele o Senegal não participou isolado como terceiro país. Os países ACP apresentaram suas petições como um grupo e apoiando a posição sustentada pela CE⁶⁷. Ambas as condições facilitaram sua participação ativa no caso *CE-Bananas III*.

EUA-Subsídios ao Algodão foi um caso complexo, em que argumentos tanto jurídicos quanto econômicos deveriam ser apresentados de forma precisa. Benin e Chad foram terceiros países ativos na disputa. Apontaram as consequências negativas dos subsídios dos Estados Unidos a seus produtores de algodão e a falta de dados críveis nas petições norte-americanas para a sustentação de seus argumentos⁶⁸. Isso foi possível somente porque Benin e Chad beneficiavam-se de uma consultoria privada cujos serviços eram prestados *pro bono*⁶⁹. Quando recentemente entrevistado de modo informal, após uma apresentação no Banco Mundial, Frieder Roessler, o diretor executivo do ACWL, esclareceu que Benin e Chad recorreram ao Centro para contratar seus serviços jurídicos, mas não poderiam pagar nem mesmo suas menores taxas. Entretanto, a ACWL conseguiu contactar os governos de Benin e Chad com um escritório de advocacia em Washington DC que estaria disposto a representá-los *pro bono*. Graças a esse tipo de representação, Benin e Chad puderam suprir a falta de recursos jurídicos e financeiros⁷⁰.

Em *CE-Subsídios à Exportação de Açúcar*, Madagascar, Malawi e Tanzânia apresentaram sua posição juntamente a outros países ACP, e também de forma separada⁷¹. Sua posição foi similar à apresentada pelos ACPs no caso *CE-Bananas III*, alegando que o caso abrangia questões além do protocolo do açúcar e atingia a própria natureza do sistema de preferências da CE para países ACP. Junto a suas alegações jurídicas, submeteram uma pesquisa técnica sobre o impacto da indústria do açúcar nos países ACP e em economias maiores. Além disso, os três países apresentaram separadamente alegações orais e escritas ressaltando a importância de suas exportações de açúcar para a CE, e os efeitos adversos que uma decisão favorável aos demandantes traria àqueles países. Segundo Manduna⁷², os produtores de açúcar dos ACP consultaram a CE sobre a melhor forma de abordar as alegações dos demandantes em ambas as fases do caso, painel e apelação. Finalmente, as análises técnica e jurídica exigiam recursos, que os países ACP obtiveram por meio de fundos da CE no programa de assistência do Acordo de Cotonou. Dessa forma, Madagascar, Malawi e Tanzânia venceram a falta de recursos humanos e financeiros e apresentaram suas visões como terceiros.

6.3. Poder político

A participação como terceiro país, por definição, apresenta limitações de poder. Como explicado anteriormente, a desigualdade de poder entre demandante e demandado pode levar o custo político de um determinado caso a ultrapassar os ganhos de uma decisão favorável ao demandante. No entanto, quando um país participa como terceiro, não há uma contestação direta contra um membro da OMC, além de ele não poder retaliar nem demandar compensação. Um terceiro país somente pode apresentar alegações para moldar uma interpretação do painel que seja mais favorável a seus interesses. Contudo, suas alegações podem fortalecer a posição principal de quaisquer das partes e, nessa medida, isso pode apresentar alguns desafios para LDCs que defendam posições contrárias a seus principais parceiros econômicos e políticos. Destarte, mesmo que a participação como terceiro gere menores custos políticos, há ainda algum custo político envolvido.

É importante, para analisar os casos apresentados, fazer a distinção entre casos em que os LDCs participaram, como terceiros, em favor e aqueles em que agiram contra países desenvolvidos. Nos casos em que participaram junto a países desenvolvidos houve muito pouco ou nenhum custo político. Essa condição ocorreu em ambos os casos em que os LDCs participaram como grupo junto a outros LDCs e com o apoio às CE. Tais casos foram o *CE-Bananas III* e o *CE-Subsídios à Exportação de Açúcar*.

Quanto aos casos em que os LDCs eram terceiros contra países desenvolvidos, é também necessário classificá-los em dois tipos diferentes: aqueles em que participaram apenas formalmente como terceiros países e os que atuaram ativamente apresentando alegações orais e escritas. Nos casos *EUA-Medidas contra a importação de camarão* e *EUA-Regras de Origem Têxteis*, Senegal e Bangladesh não apresentaram respectivamente quaisquer alegações escritas ou orais. Pode-se concluir, então, que limitações de poder ou de natureza financeira impediram sua participação.

Somente no caso *EUA-Subsídios ao Algodão*, os LDCs participaram ativamente em uma disputa como terceiros países contra um país desenvolvido. Como anteriormente explicado, puderam superar as restrições de recursos utilizando serviços jurídicos e técnicos *pro bono*. Além disso, esse é um caso peculiar, por ter sido iniciado no contexto das negociações

da Rodada Doha pelo Brasil, como parte de uma estratégia do G-20 de reduzir as medidas de apoio doméstico dos Estados Unidos. Antes de levarem o caso à OMC, Benin e Chad já haviam criticado publicamente tais políticas no contexto das negociações⁷³. Ademais, ONGs como a Oxfam exerceram certo impacto ao informarem e mobilizarem a sociedade civil quanto à importância do algodão para os países da África Ocidental. Esses fatores combinados reduziram o custo político para que Benin e Chad participassem contra os Estados Unidos no sistema de solução de controvérsias da OMC.

7. CONCLUSÃO

A análise da evidência empírica leva à conclusão de que um membro LDC pode participar no sistema de solução de controvérsias da OMC caso um conjunto de condições seja preenchido. Primeira e mais importante é a condição de possuir um interesse comercial relevante adversamente afetado por uma medida de um parceiro comercial e que essa medida seja regulada pelos acordos da OMC. Tais condições ocorreram em todos os casos analisados.

Em segundo lugar, para litigar perante o sistema de solução de controvérsias da OMC, o membro LDC deve solucionar restrições financeiras e técnicas comuns a esse tipo de país. Isso também foi observado em todos os casos analisados. No caso *Índia-Medidas Antidumping sobre Pilhas*, a assistência da ACWL por 10% do custo normalmente cobrado por um escritório privado de advocacia foi primordial para que Bangladesh decidisse levar o caso à OMC. Além disso, Benin e Chad somente puderam participar ativamente como terceiros no caso *EUA-Subsídios ao Algodão* por contarem com assistência jurídica *pro bono*. Finalmente, em ambos os casos em que membros LDC participaram como terceiros países a favor da CE, não apenas apresentaram sua defesa oral e escrita junto a outros países ACP, como também contaram com o apoio financeiro e técnico fornecido pela CE no âmbito do programa de assistência da Convenção de Lomé ou do Acordo de Cotonou.

Finalmente, os membros LDC somente litigarão no sistema de solução de controvérsias da OMC, como partes principais ou como terceiros, quando perceberem que os ganhos advindos de um resultado positivo em um caso

superarão seus efeitos políticos desfavoráveis. Tal avaliação apenas pode ser feita de acordo com cada um. Ela foi positiva em todos os já estudados. Nos casos *CE-Bananas III* e *CE-Subsídios à Exportação de Açúcar* essa avaliação foi muito direta, pois em ambos membros LDC participavam junto a seu principal parceiro econômico e político: a União Europeia. Nos casos *EUA- Medidas contra a importação de camarão* e *EUA-Regras de Origem Têxteis*, os países LDC não participaram efetivamente. A evidência empírica não é clara para demonstrar se essa decisão decorreu de razões de poder ou de limitação de recursos. Por fim, em ambos os casos em que as posições dos LDCs realmente contestaram importantes parceiros comerciais e políticos, *Índia-Medidas Antidumping sobre Pilhas* e *EUA-Subsídios ao Algodão*, o contexto era tal que os membros LDC decidiram que teriam mais a ganhar no OSC do que por outro meio.

Portanto, considerando-se que haja um importante interesse comercial de um LDC afetado por uma medida regulada pelas normas da OMC, há meios para que um LDC supra a falta de recursos financeiros e jurídicos, o que permite que aborde estrategicamente as diferenças de poder com base em cada caso, e participe do sistema de solução de controvérsias da OMC.

Para fomentar a participação dos LDCs no sistema de solução de controvérsias da OMC, políticas deveriam ser direcionadas para reduzir o custo dos litígios e para mitigar as diferenças de poder. Há duas maneiras de resolver a questão dos altos custos do litígio. Primeiramente, pela reforma do próprio sistema. Nordstrom⁷⁴ propôs a criação de um simples procedimento de alegação que fosse mais célere. Alternativamente, medidas poderiam ser tomadas para fomentar o acesso dos LDCs a serviços técnicos e jurídicos mais acessíveis. Nesse sentido, a assistência fornecida pela ACWL preencheu uma importante lacuna. Contudo, mesmo seu preço reduzido não supera o impedimento de que alguns LDCs usem seus serviços. Para tais casos, a solução proposta seria engajar o setor privado para promover assistência jurídica específica às questões do ESC para países mais pobres⁷⁵.

Ademais, apesar de ser desafiador, os LDCs podem tentar mitigar as desvantagens de poder. O ESC permite que um caso seja iniciado por múltiplos países⁷⁶, o que torna possível a formação de coalizões. Quanto maior o número de demandantes em um único caso, maior a ameaça

representada por ele e menores os custos políticos para cada país. No entanto, isso requer muita coordenação e organização que nem sempre é fácil alcançar. Reclamações em diferentes países motivam-se a partir de diversos grupos de interesse que nem sempre coincidem. Entretanto, desde que os membros possam superar os problemas de coordenação, as coalizões podem auxiliar o equilíbrio da balança de poder.

Em conclusão, os membros LDC podem capacitar-se no uso do sistema de solução de controvérsias da OMC para defender um importante interesse comercial regulado pelas normas da OMC. Soluções devem ser encontradas, entretanto, seja de forma sistemática ou casuística, para resolver o alto custo financeiro da litigância na OMC e as inerentes limitações de poder geopolítico.

1 Ms. in Foreign Services, Georgetown University. Bacharel em Direito pela UFMG. Funcionária do Grupo do Banco Mundial. A autora agradece a Bárbara Oliveira os úteis comentários a uma versão preliminar deste capítulo e a Lucas Lima pela tradução do original em inglês.

2 Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (DSU), Anexo 2 ao Marrakesh Agreement Establishing the WTO, em vigor desde 1º de janeiro de 1995, 1867-9 UNTS 1. Doravante ESC.

3 LDCs são aqueles classificados como tal pelo ECOSOC em função de seu baixo desempenho nos indicadores de desenvolvimento socioeconômico e com menor classificação nos índices de Desenvolvimento Humano.

4 *Medidas Antidumping sobre Pilhas de Bangladesh*. Em 20 de fevereiro de 2006 as partes informaram ao OSC solução mutuamente satisfatória para o argumento levantado por Bangladesh. Doravante *Índia-Pilhas*.

5 Estes acordos podem ser encontrados no OMC (1999). *The legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Cambridge: Cambridge University Press.

6 Harvard Law Review — Editorial (1995). Developing Countries and Multilateral Trade Agreements: Law and the Promise of Development, *Harvard Law Review*, v. 108, n. 7, p. 1715-1732.

7 No sistema de solução de controvérsias do GATT 1947, qualquer membro, inclusive o demandado, podia suspender os procedimentos de solução de controvérsias. Isso enfraquecia o sistema porque demandados insatisfeitos poderiam invalidar decisões contra si.

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

9 JACKSON, John H. *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*. 2. ed. Massachusetts Institute of Technology, 1997.

10 PARK, Y. D.; UMBRICH, G. C. (2001). WTO Dispute Settlement 1995-2000: A Statistical Analysis, *JIEL*, p. 213-30.

11 HORN, H.; MAVROIDIS, P. C. (2006). *The WTO Dispute Settlement System 1995-2004: some descriptive statistics*. Institute for European Studies. Disponível em: www.ulb.ac.be.

12 PARK e UMBRICH, op. cit., 2001.

13 LDCs participaram em muitos casos como terceiros países.

14 BUSCH, M.; REINHARDT, E.. Testing International Trade Law: Empirical Studies of GATT/WTO Dispute Settlement', em KENNEDY, D. L. M e SOUTHWICK, J. D. (eds), *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 457-81.

15 HORN, MAVROIDIS E NORDSTROM (1999), *Is the use of the WTO Dispute Settlement System Biased?* — Center for Economic Policy Research. Disponível em: <http://www.cepr.org>.

16 BOWN, C. (2005), Trade Remedies and World Trade Organization Dispute Settlement: Why Are So Few Challenged?, *JLS*, v. 34.

17 MAVROIDIS e NORDSTROM, op.cit., 1999.

18 REINHARDT, E. (2000). *Aggressive Multilateralism: The Determinants of GATT/WTO Dispute Initiation, 1948-1998*. Manuscrito, Emory University; BOWN, C. (2004b). On the Economic Success of GATT/WTO Dispute Settlement. *The Review of Economics and Statistics*, v. 86, p. 811-823.

19 HOEKMAN, B.; KOSTECKI, K.. *The Political Economy of the World Trading System: the WTO and Beyond*, Oxford: Oxford University Press, 2001. Cabe notar que o Secretariado da OMC deverá disponibilizar um especialista legal do serviço de cooperação técnica para qualquer membro em desenvolvimento que solicite assistência jurídica. Contudo, o especialista deverá manter a imparcialidade do secretariado, ou seja, poderá explicar as normas comerciais que regem o tema comercial específico do membro em desenvolvimento, mas não poderá representá-lo em uma disputa perante o OSC, desta maneira limitando o alcance de sua assistência legal. Ver ESC da OMC, artigo 27.2.

20 HAKAN, NORDSTROM (2005), *The cost of WTO litigation, legal aid and small claim procedures*. Disponível em: <http://wage.wisc.edu>.

21 BUSCH, M.; REINHARDT, E. (2003). Developing Countries and GATT/WTO Dispute Settlement. *Journal of World Trade*, v. 37.

- [22](#) DAVIS, C.; BERMEO, S. (2005). *Who files? Developing Country Participation in GATT/WTO Adjudication*. Paper apresentado na Reunião Anual da American Political Science Association.
- [23](#) ABBOT, K.; SNIDAL, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance, *IO*, v. 54, p. 421-456.
- [24](#) BUSCH e REINHARDT, op.cit., 2003.
- [25](#) BOWN, op. cit., 2004b.
- [26](#) BOWN, C. (2004a). Developing Countries as Plaintiffs and Defendants in GATT/WTO Trade Disputes, *The World Economy*, v. 27, p. 59-80.
- [27](#) DAVIS e BERMEO, op.cit., 2005.
- [28](#) Índia-Pilhas.
- [29](#) ESC, artigo 10.
- [30](#) Mosoti (2003) defende a importância da participação dos países africanos no SSC na medida em que as decisões do OSC são fundamentais na evolução de um corpo de princípios de direito do comércio internacional cujos efeitos e aplicabilidade persistirão no futuro. MOSOTI, V. (2003). Does Africa need the WTO Dispute Settlement System? International Center for Trade and Development. Disponível em: <http://www.ictsd.org/dlogue/2003-02-07/Mosoti.pdf>.
- [31](#) *Regras de Origem Têxteis*, Relatório do Painel, 21 de julho de 2003.
- [32](#) *Subsídios ao Algodão*, Relatório do Órgão de Apelação, 21 de março de 2005.
- [33](#) Idem.
- [34](#) *Subsídios à Exportação de Açúcar*, Relatório do Órgão de Apelação, 19 de maio de 2005.
- [35](#) Idem.
- [36](#) Idem.
- [37](#) *Bananas III*, Relatório do Órgão de Apelação, 25 de setembro de 1997; *Medidas contra a importação de camarão*, Relatório do Órgão de Apelação, 21 de novembro de 2001.
- [38](#) TASLIM, M. A (2006). Dispute Settlement in the WTO and the Least Developed Countries: The Case of India's Anti-Dumping on Lead Acid Battery Import from Bangladesh, *ICTSD*. Disponível em: <http://www.ictsd.org/dlogue/2006-01-25/Taslim.pdf>.
- [39](#) Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Anexo 1A ao Marrakesh Agreement Establishing the WTO, em vigor desde 1º de janeiro de 1995, 1867-9 UNTS 1.
- [40](#) CIA factbook. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>. Acesso em: 14 abr. 2008.
- [41](#) Escritório de Promoção de Exportações de Bangladesh. Disponível em: <http://www.epb.gov.bd/>. Acesso em: 2 mar. 2008.
- [42](#) TASLIM, op.cit., 2006.
- [43](#) Anexo A do ESC.
- [44](#) ESC, artigo 4.4.
- [45](#) NORDSTROM, op.cit., 2005.

[46](#) TASLIM, op.cit., 2006.

[47](#) ACWL, *Quadro de taxas e serviços prestados pelo centro*. Disponível em: http://www.acwl.ch/e/pdf/annex_4_e.pdf. A classificação dos países em desenvolvimento em três categorias (A, B e C) fez-se com base em sua parcela no comércio mundial, com uma correção refletindo sua renda *per capita*.

[48](#) TASLIM, op. cit., 2006.

[49](#) TASLIM, op. cit., 2006.

[50](#) SAPTA é um acordo preferencial de comércio entre os membros da Associação do Sudeste Asiático para Cooperação Regional (SAARC, do inglês *South Asian Association for Regional Cooperation*). Os membros do SAARC são Bangladesh, Butão, Maldivas, Nepal, Índia, Paquistão e Sri Lanka.

[51](#) Jornal Oficial da União Europeia (1993), decisão do Conselho (CEE) 404/93.

[52](#) Outros países que participaram como terceiros foram Belize, Camerão, Costa do Marfim, Dominica, República Dominicana, Gana, Granada, Jamaica, Santa Lúcia, S. Vicente e Granadinas e Suriname.

[53](#) Ver nota 33 acima, Relatório do Órgão de Apelação: WT/DS27/R/EC.

[54](#) Ver nota 33 acima, Relatório do Órgão de Apelação: WT/DS27/AB/R.

[55](#) SIDIBE, D. (2001) *Mise à jour sur la recherche bananière au Senegal*. In Akyeampong E. (Ed.), *Musa Network for West and Central Africa (MUSACO)-Report of the third committee meeting*. Disponível em: http://www.inibap.org/pdf/IN030171_fr.pdf.

[56](#) FAO (2001), *Markets and Trade of Commercially Farmed Fish and Shrimp from sub-Saharan Africa*. Disponível em: <http://www.fao.org/DOCREP/MEETING/004/Y2044E.HTM>.

[57](#) FAO (2003). *International Fish Trade and Food Security: the case of Senegal*. Disponível em: http://www.fao.org/documents/show_cdr.asp?url_file=/DOCREP/006/Y4961E/y4961e0i. Do original, “*fishery sector plays a prime role in the Senegalese economy and society, in particular in the area of exports and the satisfaction of food needs and employment*”.

[58](#) Ver nota 27 acima. Relatório do Painel, WT/DS243/R.

[59](#) RAHMAN, M. (2005). Bangladesh after MFA Phases out. *SAJ*, v. 8, abril-junho 2005. Do original, “*the quota regime under the MFA [Multi-Fiber Agreement] was a crucial factor in providing the initial stimuli to the emergence of the Ready Made Garment (RMG) sector in Bangladesh and in sustaining its subsequent momentum over the last decade and half*”.

[60](#) Como exemplo da importância do setor de peças prontas de confecção para a economia de Bangladesh, segundo Rahman (2005), as exportações de vestuário em Bangladesh aumentaram em mais de 50%, e em 2004, de um total de exportações de US\$ 7.60 bilhões, o setor de vestuário contribuiu com 74,8%.

[61](#) BAFFES, J (2003). *Cotton and Developing Countries: A case study in Policy Incoherence*, International Trade Department. Washington D.C.: The World Bank Group.

[62](#) Baffes usou médias de 1998-1999.

[63](#) A “iniciativa do algodão” foi criada na quinta conferência ministerial da OMC ocorrida em Cancún e foi proposta originalmente por Benin, Burkina Faso, Chad e Mali. Ela tornou público o dano sofrido por esses países devido aos subsídios ao algodão em países ricos e clamou para que tais subsídios fossem eliminados e para que compensação fosse paga aos quatro enquanto os subsídios permanecessem, de modo a cobrir as perdas causadas por eles. Ver WTO (2003). *Poverty reduction: sectoral initiative in favor of cotton*. wt/min(03)/w/2*. Proposta conjunta de Benin, Burkina Faso, Chad e Mali.

[64](#) Partnership Agreement between the Members of the African, Caribbean and Pacific Group of States and the European Community and its Members States. Assinado em 23 de junho de 2000.

[65](#) BUSSE, M.; JEROSCH, F. (2006). Reforms on the EU sugar market, *Intereconomics*, 104-108.

[66](#) MARONGWE, M. (2004). *African Countries and the WTO Dispute Settlement System*, Trade Brief. Trade Law Center for Southern Africa. Disponível em: <http://www.tralac.org/scripts/content.php?id=2718>.

[67](#) Ver nota 33 acima. Relatório do Painel, WT/DS27/R/ECU e WT/DS27/AB/R.

[68](#) Ver nota 28 acima, Relatório do Órgão de Apelação: WT/DS267/AB/R.

[69](#) MANDUNA, C. (2005). Daring to Dispute: Are there shifting trends in Africa participation in the WTO dispute settlement? *Tralac Trade Brief No3*. Disponível em: http://www.tralac.org/pdf/TB3_Calvin_Maduna_Web.pdf.

[70](#) Bown e Hoekman (2005) ressaltam a importância de se engajar o setor privado para permitir que os países mais pobres superem as limitações de recursos e participem no sistema de solução de controvérsias da OMC, seja como partes ou como terceiros países.

[71](#) Ver nota 30 acima. Relatório do Painel, WT/DS266/R.

[72](#) MANDUNA, op. cit., 2005.

[73](#) WTO (2003). *Poverty reduction: sectoral initiative in favor of cotton*. wt/min(03)/w/2*. Proposta conjunta de Benin, Burkina Faso, Chad e Mali.

[74](#) NORDSTROM, op. cit., 2005.

[75](#) BOWN e HOEKMAN, op. cit., 2005.

[76](#) ESC, artigo 9.

A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

BERNARDO SANTOS¹

GABRIEL BARROSO²

1. BREVE HISTÓRIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O projeto de constituição da Corte Internacional de Justiça (doravante “Corte” ou “CIJ”) teve suas raízes no final da Segunda Guerra Mundial, devido à preocupação dos líderes dos Estados Aliados quanto ao destino da comunidade internacional. Não se pode pensar a CIJ fora de um contexto das relações internacionais do século XX, especialmente no que toca sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional (doravante “CPJI”)³ e a antiga Liga das Nações⁴. Cabem, assim, algumas considerações históricas.

A Primeira Guerra Mundial teve como consequência um esforço conjunto da comunidade internacional em afirmar o princípio da paz como o estado normal das relações internacionais, e dessa afirmação surge a Liga das Nações, em 1919⁵. Um ano depois, o Conselho da Liga das Nações nomeou um comitê consultivo de juristas para preparar um projeto de Estatuto para a futura CPJI. O projeto previa a jurisdição obrigatória, mas prevaleceu, como era o desejo das grandes potências, uma “cláusula opcional” para aquele mecanismo⁶. O Estatuto entrou em vigor em 1921, mas já era apontada como defeito a inexistência de qualquer disposição concernente à sua revisão e

exigência de aprovação unânime das partes para que nele fossem feitas modificações⁷. No período que vai de 1922 a 1946, data de sua extinção, a CPJI apreciou 33 casos contenciosos e 28 pedidos de pareceres consultivos.

Dois são os principais pontos levantados por Alain Pellet como de significativa influência para o fim da CPJI: primeiro, de aspecto político, o fato de que a Organização das Nações Unidas (doravante “ONU” ou “Nações Unidas”) haviam decidido excluir os Estados ex-inimigos da cooperação internacional, e muitos deles faziam parte da CPJI; segundo, de perfil técnico, porque a renovação dos juízes da CPIJ dependia de uma decisão de órgãos da Liga das Nações, que já se encontrava em processo de extinção⁸. Vale ainda considerar a desconfiança que os Estados Unidos e a União Soviética manifestavam em relação aos organismos associados à Liga das Nações, uma vez que as duas potências foram parte da Liga apenas por um breve momento, entre 1934 e 1939⁹.

Durante a Conferência de Dumbarton Oaks¹⁰, nos Estados Unidos, no final de 1944, mostraram-se claros os intuítos de constituir-se uma corte com jurisdição permanente e com competência geral. Diferentemente da CPJI, seria a nova corte diretamente ligada à ONU e subordinada à sua Carta.

Já em 1945, com o fim da Guerra, foi ratificada, durante a Conferência de São Francisco, nos Estados Unidos, por 50 Estados, a Carta das Nações Unidas¹¹, cujo artigo 92 estabelecia a Corte Internacional de Justiça como principal órgão judiciário da ONU, e enunciava que seu Estatuto (doravante “Estatuto”)¹² se basearia no da CPJ.

Um ano depois foi concluída a elaboração do Estatuto, o qual contou com a ratificação de 55 países integrantes da ONU, culminando, então, na criação da CIJ.

O professor Eric Posner, em seu artigo “The Decline of the International Court of Justice”¹³ (O Declínio da Corte Internacional de Justiça) separa a história da Corte em três principais fases.

A primeira delas foi a fase imediatamente posterior à sua criação, em que houve um grande volume de casos submetidos à Corte e uma significativa quantidade de Estados signatários da cláusula de jurisdição compulsória, disposta no artigo 36, § 2º, do Estatuto (cerca de 60% dos Estados-membros do Estatuto). Não obstante, cabe observar a intensa participação de

“potências” (como o Reino Unido, França e Estados Unidos da América), que representavam 60% das partes nos litígios, como reclamantes ou como reclamadas.

A segunda fase assinala um declínio severo da quantidade de casos apresentados à CIJ, fato decorrente da Guerra Fria, período de grandes tensões nas relações entre os Estados, principalmente devido à clara divisão entre regimes democráticos e autoritários. Já nesse período nota-se uma redução na participação das potências e o desaparecimento dos países em desenvolvimento nos litígios.

A terceira fase, enfim, demarca, a partir dos anos 1990, o maior período de decadência na atuação da Corte. O ligeiro aumento do número de casos deve ser analisado com perspicácia, uma vez que 10 dos 17 casos apresentados em 1999 diziam respeito à mesma controvérsia: a da ex-Iugoslávia contra dez Estados membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)¹⁴. Com efeito, faz-se perceber que, enquanto o número de Estados que faziam parte do Estatuto em 1946 era 55, nos anos 1990 passava de 150. Obviamente, o número de casos não encontrou um aumento de mesma proporção. Além disso, o percentual de membros signatários da cláusula de jurisdição compulsória caiu drasticamente, de 60% quando o número de Estados não passava de 60, para 34%, em 2004, quando 191 Estados compunham a ONU.

Tal fato se deu, também, devido à influência da fragmentação do direito internacional, com a criação de diversas cortes e tribunais especializados nas décadas de 1980 e 1990, que foram cruciais para esse esvaziamento de competência da Corte¹⁵.

2. ANÁLISE ESTRUTURAL DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

2.1. A composição da Corte

A CIJ é composta por dois tipos de juízes¹⁶. Os juízes eleitos, considerados permanentes, e os juízes *ad hoc*, chamados a participar de sessões na Corte em determinados casos. Todos gozam de imunidades semelhantes às dos agentes diplomáticos, garantidas como meio de possibilitar uma atuação realmente independente de seus Estados de origem.

2.1.1. Juízes permanentes

De acordo com o artigo 2º do ECIJ, esta é constituída “por um corpo de magistrados independentes, eleitos sem atender à sua nacionalidade, dentre pessoas que gozem de alta consideração moral e possuam as condições exigidas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias ou sejam jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional”¹⁷. Totalizam quinze juízes, não podendo haver, no entanto, dois de um mesmo Estado. A eleição é realizada pela Assembleia Geral, juntamente com o Conselho de Segurança¹⁸. Os candidatos são indicados pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem (“CPA”), que podem indicar até quatro juristas cada, sendo no máximo dois da nacionalidade do grupo que o indica¹⁹.

O artigo 9º do Estatuto da Corte ressalta que os eleitores devem levar em conta o fato de que os diversos sistemas legais devem estar devidamente representados pelo conjunto de juízes a serem eleitos. A adoção de uma repartição geográfica equitativa²⁰ entra, de certo modo, em conflito com a desconsideração da nacionalidade dos juízes prevista no artigo 2º. Esse processo gerou a redução do número de juízes europeus, que estavam em maioria na origem²¹.

2.1.2. Juízes *ad hoc*

Juízes *ad hoc* são juízes ocasionais, chamados para atuar em determinados litígios, e cuja função é de caráter temporário.

De acordo com o artigo 31 do Estatuto, juízes *ad hoc* podem ser convocados por partes de uma disputa diante da Corte nos casos em que apenas uma das partes possua um juiz como membro da Corte, ocasião em que a parte não representada convoca um juiz para participar. Quando nenhuma das partes possui representação no corpo de membros da CIJ, as duas partes têm a *faculdade*²² *de solicitar a convocação de juízes ad hoc*.

Juízes *ad hoc* não precisam ser necessariamente nacionais dos Estados que os convidam. Isso ocorreu, por exemplo, no Caso *Corfu Channel*²³, em que a Albânia indicou dois juízes tchecos (um para exceções preliminares e outro para análise de méritos, já que o primeiro teve que ser substituído por motivos de saúde), no caso *Nottebohm*²⁴, no qual Liechtenstein indicou um

juiz suíço, bem como no caso *Gabcikovo-Nagymaros*²⁵, em que um juiz polonês foi escolhido pela Eslováquia.

2.2. Competência contenciosa

2.2.1. Jurisdição

Jurisdição concerne à competência da Corte em aplicar a lei diante de um caso a ela apresentado, incluindo-se aí as competências *ratione personae* e *ratione materiae* — conforme esclarecido pela Corte no Caso *South West Africa*²⁶.

O primeiro critério diz respeito aos sujeitos do direito internacional autorizados a trazerem questões à Corte, de forma contenciosa. O artigo 34 do Estatuto da Corte é categórico ao definir que apenas os Estados podem apresentar causas à Corte. Nem indivíduos²⁷ nem organizações internacionais podem acessá-la contenciosamente, como partes litigantes. No entanto, particulares podem ser defendidos por meio da proteção diplomática exercida pelos Estados com os quais mantêm vínculos de nacionalidade²⁸, e as organizações internacionais podem fornecer informações, seja quando solicitada pela corte ou por pura iniciativa própria, conforme exposto no § 2 do artigo 34²⁹.

O critério *ratione materiae*, por sua vez, refere-se aos assuntos sobre os quais a Corte pode exercer sua jurisdição, elencados no artigo 36 de seu Estatuto. Como afirmado pelo juiz Kellog, “A Corte é competente para interpretar e aplicar os tratados internacionais bem como solucionar as questões que podem ser resolvidas pela aplicação das regras e princípios geralmente reconhecidos pelo “direito internacional”³⁰. Tal assertiva baseia-se também no paradigmático artigo 38 do Estatuto, que elenca como fontes do direito internacional: as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais do direito e, como forma subsidiária, a jurisprudência e a doutrina³¹.

Com base no parecer da Corte na Opinião Consultiva *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, é possível inferir que, para a existência de jurisdição da Corte, é necessário haver uma controvérsia³², condição essa “inerente ao exercício de toda jurisdição contenciosa”³³, e cujo conceito foi esclarecido no Caso *Mavrommatis*: “um

desacordo sobre uma questão de direito ou de fato, uma contradição, uma oposição de pontos de vista legais ou de interesses entre pessoas”³⁴.

Ainda que a Corte esteja limitada a julgar controvérsias de ordem jurídica, não há um limite certo para sua competência³⁵, e isso nunca a impediu de julgar aspectos jurídicos de uma controvérsia política³⁶, afinal, a Corte goza do princípio da “competência da competência”³⁷, detendo assim a discricionariedade na determinação de sua jurisdição. Dessa maneira, uma vez que os Estados a adotem como mecanismo de solução de controvérsias (ainda que em uma questão de cerne político), caberá à Corte — considerando os critérios *ratione personae* e *ratione materiae* — decidir se o caso pode ou não ser decidido *por ela*, de acordo com princípios e regras do direito internacional.

Para que seja possível o exercício da jurisdição da Corte em relação às partes de um litígio, é necessário o consentimento de ambas. Pellet considera tal jurisdição como facultativa, uma vez que se diferenciaria dos tribunais internos, aos quais as partes estão obrigatoriamente submetidas³⁸. O consentimento em relação à jurisdição é determinado pelo que é comumente denominado *Compromis (Special Agreement)*, o qual consiste num acordo especial firmado entre as partes com o objetivo de se submeter um caso à Corte³⁹.

Essa característica quanto à jurisdição aproxima, de certo modo, a CIJ de tribunais arbitrais, em que as partes devem concordar com a jurisdição do Tribunal⁴⁰. Ademais, as partes também devem delimitar o objeto do litígio e as questões colocadas⁴¹, da mesma forma que nos referidos tribunais.

Concomitantemente à jurisdição facultativa, existe a jurisdição compulsória, situação na qual o Estado confere poderes à Corte para solucionar um leque de possíveis casos que surjam envolvendo aquele Estado⁴². A cláusula compulsória pode ser incluída em um determinado tratado⁴³, conforme estabelecido no artigo 36, § 1, do Estatuto, o que torna os Estados participantes vinculados ao estabelecer que uma controvérsia acerca da aplicação ou interpretação deste tratado será, *compulsoriamente*, enviada para que seja julgada pela Corte⁴⁴. Pode ainda ser fruto de uma declaração facultativa e unilateral de um Estado⁴⁵, por meio das previsões do artigo 36, § 2, do Estatuto. Evidentemente, no primeiro caso ambos os

Estados devem ser partes do tratado. Percebe-se “uma visão do direito internacional a meio caminho do voluntarismo jurídico consentido e o objetivismo enraizado na imparcialidade e universalidade da principal jurisdição das Nações Unidas”⁴⁶. A meio caminho, pois o Estado que aceita a jurisdição compulsória ainda assim pratica um ato voluntário, encontrando-se, a partir da aceitação desse tipo de jurisdição, submetido à jurisdição da Corte, à similitude de indivíduos diante de tribunais nacionais.

A cláusula compulsória atende aos interesses daqueles Estados cujo poder diplomático pode ser considerado limitado ou insuficiente na resolução de controvérsias. Por meio dessa cláusula, os Estados de maior influência no cenário internacional encontrar-se-iam obrigatoriamente vinculados ao direito internacional e às decisões imparciais da Corte, podendo ser responsabilizados judicialmente por suas ações⁴⁷.

2.3. Incidentes processuais

2.3.1. Exceções preliminares

O artigo 36, § 6, do ECIJ estabelece o princípio da “competência da competência”, uma jurisprudência arbitral constante e consuetudinária⁴⁸, que dispõe que o Tribunal é juiz de sua própria competência⁴⁹.

Contudo, podem os Estados argüirem, pela via da exceção preliminar, a respeito da competência do juiz e da admissibilidade do processo⁵⁰. Corresponde, assim, “a um instrumento de direito invocado pelo demandante ou pelo demandado com o objetivo de descartar uma demanda, suspendendo o processo de análise do mérito”⁵¹. A exceção preliminar é considerada pela Corte uma fase da controvérsia original. No entanto, a análise de uma exceção preliminar não produz coisa julgada, e não prejudica de forma alguma a futura análise do mérito⁵². O artigo 79, § 9, das Regras da Corte assevera que as exceções não podem “tocar” o mérito do caso, devendo ter caráter puramente preliminar⁵³.

O mesmo artigo, em seu segundo parágrafo, cria uma diferenciação entre exceções de incompetência e inadmissibilidade, distinção essa já criticada pela própria jurisprudência da Corte⁵⁴. A exceção de incompetência é todo meio de defesa suscetível de colocar um fim ao processo sem que a Corte seja chamada a apreciar o mérito da demanda; uma objeção do Estado à

competência da Corte. Já a exceção por admissibilidade tem seu foco na suspensão da capacidade da Corte de julgar até que certa condição seja satisfeita, tendo, supostamente, um caráter *temporário*, mas que poderá constituir-se permanente na medida em que a determinada condição não seja cumprida⁵⁵.

Ao afirmar uma exceção preliminar por incompetência da CIJ, o Estado que a alega tem o ônus da prova⁵⁶, e pode fundar-se em três argumentos⁵⁷: *ratione personae* — se a outra parte não tem a capacidade de agir perante a Corte em um contencioso; *ratione materiae* — se não há propriamente uma contenda jurídica de caráter atual e internacional; *ratione temporis* — se um compromisso de jurisdição obrigatória contém vícios de nulidade ou não está em vigor, ou se uma reserva feita pela parte exclui a competência da Corte⁵⁸.

Quanto à exceção preliminar por inadmissibilidade da demanda, pode haver a paralisação por aplicação do princípio *ne bis in idem*, oriundo do direito penal, que assevera que indivíduos não podem ser processados novamente após serem definitivamente condenados ou inocentados⁵⁹. Nesse caso, prevalece tanto a litispendência⁶⁰ quanto a coisa julgada⁶¹. Uma outra possibilidade seria o não esgotamento dos recursos internos⁶², um princípio clássico, considerado regra consuetudinária pela CIJ, que afirma que um Estado deve, antes de levar um contencioso à Corte exercendo proteção diplomática, esgotar os recursos jurídicos previstos em sua ordem jurídica interna⁶³.

2.3.2. Intervenção

É possível o acesso de terceiros Estados a um contencioso já formado na Corte por meio de uma intervenção⁶⁴, considerada historicamente pela doutrina como um princípio geral de direito⁶⁵, descrita nos artigos 62 e 63 de seu Estatuto, em que se preveem as duas hipóteses em que se dará tal acesso. Na primeira situação, estatuída no artigo 62, poderá o Estado solicitar à Corte permissão para intervir na causa quando entender que a decisão judicial pode, *provavelmente*, comprometer ou colocar em questão um interesse seu de ordem jurídica. O § 2 do mesmo artigo mostra que a Corte tem o poder discricionário sobre o pedido. Importante observar que o Estado tem o ônus da prova e está obrigado a convencer a Corte daquilo que

ele alega⁶⁶. Impõe-se, dessa forma, uma dupla obrigação ao Estado: primeiro, mostrar que há um vínculo entre o pedido de intervenção e o caso em curso, visto que a Corte não decidirá sobre uma controvérsia distinta, mas somente sobre uma questão relacionada ao caso original⁶⁷. Segundo, o interveniente deve mostrar que há um interesse jurídico na sua demanda. É questão controversa se o interesse de natureza legal deve ser considerado, como afirmou o Juiz Ago em sua opinião dissidente no caso *Plataforma Continental*, “exatamente como um direito”⁶⁸, ou se um Estado pode recorrer a uma intervenção por algo menos do que isso⁶⁹, muito embora a Corte seja bem rigorosa na exigência da prova do interesse jurídico⁷⁰. A necessidade do Estado que pretende intervir de provar um vínculo jurisdicional com as partes litigantes não é uma condição para que sua demanda seja aceita, mas o é para que o Estado seja considerado como parte litigante⁷¹. Nesse último caso, a decisão da Corte seria obrigatória para o Estado que interveio⁷². Dessa forma, a participação de um Estado sem vínculo jurisdicional, não vinculado à obrigação da sentença⁷³, tem meramente a função de informar à Corte a existência de interesses legais seus que podem ser afetados pela decisão⁷⁴. Fica claro que a intervenção tem como objetivo proteger um interesse de ordem legal de um Estado que esteja em provável interseção com questões discutidas pela Corte em um caso da qual o Estado não faz parte. É necessário, pois, esclarecer que há uma complementaridade desse mecanismo ao artigo 59 do Estatuto, que afirma que a sentença da Corte só será obrigatória para as partes litigantes⁷⁵. É evidente, como afirmou a Itália no seu pedido de intervenção no caso *Continental Shelf*, que não se pode permanecer restrito ao artigo 59, uma vez que o artigo 62 tornar-se-ia então inútil⁷⁶.

Uma segunda situação ainda é exposta no artigo 63 do Estatuto, e concerne à intervenção de um Estado quando um tratado ou convenção de que participa for interpretado pela Corte em uma causa na qual não é parte. Não é preciso que em tal situação o Estado comprove um interesse de natureza legal ou um direito para que seja admitido, pois seu interesse é exclusivamente a interpretação de um dispositivo do tratado do qual é parte⁷⁷. A intervenção deve ser, portanto, automática, e não discricionária, como nos casos em que o artigo 62 se aplica⁷⁸.

2.3.3. Medidas cautelares

As medidas cautelares previstas no Estatuto da Corte⁷⁹ e nas Regras da Corte⁸⁰ consistem em decisões pendentes tomadas a fim de se protegerem determinados direitos submetidos a certa ameaça de violação, e cuja proteção faz-se necessária de forma urgente⁸¹. São solicitadas quando, durante o tempo de espera por uma decisão da Corte, uma das partes considera seu direito ameaçado pelos atos da outra parte, solicitando à Corte que impeça tais atos.

Consideram-se, para a concessão de medidas cautelares, dois requisitos advindos do direito romano na concessão de medidas cautelares, quais sejam o *fumus bonus juris* (ou “fumaça de bom direito”) e o *periculum in mora* (“perigo na demora”). O *fumus bonus juris* pode ser entendido como a presunção de bases legais suficientes; o *periculum in mora*, por sua vez, como um risco iminente de dano irreparável⁸².

Há diversos exemplos em que medidas cautelares foram solicitadas à Corte, totalizando 36 casos até 2006. Dentre eles, destaca-se, por exemplo, o caso LaGrand⁸³, entre Alemanha e Estados Unidos, em que a Alemanha solicitou à Corte uma medida cautelar com o objetivo de evitar que a pena de morte fosse aplicada a seu cidadão, Walter LaGrand, pela Justiça americana. Outro exemplo que evidencia o uso desse instrumento de proteção de direitos é o caso Passage Through the Great Belt⁸⁴, no qual a Finlândia solicitou à Corte que exarasse uma medida cautelar a fim de impedir que se continuasse a construção de uma ponte que poderia impedir, futuramente, a passagem de determinados tipos de embarcação pelo canal Great Belt, entre a Finlândia e a Dinamarca. Nesse mesmo caso, foi observado como requisito a ameaça real ao direito durante o tempo de espera pela decisão da Corte. Isso se comprova pelo fato de que a Corte decidiu negar a medida solicitada, diante das garantias da Dinamarca de que o impedimento de passagem de embarcações iniciar-se-ia em período muito posterior, quando a Corte já teria proferido sua decisão⁸⁵.

Além disso, discute-se o fato de uma medida cautelar ser ou não vinculante às partes. Em um artigo publicado em 1997 no *Leiden Journal of International Law*, Eelco Szabo discute essa questão, através da análise dos

diversos casos em que medidas cautelares haviam sido solicitadas tanto à CIJ quanto à sua predecessora. Questiona o autor se possuiria a Corte o poder de indicar medidas cautelares com caráter vinculante, observando o fato de que, com base na Carta da ONU e no Estatuto da Corte, não seria possível conceber tal caráter. No entanto, contrapõe tal ponto de vista com o argumento de que, considerando a proteção interina como um princípio geral do direito, possuiriam as medidas caráter obrigatório. Levanta ainda a tese de que seu caráter seria de uma obrigação meramente “moral” ⁸⁶. No entanto, a decisão do Caso LaGrand⁸⁷, de junho de 2001, tratou de esclarecer esse tema controverso entre os estudiosos. A própria Corte, em seu julgamento, dedicou espaço a uma análise do artigo 41 do Estatuto com base na Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados⁸⁸, especificamente seus artigos 31 a 33. Concluiu a Corte que as medidas cautelares possuem um caráter vinculante em relação aos Estados, conclusão essa atingida com base em diversos aspectos interpretativos, inclusive a análise dos trabalhos preparatórios e das versões em línguas inglesa e francesa do texto do Estatuto, pois que o seu não cumprimento frustraria o objeto do tratado e a própria importância da prestação jurisdicional. Dessa forma, a desobediência de uma medida cautelar é tida como violação de uma obrigação internacional, gerando responsabilidade para o Estado violador⁸⁹, o que levaria ao dever de reparação⁹⁰.

2.4. Sentença

No que se refere à sentença da Corte, cabe analisá-la sob dois aspectos distintos: o primeiro deles, referente ao caráter obrigatório e definitivo das decisões da Corte; o segundo, em relação à sua execução.

2.4.1. Efeitos da sentença

Estabelece o artigo 59 do Estatuto da Corte que as decisões tomadas por ela serão obrigatórias e que vincularão apenas as partes litigantes, e somente a respeito do assunto em questão. Assim, destaca-se, primeiramente, o caráter obrigatório, que se traduz na impossibilidade de recurso de uma decisão da Corte⁹¹. A própria Corte esclareceu esse ponto numa opinião consultiva já em 1954⁹². Dessa maneira, considera-se *res judicata* uma decisão proferida pela CIJ. Não obstante, vale a pena observar que, diante

da natureza voluntarista e contratual do direito internacional, seria impossível que uma decisão da Corte fosse imposta a terceiros Estados sem sua aquiescência⁹³. É importante também observar a limitação das sentenças emitidas aos casos em questão. Essa regra, também determinada pelo artigo 59 do Estatuto, leva à consideração da inaplicabilidade do princípio do *stare decisis* em relação à Corte, garantindo-se a liberdade de seus membros diante de um precedente jurisdicional⁹⁴.

O artigo 60 do Estatuto, complementando o artigo que o antecede, estabelece, por sua vez, que a sentença é “definitiva e inapelável”. Essa natureza possui dupla finalidade: permitir a aplicação da regra *ne bis in idem*, ou seja, “uma presunção de direito em virtude da qual os fatos litigiosos e os direitos reconhecidos por um julgamento não podem ser contestados novamente”⁹⁵. Além disso, o artigo 60 reforça a obrigação imposta às partes quanto ao cumprimento da sentença, de acordo com as determinações da Corte⁹⁶. Tal critério é utilizado para dar segurança no campo jurídico, excluindo o risco de incerteza ou de modificação⁹⁷.

A interpretação dos dois artigos supracitados leva à consideração de três pontos importantes quanto ao papel do processo de produção e interpretação sentencial.

Primeiramente, vale observar o fato de que a CIJ não pode ser considerada um tribunal recursal, pois não consiste num segundo grau de jurisdição⁹⁸.

Em segundo lugar, a Corte possibilita às partes obrigadas por uma sentença o pedido de interpretação da mesma, em caso de dúvidas quanto à sua execução. Essa solicitação pode ser feita unilateralmente⁹⁹. No entanto, exige-se que haja uma divergência entre as partes, não bastando que uma delas alegue dificuldades de compreensão se a outra não se manifestar no mesmo sentido¹⁰⁰.

Finalmente, no que diz respeito à revisão de sentenças, a CIJ possibilita tal recurso processual por meio do artigo 61 de seu Estatuto. Esse recurso não teve, no entanto, a mesma aceitação da interpretação das sentenças, permanecendo como um recurso excepcional, poucas vezes utilizado¹⁰¹. Essa reação é explicada pelo fato de que a interpretação é, de certa forma, uma confirmação da sentença, ao passo que o pedido de revisão intenta

questionar a decisão da Corte¹⁰². Além disso, alguns critérios são exigidos para que seja possível a revisão de sentenças. O principal deles é a descoberta de novo fato que, se conhecido pela Corte ao tempo do processo, modificaria a decisão. Além disso, a demanda deve ocorrer em prazos determinados pela Corte, como estabelece seu Regulamento¹⁰³.

2.4.2. Execução da sentença

Apesar do caráter de imutabilidade e obrigatoriedade da sentença, seu cumprimento consiste num problema distinto de sua existência, e a questão de sua eficácia é referente a questões de cunho político, concernentes à adequação das partes aos comandos da sentença¹⁰⁴.

A obrigação de cumprir a sentença encontra base no artigo 94 da Carta da ONU, que estabelece um compromisso dos Estados para esse fim. Como se observa, de maneira geral, a execução das sentenças da Corte dá-se de forma espontânea¹⁰⁵, havendo registro de poucos casos em que o cumprimento se deu com certa dificuldade¹⁰⁶.

Ainda quanto à execução da sentença, vale lembrar que a Corte não deve sair de seu escopo de atuação, qual seja julgar um litígio, para indicar às partes a melhor maneira de cumprir tal julgamento. Assim, nos casos de litígio, é por meio de acordo entre as partes que se decide a medida de execução a ser adotada. A Corte apenas indica princípios e regras gerais que devem (ou podem) nortear tal acordo¹⁰⁷.

No que diz respeito à utilização da coerção com o intuito de obrigar o cumprimento de sentenças, cabe unicamente ao Conselho de Segurança sua determinação, uma vez que o artigo 94 da Carta da ONU determina que, no caso de descumprimento da sentença da Corte por uma das partes, a outra terá direito a recurso a esse órgão, que determinará as medidas necessárias¹⁰⁸.

2.5. *Competência consultiva*

De maneira análoga à competência contenciosa, a Corte pode exercer uma competência consultiva, dando seu parecer jurídico sobre qualquer questão legal, como estabelecido no artigo 65 do Estatuto.

Uma característica digna de destaque é o fato de que apenas organizações internacionais são dotadas da capacidade de requerer pareceres consultivos,

sendo os Estados desprovidos de tal capacidade, como afirmado por Alain Pellet¹⁰⁹, com base no artigo 96, § 2, da Carta das Nações Unidas. Ian Brownlie, por sua vez, prefere o termo “órgãos políticos” para ilustrar os sujeitos dotados de tal capacidade¹¹⁰.

Há uma conjugação variável entre *ratione personae* e *ratione materiae* nesse caso, uma vez que o leque de assuntos sobre os quais a Corte dá seus pareceres varia de acordo com o órgão que os solicita. O artigo 96 da Carta das Nações Unidas deixa claro que a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança poderão requerer o parecer da Corte em “qualquer questão de direito”. O segundo parágrafo do mesmo artigo, contudo, estabelece que outros órgãos da ONU e instituições especializadas também estão autorizados, mediante a aprovação da Assembleia Geral, a solicitar o parecer da Corte, desde que o assunto diga respeito ao escopo de atuação daquela instituição¹¹¹. Exemplo paradigmático da aplicação do segundo parágrafo foi o caso em que a Organização Mundial de Saúde solicitou parecer à Corte a respeito da licitude do uso de armas nucleares em conflitos armados, no qual a Corte observou os requisitos de ser a parte demandante autorizada, de tratar-se de uma questão jurídica e de estar a questão no escopo de atuação daquela agência que requer o parecer. No caso da OMS, os dois primeiros requisitos haviam sido atendidos, mas a questão, segundo análise, da Corte, não se encontrava no âmbito de atuação da OMS¹¹².

Ao contrário da função contenciosa, os pareceres consultivos *não* são dotados de caráter vinculante às partes, representando apenas uma posição da Corte acerca de pontos controvertidos do direito internacional¹¹³.

Apesar disso, há a possibilidade de um caráter vinculante, mas apenas de forma indireta, como pode ser notado nos casos em que estatutos de organizações internacionais determinam que os pareceres da Corte deverão ser tomados como obrigatórios às partes, como ocorre com a Organização Internacional do Trabalho, cujo estatuto assim determina, em seu artigo 37, § 2. Esse caráter surge, portanto, de uma forma exclusivamente externa ao Estatuto da Corte.

3. CONCLUSÃO

3.1. A importância da Corte Internacional de Justiça

Leonardo Nemer aponta em sua obra que, apesar de inserida no seio de uma sociedade internacional baseada na justaposição de soberanias, a criação da Corte contribuiu significativamente para a solução pacífica de controvérsias, e que “ao desempenhar suas funções, a Corte vem reforçando o papel do direito internacional e contribuindo para a construção de uma ordem internacional mais equilibrada e assentada na segurança jurídica”¹¹⁴. É inegável esse importante aspecto ao longo dos mais de 60 anos de história da Corte¹¹⁵.

Como principal órgão jurisdicional da ONU, a contribuição dada por meio de suas decisões e pareceres consultivos influencia de forma intensa o direito internacional. Isso ocorre porque, mesmo no caso de uma decisão de litígio cujo caráter é de *res inter alios acta*, opiniões sobre normas costumeiras ou tratados multilaterais, por exemplo, afetam, de forma significativa, um grande número de Estados, ou mesmo a comunidade internacional como um todo¹¹⁶, ao ditar princípios que permeiam a interpretação de normas presentes e futuras.

Além dessa influência de forma geral no direito internacional, cabe lembrar também a relevância de diversas decisões importantes, referentes a delimitações territoriais e uso da força, temas de extremada significância no âmbito das relações entre os diversos membros da sociedade internacional¹¹⁷.

3.2. O anacronismo da Corte Internacional de Justiça

Apesar de reconhecerem-se os avanços proporcionados ao direito internacional através da Corte, é imprescindível que se trate dos principais problemas a ela referentes, destacadamente seu anacronismo.

Nesse contexto, devemos discutir as propostas de reforma na instituição-mãe: a ONU. Observando-se os problemas das Nações Unidas em meio às mudanças notadas no âmbito da relação entre os Estados, percebeu-se que havia uma necessidade latente de reforma. Foi elaborada uma série de documentos¹¹⁸, sob o comando do ex-Secretário Geral Kofi Annan, apontando os principais problemas da Organização e apresentando sugestões de mudanças. Assim, considerou-se a necessidade de torná-la mais eficiente, por meios de desburocratização e agilização da agenda de discussão, além da reforma da Carta em certos pontos, não só com esse propósito, mas

também com o objetivo de tornar a ONU menos utópica¹¹⁹, como mesmo observou o ex-Secretário-Geral. Apesar da abrangência dos documentos referentes à reforma, nenhum deles faz referências aos problemas da Corte.

A maior evolução das relações jurídicas internacionais contemporâneas foi certamente a ascensão de novos atores internacionais. Nesse sentido, o principal problema referente ao Estatuto, revelador de seu anacronismo, é certamente o artigo 34, que afirma que “só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte”. Analisando o assunto sob o prisma do direito atual, depreende-se que não é mais possível considerar os Estados como únicos sujeitos dessa ordem jurídica global.

As diversas relações se dão hoje também entre organizações internacionais, empresas transnacionais e até mesmo indivíduos. Faz-se necessário, desse modo, a criação de mecanismos que supram as necessidades desses novos atores nas relações internacionais. Estes não são mais passíveis de mera representação diplomática, pois que o *link* da nacionalidade não mais é de fácil estabelecimento em casos concretos. Organizações internacionais são compostas por diversos Estados ou por entes de diferentes nacionalidades¹²⁰; empresas transnacionais organizam sua produção e distribuição de capital sem vínculo direto com as fronteiras nacionais; o fluxo de capitais gera uma dificuldade de determinação da sua origem e a pessoa humana não pode ser ignorada em face da abstração que é o Estado¹²¹, verdadeiro dominante no direito internacional clássico. Destarte, à medida que surgem novas relações entre sujeitos, deverão estas ser abarcadas pelo direito internacional.

3.3. A fragmentação do direito internacional

O tema do anacronismo leva diretamente à discussão sobre a fragmentação do direito internacional¹²². Os juízes Stephen M. Schwebel e Gilbert Guillaume, enquanto ocupantes do cargo de presidente da Corte, manifestaram suas preocupações, em reuniões da Assembleia Geral, em relação à fragmentação do direito internacional, especificamente com base na proliferação de tribunais internacionais, chegando o primeiro a alegar que o surgimento dos tribunais “poderia produzir conflito substancial entre eles, e a ‘estripação’ do rol de casos da Corte Internacional de Justiça”¹²³.

No entanto, essa posição tomada explicitamente pelos dois ex-presidentes é criticada pela literatura, que ressalta um panorama da situação do direito internacional sob uma perspectiva de fragmentação, sublinhando seus aspectos positivos¹²⁴.

Dessa forma, percebe-se a proliferação de tribunais como consequência inevitável da necessidade de especialização judicial no que concerne a determinados temas diante das mudanças na ordem internacional, ou mesmo uma mudança positiva, demonstradora da resposta da lei às mudanças sociais¹²⁵.

Assim, parecem-nos descabidas sugestões como a do ex-presidente Schwebel, de que os outros tribunais se utilizassem, mediante uma mudança processual, das opiniões consultivas da Corte, para assegurar a unidade no direito internacional¹²⁶. Tal sugestão não se justificaria, uma vez que a hierarquia sugerida por meio dela já se mostrou inaplicável no sistema judicial internacional¹²⁷.

Percebe-se, portanto, a necessidade de convivência da Corte com os diversos tribunais, e que a sua presença como principal órgão judicial da ONU¹²⁸ ainda lhe dá um caráter importante de universalidade. Cabem, entretanto, as modificações necessárias para que a Corte possa cumprir seu papel da melhor maneira possível, potencializando sua capacidade para solucionar controvérsias no âmbito internacional e evitando que se torne antiquada antes de sua ossificação, e que o que é sólido se sublime.

O Direito, como afirma Radbruch, “é a realidade que tem o sentido de estar a serviço da ideia de justiça”¹²⁹. A CIJ não pode apenas ater-se ao plano teórico, discutindo abstratamente ideias doutrinárias que encontram pouco respaldo pragmático na comunidade internacional. É antes imprescindível que evolua, fazendo valer o aforismo de Philip C. Jessup de que “a lei, assim como o viajante, deve estar pronta para o amanhã. Deve conter um princípio de evolução”¹³⁰.

- 1 Graduando em Direito pela UFMG. Membro do GEDI.
- 2 Graduando em Direito pela UFMG. Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPq. Membro do GEDI.
- 33 Estatuto da CPJI (Assinado em 16 de dezembro de 1920). Disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm . Acesso em: 17 nov. 2007.
- 4 Pacto da Sociedade das Nações (Adotado em 28 de abril de 1919, com entrada em vigor no dia 10 de janeiro de 1920). Disponível em: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1919.08.28_covenant.htm . Acesso em: 17 nov. 2007.
- 5 NEFF, Stephen C. *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 279
- 6 Estatuto da CIJ, 26 de junho de 1945, 33 UNTS 993 (A chamada “cláusula opcional” ainda é adotada pela CIJ no artigo 36, § 2, de seu Estatuto como forma de estabelecer uma jurisdição obrigatória, obviamente posterior ao consentimento do Estado de aderir a tal cláusula).
- 7 BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 741-742.
- 8 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003, p. 907
- 9 BROWNLIE, *supra* nota 5, p. 742.
- 10 Conferência de Dumbarton Oaks, 1944, Washington DC.
- 11 Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945, 15 U.N.T.C.I.O. 335.
- 12 Estatuto da CIJ, *supra* nota 4.
- 13 POSNER, Eric A. The Decline of the International Court of Justice, 81 *Public Law and Legal Theory Working Paper*, (2004), p. 11-12.
- 14 *Legality of Use of Force*, 29 April 1999.
- 15 Como exemplos de tribunais criados nas décadas correspondentes a esse esvaziamento, podem-se mencionar o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, 17 de julho de 1998, U.N. Doc. A/CONF.183/9; o Tribunal do Mar, criado pela Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar, 10 de dezembro de 1982, UNTS 31363 e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, criado pelo Anexo 2 ao Acordo de Marrakesh Estabelecendo a Organização Mundial do Comércio, 15 de abril de 1994, 1869 UNTS 401.
- 16 Sobre a questão, de conteúdo mais técnico, ver: BRANT, Leonardo Nemer C. *A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional*. Belo Horizonte: O Lutador, 2005, p. 55-103; PELLET, *supra* nota 6, p. 908-911.
- 17 Estatuto da CIJ, *supra* nota 4, artigo 2º. Para uma crítica das “condições exigidas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias” como

única condição para um cargo de juiz da Corte (e, portanto, a afirmação da necessidade de serem “jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional” para que se possa figurar como juízes), ver AMERASINGHE, Chittharanjan F. Judges of the International Court of Justice — Election and Qualifications, 14 *LJIL*, (2001), p. 335-348.

[18](#) Por “grupo nacional” entende-se a lista de árbitros de determinado Estado na CPA.

[19](#) A indicação de dois juízes de nacionalidade estrangeira é de grande utilidade, uma vez que funciona como uma preseleção, pois o nome de personalidades estrangeiras poderá ser indicado por várias listas de grupos nacionais.

[20](#) Atualmente, a distribuição de juízes na Corte obedece ao seguinte número: dois juízes da América Latina, dois juízes da Europa Oriental, três juízes da África, três juízes da Ásia e cinco juízes da Europa Ocidental e de outros Estados. Current Members, Disponível em: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=2&p3=1>. Acesso em: 13 nov. 2007. Além disso, predomina “a regra consuetudinária, segundo a qual, cada um dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança — França, China, Rússia, Reino Unido e Estados Unidos — deve sempre contar com um juiz de sua nacionalidade”. BRANT, *supra* nota 14, p. 58-59.

[21](#) PELLET, *supra* nota 6, p. 909.

[22](#) Assim, a Tailândia e o Camboja renunciaram ao seu direito de convocar um juiz *ad hoc* no caso *Préah Vihéar Temple*.

[23](#) *Corfu Channel*, Special Agreement concluded, 25 March 1948.

[24](#) *Nottebohm*, Application instituting proceedings, 17 December 1951.

[25](#) *Gabcíkovo-Nagymaros Project*, Special Agreement, 2 July 1993.

[26](#) *South West Africa*, Judgment, 18 July 1966, p. 67-68, par. 60.

[27](#) “A prática do Tribunal [CIJ] não contempla a presença dos representantes legais dos indivíduos na barra do Tribunal, quer apresentando a sua causa ou recebendo cópias das alegações, quer sendo admitidos de qualquer outra forma, por exemplo, como *amicus curiae*, a defender suas posições”. BROWNLIE, *supra* nota 5, p. 604; o Tribunal Administrativo da Organização Internacional do Trabalho (Taoit) introduziu uma inovação que permitiu o recurso, em certas questões administrativas, da pessoa física à via consultiva. Tendo o parecer da Corte, segundo o estatuto do Taoit, natureza vinculante, torna-se esta uma rara exceção na qual o indivíduo passa a ter uma forma de *jus standi* perante a Corte. Sobre o tema, ver: BRANT, *supra* nota 14, p. 175-177.

[28](#) Como observado pela CPJI em 1939, no caso *Panevezys- Saldutiskis Railway*, o vínculo de nacionalidade é essencial para conferir a um Estado o direito de proteger seus nacionais. No *Nottebohm Case*, por sua vez, a CIJ evidenciou a importância desse vínculo (acima das exigências meramente formais) na concessão de nacionalidade ao estabelecer que Nottebohm, mesmo possuindo a nacionalidade de Liechtenstein, não demonstrava estar integrado às tradições, interesses e modo de vida da população de Liechtenstein, e que, dessa forma, não poderia gozar da proteção por parte daquele país. Um outro critério, exposto nos casos *Elettronica Sicula e Interhandel*, Judgment, 20 July 1989, p. 42, é a regra consuetudinária do esgotamento dos recursos internos, o que demonstra o

caráter subsidiário da proteção diplomática. Para uma jurisprudência mais ampla da Corte sobre proteção diplomática, ver casos: *Serbian Loans*, 12 July 1929, p. 17; *Panevezys-Saldutiskis Railway*, Judgment, 28 February 1939, p. 16; *Ambatielos*, Judgment, 19 May 1953, p. 28; *Nottebohm*, Application instituting proceedings, 17 December 1951; *Interhandel*, Judgment, 21 March 1959, p. 6; *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgment, 5 February 1970, p. 6.

[29](#) Regulamento da Corte, 14 de Abril de 1978, artigo 69.

[30](#) *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment, 7 June 1932, p. 38.

[31](#) ECIJ, *supra* nota 4, artigo 38.

[32](#) Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion, 30 March 1950, p. 228.

[33](#) VISSCHER, Charles de. *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*. Paris: Pédone, 1966, p. 30-31.

[34](#) *The Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment, 30 August, 1924, p. 11.

[35](#) PELLET, Alain. Le glaive et la balance. Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Haia: Martinus Nijhoff, 1989, p. 553.

[36](#) A questão foi posta, especificamente, nas exceções preliminares dos casos: *Right of Passage over Indian Territory*, Application instituting proceedings, 22 December 1955; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment, 26 November 1984; *Aegean Sea Continental Shelf*, Application instituting proceedings, 10 August 1976. Foi também abordada na Opinião Consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*.

[37](#) ECIJ, *supra* nota 4, art. 36, § 6. Ver também a opinião consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, em que a Corte trata do princípio *compétence de la compétence*.

[38](#) PELLET, *supra* nota 6, p. 912.

[39](#) LU, Bingbin. Reform of the International Court of Justice — A Jurisdictional Perspective, v. 5. *Perspectives* (2004); ECIJ, *supra* nota 4, artigo 40.

[40](#) PELLET, *supra* nota 6, p. 912-913.

[41](#) Estatuto da CIJ, *supra* nota 4, artigo 36.

[42](#) “The characteristic of this compulsory jurisdiction is that it results from a previous agreement which takes it possible to seise the Court of a dispute without a Special Agreement, and that in respect of disputes subject to it, the Court may be seised by means of an Application by one of the parties.” Caso *Nottebohm*.

[43](#) Para uma visão mais abrangente de tratados e convenções como base para a jurisdição compulsória da Corte, ver: LAWSON, Ruth C. The Problem of the Compulsory Jurisdiction of the World Court, v. 46 *AM. J. INT’L L.* (1952), p. 219-238.

[44](#) Tal disposição se encontra presente, por exemplo, nos artigos 84 e 86 do Estatuto da OACI, 7 de Dezembro de 1944. Disponível em:

http://www.icao.int/icaonet/arch/doc/7300/7300_9ed.pdf . Acesso em: 17 nov. 2007; e nos artigos 75 e 77 da Constituição da OMS, 7 de Abril de 1948. Disponível em: http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf. Acesso em: 17 nov. 2007. Também se encontra presente no artigo 31 do Tratado Interamericano de Solução Pacífica de Controvérsias (Pacto de Bogotá, 30 de Abril de 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>. Acesso em: 17 nov. 2007), que foi invocado pela Nicarágua no caso *Border and Transborder Armed Actions*, Removal of the case from the Court's list, 19 August 1987. Ademais, encontra-se tal dispositivo em incontáveis outros tratados, principalmente nos tratados bilaterais.

[45](#) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment, 26 November 1984.

[46](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 251.

[47](#) Assim, após o caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, os EUA e a França renunciaram à cláusula compulsória. Hoje, 65 Estados declararam ser a compulsória a jurisdição da Corte. Contudo, apenas um membro do Conselho de Segurança, o Reino Unido, aceitou a possibilidade exposta no artigo 36, § 2, do Estatuto.

[48](#) PELLET, *supra* nota 6, p. 895.

[49](#) *ILC, YILC*, v. II (1958), p. 8, art. 10.

[50](#) ECII, *supra* nota 4, artigo 36, § 6.

[51](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 340. O autor lembra a possibilidade de o próprio demandante levantar uma hipótese de exceção preliminar. Ver: caso *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, Judgment, 15 June 1954, p. 28-29. ABI-SAAB, Georges. *Les Exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Internationale*, Paris: Pédone, 1967, p. 37.

[52](#) *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, Judgment, 18 August 1972, p. 56.

[53](#) *Oil Platforms*, Judgment, 12 December 1996, p. 31; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment, 26 November 1984.

[54](#) *Nuclear Tests*, Judgment, 20 December 1974, p. 363. De fato, como se verá, é uma distinção simples, na medida em que a exceção de incompetência pretende um caráter permanente, ao passo que a exceção por inadmissibilidade da demanda refere-se a um caráter temporário da objeção.

[55](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 348.

[56](#) *Border and Transborder Armed Actions*, Removal of the case from the Court's list, 19 August 1987.

[57](#) Argumentos que evidentemente encontram respaldo no possível âmbito de jurisdição da Corte, como esclarecido acima, em *Jurisdição*. Diversas exceções preliminares, calcadas em vários argumentos podem estar concomitantemente presentes no mesmo processo.

[58](#) PELLET, *supra* nota 6, p. 921-922.

[59](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 348. *Prosecutor v. Momir Nikolic*, Judgment, 2 December 2003, par. 148 ; *Prosecutor v. Miroslav Deronjic*, Judgment, 20 July 2004, par. 31

[60](#) Isto é, caso haja um conflito semelhante em trâmite — estando verificada a identidade das partes, do objeto e da *causa petendi* — deve a CIJ suspender o julgamento, para assim evitar o risco de um duplo julgamento.

[61](#) Da mesma forma, a Corte deve suspender o processo para evitar julgar novamente um mesmo processo já devidamente encerrado. Para um aprofundamento sobre a matéria: BRANT, Leonardo Nemer C. *A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[62](#) Sobre o tema, ver: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. Brasília: UnB, 1997.

[63](#) *Interhandel*, Judgment, 21 March 1959; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, 20 July 1989. Sobre o tema, ver: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. Brasília: UnB, 1997.

[64](#) “A intervenção é, portanto, um incidente processual por meio do qual um determinado Estado pretende participar de uma instância jurisdicional litigiosa entre dois Estados distintos.” Sobre o tema, ver: TORRES BERNAIDEZ, L’Intervention dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice, 256 *H.R.*, 1995, p. 193; CHINKIN, Third Party Intervention Before the International Court of Justice, 80 *A.J.I.L.*, 1986, p. 495; Regulamento da Corte, 1º de julho de 1978, artigos 81-86. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>. Acesso em: 17 nov. 2007; JESSUP, Intervention in the International Court, 75 *A.J.I.L.*, 1981, p. 903

[65](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 360.

[66](#) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, Judgment of 13 September 1990, p. 92.

[67](#) *Ibidem*, p. 113-114, par. 51.

[68](#) Caso *Continental Shelf*, Judgment, 21 March 1984, p. 26-27, p. 46-47. Vale notar o artigo 10 da Resolução adotada pelo International Law Institute: “Intervention under Article 62 of the Statute of the International Court of Justice and similar texts in other statutes requires the existence of an interest of a legal nature on the part of the intervening State. That means that rights or obligations of this State under public international law can be affected by the decision”.

[69](#) TORRES BERNARDEZ, S. L’intervention dans la procédure de la Cour International de Justice, *RdC* 256 (1995), 195 et seq., (289-295); DOUSIS, E. L’intérêt juridique comme condition de l’intervention devant la Cour Internationale de Justice, *RHDI* 52 (1999), 281 et seq., (288).

[70](#) PALCHETTI, Paolo. Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond, v. 6 *MPYUNL*, (2006), p. 139-165. Tal rigor na exigência de um verdadeiro dano ao interesse jurídico do Estado foi analisado em diversos casos em que se requiritava autorização para intervenção, como os casos: *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, Judgment of 13 September 1990, p. 92; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, Judgment of 11 June 1998.

[71](#) Obviamente não será necessário provar o vínculo jurisdicional se as partes, expressa ou tacitamente, concordarem que o Estado interveniente se torne parte litigante.

[72](#) RUDA, J. M. Intervention before the International Court of Justice, *Fifty Years of International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge: Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, 1996, p. 501.

[73](#) *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, Judgment of 13 September 1990, p. 92. Vale notar que este foi o primeiro caso em que uma intervenção foi aceita pela Corte, ainda que a Nicarágua não tenha aparecido como parte, e tenha apenas tido o direito de ser ouvida pela Corte.

[74](#) *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan*, Judgment, 23 October 2001, p. 33-34, par. 85; PALCHETTI, *supra* nota 68, p. 139-165. Como suscitado pela Indonésia no trecho citado e por parte da doutrina, seria uma função similar à do *amicus curiae*.

[75](#) “The future judgment will not merely be limited in its effects by Article 59 of the Statute: it will be expressed, upon its face, to be without prejudice to the rights and titles of third States.” Caso *Continental Shelf*, Judgment, 21 March 1984.

[76](#) “Moreover, there may be a situation in which Article 59 of the Statute offers only an imperfect protection of the interests of the State, having regard to the nature of the rights at issue and the possible consequences of the Court’s decision.” Caso *Continental Shelf*, Judgment, 21 March 1984, p. 26-27, p. 46-47.

[77](#) *Continental Shelf*, Judgment, 14 April 1981, p. 28-29.

[78](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 372.

[79](#) *ECIJ*, *supra* nota 4, art. 41.

[80](#) Regulamento da Corte Internacional de Justiça, *supra* nota 62, arts. 73-78.

[81](#) *Passage through the Great Belt*, Application, 17 May 1991, p. 17, par. 23.

[82](#) BATTERSBY, Gregory J. and GRIMES, Charles. Enforcement Actions Worldwide — Survey of Jurisdictions Worldwide (Chapter 15), *Law of Merchandise and Character Licensing*, (2007), p. 1.

[83](#) *LaGrand*, Application, 2 March 1999, p. 34.

[84](#) *Passage through the Great Belt*, Application, 17 May 1991, p. 17, par. 23.

[85](#) *Ibidem*, p. 17, par. 24.

[86](#) SZALBO, Eelco. Provisional Measures in the World Court: Binding or Bound to Be Ineffective. v. 10 *LJIL*, (1997), p. 476.

[87](#) *LaGrand*, Application, 2 March 1999, p. 34.

[88](#) CVDT, 26 de Maio de 1969, 1155 UNTS 323.

[89](#) SZALBO, *supra* nota 84, p. 476.

[90](#) International Law Commission Draft Articles on State Responsibility, 1980 *YILC*, v. II, Parte 2, art. 1.

[91](#) *ECIJ*, *supra* nota 4, artigo 60.

[92](#) “According to a well-established and generally recognized principle of law, a judgment rendered by such a judicial body is *res judicata* and has binding force between the parties to the dispute”; caso *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*.

[93](#) *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*; ANZILOTTI, P., *Cours de droit international*, Paris: LGDJ, p.87.

[94](#) SHAHABUDDEEN, M. *Precedent in the World Court*, Cambridge: Grotius Publications, p. 2.

[95](#) BASDEVANT, J. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris : Sirey, p. 114.

[96](#) BOWER, Spencer; TURNER, Alexander. *The doctrine of res judicata*, London: Butterworth, p. 17-19.

[97](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 420.

[98](#) Idem, p. 420; Essa questão foi discutida em três situações distintas: o reenvio especial de um caso contencioso à Corte, a reanálise de uma sentença arbitral e a reanálise de uma decisão de tribunal interno. Sobre esse assunto, Idem, p. 421-425.

[99](#) Regulamento da CIJ, art. 98.

[100](#) *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*.

[101](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 432. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case*.

[102](#) ZOLLER, E. Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales, AFDI, 1978, p. 331. O parágrafo 1 do artigo 61 do Estatuto da Corte estabelece que "O pedido de revisão de uma sentença só poderá ser feito em razão do descobrimento de algum fato suscetível de exercer influência decisiva, o qual, na ocasião de ser proferida a sentença, era desconhecido da Corte e também da parte que solicita a revisão, contanto que tal desconhecimento não tenha sido devido à negligência". Como se vê pela exigência dos critérios, o objetivo da revisão é o questionamento de uma decisão anteriormente proferida pela Corte, sobre aquele litígio específico.

[103](#) Regulamento da CIJ, arts. 98, 99.

[104](#) *Northern Cameroons*, Judgment, 2 December 1963, p. 37.

[105](#) BRANT, *supra* nota 14, p. 440.

[106](#) Como exemplos de casos cujo cumprimento da sentença não se deu de forma espontânea como é comum, ver: *Corfu Channel*, Judgment of 15 December 1949; *Fisheries Jurisdiction*, Judgment of 25 July 1974; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Application, 9 April 1984; *Nuclear Tests*, Application, 9 May 1973; *Nuclear Tests*, Application, 9 May 1973.

[107](#) *North Sea Continental Shelf*, Special Agreement, 20 February 1967, p. 47-48; "... é admissível aceitar que a Corte tenha sido convocada, como foi no verão de 1969, somente para indicar princípios e regras jurídicas sobre as quais deveria fundar-se um acordo de delimitação".

[108](#) Carta das Nações Unidas, *supra* nota 9, art. 94, par. 2.

[109](#) PELLET, *supra* nota 6, p. 927. Cabe ainda observar a justificativa apresentada por Pellet, de que "se em um caso de litígio pendente uma das partes estivesse autorizada a solicitar ao Tribunal um pedido de parecer, ela poderia colocar os outros protagonistas perante um "fato jurídico consumado (...). Além disso, (...) poderia ser introduzida uma forma de jurisdição obrigatória".

[110](#) BROWNLIE, *supra* nota 5, p. 757.

[111](#) Como exemplos de casos em que instituições especializadas utilizaram-se dos pareceres consultivos, ver *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco*, Advisory Opinion, 23 October 1956; *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, Advisory Opinion, 8 June 1960; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 20 December 1980.

[112](#) *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, Request for Advisory Opinion, 3 September 1993.

[113](#) PELLET, *supra* nota 6, p. 929. ECIJ, *supra* nota 4, artigo 65.

[114](#) BRANT, *supra* nota 13, p. 458.

[115](#) BLOED, A.; VAN DICK, P. (Editores). *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equity and Equality*, Utrecht: Europa Instituut, 1988; DAMROSCH, Lori Fisler (Editor). *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York: Transnational, 1987; GROSS, Leo. *The Future of the International Court of Justice*, 2 vo-lumes, New York: Oceana, 1976; FRANCK, Thomas M. *Judging the World Court*, New York: Priority Press, 1986; FALK, Richard. *Reviving the World Court*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1986.

[116](#) Jenks observa a importância de um parecer a respeito da existência ou alcance de uma norma costumeira internacional, que tende a influenciar o direito no que concerne aquela matéria, de forma ampla. JENKS, W. *The prospects of international adjudication*, London: Stevens and Sons, p. 671.

[117](#) Vale destacar, por exemplo, o caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Application, 9 April 1984, em que a Corte condenou o uso da força pelos Estados Unidos, por meio de uma importante decisão no âmbito das relações entre Estados. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Application, 9 April 1984.

[118](#) United Nations General Assembly Resolution A/51/950 (1997); United Nations General Assembly Resolution A/57/387 (2002); United Nations General Assembly Resolution A/59/2005 (2005); United Nations General Assembly Resolution A/60/692 (2006).

[119](#) “The United Nations was never intended to be a utopian exercise. It was meant to be a collective security system that worked.” United Nations General Assembly Resolution A/59/565 (2004).

[120](#) Ressaltem-se os casos *Legality of Use of Force*, Application, 29 April 1999, nos quais, na impossibilidade de opor-se, por intermédio da Corte, a uma organização internacional (a OTAN, no caso específico), a antiga Iugoslávia entrou com dez casos, um contra cada um dos membros da referida Organização. *Legality of Use of Force*, Application, 29 April 1999, *supra* nota 12.

[121](#) SCELLE, Georges; *RdC; 46 Hague Recueil des Cours*, 1933; v. IV, p. 343.

[122](#) ILC Study Group, Koskenniemi, Martti (Rapporteur), Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, UN Doc.A/CN.4/L.682(2006).

[123](#) Discurso à Sessão Plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas pelo Juiz Stephen M. Schwebel, Presidente da Corte Internacional de Justiça, 26 de outubro de 1999.

[124](#) KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties, v. 15 LJIL, (2002), p. 553-579; ABI-SAAB, Georges. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks, v. 31 *N. Y. U. J. INT'L L. & Pol.*, (1999), p. 919-933; OELLERS-FRAHM, Karin. Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction — Problems and Possible Solutions, v.5 MPYUNL, (2001), p. 67-104.

[125](#) CHARNEY, J. I, The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals, 31 *N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.* 697, (1999).

[126](#) Discurso à Sessão Plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas pelo Juiz Stephen M. Schwebel, Presidente da Corte Internacional de Justiça, 26 de outubro de 1999.

[127](#) Ver a declaração do Tribunal Criminal Internacional para a antiga Iugoslávia, na qual, diante da alegação de que este estaria vinculado às decisões da Corte Internacional de Justiça, deixou claro que gozava de autonomia, por ser um corpo judicial independente, e que não havia hierarquia entre aquele Tribunal e a Corte. *The Prosecutor v. Zejnil Delali'c, Zdravko Muci'c, Hazim Deli'c and Esad Land* (Decision), ICTY, IT-96-21-A, A. Ch., 2001, p. 9,10, par. 24, 26.

[128](#) Carta das Nações Unidas, *supra* nota 9, artigo 92.

[129](#) RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1975, p. 91.

[130](#) JESSUP, Phillip C. *A Modern Law of Nations*. New York: The Macmillan Company, 1952, p. 221.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM

CLAUDIA PAIVA CARVALHO¹

FLÁVIA FONSECA PARREIRA STORTI²

LUCAS MENDES TEIXEIRA DE FREITAS³

“Que os primeiros juizes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham elegido, a que o nome de árbitros convém mais que o de juizes; que o mais sagrado dos Tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo”⁴.

1. INTRODUÇÃO HISTÓRICA

A Corte Permanente de Arbitragem (CPA) foi estabelecida pela Convenção para a Solução Pacífica de Disputas Internacionais⁵, concluída em Haia em 29 de julho de 1899, durante a primeira Conferência da Paz de Haia. A Conferência foi proposta pelo czar Nicolas II da Rússia “com o objetivo de procurar os meios mais eficazes de assegurar a todos os povos os benefícios de uma paz real e durável, e, sobretudo, de limitar o desenvolvimento de armamentos” (tradução livre)⁶. As discussões tinham dois temas centrais: desarmamento e arbitragem. Todas as potências europeias estavam presentes, além de novos atores internacionais, notadamente os Estados Unidos, mas também, o Brasil e o México⁷. O encontro foi visto com ceticismo pelos governos porque a Rússia era a maior potencia bélica na época, e os Estados mostravam-se pouco dispostos

a concessões⁸. Neste cenário, o maior feito da reunião foi a criação da Corte Permanente de Arbitragem: o primeiro mecanismo global para a resolução de disputas entre Estados.

A CPA começou a operar em 1902. Alguns anos mais tarde, em 1907, na segunda Conferência de Paz de Haia, a Convenção de 1899 foi revisada, e as regras que conduziam os procedimentos arbitrais foram aperfeiçoadas⁹. A CPA solucionou litígios importantes na época, como o caso “Carthage”¹⁰ e “Manouba”¹¹ (1913) — a respeito da apreensão de embarcações —, o da Fronteira do Timor¹² (1914) e o da Soberania sobre as Ilhas de Palmas¹³ (1928). Esses casos demonstraram que o sistema de tribunais internacionais arbitrais poderia decidir de modo pacífico disputas entre Estados, com imparcialidade e com fundamento no direito internacional. O sucesso inicial inspirou os países a criarem a Corte Permanente Internacional de Justiça (CPIJ) em 1921, antecessora da Corte Internacional de Justiça (CIJ) fundada em 1945.

Com a criação da CIJ, a CPA entrou num período de baixa atividade, uma vez que ambas detinham praticamente as mesmas funções. A CIJ aproveitou o bom legado de uma jurisdição internacional imparcial deixado pela CPA, somando a isso a vinculação às Nações Unidas e a formação de um corpo fixo de juízes, o que aumentou respectivamente a institucionalização e a confiabilidade da nova jurisdição. Dessa forma, a CIJ acabou substituindo a CPA nos conflitos entre Estados. Nesse sentido, conclui-se que o êxito inicial da CPA foi a causa principal do seu próprio ostracismo, uma vez que seu sucesso serviu de base para a criação de órgãos judiciais internacionais permanentes, mais complexos e com competência concorrente com a da CPA. É certo, no entanto, que a CPA vem sendo recuperada recentemente, com a modernização e diversificação dos serviços prestados.

2. ORGANIZAÇÃO DA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (CPA)

Atualmente, 111 Estados são partes de uma ou de ambas as Convenções de Haia, tendo havido um aumento nas adesões nos últimos anos, a exemplo da Nova Zelândia e das Filipinas, que, em 2010, tornaram-se signatárias da Convenção de 1907. O Brasil é signatário das duas Convenções desde 1907 e 1914, respectivamente. A CPA tem sede no Palácio da Paz em Haia e

conta, ainda, com uma representação regional na Costa Rica. O Palácio abriga também a Corte Internacional de Justiça desde 1946, embora as duas instituições operem separadamente.

A CPA não consiste em órgão judicante pleno, mas em uma instituição integrada por seu Escritório Internacional e por uma relação de árbitros indicados por cada Estado-parte da Convenção, os quais compõem os grupos nacionais¹⁴.

O Escritório Internacional é formado pela Secretaria Geral e pelo Conselho Administrativo. O Conselho é composto por diplomatas dos países signatários e presidido pelo Ministro de Relações Exteriores dos Países Baixos. Compete-lhe decidir sobre as questões administrativas que possam surgir relacionadas ao funcionamento dos tribunais arbitrais¹⁵. Já a Secretaria Geral é chefiada pelo Secretário-Geral, que exerce as funções de registrar as demandas e elaborar os orçamentos da CPA¹⁶.

No que toca a relação de árbitros, cada grupo nacional é constituído por quatro pessoas indicadas pelo Estado-Membro que detenham saber notório em questões de direito internacional, reputação moral ilibada e que estejam dispostas a aceitar as incumbências de árbitro. Os selecionados são membros da CPA, formando uma lista de árbitros que é notificada a todos os Estados signatários¹⁷. Um único membro pode ser escolhido por mais de um país, por acordo ou coincidência, e a duração do mandato é de seis anos, passível de renovação¹⁸. Os grupos nacionais têm a prerrogativa de nomear candidatos para disputarem as eleições para a CIJ, conforme artigo 4 (1) do Estatuto da CIJ. O Grupo Nacional do Brasil é atualmente (2011) composto por Celso Lafer, Nádia de Araújo, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros e Eduardo Grebler¹⁹.

3. SERVIÇOS PRESTADOS PELA CPA

No princípio, a CPA surgiu com o objetivo de facilitar o recurso à arbitragem e a outros métodos de resolução dos litígios unicamente entre Estados. Porém, no decorrer dos anos, a CPA transformou-se em uma instituição de arbitragem moderna, oferecendo à comunidade internacional uma grande variedade de serviços para a resolução dos litígios internacionais, conforme exposto a seguir.

3.1. Regulamentos de arbitragem e de conciliação

Dentre os serviços prestados pela CPA, destaca-se a administração de procedimentos arbitrais que interessem aos Estados ou organizações intergovernamentais nas controvérsias que tenham entre si ou com entidades privadas²⁰. Ademais, o Escritório Internacional da CPA pode fornecer aos tribunais arbitrais, no âmbito de arbitragens *ad hoc* ou sob os auspícios de outras instituições de arbitragem, salas de audiência e apoio administrativo.

Os Regulamentos sobre Arbitragem e Conciliação da CPA foram baseados nas Regras da UNCITRAL²¹, tendo em vista seu caráter universal e flexível. Podem ser submetidas à CPA disputas entre Estados e organizações internacionais, entre duas ou mais organizações internacionais, entre um Estado e uma pessoa privada e entre uma organização internacional e uma pessoa privada²². Assim, as Regras de Arbitragem da CPA podem ser utilizadas para solucionar conflitos advindos de tratados ou convenções multilaterais bem como de contratos multiparte.

3.2. Regras para resolução de disputas ambientais (environmental rules)

Cada vez mais aumenta a preocupação com a implementação de acordos ambientais, ou seja, com a sua observância e a eficácia dos seus mecanismos de solução de controvérsia. Existem duas razões principais para isso. A primeira é eminentemente política, a saber, o desejo de assegurar o cumprimento das obrigações ambientais, visando alcançar os objetivos da proteção ambiental. O segundo é econômico, uma vez que as obrigações ambientais internacionais dirigem-se frequentemente às atividades econômicas e, sendo assim, os Estados temem que o não cumprimento por outros Estados venha a trazer vantagens econômicas para aquele que violar o tratado. Dessa forma, a atenção dada aos detalhes procedimentais para a solução de disputas ambientais é cada vez maior²³.

Tendo em vista a demanda por mecanismos eficazes de solução de controvérsias nessa área, e buscando tornar-se um fórum para disputas ambientais, a CPA inspirou-se no princípio 26 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992²⁴. Esse princípio dispõe que todas as disputas ambientais devem ser solucionadas pacificamente e por meios apropriados, de acordo com a Carta das Nações Unidas²⁵. Nesse

sentido, a CPA, no curso da década de 1990, empreendeu um programa para a adoção de regras opcionais relacionadas ao campo de recursos naturais e do meio ambiente.

Em 1997, a CPA formou um grupo de trabalho composto por juristas e advogados especialistas na área, com vistas à criação de mecanismos para definir e solucionar contenciosos referentes a direito internacional ambiental e recursos naturais²⁶. O grupo propôs duas funções específicas para a CPA que seriam úteis tanto na prevenção quanto na solução de disputas ambientais. Primeiramente, identificar um papel institucional para a CPA na fixação dos novos dispositivos sobre disputas de tratados ambientais — *e.g.*, as cláusulas-modelo. Em segundo lugar, identificar, nos acordos ambientais existentes, os dispositivos de solução de contenciosos e, a partir deles, de que maneira a CPA poderia atuar, com sua capacidade e experiência, através de três importantes mecanismos: *fact finding*²⁷, conciliação, e arbitragem²⁸.

A CPA aprovou o trabalho do grupo e adotou as Regras Opcionais para a Arbitragem de Disputas Relacionadas aos Recursos Naturais e/ou o Meio Ambiente no dia 19 de junho de 2001²⁹. Segundo as regras, a CPA oferece um painel de árbitros especialistas em direito relativo ao meio ambiente e/ou recursos naturais e uma lista de peritos científicos e técnicos, também constituída com base nas indicações dos Estados-membros. As partes litigantes podem escolher conciliadores e árbitros do painel de especialistas, da lista regular de membros da CPA ou da lista de peritos científicos e técnicos. Entretanto, a escolha dos conciliadores, árbitros ou peritos não é limitada aos painéis e às listas da CPA³⁰.

Apesar das facilidades oferecidas pela CPA, ainda é difícil avaliar as vantagens e desvantagens das Regras Opcionais para a Arbitragem de Disputas Relacionadas aos Recursos Naturais e/ou o Meio Ambiente, uma vez que os mecanismos pouco foram usados na prática. Via de regra, os Estados mostraram relutância para utilizar os procedimentos formais de disputa estabelecidos sob os tratados. Isso porque uma fraqueza notável nas cláusulas de solução de disputas adotadas atualmente é a falta — na grande maioria dos acordos — do caráter compulsório. E mesmo quando a natureza dos dispositivos de solução de controvérsias é compulsória (como, por exemplo, na United Nations Convention on the Law of the Sea de 1982³¹),

vários procedimentos — como o *fact finding* e o não cumprimento (*non compliance*) — podem prescindir de resultados vinculantes.

A submissão de disputas ambientais a mecanismos de solução de controvérsia não é, portanto, frequente, pois, além de a submissão das disputas não ser obrigatória, tais conflitos envolvem questões de evidente sensibilidade política e diversas concessões feitas nas negociações iniciais para conclusão de um acordo poderiam, em determinados casos, ser direta ou indiretamente afetadas por uma disputa ambiental.

3.3. Comitê Diretor em Processos Internacionais de Pedidos Coletivos³²

Em setembro de 2000, a CPA criou o Comitê Diretor em Processos de Pedido Coletivo (Comitê) a fim de instruir-se sobre os vários pedidos coletivos que vêm sendo formulados nos últimos anos³³. O propósito de tais pedidos é solucionar um grande número de demandas advindas de um mesmo evento catastrófico como, por exemplo, guerras ou revoluções³⁴. Assim, o Escritório Internacional da CPA incorporou em seu programa de trabalho a tarefa de coletar, analisar e comparar os diversos processos de pedido coletivo³⁵.

Parte do trabalho atribuído ao Comitê consiste na produção de um guia de matérias que devem ser consideradas em futuros processos desse tipo. Não se trata de um regulamento a ser obedecido estritamente, mas de uma lista prática de itens que podem ser úteis ao mecanismo dos pedidos coletivos. Nessa lista, estariam incluídos: a instauração do processo e a determinação de sua natureza jurídica; o controle da fase inicial; a seleção dos árbitros; as regras procedimentais; o suporte informático e outras facilidades, além de medidas para garantir a transparência do procedimento³⁶. O Comitê deve considerar ainda os tipos de apoio a serem oferecidos pela CPA em futuros processos de pedidos coletivos.

Vale ressaltar que o trabalho do Comitê é de interesse não só daqueles envolvidos nesses processos contidos no projeto, mas também de profissionais em arbitragem internacional, tanto interestatal como entre entes privados.

3.4. Mecanismo do *fact finding* (Comissão de Inquérito)

Na Convenção de 1899, apenas seis artigos eram dedicados às Comissões Internacionais de Inquérito. Essas disposições foram incrementadas na Convenção de 1907, que passou a contar com vinte e nove artigos detalhados sobre o tema.

O Comitê Diretor atribuiu ao Escritório Internacional o encargo de fixar regras opcionais para procedimentos de inquérito, que as partes podem ou não adotar³⁷. Ademais, as Regras da CPA para Comissões de Inquérito, *fact finding*, podem ser utilizadas por outros Estados e partes que não sejam necessariamente signatários das Convenções.

A autonomia das partes foi preservada nos procedimentos *fact finding* na medida em que elas têm a prerrogativa de acordar quando e de que modo a Comissão de Inquérito (Comissão) deve ser formada, bem como a extensão de seus poderes³⁸. As partes são livres também para identificar quais fatos devem ser objeto de investigação pela Comissão e o local em que a mesma deve estabelecer-se. A não ser que as partes acordem de modo diferente, a Comissão estabelece-se em Haia³⁹.

Tendo em vista a especificidade e a natureza *ad hoc* dos procedimentos *fact finding*, não cabem cláusulas e acordos-modelo para recorrer a essas regras⁴⁰. A parte que estiver iniciando o procedimento *fact finding* deve notificar a outra parte, indicando brevemente os fatos que serão submetidos à Comissão. Tal notificação deve ser enviada também ao Escritório Internacional. Caso a outra parte se recuse a aderir ao procedimento, o inquérito não será realizado sob as regras da CPA.

Com respeito à constituição da Comissão, ela deverá ser formada por um, três ou cinco membros que serão nomeados por acordo das partes⁴¹. No caso de serem em número de três ou cinco, cada parte aponta um ou dois membros que deverão escolher o presidente da Comissão⁴². As partes podem, ainda, requerer a assistência do Secretário-Geral da CPA como autoridade nominadora ou para designar uma autoridade nominadora que faça a escolha dos membros⁴³.

O papel da Comissão consiste em averiguar os fatos em relação aos quais as partes divergem, através de uma investigação imparcial e independente. A Comissão poderá conduzir o *fact finding* da forma que considerar apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que em

qualquer estágio dos procedimentos seja garantida a cada uma a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos⁴⁴. Por outro lado, as partes devem cooperar com a Comissão de boa-fé e atender aos pedidos para apresentar documentos escritos, provas e comparecer a audiências⁴⁵.

Os assuntos relativos ao procedimento de *fact finding* — incluindo as investigações, audiências, deliberações e pareceres da Comissão — devem ser mantidos confidencialmente pelas partes e membros da Comissão, a não ser que as partes acordem de modo contrário ou que a publicidade seja um requisito da lei aplicável a uma das partes⁴⁶.

Os membros da Comissão não se restringem aos membros da CPA, até porque o procedimento de *fact finding* geralmente demanda um conhecimento técnico e específico⁴⁷. Vale ressaltar que as regras reconhecem e preveem a necessidade da cooperação dos Estados para auxiliar as Comissões⁴⁸.

Por fim, o procedimento *fact finding* termina com a apresentação de um relatório escrito pela Comissão. A não ser que as partes acordem de modo diferente, tal relatório não será vinculante entre elas⁴⁹.

3.5. Designação de autoridade nominadora pelo Secretário-Geral da CPA segundo as Regras de Arbitragem da UNCITRAL

Segundo as Regras de Arbitragem da UNCITRAL⁵⁰, as partes podem requerer a intervenção da autoridade nominadora em diferentes situações⁵¹. Em primeiro lugar, nos casos em que o painel é formado por um único árbitro e as partes não entram em acordo sobre a indicação dentro do prazo previsto⁵². Em segundo lugar, quando são três árbitros e uma das partes não escolhe o árbitro que lhe compete no prazo previsto ou se os dois árbitros indicados não concordam na escolha do árbitro presidente⁵³.

Outra hipótese em que as partes podem requerer a intervenção da autoridade nominadora diz respeito à impugnação de um árbitro. Nesse sentido, primeiramente, o pedido será apreciado pela autoridade nominadora já determinada ou a ser designada⁵⁴. Caso deferida a impugnação e não havendo comum acordo entre as partes, a autoridade nominadora poderá ser chamada a proceder à indicação do árbitro.

Por fim, com relação aos honorários dos árbitros, cada parte também poderá solicitar à autoridade nominadora uma declaração fixando a base de cálculo dos honorários habitualmente aplicados nos litígios internacionais⁵⁵.

Em todos os casos, se as partes não concordarem na escolha da autoridade nominadora ou se a autoridade escolhida não nomear o árbitro dentro de 60 (sessenta) dias após o pedido, o Secretário-Geral da CPA deverá designar a autoridade nominadora conforme os artigos 6-8 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL. Além disso, quando lhe for solicitado ou quando for designado na cláusula arbitral ou em acordo subsequente entre as partes, o Secretário-Geral ou o Escritório Internacional poderão atuar como autoridade nominadora⁵⁶.

4. O PROCEDIMENTO ARBITRAL DA CPA

4.1. Jurisdição da instituição

Originariamente, a CPA foi apresentada como uma instituição incumbida de administrar disputas entre Estados. Não obstante, com o tempo, o âmbito de sua jurisdição foi ampliado, passando a englobar organizações internacionais e inclusive entidades privadas⁵⁷. Para optar pela administração da CPA não é necessário que um Estado seja parte das Convenções de 1989 e/ou 1907 e, em contraposição, o fato de um Estado ser parte de uma dessas Convenções não estabelece jurisdição compulsória⁵⁸. Além disso, o leque de matérias que podem ser submetidas à jurisdição da CPA é ilimitado, e as disputas, em princípio, podem ser iniciadas a qualquer tempo, já que qualquer restrição quanto a esses aspectos só poderá advir do próprio acordo arbitral. Em suma, para que a CPA tenha jurisdição, basta o acordo entre as partes envolvidas⁵⁹.

É importante destacar que, nos casos em que uma ou ambas as partes sejam Estados ou organizações interestatais, a existência do acordo arbitral submetendo a disputa às regras da CPA significa renúncia à imunidade diplomática por essas partes⁶⁰.

Tendo em vista a própria natureza da arbitragem, a jurisdição arbitral submetida à CPA será sempre contenciosa, produzindo uma sentença final vinculante entre as partes⁶¹. Por outro lado, métodos de solução de controvérsias não vinculantes, como mediação, conciliação e *fact finding*,

também oferecidos pela CPA, são mais apropriados para aqueles que busquem uma jurisdição consultiva⁶².

Por fim, vale ressaltar que as várias regras procedimentais da CPA reconhecem princípios gerais de arbitragem, como os da *competência da competência e separabilidade da cláusula arbitral*. Referidos princípios implicam que os árbitros têm poderes para decidir sobre sua própria jurisdição e que a invalidade do instrumento em que a cláusula esteja contida não significa, necessariamente, a invalidade da própria cláusula e, conseqüentemente, a falta de jurisdição do tribunal arbitral⁶³.

4.2. Lei aplicável

Neste ponto, deve ser analisada a escolha das regras procedimentais e da lei material que regerá a disputa.

Quanto às regras procedimentais, em princípio serão aplicadas aquelas acordadas entre as partes. Entretanto, tanto as Regras de Arbitragem da UNCITRAL quanto as diversas regras da CPA oferecem bastante flexibilidade para as partes modificarem alguns de seus dispositivos e, também, para os árbitros conduzirem a arbitragem da maneira que considerarem apropriada. Em muitos casos, inclusive, os árbitros podem apoiar-se na lei processual do lugar da arbitragem para preencher as lacunas existentes nas regras procedimentais aplicáveis. Portanto, o tribunal goza de discricionariedade na condução da arbitragem, desde que trate as partes com equidade, obedeça ao princípio do devido processo legal e não contrarie a vontade comum das partes⁶⁴.

Da mesma maneira, as partes também têm ampla liberdade para escolher a lei material. Na falta de consentimento entre as partes, as regras da CPA determinam que o tribunal irá aplicar regras gerais de Direito Internacional ou outro corpo de lei determinado pelas regras de conflito de leis⁶⁵. Nos casos que envolvam organizações internacionais, o tribunal é orientado a observar as regras da organização em questão e o seu tratado constitutivo⁶⁶; e, para todos os casos, independente das partes envolvidas, é importante observar os termos contratuais e os usos comerciais relevantes⁶⁷. Por fim, apenas se as partes estiverem de comum acordo, pode o tribunal decidir a disputa *ex aequo et bono*, ou seja, pela equidade⁶⁸.

4.3. Lugar da arbitragem

O lugar oficial da arbitragem é particularmente importante, pois além de influenciar na escolha da lei processual pode trazer repercussões no reconhecimento e execução da sentença arbitral em outro país⁶⁹. De acordo com as diversas regras da CPA, se as partes não acordarem por outro lugar, a arbitragem deverá ser realizada em Haia⁷⁰. Entretanto, as partes e os árbitros ainda estarão aptos a realizar audiências, encontros e deliberações fora do lugar de arbitragem⁷¹.

As audiências devem ser realizadas *in camera*, a não ser que as partes acordem de forma diversa. Essa opção inspira-se no princípio da confidencialidade, característico das arbitragens contemporâneas e que visa resguardar as partes da exposição de possíveis informações sigilosas veiculadas ao longo do processo arbitral⁷². Por fim, os procedimentos devem ser conduzidos no idioma escolhido pelas partes ou determinado pelos árbitros⁷³.

4.4. Constituição do tribunal arbitral

A arbitragem inicia-se no momento em que parte autora notifica a outra parte do surgimento da disputa. O número de árbitros⁷⁴ e a forma de sua escolha são determinados pelas partes. Embora as Convenções de 1899 e 1907 limitassem a escolha das partes à lista de membros da CPA⁷⁵, essa regra não é mais aplicada, podendo-se considerar que ocorreu uma revogação tácita. O método mais tradicional de escolha envolve a nomeação de um árbitro por cada parte e, posteriormente, a escolha do árbitro presidente pelos dois árbitros já indicados⁷⁶. Caso uma das partes não escolha seu árbitro ou não se chegue a um acordo quanto ao terceiro árbitro, a nomeação será feita pela autoridade nominadora escolhida pelas partes ou designada pelo Secretário Geral da CPA⁷⁷.

As partes são livres, outrossim, para determinar um método diferente de seleção dos árbitros, exigir o domínio de um conhecimento específico e impor restrições em sua nacionalidade⁷⁸. Por exemplo, nas disputas relacionadas a recursos naturais e ao meio ambiente, é aconselhável que os árbitros sejam experientes e especialistas nesta área.

Em contrapartida, as partes também têm o poder de contestar a imparcialidade e independência do árbitro, pedindo seu afastamento⁷⁹. Se ambas as partes estão de acordo com o afastamento ou se o árbitro abdica de seu posto, um árbitro substituto é apontado da mesma forma que o original havia sido escolhido. De outro modo, na falta de acordo, a questão será decidida pela autoridade nominadora.

4.5. Disputas arbitrais entre mais de duas partes e intervenção de terceiros

Com o devido acordo de todas as partes envolvidas, disputas envolvendo mais de duas também podem ser submetidas à CPA. A instituição tem regras para a adaptação de suas diversas regras procedimentais a esse tipo de disputa⁸⁰, principalmente no que diz respeito à nomeação dos árbitros e divisão das custas.

Em muitas arbitragens interestatais envolvendo a interpretação de um tratado multilateral, por exemplo, o próprio tratado pode requisitar que as partes notifiquem os outros Estados Signatários e estes, em alguns casos, terão o direito de intervir⁸¹. Apesar de as Convenções de 1899 e 1907 contemplarem essa possibilidade⁸², não existem regras para tal intervenção.

De fato, a intervenção de terceiros, em geral, como incidente processual, não é permitida nos procedimentos submetidos às regras da CPA. Da mesma maneira, não existem dispositivos regulando a submissão de cartas de *amicus curiae*, que não são considerados terceiros intervenientes mas simples “amigos da corte” que expressam pareceres opinativos. Essas restrições quanto à intervenção de terceiros e interposição de *amicus curiae* justifica-se em razão da privacidade dos acordos arbitrais⁸³.

4.6. A sentença arbitral

A decisão final do tribunal é feita pelos árbitros através de uma sentença na forma escrita que, em princípio, deve conter os fundamentos e razões da decisão⁸⁴. As regras da CPA determinam que a sentença somente será publicada com o consentimento das partes, embora as Convenções de 1899 e 1907 dispusessem de outra maneira⁸⁵. Essa sentença, como qualquer sentença arbitral, põe fim à disputa e vincula as partes, sendo que nenhuma

das partes tem o direito de recorrer da decisão, que deve ser executada sem protelações⁸⁶.

Vale ressaltar que, se as partes conseguirem acordar uma solução para a controvérsia antes do final do procedimento arbitral, o tribunal poderá redigir os termos do acordo em forma de sentença arbitral, homologando-o, portanto⁸⁷.

A execução de sentença contra entes privados deve utilizar-se do sistema judiciário do país em que for requerida, por meio, por exemplo, da Convenção de Nova York para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras⁸⁸. Por outro lado, sentenças em que a parte sucumbente for um Estado devem ser executadas em nível internacional, diante da imunidade processual do Estado à jurisdição doméstica de outro Estado.

5. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

A partir de uma análise das regras que regem as arbitragens e de procedimentos arbitrais realizados pela CPA, percebe-se uma transição no perfil dos sujeitos e das matérias que a ela são submetidos. Após um longo período em que permaneceu praticamente inativa devido à maior adequação da CIJ para as controvérsias entre Estados, a CPA sofreu modificações em suas regras que promoveram a revitalização e ampliação de suas atividades. Desde então, e especialmente a partir da década de 1990, é notório que as disputas não se restringem mais aos Estados. Entre as decisões promulgadas e os casos ainda pendentes, existem conflitos nos quais também figuram partes privadas⁸⁹ e que englobam novas matérias, como investimentos externos, contratos comerciais, meio ambiente e recursos naturais, entre outros⁹⁰.

Nesse sentido, para demonstrar a evolução da jurisprudência na CPA, importa observar que, no início, as disputas eram unicamente entre Estados e versavam preponderantemente sobre divergências territoriais, apreensão de embarcações, soberania, demarcação de fronteiras e conflitos armados.

A título de exemplo, pode-se citar o caso *The Carthage*⁹¹, a arbitragem entre França e Itália que versava sobre a captura e apreensão temporária do navio de correspondência francês “Carthage”, durante a Primeira Guerra

Mundial (1912). O navio fazia a rota Marselha-Túnis quando, perto da costa da Sardenha, autoridades italianas apreenderam-no sob a acusação de contrabando de um avião para o império otomano. O tribunal arbitral decidiu que as autoridades italianas agiram de maneira ilegal e condenou o país a pagar perdas e danos relativos aos prejuízos que os particulares a bordo do Carthage tiveram com a captura e apreensão do navio.

Já em 1914, no caso *Netherlands vs. Portugal (Boundaries in the Island of Timor)*⁹², Países Baixos e Portugal submeteram à arbitragem controvérsia relativa à divisão de suas posses territoriais na Ilha do Timor, uma vez que, após várias tentativas, não conseguiram chegar a uma solução amigável. Ainda na primeira metade do século XX, Estados Unidos e Países Baixos também recorreram à CPA a fim de solucionar conflito referente à soberania sobre a Ilha de Palmas⁹³.

Depois desta decisão em 1928, a PCA passou por um período de estagnação, destacadamente em razão do protagonismo assumido pela CIJ. Somente em 1998 a instituição voltou a ser novamente requisitada no caso entre Eritreia e Iêmen sobre soberania e delimitação de mar territorial⁹⁴. Nesta nova fase, verifica-se a presença de sujeitos não Estatais e a prevalência de casos relacionados à temática ambiental e de investimentos.

Ambos os temas são abordados na disputa entre Bélgica e Países Baixos decidida em 2005⁹⁵. O caso trata da reconstrução, reforma, modernização e reativação da ferrovia *Iron Rhine*, que liga o porto de Antwerp, na Bélgica, à base de Rhine na Alemanha, passando pelo território holandês. A divergência surgiu quanto à alocação de despesas e às exigências legais dos Países Baixos referentes à proteção ambiental. Tendo em vista o direito de trânsito belga e a necessidade de viabilizar o comércio, o tribunal arbitral decidiu pela alocação dos custos entre as partes conforme as obrigações assumidas nos tratados existentes e o retorno que cada país receberia com a revitalização da ferrovia.

Outro caso relevante, o *Eurotunnel*⁹⁶, foi iniciado em dezembro de 2003 e envolve a construção e operação por concessionárias privadas de um túnel submerso no Canal da Mancha, ligando o Reino Unido ao continente europeu. As concessionárias alegam o descumprimento pelos governos da Irlanda do Norte, Reino Unido e França dos contratos e tratados assinados, uma vez que não atenderam às medidas acordadas para viabilizar uma

administração adequada e rentável para os investidores privados. Em 30 de janeiro de 2007 foi proferida uma sentença parcial para a resolução do conflito.

Na atual jurisprudência da CPA, destacam-se ainda dois importantes casos que tratam de questões ambientais. Ambas as controvérsias são travadas entre Irlanda e Reino Unido, envolvendo a instalação de uma usina de reaproveitamento e beneficiamento nuclear que reprocessaria lixo de combustível nuclear transformando-o em um novo e mais potente material: o combustível óxido misto (MOX — Mixed Oxide Fuel).

A primeira disputa que ficou conhecida como “OSPAR” Arbitration⁹⁷ iniciou-se em junho de 2001, quando a Irlanda entrou com um pedido de arbitragem previsto na Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Norte-Leste (OSPAR)⁹⁸. A Irlanda argumentava que o Reino Unido deveria disponibilizar mais informações sobre a usina localizada em instalações nucleares de Sellafield que importaria e processaria um material altamente radioativo, o MOX. Para a Irlanda, a OSPAR Convention⁹⁹ autorizava-a a ter acesso a informações não disponibilizadas pelo governo do Reino Unido nas versões publicadas dos relatórios que fizeram parte do processo de aprovação da usina de MOX. Por outro lado, o Reino Unido negava a jurisdição do tribunal arbitral e a admissibilidade do caso, e alegava que as informações solicitadas eram sigilosas por tratarem de segredos comerciais. A decisão foi proferida em 2003 e julgou que o tribunal arbitral tinha jurisdição para o caso, que a demanda era admissível, mas que o Reino Unido não estava violando a OSPAR ao não fornecer as informações requeridas pela Irlanda¹⁰⁰.

Em outubro de 2001 a Irlanda entrou com outro pedido para a constituição de um tribunal arbitral, agora sob os auspícios da UNCLOS¹⁰¹, que foi denominado “MOX Plant Case”¹⁰² no qual o governo irlandês alegou que a operação da usina contribuiria para a poluição do Mar da Irlanda e enfatizou os riscos potenciais que o transporte de material radioativo geraria com a constante chegada e saída de embarcações da usina. Todavia, na pendência de constituição do tribunal arbitral, a Irlanda entrou com um pedido de medida cautelar¹⁰³ no Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS)¹⁰⁴, visando a resguardar seus direitos sobre o meio marinho previstos pela

UNCLOS. O ITLOS não concordou com os argumentos irlandeses que afirmavam que a entrada em operação da usina provocaria danos irreversíveis ao meio marinho no Mar da Irlanda mas, tendo em vista a importância do princípio da cooperação em matéria ambiental, concedeu liminar que obrigava as partes a cooperar e indicava que os países deveriam fazer consultas entre si, trocar informações sobre as possíveis consequências da operação da usina de MOX e monitorar os riscos e efeitos da usina no Mar da Irlanda, tomando as medidas necessárias para prevenir a poluição do ambiente marinho¹⁰⁵.

Em fevereiro de 2002 o tribunal arbitral foi constituído e procedeu tanto à fase escrita quanto à fase oral da disputa, sendo que em junho de 2003 a Irlanda requereu medidas cautelares voltadas à proteção de seu meio marinho. Entretanto, uma semana após o pedido, o tribunal arbitral ordenou a suspensão do exame tanto de jurisdição e mérito quanto do pedido de cautelares feito pela Irlanda e ordenou uma maior coordenação entre os governos.

Em outubro de 2003 a Comissão das Comunidades europeias entrou na Corte Europeia de Justiça (CEJ) contra a Irlanda, alegando que o país não poderia processar o Reino Unido fora da jurisdição europeia e que a jurisdição do “MOX Plant case” era da CEJ. Logo em seguida, o tribunal arbitral decidiu suspender procedimentos futuros tanto de mérito quanto de jurisdição devido à possibilidade de serem proferidas duas sentenças diferentes sobre o mesmo litígio, uma vez que a Corte Europeia também estava julgando se teria ou não jurisdição sobre o caso¹⁰⁶.

Em 2006, a CEJ arrogou para si a jurisdição sobre o caso e condenou a Irlanda por não ter cooperado e tampouco tentado solucionar o problema em âmbito europeu, bem como por desrespeito à jurisdição da CEJ¹⁰⁷. Desde então, o tribunal arbitral expediu duas ordens suspendendo o envio de relatórios sobre o caso que se encontra pendente, apesar de não haver mais nenhum procedimento em andamento.

Finalmente, para ilustrar como a CPA recuperou também a atuação em conflitos entre Estados, volta-se o foco para a arbitragem entre Eritreia e Etiópia¹⁰⁸, cujas origens remontam à assinatura, em dezembro de 2000, do acordo de Argel, o qual pôs fim ao conflito armado ocorrido entre maio de 1998 e junho de 2000, e previa a formação de duas comissões. A primeira

trataria dos assuntos relativos a fronteiras e deveria delimitar a divisão territorial baseada nos tratados coloniais assinados em 1900, 1902 e 1908 e no Direito Internacional aplicável. Já a segunda seria uma comissão de pedidos¹⁰⁹ que analisaria as reivindicações das partes relativas a perdas, danos e lesões ocasionados pelo conflito armado, além das violações ao Direito Internacional Humanitário e outras violações ao Direito Internacional¹¹⁰. A sentença arbitral final determinando a responsabilidade de cada parte e a condenação em perdas e danos foi proferida em 17 de Agosto de 2009.

Por todo o exposto, percebe-se que os agentes envolvidos em relações de âmbito internacional, de natureza Estatal ou privada, estão novamente depositando confiança nos serviços prestados pela CPA para a solução de eventuais controvérsias. Dessa forma, fica claro que a CPA atualmente desempenha função única entre as Cortes Internacionais, uma vez que pode arbitrar tanto os litígios quanto os conflitos entre Estados, inclusive quando representados por empresas públicas ou de controle estatal, e partes privadas. Ademais, a CPA exerce ainda um papel de jurisdição residual em litígios que envolvam ao menos um Estado, graças à flexibilidade de sua competência tanto *ratione materiae* quanto *ratione personae*, pouco comum em jurisdições que julgam Estados. Dessa forma, vislumbra-se que a CPA venha a consolidar-se como complemento cada vez mais importante das demais jurisdições internacionais, ressalvado sempre que este papel deve ser secundário para evitar que as arbitragens sejam esvaziadas por outras cortes internacionais como ocorreu no caso “MOX Plant”.

¹ Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília — UnB (2011). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG (2010). Intercambista acadêmica da UFMG na Universidade de Wisconsin/Madison, nos Estados Unidos, no segundo semestre de 2008.

² Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG (2009).

3 Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional (GEDI-UFMG). Fundador do Grupo de Estudos em Direito Internacional Ambiental (GEDAI-UFMG). Advogado *Trainee* do Itaú Unibanco S.A.

4 PLATÃO. *De legibus*, Livros: 6 e 12., apud MUNIZ, Antônio. O direito internacional visto pelos tribunais internacionais: Corte Permanente de Arbitragem. In: ARANA, Josyler, CACHAPUZ, Rosane da Rosa (orgs.) *Direito Internacional, Seus Tribunais e Meios de Solução de Conflitos*. São Paulo: Juruá Editora, 2006.

5 1889 – Convention for the Pacific Settlement of International Disputes. Adotada em 29 de Julho de 1889. Entrou em vigor em 4 de setembro de 1900. Publicada em Haia. Ratificada pelo Brasil no dia 15-6-1907, Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/1899ENG.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2007. Doravante, Convenção de Paz de 1889.

6 SCOTT, James Brown. *Las convenciones y declaraciones de La Haya 1889 y 1907*, New York: Oxford University Press, Fundação Carnegie para paz internacional, 1916, p. XV.

7 SOBARZO, Alejandro. El Centenario de la Corte Permanente de Arbitraje. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 1, 2001, p. 325. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/1/art/art10.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2007.

8 Nas palavras do Kaiser Guilherme II: “Nenhuma concessão na arbitragem”. PIJOAN, José. *História del mundo*. Barcelona,: Salvat Editores, 1952, t. 5, p. 399.

9 1907 – Convention for the Pacific Settlement of International Disputes. Adotada em 18 de outubro de 1907. Entrou em vigor em 26 de janeiro de 1910. Publicada em Haia. Ratificada pelo Brasil no dia 6-3-1914, Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/1907ENG.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2007. Doravante, Convenção de Paz de 1907.

10 *The “Carthage”*, *Arbitral Award*, 6 de maio de 1913.

11 *French Postal Vessel “Manouba”*, *Arbitral Award*, 6 de maio de 1913.

12 *Boundaries in the Island of Timor*, *Arbitral Award*, 25 de junho de 1914.

13 *The Island of Palmas Case (or Miangas)*, *Arbitral Award*, 4 de abril de 1928.

14 CAPITHORNE, B. M. The permanent court of arbitration and the election of members of the International Court of Justice. *CanYear-Intlaw*, v. XVI, 1978, p. 315-327.

15 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Rules concerning the organization and internal working of the international bureau of the permanent court of arbitration*, Basic documents: dezembro 1900. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org>. Acesso em: 3 fev. 2007. Doravante, Regras de Organização da CPA.

16 Regras de Organização da CPA. Cf. art. 28.

17 *Ibidem*. Cf. art. 24.

18 *Ibidem*. Cf. art. 23.

19 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *List of Members of the Permanent Court of Arbitration*: junho 2007. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/MC%2020110121.pdf>. Acesso em; 23 jan. 2011.

20 Para a resolução de tais controvérsias, *vide* as “Regras da CPA para Arbitragem de Disputas entre Duas Partes, das quais apenas uma é um Estado” (PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of Which Only One Is a State), doravante Regras da CPA para uma Parte-Estado, as “Regras da CPA para Arbitragem envolvendo Estados e Organizações Internacionais” (PCA Optional Rules for Arbitration Involving International Organizations and States), doravante Regras da CPA para Estado e OI, e as “Regras da CPA para Arbitragem entre Organizações Internacionais e Partes Privadas” (PCA Optional Rules for Arbitration between International Organizations and Private Parties), doravante Regras da CPA para OI e Parte-Privada. Disponíveis em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1188 . Acesso em: 25 out. 2007.

21 *United Nations Commission for International Trade Law*. Em português conhecida como CNUDCI — Comissão das Nações Unidas para Direito do Comércio Internacional. Dentre as regras disponibilizadas por esta instituição destacam-se: *UNCITRAL Arbitration Rules (1976)*; *UNCITRAL Conciliation Rules (1980)*; *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985)*; *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996)*; *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)*. Disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html. Acesso em: 1º ago. 2007.

22 Essa ampliação de Jurisdição foi possível devido aos arts. 26 da Convenção de 1989 e 47 da Convenção de 1907. A referência à constituição de um “*Special Board of arbitration*” permitiu uma interpretação bastante flexível e a inclusão de outras partes não estatais no âmbito de Jurisdição da CPA.

23 SANDS, Philippe; MACKENZEL, Ruth. *Guidelines for Negotiating and Drafting Dispute Settlement Clauses for International Environmental Agreements*. Permanent Court of Arbitration: Basic documents. Julho 2000. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org>. Acesso em: 5 fev. 2007.

24 CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, *Declaração do Rio sobre Ambiente e desenvolvimento*, Princípio 26, 14 de junho 1992, Publicada no Rio de Janeiro. Disponível em: www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LI_6180_1_0001.htm. Acesso em: 5 Mar. 2007.

25 Segundo o artigo 33 da Carta das Nações Unidas os países devem chegar a uma solução para as disputas por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>. Acesso em: 5 nov. 2007.

26 VAN DEN HOUT, Tjaco. *The PCA Environmental Conciliation Rules*. Permanent Court of Arbitration: Basic documents. Julho 2000. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org>. Acesso em: 4 nov. 2007.

27 O *fact finding* é uma comissão investigativa, prevista por vários tratados, que tem a missão de ir ao local da disputa e averiguar todos os fatos, dados e documentos relacionados à disputa. Essas comissões podem fazer relatórios sobre violações das

obrigações, o perigo ao meio ambiente, sugerindo se há até mesmo solução equitativa ao caso. *Vide* item IV (4) *infra*.

[28](#) *Vide* SANDS; MACKENZEL, op. cit.

[29](#) VAN DEN HOUT, op. cit.

[30](#) Cf. art 27.5 da Permanent Court of Arbitration optional rules for arbitration of disputes relating to natural resources and/or the environment. Entrou em vigor em 19 de junho de 2001. Publicada em Haia. Disponível em: [http://www.pca-cpa.org/upload/files/ENVIRONMENTAL\(1\).pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/ENVIRONMENTAL(1).pdf) . Doravante Regras CPA para recursos naturais.

[31](#) United Nations Convention on the Law of The Sea. Adotada em 10 de dezembro de 1982. Entrou em vigor em 16 de novembro de 1994. Publicada em Montego Bay (Jamaica). Disponível em: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm . Acesso em: 2 nov. 2007.

[32](#) Em inglês, *International Mass Claim Processes*

[33](#) *Vide* PERMANENT COURT OF ARBITRATION: Steering Committee on International Mass Claims Processes. *International Arbitration Law Review*, 2003 (“*claims programmes have been set up to address the consequences of the Islamic Revolution in Iran, the Gulf War (UNCC), the conflicts in Bosnia-Herzegovina and Kosovo, unresolved claims arising out of World War II and the Holocaust, and the Eritrea-Ethiopia war*”).

[34](#) *Vide* Mass Claims Processes. Disponível em: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1059. Acesso em: 7 nov. 2007.

[35](#) O Comitê decidiu focar em 11 programas de pedidos coletivos: Iran-United States Claims Tribunal; United Nations Compensation Commission (UNCC); Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT-I); Claims Resolution Tribunal (CRT-II); Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees (CRPC); International Organization for Migration (IOM)-German Forced Labour Compensation Programme; IOM-Holocaust Victim Assets Programme (Swiss Banks); International Commission for Holocaust-Era Insurance Claims (ICHEIC); Property Claims Commission in Kosovo; the Eritrea-Ethiopia Claims Commission (EECC); and mass claims programmes administered by the American Arbitration Association.

[36](#) *Vide supra* nota 31.

[37](#) Cf. art. 17 da Convenção de Paz de 1907.

[38](#) Convenção de Paz de 1907. Cf. art. 10.

[39](#) Regras da CPA para Comissões de Inquérito, Cf. art. 6 (1).

[40](#) *Ibidem*. Cf. Introdução às Regras.

[41](#) *Ibidem*. Cf. art. 3.

[42](#) *Ibidem*. Cf. art. 4 (1).

[43](#) *Ibidem*. Cf. art. 4 (3)

[44](#) *Ibidem*. Cf. art. 12 (1).

[45](#) *Ibidem*. Cf. art. 9 (1).

[46](#) Ibidem. Cf. art. 10.

[47](#) Regras da CPA para Comissões de Inquérito. Cf. Introdução às Regras.

[48](#) Ibidem. Cf. Introdução às Regras.

[49](#) Ibidem. Cf. art. 14 (2).

[50](#) 1976 UNCITRAL Arbitration Rules. Adotadas em 28 de abril de 1976, doravante Regras de Arbitragem da UNCITRAL, consistindo em um conjunto de regras procedimentais que podem ser acordadas pelas partes para reger o procedimento arbitral decorrente de uma relação comercial determinada. As regras abrangem todos os aspectos do procedimento arbitral, desde a nomeação dos árbitros à condução dos procedimentos e regras quanto à interpretação e eficácia da sentença arbitral

[51](#) Regras de Arbitragem da UNCITRAL, art. 6 (2) e art. 7 (2) (b).

[52](#) Ibidem. Cf. art. 6 (2).

[53](#) Ibidem. Cf. art. 7 (2) (b).

[54](#) Ibidem. Cf. art. 12.

[55](#) Ibidem. Cf. art. 39 (3).

[56](#) *Vide* Designation of PCA Secretary-General as Appointing Authority. Disponível em: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1063. Acesso em: 1º nov. 2007.

[57](#) As Regras de Procedimento da CPA para Arbitragem e Conciliação de Disputas Relacionadas aos Recursos Naturais e/ou ao Meio Ambiente não contêm nenhum requisito de que uma das partes seja um Estado ou uma organização interestatal. As pessoas privadas também podem recorrer aos serviços administrativos e outras facilidades da CPA em arbitragens conduzidas de acordo com as Regras da UNCITRAL.

[58](#) Esse é o entendimento que prevalece, tendo em vista a ausência de qualquer dispositivo específico nas Convenções estabelecendo qualquer restrição.

[59](#) Convenção de Paz de 1097. Cf. art. 42.

[60](#) Regras da CPA para uma Parte-Estado. Cf. art. 1(2).

[61](#) Convenção de Paz de 1907. Cf., por exemplo, art. 37.

[62](#) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Course on Dispute Settlement: Permanent Court of Arbitration* (1.3), p. 20. Disponível em: http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add26_en.pdf. Acesso em: 12 ago. 2007.

[63](#) Cf. art. 21 das Regras Opcionais da CPA para Arbitragem de Disputas entre dois Estados. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/2STATENG.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2007, doravante Regras da CPA para duas Partes-Estados.

[64](#) Ibidem. Cf. art. 15(1).

[65](#) Ibidem. Cf. art. 33 (1).

[66](#) Regras da CPA para OI e Parte-Privada. Cf, art. 33 (1).

[67](#) Regras da CPA para OI e Parte-Privada. Cf. art. 33(3).

[68](#) Ibidem. Cf. art. 33 (2).

[69](#) Neste aspecto, a sentença deverá cumprir os requisitos, por exemplo, da Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (10-6-1958), caso alguma das partes tenha ratificado essa Convenção.

[70](#) Regras da CPA para duas Partes-Estados. Cf., por exemplo, art. 16(1).

[71](#) Ibidem. Cf., por exemplo, art. 16(2).

[72](#) Ibidem. Cf., por exemplo, art. 25(4). Em casos mais recentes submetidos a CPA, entretanto, as partes decidiram realizar audiências públicas e disponibilizar todos os documentos para o público. Ex. “*OSPAR*” *Arbitration*, Arbitral Award, 2 de julho de 2003.

[73](#) Ibidem. Cf. art. 17(1).

[74](#) O mais comum é ter um tribunal formado por 1 ou 3 árbitros. Somente em casos entre Estados podem ser designados 5 árbitros.

[75](#) Convenção de Paz de 1899. Cf. art 24. Convenção de Paz de 1907. Cf. art 45.

[76](#) Regras da CPA para duas Partes-Estados, art. 7(1).

[77](#) Ao fazer essa escolha, a autoridade nominadora deve levar em consideração as circunstâncias politicamente relevantes de modo a assegurar a escolha de um árbitro independente e imparcial. De preferência, deve ser escolhido um árbitro que não seja da mesma nacionalidade das partes. *Vide* item IV (5) *infra*.

[78](#) Regras da CPA para duas Partes-Estados. Cf. art. 8(4). Também, UNCTAD, *op. cit.*, p. 20.

[79](#) Ibidem. Cf. art. 10 (1).

[80](#) *Vide* PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Guidelines for Adapting the Permanent Court of Arbitration Rules to Disputes Arising under Multilateral Agreements and Multiparty Contracts*. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/BD/BDEN/GUIDELNS.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2007.

[81](#) UNCTAD, *op. cit.*, p. 25.

[82](#) Cf. art. 56 da Convenção de Paz de 1899 e art. 84 da Convenção de Paz de 1907 (“*When it concerns the interpretation of a Convention to which Powers other than those in dispute are parties, they shall inform all the Signatory Powers in good time. Each of these Powers is entitled to intervene in the case. If one or more avail themselves of this right, the interpretation contained in the Award is equally binding on them*”).

[83](#) UNCTAD, *op. cit.*, p. 25.

[84](#) Regras da CPA para duas Partes-Estados. Cf. art. 32 (3).

[85](#) Cf. art. 53 da Convenção de Paz de 1899 e art. 80 da Convenção de Paz de 1907 (“*The Award is read out at a public meeting of the Tribunal, the agents and counsel of the parties being present, or duly summoned to attend*”).

[86](#) Regras da CPA para duas Partes-Estados. Cf. art. 32 (2).

[87](#) Ibidem. Cf. art. 32 (3).

[88](#) Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (10 de junho de 1958).

[89](#) Por exemplo, o caso *Eurotunnel* tem por objeto um contrato envolvendo duas empresas contra dois Estados.

[90](#) Essa diversidade de matérias pode ser observada, a título de ilustração: no caso *Guiana v. Suriname*, Arbitral Award, 17 de setembro de 2007, que trata de fronteiras marítimas, no *MOX Plant Case*, Arbitral Award não proferida, que envolve questões

relativas ao meio ambiente e recursos naturais, no que opõe *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, Partial Award, 17 de março de 2006, que diz respeito a investimentos e o *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Arbitral Award, 17 de agosto de 2009, abarcando um conflito armado.

[91](#) *Caso Carthage*, Arbitral Award, 6 de maio de 1913.

[92](#) *Island of Timor*, Arbitral Award, 25 de junho de 1914.

[93](#) *Island of Palmas*, Arbitral Award, 4 de abril de 1928.

[94](#) *Eritreia vs. Iêmen*, Arbitral Award, 17 de dezembro de 1999.

[95](#) *Iron Rhine Arbitration*, Arbitral Award, 24 de maio de 2005. Disponível em: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1155. Acesso em: 7 nov. 2007.

[96](#) *Eurotunnel*, Pending Decision. 1. The Channel Tunnel Group Limited 2. France-Manche S.A. v. 1. the Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 2. le ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française (Eurotunnel), decisão pendente, Haia.

[97](#) “*OSPAR*” Arbitration, Arbitral Award, 2 de julho de 2003

[98](#) Cf. art 32.1 da Convention for Protection of the Marine Environment of North-East Atlantic. Adotada em 22 de setembro de 1992. Entrou em vigor em março de 1997. Publicada em Paris. Disponível em: http://www.ospar.org/eng/html/convention/ospar_conv1.htm. Acesso em: 27 out. 2007. (“*Any disputes between Contracting Parties relating to the interpretation or application of the Convention, which cannot be settled otherwise by the Contracting Parties concerned, for instance by means of inquiry or conciliation within the Commission, shall at the request of any of those Contracting Parties, be submitted to arbitration under the conditions laid down in this Article.*”)

[99](#) Cf. art. 9 da Convention for Protection of the Marine Environment of North-East Atlantic.

[100](#) *OSPAR*, Arbitral Award, 2 de julho de 2003.

[101](#) Cf. art. 287 e art. 1 do Anexo VII da UNCLOS.

[102](#) “*MOX Plant Case*”, Arbitral Award, decisão ainda pendente.

[103](#) *MOX Plant*, Request for Provisional Measures Order.

[104](#) Tribunal Internacional sobre Direito do Mar estabelecido pela UNCLOS. Um acordo relativo à aplicação da parte XI da Convenção sobre direito do Mar — UNCLOS (relativa à criação de um tribunal) foi adotado em 28 julho de 1994 e entrou em vigor em 28 julho de 1996. Disponível em: <http://www.itlos.org>.

[105](#) CHAMOUX, Capucine. *Access to environmental information in international law — The significance of the MOX plant case (Ireland v. United Kingdom)*. 2005. 95 p. Dissertação (LLM — Environmental Law) — University of Western Cape, África do Sul, 2005 Disponível em: http://etd.uwc.ac.za/usrfiles/modules/etd/docs/etd_init_4535_1174554338.pdf. Acesso em: 30 out. 2007.

[106](#) *MOX Plant*, Statement by the president.

[107](#) *Caso C-459/03 (Comissão das Comunidades Europeias vs. Irlanda).*

[108](#) *Eritreia vs. Etiópia, Parcial Decisions.*

[109](#) Em inglês, *Eritrea-Ethiopia Claims Commission.*

[110](#) CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Informe à imprensa da Comissão de fronteiras (Boundary Commission).* Disponível em: <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/EEBC/EEBC%20Press%20release%20171106.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2007.

MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PREVISTOS NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITO DO MAR

ANA CRISTINA ZADRA VALADARES¹

DIEGO VALADARES VASCONCELOS NETO²

FERNANDA RODRIGUES GUIMARÃES ANDRADE³

1. O DIREITO DO MAR (ANTECEDENTES HISTÓRICOS)

O Direito do Mar está intimamente relacionado às origens do Direito Internacional moderno⁴. As grandes navegações europeias fomentaram a redação de tratados em Direito do Mar. O próprio desenvolvimento da arbitragem esteve ligado a litígios marítimos, como o caso que originou o Tratado de Tordesilhas⁵ (e que teria motivado, como resposta, o *Mare Liberum*⁶, de Hugo Grócio, marco clássico no Direito Internacional⁷) e o Caso Alabama⁸.

Além da arbitragem, métodos diplomáticos e informais⁹ e a prática da guerra (antes de esta ser proibida) foram os mecanismos mais frequentes para a solução de conflitos marítimos. Embora a Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ) e tribunais arbitrais possuam capacidade para julgar tais disputas, estas dependiam, na maioria dos casos, até a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (doravante

CNUDM)¹⁰, da apresentação de um acordo especial entre as Partes¹¹. O caminho para chegar a uma Convenção que previsse sistema compulsório de solução de controvérsias foi longo e faz-se mister uma breve análise de seus antecedentes históricos imediatos.

Entre o início do século XX e o período posterior à Segunda Guerra Mundial, tensões concernentes a questões marítimas ameaçavam transformar o oceano em arena de instabilidade e conflitos. Clamava-se por um sistema coeso e estável que solucionasse disputas neste âmbito¹².

Em 1958, iniciou-se um processo de codificação com a elaboração, em Genebra, de tratados e de um protocolo facultativo sobre mecanismos compulsórios para a solução de controvérsias¹³. No entanto, eles não foram adotados de forma generalizada¹⁴ e, tendo sido produzidos no “limiar de uma era marcada pelo questionamento das velhas normas e princípios”¹⁵, foram insuficientes para regular os oceanos de forma satisfatória.

Em 1967, mesmo ano do acidente com o superpetroleiro Torrey Canion¹⁶, que evidenciaria uma situação de anomia no Direito Internacional¹⁷, o embaixador de Malta para a Assembleia Geral da ONU convocou as nações para uma reflexão sobre a urgência de um regime abrangente que regulasse futuros conflitos marítimos. Para ele, a única forma de evitar conflitos catastróficos seria tratar os oceanos como patrimônio comum da humanidade e estabelecer um regime jurídico internacional visando protegê-los¹⁸.

2. A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR (CNUDM)

A consciência da necessidade de revisar a relação humana com os mares resultou em um esforço global por uma codificação abrangente que se estendesse a todos os aspectos dos recursos hídricos¹⁹. Tal esforço eclodiu no estabelecimento da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e teve como desfecho a adoção, em Montego Bay, da CNUDM, definida, pelo Presidente dos trabalhos, como uma “Constituição dos Mares” que celebra a vitória do império da Lei e da solução pacífica de controvérsias²⁰. O sucesso da Convenção pode ser atribuído, dentre outros fatores, à instituição de um sistema compulsório de solução pacífica de controvérsias. Este era substancialmente diferente daquele criado por outros

tratados multilaterais, por duas razões principais: (i) não é relegado a um protocolo adicional, mas compõe parte integral do texto, negociado em “*single undertaking*” e praticamente sem permissão de reservas; (ii) baseia-se no direito de submeter disputas à arbitragem ou a órgãos judiciais internacionais, mesmo sem o consentimento *ad hoc* para sua jurisdição, cuja decisão terá poder vinculante para as partes²¹.

3. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOB A PARTE XV DA CNUDM

A Parte XV da CNUDM²² regulamenta a solução de controvérsias envolvendo a interpretação e a aplicação do Direito do Mar, especialmente, das provisões da Convenção. Estas, ao serem incluídas no corpo principal do texto, tornaram-se compulsórias para todas as Partes da Convenção, isto é, mais de 160 países²³.

A Parte XV contém 21 artigos, divididos em três Seções: (1) Provisões gerais; (2) Procedimentos compulsórios; (3) Limitações e exceções à aplicação da Seção II.

3.1. Seção I: provisões gerais

A Seção I da Parte XV ressalta a obrigação de adotar solução pacífica aos conflitos²⁴. Para tanto, segundo o artigo 33 da Carta das Nações Unidas, pode-se recorrer a negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, entidades ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico determinado pelos litigantes²⁵. Segundo a CNUDM, o método acordado pelas partes para solucionar pacificamente uma controvérsia impõe-se sobre os procedimentos da Convenção²⁶. O artigo 281 estabelece que, apenas quando as partes não houverem solucionado, efetivamente, o conflito no tempo acordado é que poderão recorrer aos métodos dispostos na Parte XV²⁷. Da mesma forma, de acordo com o artigo 282, acordos regionais e bilaterais que apresentem outros métodos para a solução dos litígios teriam precedência sobre a Convenção²⁸.

O artigo 281 foi objeto da interpretação do tribunal arbitral constituído sob o Anexo VII da CNUDM no caso *Southern Bluefin Tuna*. O tribunal decidiu não ter jurisdição porque a disputa não havia surgido apenas sob a CNUDM, mas também sob a Convenção para a Conservação de *Southern*

Bluefin Tuna (doravante CCSBT)²⁹. Esta determina, no artigo 16 (2), que no caso de superveniência de uma disputa que não encontre solução através dos métodos nele previstos, as partes devem, de comum acordo, remeter o caso à CIJ ou a um tribunal arbitral. O fato de tal acordo não ter sido atingido não isenta os litigantes de continuarem buscando vias para a solução pacífica do conflito no âmbito da CCSBT.

O tribunal decidiu que o artigo 16 da CCSBT faria parte do escopo do artigo 281 da CNUDM. Aquele representaria, especificamente, um acordo que excluiria a aplicação de outros procedimentos, a saber, aqueles previstos na Parte XV, Seção II da CNUDM. Por basear-se no consentimento das Partes, restringia o recurso a mecanismos (como os da Seção II) que poderiam ser acionados por apenas uma delas³⁰.

A Seção I determina, ainda, a troca de notas para a negociação dos métodos de solução de controvérsias³¹ e possibilita o recurso à conciliação³².

3.2. Seção II: procedimentos compulsórios resultando em decisões vinculantes

Segundo o artigo 286 da Seção II, quando os mecanismos previstos na Seção I não forem suficientes para findar a controvérsia, uma corte ou tribunal arbitral poderá ser acionado por uma das partes, e sua decisão terá efeito vinculante³³.

Um Estado pode, no momento da assinatura, ratificação ou adesão à CNUDM, escolher livremente, por meio de declaração escrita, os órgãos com competência para adjudicar disputas referentes à Convenção³⁴, dentre os seguintes: a) o Tribunal Internacional de Direito do Mar (doravante TIDM ou Tribunal), estabelecido conforme o Anexo VI da mesma Convenção; b) a CIJ; c) um tribunal arbitral constituído de acordo com o Anexo VII da Convenção³⁵; d) um tribunal arbitral especial, previsto no Anexo VIII da Convenção³⁶. A determinação da jurisdição do órgão adjudicador segue o princípio “*compétence de la compétence*”³⁷, segundo o qual o próprio órgão é competente para decidir se tem competência para julgar determinado caso³⁸.

3.2.1. A Corte Internacional de Justiça

A CIJ tem sido o órgão jurisdicional internacional mais ativo na solução de disputas marítimas³⁹. De fato, a Corte ouviu mais casos sobre Direito do Mar do que qualquer outro campo do Direito Internacional e, até a instituição do TIDM, possuía o único corpo de jurisprudência sobre o assunto⁴⁰. Este é constituído por mais de quarenta decisões (somadas aquelas de sua predecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional), sobre as mais diversas questões⁴¹, como a delimitação de fronteiras marítimas⁴², a definição dos direitos de pesca na Zona Econômica Exclusiva⁴³ e o direito de passagem inocente por estreitos⁴⁴.

Shigeru Oda, ex-juiz da Corte, acredita que ela deveria manter a primazia no julgamento de litígios relativos ao Direito do Mar, uma vez que este seria apenas mais um campo do Direito Internacional. Nesse sentido, ele afirma que novos tribunais (como o TIDM) só deveriam atuar em casos que exigissem elevado conhecimento técnico ou envolvessem aspectos metajurídicos⁴⁵.

Todavia, certas limitações características da estrutura da Corte explicam a necessidade de buscar alternativas para a solução de lides marítimas. Primeiramente, o artigo 34 de seu Estatuto indica que apenas Estados podem ser partes em sua jurisdição contenciosa⁴⁶. Ficariam, pois, excluídas outras entidades, que, em geral, desempenham papel fundamental nos casos sobre o Direito do Mar, como organizações internacionais e pessoas jurídicas, físicas e coletivas⁴⁷. Ademais, durante a década de 1970, surgiram dúvidas sobre a imparcialidade da Corte, tendo alguns sugerido que sua estrutura beneficiava países desenvolvidos⁴⁸.

3.2.2. O Tribunal Internacional de Direito do Mar

A proposta para um tribunal permanente que superasse os anacronismos da CIJ ganhou força durante as negociações da CNUDM, como instrumento indispensável à oferta de remédios eficientes a violações da Convenção. Assim, foi constituído o TIDM.

Com sede em Hamburgo⁴⁹, ele é composto por 21 membros, seis a mais que a CIJ. Dessa forma, atende melhor aos propósitos de abranger os principais sistemas jurídicos e de garantir a equidade em sua representação geográfica⁵⁰. Os membros devem ser independentes, eleitos pelos Estados-

Partes entre indivíduos reconhecidos por seu notório conhecimento sobre Direito do Mar e por sua reputação ilibada, marcada pela integridade e imparcialidade⁵¹.

O TIDM possui uma Câmara para Disputas sobre o Fundo Marinho⁵², além da capacidade de criar Câmaras Especiais para tratar de assuntos específicos e, se for o caso, realizar decisões céleres e urgentes⁵³.

A CNUDM inova, ao reconhecer que os seus mecanismos de solução de controvérsias não se restringem a Estados, mas se estendem a outras entidades, nas circunstâncias por ela determinadas⁵⁴. Tais mecanismos se aplicam, ainda, às entidades autônomas referidas em seu artigo 305, parágrafos (b), (c) e (e), e a organizações internacionais, parágrafo (f), que tenham assinado a Convenção e a ela se vinculado⁵⁵. O caso n. 7 da lista do TIDM, referente à legalidade das medidas adotadas por Chile e Comunidades Europeias sobre a conservação e exploração de peixes-espada no Pacífico Sul⁵⁶, envolveu um Estado e uma organização internacional.

A Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos do TIDM tem competência material para dirimir controvérsias sobre a aplicação e interpretação da Parte XI da CNUDM, que rege atividades na “Área”, i.e., no leito do mar, nos fundos marinhos e no seu subsolo para além dos limites de jurisdição nacional⁵⁷. Podem ser partes, perante a Câmara, além de Estados, as entidades e organizações internacionais referidas no artigo 305⁵⁸; a Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos, criada pelo artigo 156 da CNUDM; a Empresa, órgão da Autoridade que realiza diretamente as suas atividades na Área; empresas estatais e pessoas jurídicas, físicas ou coletivas que atuem em associação com a Autoridade na exploração e no aproveitamento da Área em conformidade com a alínea (b) do artigo 153(2) da CNUDM⁵⁹.

Em seu Estatuto, o TIDM também prevê acesso a entidades não estatais em qualquer caso submetido com base em acordos que concedam jurisdição ao Tribunal e que sejam aceitos por todas as partes do caso⁶⁰. Assim, o TIDM supera um dos principais fatores responsáveis pelo tão criticado anacronismo da CIJ⁶¹: a jurisdição contenciosa da citada Corte está aberta apenas aos Estados, como indica o artigo 34 de seu Estatuto⁶².

3.2.3. Tribunais arbitrais

Duas opções de arbitragem estão disponíveis aos Estados-Partes da CNUDM: a arbitragem comum, regida pelo Anexo VII, e a arbitragem especializada, regida pelo Anexo VIII.

O tribunal arbitral instaurado sob o Anexo VII é composto por cinco árbitros escolhidos a partir de uma lista de profissionais mantida junto ao Secretário-Geral da ONU. Cada Estado-Parte pode apresentar quatro árbitros⁶³. Esse procedimento é, segundo a Convenção, o que prevalecerá nos casos de ausência de declaração de opção por procedimento de solução de controvérsias⁶⁴, ou no caso de os procedimentos eleitos pelas partes não coincidirem⁶⁵. É garantida, assim, a possibilidade de procedimento compulsório.

O tribunal arbitral especial, instaurado sob o Anexo VIII, é formado por peritos em áreas específicas, eleitos de listas mantidas junto a organizações internacionais: (i) para conflitos sobre pesca, junto à Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura; (ii) para a área de proteção e preservação do meio marinho, junto ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente; (iii) para a área de investigação científica marinha, junto à Comissão Internacional Oceanográfica da UNESCO; (iv) para navegação, junto à Organização Marítima Internacional⁶⁶.

A qualidade técnica das decisões não é resguardada apenas por meio de arbitragens constituídas segundo o Anexo VIII. Em quaisquer conflitos que envolvam questões técnicas, ao menos dois especialistas da respectiva área técnica deverão compor o órgão adjudicador, ainda que sem direito a voto⁶⁷.

3.3. *Procedimentos sumários*

Provavelmente, o maior mérito da CNUDM é prever, em sua Seção II da Parte XV, duas diferentes formas de procedimentos sumários que inovam em relação ao até então vigente no Direito Internacional. São elas: medidas cautelares e a pronta liberação de embarcações e tripulações.

Dos dezoito casos contenciosos submetidos até dezembro de 2011 ao TIDM⁶⁸, nove envolvem o procedimento de pronta liberação⁶⁹ e, somando-se os casos de medidas cautelares⁷⁰, apenas em três casos não foram solicitados procedimentos expeditos⁷¹. A pouca utilização de procedimentos

ordinários deve-se provavelmente à aplicação da regra de exaustão de recursos internos ao Direito do Mar⁷² e à precedência dos métodos previstos na Seção I da Parte XV. Porém, demonstram a grande aptidão do TIDM em lidar com processos que demandam uma decisão célere.

3.3.1. Medidas cautelares

A CNUDM capacita os órgãos adjudicantes a conceder medidas cautelares, para “preservar os direitos respectivos das partes na controvérsia, ou impedir dano grave ao meio marinho, até decisão definitiva”⁷³. Tal procedimento não é, em si, inovador. Também o Estatuto da CIJ prevê a concessão de medidas cautelares para “preservar os direitos das partes”⁷⁴. Porém, ao prever medidas cautelares para “impedir dano grave ao meio marinho”, a CNUDM teria ampliado o escopo de aplicação de tais medidas⁷⁵, relativizando os conceitos de *periculum in mora*⁷⁶ e *fumus boni juris*⁷⁷. Este foi o entendimento do TIDM no caso *Southern Bluefin Tuna*.

Em relação ao *periculum in mora*, conforme observado pelo juiz Laing, em sua opinião para o mesmo caso, o Tribunal não teria recorrido ao critério da irreparabilidade do dano tomado, por outros órgãos de solução de controvérsias como a CIJ⁷⁸, como decisivo à prescrição de medidas cautelares⁷⁹. Laing afirma que o texto do artigo 290 da CNUDM⁸⁰ teria consagrado a discricionariedade prudente, segundo a qual a medida seria concedida com base apenas em sua adequabilidade às circunstâncias do caso concreto, com os propósitos de evitar danos “graves” e manter a paz e a ordem e não apenas para evitar danos irreparáveis⁸¹. O critério da urgência também obteve leitura extensiva no mesmo caso. Austrália e Nova Zelândia solicitaram ao TIDM que determinasse a suspensão da pesca experimental da espécie de peixes *Thunnus maccoyii*. Segundo o juiz Treves, a urgência que o Tribunal teria notado não se refere ao risco de toda a população da espécie ser extinta até a constituição do tribunal arbitral, mas sim à exigência de evitar o passo que se daria rumo à extinção da espécie⁸².

Quanto ao *fumus boni juri*, aparentemente o critério utilizado pelo Tribunal para estabelecê-lo no caso *Southern Bluefin Tuna* foi o princípio da precaução⁸³, de acordo com o qual “quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será

utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”⁸⁴.

No caso *MOX Plant*⁸⁵, a Irlanda submeteu, a um tribunal arbitral constituído sob o Anexo VII da CNUDM, uma controvérsia referente à construção, no Reino Unido, de uma fábrica nuclear destinada à produção de MOX, um combustível altamente radioativo. Estando a arbitragem pendente e, considerando os impactos ambientais que o projeto teria sobre o meio marinho do Mar da Irlanda, o demandante apresentou ao TIDM um requerimento de concessão de medidas cautelares. Estas compreendiam, *inter alia*, (i) a suspensão imediata, pelo Reino Unido, da autorização da construção da fábrica de MOX; (ii) a certificação imediata de que nenhum movimento de materiais radioativos e lixo, associados às atividades preparatórias da fábrica ou à sua operação, processar-se-ia nas águas sob a jurisdição britânica⁸⁶. O TIDM decidiu ser competente para apreciar a questão, uma vez que, não tendo o Reino Unido se mostrado disposto a aceder aos pedidos da Irlanda antes da submissão do caso ao tribunal arbitral, este teria jurisdição *prima facie*⁸⁷. Contudo, o TIDM não concedeu as medidas cautelares requeridas pela Irlanda, limitando-se a determinar que as partes litigantes cooperassem⁸⁸. Isso porque, durante os procedimentos, o Reino Unido garantiu que cumpriria as medidas necessárias para evitar danos sérios e significativos ao Mar da Irlanda e que, por isso, os trabalhos na fábrica de MOX não precisariam ser suspensos⁸⁹. Considerando tais circunstâncias, conclui-se que o fato de o TIDM não ter decidido pela suspensão da construção e da operação da fábrica de MOX não implica uma revisão dos critérios adotados pela CNUDM e aplicados no *caso Southern Bluefin Tuna*. De fato, tal decisão é compatível ao princípio da presunção da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais, aplicado pela CIJ no caso dos Testes Nucleares de 1974⁹⁰.

3.3.2. Pronta liberação de embarcações e de suas tripulações

O procedimento especial para a pronta liberação de embarcações e tripulações, previsto no artigo 292 da CNUDM, pode ser acionado por um Estado-Parte quando uma embarcação levando sua bandeira houver sido detida por autoridades de outro Estado-Parte e alegar-se a recusa da soltura mesmo perante caução idônea ou garantia financeira. O pedido de soltura

poderá ser apresentado a qualquer corte ou tribunal acordado entre as partes e, na ausência de acordo no prazo de dez dias desde a detenção, à corte ou tribunal aceito nos termos do artigo 287 da CNUDM ou ao TIDM. O órgão invocado deverá apreciar o pedido imediatamente e não prejudicar o mérito de ação judicial contra a embarcação, seu armador ou sua tripulação, intentada no foro nacional apropriado⁹¹. Uma vez prestada a caução ou garantia financeira fixada pela corte ou tribunal, a embarcação e sua tripulação deverão ser soltos imediatamente⁹².

Em todos os casos em que pronta liberação foi solicitada, a decisão do TIDM foi proferida com menos de 40 dias desde o início do processo, com a exceção do caso *Chaisiri Reefer 2*, no qual a embarcação foi liberada antes de o Tribunal pronunciar-se e, menos de 10 dias após a instauração dos procedimentos⁹³.

3.4. Fontes de Direito Internacional aplicáveis a conflitos regulados pela CNUDM

Segundo o artigo 293 (1) da CNUDM, a corte ou tribunal com jurisdição sob a Parte XV pode aplicar não apenas a Convenção mas também outras normas de Direito Internacional que com ela não sejam incompatíveis. A primeira conclusão daí advinda é que as fontes de Direito Internacional enumeradas no artigo 38 do Estatuto da CIJ aplicam-se a controvérsias relacionadas ao Direito do Mar⁹⁴.

A segunda conclusão é que o artigo 293 confere a tais órgãos posição duplamente confortável na determinação das normas aplicáveis a cada conflito. Primeiramente, a CNUDM, convenção abrangente e analítica, pode eximir os órgãos adjudicadores da difícil discussão acerca da existência de normas costumeiras, mesmo na ausência de quaisquer outras normas escritas que vinculem as partes litigantes em um caso concreto⁹⁵. Em segundo lugar, esses órgãos não se restringem à própria Convenção na solução de um litígio, como fazem outros sistemas. Dentre eles, destacam-se as cortes regionais de direitos humanos⁹⁶ e o sistema multilateral de comércio no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC)⁹⁷, que não podem empregar instrumentos estranhos ao respectivo sistema ou, quando muito, empregá-los apenas como fontes interpretativas das normas deste.

3.5. Seção III: Exceções à aplicabilidade da Seção II

A Seção II da Parte XV da CNUDM tem, certamente, o mérito de prever amplo e flexível espectro de mecanismos compulsórios de solução de controvérsias. Contudo, tal mérito é acompanhado pelo risco de abuso dos meios processuais pelas partes. Para evitá-lo, o artigo 297 traz limites à aplicação daquela seção⁹⁸. Objetivando resguardar temas sensíveis em relação aos quais Estados geralmente receiam ceder sua soberania, o artigo 298 prevê a possibilidade de os Estados declararem, quando da assinatura, ratificação da Convenção ou adesão a ela, a não aceitação de procedimentos da Seção II em controvérsias (a) relacionadas à delimitação de limites marítimos, (b) relacionadas a atividades militares e (c) submetidas ao Conselho de Segurança da ONU.

4. CONCLUSÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA UM *JUS GENTIUM* REVISITADO

O Direito do Mar permeou toda a história do Direito Internacional moderno. O amadurecimento da comunidade internacional no trato de conflitos marítimos — especialmente os esforços para a aprovação da “Constituição dos Mares” — permitiram que esse campo do Direito Internacional se tornasse um dos pioneiros no movimento que o Prof. Cançado Trindade chama de “um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI”⁹⁹. O resultado seria a transposição dos óbices impostos pelo Estatuto da CIJ que mantém resquícios de um modelo *westphaliano* de monopólio estatal de titularidade de direitos¹⁰⁰. A CNUDM rompe com tal ótica ao criar mecanismos flexíveis capazes de melhor atender às demandas dos conflitos de uma sociedade globalizada, complexa e onde o tempo é cada vez mais escasso.

Na era da informação, procedimentos demasiadamente morosos, que resguardem excessivamente a segurança processual, não se podem impor à celeridade processual. Quando esta é sacrificada, o próprio direito é prejudicado. Observa-se isso no acelerado processo de extinção de espécies desencadeado pela atividade humana, e no intenso trânsito internacional de mercadorias conduzido majoritariamente por vias marítimas e fluviais. A CNUDM adapta-se a essa realidade ao facilitar o provimento de medidas

cautelares e ao criar o célere procedimento de pronta liberação de embarcações e tripulações.

Para o trato de questões mais complexas, a CNUDM ousa recorrer a outras ciências, conferindo caráter transdisciplinar ao sistema de solução de controvérsias. Os tribunais que possuem peritos como árbitros e aqueles que os têm mesmo sem direito a voto, trazem o que há de melhor em conhecimento técnico na área temática. Assim, ganham em especialização e em domínio das matérias analisadas. Ademais, esta maior flexibilidade incrementa a legitimidade das decisões proferidas.

Ao permitir que seus órgãos jurisdicionais apliquem não apenas o Direito previsto na Convenção, como também outras fontes que com ela não sejam incompatíveis, o sistema de solução de controvérsias torna-se adequado a uma realidade plural. Nesta, o Direito do Mar comunica-se e entrelaça-se com os vários campos do Direito Internacional, notoriamente com o Direito Internacional Ambiental, o Direito do Comércio Internacional, o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos. É, pois, abandonada qualquer possibilidade de aplicação estanque e que desconsidere a ordem jurídica internacional como um todo normativo único¹⁰¹.

Conforme demonstrado, os órgãos previstos na Parte XV da CNUDM são abertos (com exceção da CIJ) a entidades autônomas e organizações internacionais. Ainda mais notório é o fato de eles admitirem que pessoas jurídicas, físicas e coletivas sejam partes em seus casos. Tal possibilidade deveria ser a regra, não a exceção, em tempos em que questões transfronteiriças há muito deixaram de ser (se é que algum dia foram) objeto do interesse exclusivo de Estados. De fato, todos os atores da comunidade internacional são afetados por essas questões. Dentre elas, destaca-se o patrimônio comum da humanidade, conceito consagrado pela Convenção¹⁰², e outros interesses difusos, que têm sido aplicados de forma extremamente relutante pela CIJ, em virtude de limites ao exercício de sua jurisdição¹⁰³.

Os avanços trazidos pela CNUDM e pelo TIDM nos remetem ao ideal da *civitas maxima gentium* propugnado pelos fundadores do Direito Internacional, que poderia também ser identificado de forma revisitada, no Direito Transnacional de Philip C. Jessup¹⁰⁴. A evolução ocorrida não deveria ficar restrita a questões marítimas. O exemplo da CNUDM e do TIDM pode e deve ser seguido por outros *fora* de solução internacional de

controvérsias em prol da construção de, nas palavras do Professor Cançado Trindade, um “Direito Universal da Humanidade”¹⁰⁵.

1 Doutora em Direito Público e Mestre em Direito Internacional e Comunitário (PUC-Minas), Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Internacional Tributário (FGV-Minas), Advogada (Companhia Siderúrgica Nacional).

2 Mestre pela ADH (Académie de Droit Humanitaire et des Droits Humains) de Genebra e membro do GEDI, GEDAI e GEDI – Humanitário. Diretor de Proteção da Subsecretaria de Direitos Humanos, Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, Minas Gerais.

3 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Participante do curso de verão de Direito Internacional Público e Privado da Academia de Haia (Holanda, 2010). Integrante do Grupo de Estudos de Direito Internacional (GEDI) da UFMG. Intercambista na Universidade de Coimbra/Portugal. Advogada do Lima Netto, Campos, Fialho, Canabrava Advogados.

44 OXMAN, Bernard H. Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea. *36 Colum.J. Transnat'l L.* 399, [s.l.], 399-429, 1997, p. 399.

5 Tratado originado de procedimento que teve o Papa Alexandre VI como árbitro. Informação Disponível em: www.espacodaarbitragem.com.br/efemerides.htm. Acesso em: 8 abr. 2007.

6 GROTIUS, Hugo. *The Freedom of the Sea*, translated by Ralph Van Deman Maggoffin, Nova York: Oxford University Press, 1916.

7 ARNAUT, Damir. Stormy Waters on the Way to the High Seas: The Case of the Territorial Sea Delimitation between Croatia and Slovenia. *8 Ocean & Coastal L. J.* 21, [s.l.], 21-70, 2002, p. 27.

8 *The Alabama Claims 1862-1872*.

9 Acordo sobre Pesca Recíproca (Estados Unidos e Reino Unido), 24 jun. 1977. T.I.A.S. n. 9140, art. VI apud NOYES, John E. The International Tribunal for the Law of the Sea. *32 Cornell Int'l L. J.* 109, [s.l.], 109-182, 1998.

10 Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Montego Bay, 10 dez. 1982, em vigor 16 nov. 1994. 21 ILM 1261 (1982) (Doravante CNUDM).

11 *Delimitation of the Continental Shelf (U.K. v. Fr.)*, decision, 30 June 1977; *Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, judgement, 3 June 1985.

12 Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations (DOALOS). The United Nations Convention on the Law of the Seas: A

historical perspective (DOALOS a). Disponível em: www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm. Acesso em: 6 abr. 2007.

13 Convenção sobre Mar Territorial e Zona Contígua. Genebra, 1958, em vigor 10 set. 1964; Convenção sobre a Plataforma Continental. Genebra, 1958, em vigor 10 jun. 1964; Convenção sobre o Alto-Mar. Genebra, 1958, em vigor 30 set. 1962; Convenção sobre Pesca e Recursos Vivos do Alto-Mar. Genebra, 1958, em vigor 20 mar. 1966; Protocolo Facultativo de Assinatura concernente a Resolução Compulsória de Disputas. Genebra, 29 abr. 1958. 450 U.N.T.S. 169. O Brasil não é parte desses instrumentos internacionais.

14 Até outubro de 2006, o Protocolo Adicional possuía apenas 38 Estados-Partes. Disponível em: www.untreaty.un.org/ilc/texts/getter.asp. Acesso em: 6 abr. 2007.

15 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público, Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 303.

16 O petroleiro Torrey Canyon — pertencente a uma sociedade liberiana, afretado a uma sociedade californiana e superafretado a uma sociedade britânica — levava 180.000 toneladas de petróleo ao porto galês de Milford Haven. No dia 18 de março de 2007, ele se chocou com um recife em alto-mar, deixando escapar, como consequência, 40.000 toneladas de petróleo. O restante do produto foi liberado no dia 28 de março, em virtude do bombardeamento de seu casco pela aviação britânica. Regiões litorâneas da Grã-Bretanha e da França foram atingidas, sendo o prejuízo calculado em aproximadamente 85.500.000 francos antigos. Para mais detalhes sobre o acidente, ver: SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 691.

17 SOARES, *supra* nota 13, p. 691.

18 *Ibidem*, p. 14.

19 DOALOS a, *supra* nota 9.

20 KOH, Tommy T. B. Remarks of the President of the Third Conference on the Law of the Seas. Disponível em: www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf. Acesso em: 6 abr. 2007, p. XXXVII.

21 OXMAN, Bernard H. Remarks on Settlement of Disputes: Compulsory Procedures Entailing Binding Decisions, in DOALOS/UNITAR briefing on developments in oceans affairs and the Law of the Sea 20 years after the conclusion of the UNCLOS. Disponível em: www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_20years/ProfOxman.pdf. Acesso em: 7 abr. 2007, p. 2.

22 CNUDM, *supra* nota 7. Parte XV.

23 DOALOS. Table Recapitulating the Status of the Convention and Related Agreements, as at 20 September 2011. Disponível em: www.un.org/depts/los/reference_files/status2010.pdf. Acesso em: 4 dez. 2011.

24 CNUDM, *supra* nota 7, art. 279: “Obrigação de solucionar controvérsias por meios pacíficos: Os Estados-Partes devem solucionar qualquer controvérsia entre eles relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção por meios pacíficos, de conformidade

com o n. 3 do artigo 2 da Carta das Nações Unidas e, para tal fim, procurar uma solução pelos meios indicados no n. 1 do artigo 33 da Carta”.

25 Carta das Nações Unidas. São Francisco, 26 jun. 1945, em vigor 24 out. 1945. UNTS 993, art. 33.

26 CNUDM, *supra* nota 7, art. 280. “Solução de controvérsias por quaisquer meios pacíficos escolhidos pelas partes: Nenhuma das disposições da presente parte prejudica o direito dos Estados-Partes de, em qualquer momento, acordarem na solução de uma controvérsia entre eles relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção por quaisquer meios pacíficos de sua própria escolha”.

27 *Ibidem*, art. 281. “Procedimento aplicável quando as partes não tenham alcançado uma solução: 1. Se os Estados-Partes que são partes numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção tiverem acordado em procurar solucioná-la por um meio pacífico de sua própria escolha, os procedimentos estabelecidos na presente parte só serão aplicados se não tiver sido alcançada uma solução por esse meio e se o acordo entre as partes não excluir a possibilidade de outro procedimento; 2. Se as partes tiverem acordado num prazo, o disposto no n. 1 só será aplicado depois de expirado esse prazo”.

28 *Ibidem*, art. 282. “Obrigações decorrentes de acordos gerais, regionais ou bilaterais: Se os Estados-Partes que são partes numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção tiverem ajustado, por meio de acordo geral, regional ou bilateral, ou de qualquer outra forma, em que tal controvérsia seja submetida, a pedido de qualquer das partes na mesma, a um procedimento conducente a uma decisão obrigatória, esse procedimento será aplicado em lugar do previsto na presente parte, salvo acordo em contrário das partes na controvérsias”.

29 Convenção Para a Conservação de *Southern Bluefin Tuna*. Canberra, 10 maio 1983, em vigor 20 maio 1994. Disponível em: http://www.ccsbt.org/docs/pdf/about_the_commission/convention.pdf. Acesso em: 26 out. 2007.

30 *Southern Bluefin Tuna Case (Australia and New Zealand v. Japan)*, Jurisdição e Admissibilidade, 4 June 2000, p. 98-101.

31 CNUDM, *supra* nota 7, art. 283.

32 *Ibidem*, art. 284. “Conciliação: 1. O Estado-Parte que é parte numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção pode convidar a outra ou outras partes a submetê-la a conciliação, de conformidade com o procedimento previsto na seção 1 do Anexo V ou com outro procedimento de conciliação; 2. Se o convite for aceite e as partes acordarem no procedimento de conciliação a aplicar, qualquer parte pode submeter a controvérsia a esse procedimento; 3. Se o convite não for aceite ou as partes não acordarem no procedimento, o procedimento de conciliação deve ser considerado terminado; 4. Quando uma controvérsia tiver sido submetida a conciliação, o procedimento só se poderá dar por terminado de conformidade com o procedimento de conciliação acordado, salvo acordo em contrário das partes”.

33 *Ibidem*, art. 286. “Aplicação dos procedimentos nos termos da presente seção: Salvo o disposto na seção 3, qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da

presente Convenção, quando não tiver sido solucionada mediante a aplicação da seção 1, será submetida, a pedido de qualquer das partes na controvérsia, à corte ou tribunal que tenha jurisdição nos termos da presente seção”.

[34](#) Ibidem, art. 287.

[35](#) Ibidem. Anexo VII.

[36](#) Ibidem. Anexo VIII.

[37](#) Ibidem, art. 288 (4). “Em caso de controvérsia sobre jurisdição de uma corte ou tribunal, a questão será resolvida por decisão dessa corte ou tribunal”.

[38](#) Sobre o princípio “*compétence de la compétence*”, ver *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 21 June 1971, par .38. Naquela ocasião, a Corte decidiu que, ao ser acionada para elaborar um parecer consultivo, não precisaria instituir uma fase preliminar independente para analisar sua própria competência, mesmo quando lhe fosse especificamente pedido para fazê-lo. Ver também: *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926*, p. 20; *Caso Cantos vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, 7 de setembro de 2001, par. 21; *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, Excepciones Preliminares, 1^a de setembro de 2001, par. 69 e 72.

[39](#) HIGHET, Keith. The Peace Palace Heats up: the World Court in Business Again?, 85 *AM. J. INT’L L.* 646, [s.l], 646-654, 1991, p. 653.

[40](#) Idem.

[41](#) NOYES, *supra* nota 6, FN 9.

[42](#) Por exemplo: *North Sea Continental Shelf*, Merits, 20 February 1969; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, Merits, 11 September 1992; *Case concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Merits, 12 October 1984.

[43](#) Por exemplo: *Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, 25 July 1974; *Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, 2 February 1973; *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Merits, 18 December 1951; *Case concerning Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, Merits, 14 June 1993.

[44](#) Por exemplo: *Corfu Channel Case*, Merits, 9 April 1949; *Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, Merits, 16 March 2001; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute*, *supra* nota 39.

[45](#) ODA, Shigeru. The International Court of Justice Viewed from the Bench, 244 *Recueil des Cours* 9, 1993, p.139-55.

[46](#) Estatuto da Corte Internacional de Justiça. São Francisco, 26. Jun. 1945. 33 U. N. T. S. 331, art. 34 (1). “Só Estados poderão ser partes perante a Corte” (tradução livre).

[47](#) NOYES, *supra* nota 6, p. 111.

[48](#) SINGH, Gurdip. United Nations Convention on the Law of the Sea Dispute Settlement Mechanisms, 1985, apud NOYES, *supra* nota 6, p. 115.

[49](#) CNUDM, *supra* nota 7, Anexo VI, art. 1 (2).

[50](#) Ibidem, art. 2 (2). “A representação dos principais sistemas jurídicos do mundo e uma distribuição geográfica equitativa devem ser asseguradas na composição global do Tribunal.”

[51](#) Ibidem, art. 2 (1).

[52](#) Ibidem, art. 14.

[53](#) Ibidem, art. 15.

[54](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 291. “1. Os Estados-Partes têm acesso a todos os procedimentos de solução de controvérsias especificadas na presente parte; 2. As entidades que não sejam Estados-Partes têm acesso, apenas nos casos expressamente previstos na presente Convenção, aos procedimentos de solução de controvérsias especificados nesta parte.”

[55](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 305. “b) A Namíbia, representada pelo Conselho das Nações Unidas para a Namíbia; c) Todos os Estados autônomos associados que tenham escolhido este estatuto num ato de autodeterminação fiscalizado e aprovado pelas Nações Unidas de conformidade com a Resolução 1.514 (XV), da Assembleia Geral, e que tenham competência sobre matérias regidas pela presente Convenção, incluindo a de concluir tratados em relação a essas matérias; e) Todos os territórios que gozem de plena autonomia interna, reconhecida como tal pelas Nações Unidas, mas que não tenham alcançado a plena independência de conformidade com a Resolução 1.514 (XV), da Assembleia Geral, e que tenham competência sobre as matérias regidas pela presente Convenção, incluindo a de concluir tratados em relação a essas matérias; f) As organizações internacionais, de conformidade com o Anexo IX.”

[56](#) *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean*, caso descontinuado por acordo das partes, Order 2009/1, 16 December 2009.

[57](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 1 (1) (1).

[58](#) Ver *supra* nota 52.

[59](#) Ibidem, art. 187.

[60](#) Ibidem, Anexo VI, art. 20 (2). “As entidades distintas dos Estados-Partes terão acesso ao Tribunal, em qualquer dos casos expressamente previstos na parte XI ou em qualquer questão submetida nos termos de qualquer outro acordo que confira ao Tribunal jurisdição que seja aceite por todas as partes na questão.”

[61](#) POSNER, Eric A. The Decline of the International Court of Justice. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 233, [s.1], 6-12, 2004.

[62](#) Ver *supra* nota 43.

[63](#) CNUDM, *supra* nota 7, Anexo VII, art. 2. O Brasil nomeou apenas o Sr. Walter de Sá Leitão, tendo ainda o direito de indicar outros três nomes para a mesma lista. DOALOS. List of conciliators and arbitrators nominated under article 2 of annexes V and VII to the Convention. Disponível em: www.un.org/depts/los/settlement_of_disputes/conciliators_arbitrators.htm. Acesso em: 6 abr. 2007.

[64](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 287 (3).

[65](#) Ibidem, art. 287 (5).

[66](#) Ibidem. Anexo VIII, art. 2. O Brasil optou por indicar ao PNUMA não apenas os peritos em conservação, como também peritos nas demais áreas, e indicou os seguintes nomes: para a área de proteção e preservação do meio marinho, os doutores Geraldo J. Eysink e Luiz R. Tommasi; para as questões relacionadas a pesca o Engenheiro Philip Charles Conolly e o Dr. Fábio Hissa Vieira Hasin; para peritos em navegação, o Dr. Luiz Augusto de Mello Awazu; e para a área de investigação científica marinha o Vice-Almirante Luiz Phillipe da Costa Fernandes e o Sr. Luiz Roberto Silva Martins (estes últimos também adequadamente apresentados à Comissão Intergovernamental de Oceanografia). DOALOS. List of experts for the purposes of article 2 of Annex VIII (Special Arbitration) to the Convention. Disponível em: www.un.org/depts/los/settlement_of_disputes/experts_special_arb.htm. Acesso em: 6 abr. 2007.

[67](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 289. “Peritos: A corte ou tribunal, no exercício da sua jurisdição nos termos da presente seção, pode, em qualquer controvérsia em que se suscitem questões científicas ou técnicas, a pedido de uma parte ou por iniciativa própria, selecionar, em consulta com as partes, pelo menos dois peritos em questões científicas ou técnicas, escolhidos de preferência da lista apropriada preparada de conformidade com o artigo 2 do Anexo VIII, para participarem nessa corte ou tribunal, sem direito a voto”.

[68](#) Quatorze, se os casos 3 e 4, *Southern Bluefin Tuna Cases, New Zealand v. Japan; Australia v. Japan*, Tribunal Internacional de Direito do Mar (1999), forem considerados um único caso.

[69](#) *The M/V “SAIGA” Case*, Prompt Release, 4 December 1997; *The “Camouco” Case*, Prompt Release, 7 February 2000; *The “Monte Confurco” Case*, Prompt Release, 18 December 2000; *The “Grand Prince” Case*, Prompt Release, 20 April 2001; *The “Chaisiri Reefer 2” Case*, Prompt Release, 13 July 2001; *The “Volga” Case*, Prompt Release, 23 December 2002; *The “Juno Trader” Case*, Prompt Release, 18 December 2004; *The “Hoshinmaru” Case*, Prompt Release, 6 August 2007; *The “Tomimaru” Case*, Prompt Release, 6 July 2007.

[70](#) *The M/V “SAIGA” (No. 2) Case*, Judgement, 1 July 1999; *Southern Bluefin Tuna Cases*, *supra* nota 65; *The MOX Plant Case*, Orders, 3 December 2001; *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor*, Decision, 1 September 2005; *The M/V Rouse Case*, Order of 23 December 2010.

[71](#) *Swordfish Stocks*, *supra* nota 53; *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar on the Bay of Bengal*, caso ainda pendente; e *The M/V Virginia G Case*, caso ainda pendente. No caso *M/V “SAIGA” (No. 2)*, *supra* nota 67, o Tribunal foi solicitado a decidir sobre medidas cautelares e sobre o mérito. A decisão de mérito para o caso foi a única decisão em rito ordinário da história do TIDM para um caso contencioso.

[72](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 295. “Esgotamento dos recursos internos: Qualquer controvérsia entre Estados-Partes relativa à interpretação ou à aplicação da presente

Convenção só pode ser submetida aos procedimentos estabelecidos na presente seção depois de esgotados os recursos internos de conformidade com o direito internacional”.

[73](#) *Ibidem*, art. 290.

[74](#) Estatuto da CIJ, *supra* nota 43, art. 40.

[75](#) ROSENNE, Shabtai. The International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice: Some Points of Difference *apud* ROSENNE, Shabtai. Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea. *89 AM. J. INT'L L.* 806, [s.1], 806-814, 1995.

[76](#) *Periculum in mora* designa o perigo advindo da demora de determinado julgamento. O ex-juiz da Corte Internacional de Justiça Francisco Rezek definiu a expressão, em sua opinião dissidente no caso Arrest Warrant como “os riscos suscitados pela espera, o perigo de que, se o reclamante prevalece ao final, sua reclamação não será por fim adequadamente mantida, porque a Corte terá falhado em conceder, por antecipação, o benefício, mesmo que só parcial, das medidas que ele está buscando” (tradução livre). Ver: *Case concerning the Arrest Warrant*, Orders, 11 April 2000. Opinião Dissidente do Juiz Rezek, par. 2.

[77](#) Em sua opinião separada no caso Pulp Mills, o Juiz Abraham afirmou que a observância do requisito de *fumus boni juris* implica a satisfação de três condições: deve haver um caso plausível para a existência do direito; deve haver um argumento razoável de que a conduta do demandado causa, ou arrisque causar, dano iminente ao direito; e finalmente, urgência nas circunstâncias específicas deve justificar uma medida protetiva para salvaguardar o direito de dano irreparável (*Pulp Mills on the River Uruguay*, Orders, 13 July 2006. Separate Opinion of Judge Abraham, par. 11).

[78](#) *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, Judgement, 20 December 1974, p.103-05; *Nuclear Tests Case (New Zealand v. France)*, Judgement, 20 December 1974, p.139-40; *Fisheries Jurisdiction Case (U.K. v. Iceland)*, *supra* nota 40, p. 16; *Fisheries Jurisdiction Case (Germany v. Iceland)*, *supra* nota 40, p. 34; *Case concerning Passage through the Great Belt*, 29 July 1991, p.17-18;

[79](#) *Southern Bluefin Tuna*, *supra* nota 65. Opinião Separada do juiz Laing, par. 3-5.

[80](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 290. “Se uma controvérsia tiver sido devidamente submetida a uma corte ou tribunal que se considere, *prima facie*, com jurisdição nos termos da presente parte ou da secção 5 da parte XI, a corte ou tribunal poderá decretar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas às circunstâncias, para preservar os direitos respectivos das partes na controvérsia ou impedir danos graves ao meio marinho, até decisão definitiva”.

[81](#) *Southern Bluefin Tuna*, *supra* nota 65, par. 3-5.

[82](#) *Southern Bluefin Tuna Cases*, *supra* nota 65. Opinião Separada do juiz Treves, par. 8.

[83](#) *Southern Bluefin Tuna Cases*, *supra* nota 65. Opiniões Separadas dos juizes Laing e Treves; YANKOV, Alexander. Current Fisheries Disputes and the International Tribunal for the Law of the Sea in *Current Marine Environmental Issues*, p. 229-230 *apud* MORGAN, Donald L. Implications of the Proliferation of International Legal Fora: the Example of the Southern Bluefin Tuna Cases. *43 Harv.Int'l L.J.* 541, [S.1], 541-551,

2002; SCHWARTE, Christoph. Environmental Concerns in the Adjudication of the International Tribunal for the Law of the Sea. *16 Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 421, [S. 1.], 421-439, 2004, p. 431; MARR, Simon. The Southern Bluefin Tuna Cases: The Precautionary Approach and Conservation and Management of Fish Resources. *11 Eur. J. Int'l L.* 815, [S.1], 815-831, 2000, p. 827.

[84](#) Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 3 a 14 jun. 1992. 31 ILM 874, UNCED Doc A/Conf.151/5/Rev.1 (1992). Princípio 15.

[85](#) *The MOX Plant Case*, *supra* nota 67.

[86](#) *Ibidem*, par. 27 (1)-(2).

[87](#) *Ibidem*, par. 59, 62.

[88](#) *Ibidem*, par. 89.

[89](#) *The MOX Plant Case*, par. 72-73.

[90](#) *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgement, 20 December 1974, *supra* nota 75, par. 62.

[91](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 292 (3).

[92](#) *Ibidem*, art. 292 (4).

[93](#) “*Chaisiri Reefer 2*”, *supra* nota 66.

[94](#) Estatuto da CIJ, *supra* nota 43, art. 38. “1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o Direito Internacional as disputas que são a elas submetidas, deve aplicar: a) convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, estabelecendo regras expressamente reconhecidas pelo Estados litigantes; b) costume internacional, como evidência de uma prática generalizada, aceita como Direito; c) os princípios gerais do Direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sujeitas aos procedimentos do Artigo 59, as decisões judiciais e os ensinamentos dos publicistas mais qualificados das várias nações, como meios subsidiários para a determinação das regras do Direito; 2. Esta provisão não prejudicará o poder da Corte de julgar o caso *ex aequo et bono*, se as partes assim concordarem” (tradução livre).

[95](#) Ver, por exemplo, *North Sea Continental Shelf*, *supra* nota 39. Em decisão da CIJ anterior à entrada em vigor da CNUDM relativa a identificação de norma costumeira sobre a determinação da plataforma continental, matéria hoje codificada pela CNUDM.

[96](#) *Caso Las Palmeras vs. Colômbia*, Sentencia, 4 de dezembro de 2001, par. 32-34. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia, 22 de fevereiro de 2002, par. 209.

[97](#) Relatório do Órgão de Apelação, *Argentina — Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil (“Argentina — Poultry”)*, WT/DS241/R, adotado em 22 de abril de 2003. Disponível no portal da Organização Mundial do Comércio em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds241_e.htm, para. 7.17 — para. 7.42. Acesso em: 28 out. 2007; Relatório do Órgão de Apelação, *United States — Importing prohibitions of certain shrimp and shrimp products (“US-Shrimp”)*, WT/DS58/AB/R, adotado em 12 de outubro de 1998. Disponível no portal da Organização Mundial do Comércio em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm. Acesso em: 27 out. 2007, par. 154.

[98](#) CNUDM, *supra* nota 7, art. 297.

[99](#) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1039.

[100](#) *Ibidem*, p. 1077.

[101](#) Report of the Study Group of the International Law Commission finalized by Martti Koskenniemi: Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from The Diversification and Expansion of International Law. Geneva: International Law Commission; 2006, par. 173.

[102](#) CNUDM, *supra* nota 7. Preâmbulo, arts. 125, 136, 150, 155 e 311.

[103](#) Devido a sua natureza meramente interestatal, casos que levantaram questões relacionadas a interesses difusos comuns a diferentes atores da comunidade internacional não chegaram a ser decididos no mérito por enfrentar óbices quanto à jurisdição ou quanto à admissibilidade. Ver, *e.g.*, quanto à jurisdição, *East Timor case*, Judgement, 30 June 1995; quanto à admissibilidade, *South West Africa Case (Liberia v. South Africa/Ethiopia v. South Africa)*, 21 December 1962.

[104](#) JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura Brasil-Portugal, 1956.

[105](#) TRINDADE, *supra* nota 96.

ARBITRAGEM INTERNACIONAL

LUCAS EDUARDO F. A. SPADANO¹

1. INTRODUÇÃO

Qualquer obra abrangente sobre solução de controvérsias internacionais reservará necessariamente espaço significativo para a arbitragem. Trata-se de um método de solução de disputas fundamental para a história e para a prática contemporânea do direito internacional, tanto de uma perspectiva processual quanto material. Séculos de resolução eficaz de problemas através da arbitragem permitiram que ela se consolidasse, empiricamente, como uma das principais maneiras de resolver pacificamente controvérsias internacionais, servindo inclusive como modelo para muitos dos sistemas de solução de controvérsias mais institucionalizados que conhecemos hoje e que são tratados em outros capítulos desta obra. Sua flexibilidade e outros de seus atributos fizeram com que a arbitragem fosse utilizada na solução de controvérsias internacionais das naturezas mais diversas, o que lhe possibilitou contribuir expressivamente para a consolidação e para a evolução de normas substantivas em algumas áreas importantes do direito internacional.

O objetivo deste capítulo é proporcionar ao leitor uma visão geral e introdutória, de forma alguma exaustiva, sobre a arbitragem como um método de solução de controvérsias internacionais, procurando salientar suas características fundamentais, tratar de sua evolução histórica e evidenciar sua importância para o direito internacional contemporâneo. Espera-se,

ainda, que as fontes indicadas sirvam como referência para aqueles interessados em aprofundar-se no estudo do assunto.

Deve-se ter presente, desde logo, que o tema é extremamente amplo e suscita uma infinidade de questões jurídicas, sendo necessário, portanto, delimitá-lo de acordo com algum critério. Um possível critério de delimitação seria a *natureza* das disputas. Poder-se-ia traçar uma divisão, como fazem alguns autores, entre a “arbitragem pública” ou “política” (entre Estados), a “arbitragem mista” (entre Estados e particulares) e a “arbitragem privada” (entre particulares), escolhendo analisar uma ou mais destas. Opta-se aqui por resistir a essa classificação, entretanto, porque ela dá a entender que há uma distinção muito clara e rígida entre direito público e privado, e essa clássica dicotomia parece vir perdendo relevância ao longo do tempo². Talvez uma forma um pouco mais fidedigna de delimitar o tema seja dividi-lo simplesmente de acordo com os *participantes* das disputas³. Participam de arbitragens internacionais, mais comumente, Estados e empresas envolvidas em negócios internacionais. Com menor frequência, tem-se a participação de indivíduos, de organizações internacionais (intergovernamentais)⁴ e, até mesmo, organizações não governamentais (ONGs) de caráter transnacional⁵.

Este capítulo se concentrará nas arbitragens internacionais envolvendo Estados, as quais se subdividem em arbitragens interestatais e arbitragens entre Estados e particulares, que podem ser pessoas jurídicas ou naturais. Deve ficar claro que essa opção não reflete qualquer juízo de valor acerca da importância maior ou menor de uma ou outra espécie de arbitragem para os assuntos internacionais. É simplesmente porque — para além da necessidade acadêmica de delimitar a análise — a arbitragem internacional entre particulares, ou a “arbitragem comercial internacional”, a qual assumiu importância tremenda para os negócios internacionais ao longo dos últimos cinquenta anos, suscita uma série de questões um pouco diferentes das que concernem à arbitragem envolvendo Estados, notadamente no que diz respeito ao complexo sistema de legislações nacionais e tratados internacionais que regulamentam tal modo de resolução de litígios e fazem com que ele funcione, hoje, muito bem⁶. Além disso, e muito embora na prática, como *método*, não pareça haver tantas diferenças, as arbitragens envolvendo Estados estão mais próximas, naturalmente, dos demais sistemas

de solução de controvérsias estudados nesta obra, uma vez que estes também envolvem os Estados.

O capítulo organiza-se da seguinte forma: inicialmente, abordam-se alguns elementos fundamentais que caracterizam a arbitragem internacional e a distinguem de outros meios pacíficos de solução de controvérsias. Em segundo lugar, recupera-se um breve histórico da arbitragem internacional envolvendo Estados, para que se situe o tema no mundo contemporâneo. Em paralelo à abordagem histórica, procura-se demonstrar a importância desse método de solução de controvérsias para o direito internacional e, ainda, ilustrar toda a análise com menção a alguns casos relevantes decididos por arbitragem. Nas considerações finais, são apresentadas algumas conclusões e perspectivas sobre o tema.

2. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Em que consiste a arbitragem internacional? Talvez o número de definições seja próximo ao número de autores que tratam do tema. Para que se evite escolher aleatoriamente uma dentre as várias definições doutrinárias, pode-se fazer referência a um conceito adotado no plano multilateral. Nos termos do art. 37 da Convenção de Haia de 1907 para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais⁷, “a arbitragem internacional tem como objeto a resolução de disputas entre Estados por juízes de sua própria escolha e com base no respeito ao direito. O recurso à arbitragem implica um compromisso de submeter-se de boa-fé ao laudo” (tradução livre)⁸. A Comissão de Direito Internacional da ONU (Organização das Nações Unidas), de maneira semelhante, definiu a arbitragem em 1953 como “um procedimento para a resolução de disputas entre Estados por meio de um laudo vinculante com base no direito e como resultado de um empreendimento voluntariamente aceito”⁹.

Dessas definições podem ser extraídos os elementos mais fundamentais que caracterizam a arbitragem internacional: o *consentimento* das partes envolvidas, a resolução da disputa com base em *regras jurídicas*, a *solução definitiva e obrigatória* da disputa através de uma “sentença” (laudo arbitral), e a escolha pelas próprias partes dos “juízes” (árbitros) que julgarão a controvérsia¹⁰. A esses se deve acrescentar outro elemento

fundamental, que é a *flexibilidade* para que as partes determinem, além dos árbitros, as regras materiais aplicáveis e os procedimentos a serem observados para a resolução da disputa. Por fim, outra característica típica da arbitragem é a *possibilidade de sigilo do procedimento*.

A submissão de uma controvérsia à arbitragem internacional depende do *consentimento* das partes. Nas palavras da Corte Permanente de Justiça Internacional:

Está bem estabelecido no direito internacional que nenhum Estado pode, sem o seu consentimento, ser compelido a submeter suas disputas com outros Estados seja à mediação ou à arbitragem, ou a qualquer outra espécie de solução pacífica. O consentimento pode ser dado de uma vez por todas, na forma de uma obrigação livremente aceita, ou pode dar-se, ao contrário, em um caso específico independentemente de qualquer obrigação existente¹¹.

Assim, dois Estados podem, antes do surgimento de qualquer disputa, pactuar, através de um tratado de arbitragem geral, ou de uma cláusula arbitral em um tratado específico, que qualquer controvérsia que porventura surja será submetida a um árbitro ou tribunal arbitral, o qual terá competência para julgá-la. Por outro lado, também podem, após o surgimento de uma disputa, resolver submetê-la à arbitragem, por meio de um acordo especial (usualmente denominado *compromis*).

As empresas e os indivíduos, da mesma maneira, podem *optar* por submeter controvérsias entre si e Estados à arbitragem¹². Interessante a observação de que, para os particulares que recorrem à arbitragem, há uma opção voluntária (especialmente no que diz respeito à arbitragem comercial) pela flexibilidade do procedimento arbitral como uma alternativa aos requisitos mais rígidos e lentos da via judicial. Para o Estado, por outro lado, a submissão à arbitragem representa uma perda de liberdade, a aceitação de um constrangimento do qual ele estaria livre, não fosse o consentimento, em função de sua soberania¹³.

A arbitragem, embora extrajudicial (já que não se dá sob o domínio de juízes nacionais ou tribunais internacionais institucionalizados), é um *meio jurídico* de solução de controvérsias. A arbitragem resolve disputas através da aplicação de princípios, regras e técnicas jurídicas. Por meio destes,

chega-se à *solução definitiva* da disputa, vinculante para as partes¹⁴. Essas características distinguem claramente a arbitragem dos meios diplomáticos de solução de controvérsias, tais como a mediação e os bons ofícios, nos quais predominam critérios políticos e não são geradas decisões obrigatórias para as partes¹⁵.

Outra característica fundamental da arbitragem como método de solução de controvérsias é sua *flexibilidade*, permitindo que as partes em disputa escolham as pessoas que decidirão a controvérsia e definam as regras substantivas e de procedimento que serão utilizadas para se chegar à decisão. Basicamente, é essa flexibilidade, ou esse grau de controle das partes sobre o processo, que diferencia a arbitragem do método judicial de solução de controvérsias, o qual conta com regras mais rígidas e institucionalizadas, predefinidas para todo um conjunto de casos¹⁶.

Com relação à escolha dos árbitros, é comum que cada parte indique um ou dois árbitros, e os escolhidos nomeiem em conjunto um terceiro (ou quinto) árbitro para completar a composição do tribunal arbitral. Contudo, arbitragens internacionais também podem ser resolvidas por árbitro único. Tudo depende do consenso entre as partes e dos procedimentos acordados para a nomeação daqueles aos quais é atribuída competência para a determinação final do resultado da controvérsia. A flexibilidade para a escolha dos árbitros é bastante útil em casos que requerem *expertise* técnica em determinada área, pois há a possibilidade de composição de tribunais arbitrais por juristas e outros profissionais especializados¹⁷.

Quanto às regras procedimentais para a condução de uma arbitragem internacional, as partes podem definir de modo abrangente os procedimentos a serem utilizados em uma disputa específica, caracterizando o que se denomina arbitragem *ad hoc*. Tal espécie de arbitragem parece ser a preferida nas disputas interestatais, em função do maior grau de liberdade que proporciona¹⁸. Faculta-se às partes, ainda, fazer referência às regras de procedimento administradas por determinadas instituições, tais como o ICSID (Centro Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos)¹⁹, a CCI (Câmara de Comércio Internacional)²⁰ e a LCIA (Corte de Arbitragem Internacional de Londres)²¹. Nesta hipótese se configura a arbitragem *institucional*, utilizada com maior frequência nas

disputas entre particulares, porém também comum em controvérsias envolvendo Estados e partes privadas, especialmente investidores.

Os procedimentos arbitrais tendem a ser mais céleres que os procedimentos judiciais e, como visto, as partes têm ampla liberdade para modificá-los de acordo com as necessidades de cada caso. Na prática e na essência, todavia, verificam-se muitas das características básicas dos procedimentos judiciais, os quais são importantes para que se obtenha um resultado justo, tais como: representação por advogados, produção de provas, apresentação de argumentos por escrito e oralmente, com direito ao contraditório, necessidade de motivação da sentença ou laudo arbitral, dentre outros²².

As partes que submetem uma controvérsia à arbitragem também têm autonomia para definir as leis que serão aplicadas ao mérito da disputa. Nas arbitragens interestatais, como seria de esperar, por questões de soberania, a regra é a aplicação do direito internacional público, o que significa aplicar, além do(s) tratado(s) invocado(s) na disputa, princípios gerais do direito e costumes internacionais, por exemplo²³. Já nos casos envolvendo Estados ou empresas estatais e particulares, pode ocorrer tanto a aplicação do direito do Estado envolvido quanto a aplicação do direito internacional, ou ambos²⁴.

Por fim, na arbitragem, há a *possibilidade* de que todo o procedimento ocorra em *sigilo*, ao contrário do que costuma se passar nos processos judiciais²⁵. Na Corte Internacional de Justiça, por exemplo, o *compromis* ou o requerimento de início de uma disputa deve ser circulado para todos os Estados-partes de seu Estatuto, os julgamentos são necessariamente publicados e as audiências normalmente abertas ao público²⁶. Já a arbitragem pode acontecer sem que terceiros não envolvidos nem sequer tomem conhecimento de sua existência, do início dos procedimentos até a decisão final, se assim desejarem as partes em disputa. É verdade que, nas arbitragens internacionais, o mais comum é que pelo menos o laudo arbitral seja publicado; portanto, a confidencialidade total não é a regra²⁷. Também é comum, por outro lado, que as petições e audiências sejam realizadas em segredo, o que pode ser importante em certos casos envolvendo Estados, pois estes podem sentir-se mais livres para tomar posições e apresentar

alegações com menos receio de que venham a ser citados por terceiros, no futuro, como tendo-se vinculado a tal ou qual posição²⁸.

3. BREVE HISTÓRICO, SITUAÇÃO CONTEMPORÂNEA E IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL ENVOLVENDO ESTADOS

Considera-se que a história da arbitragem interestatal inicia-se nas Cidades-Estados da Grécia Antiga, especificamente a partir de eventos relativos à Guerra do Peloponeso entre Atenas e Esparta²⁹. Na Idade Média, tem-se o registro de arbitragens interestatais conduzidas pelo Papa ou por reis³⁰. A era da arbitragem moderna, no entanto, surge com o Tratado Jay, celebrado entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos em 1794, com base no qual foram arbitradas três disputas que ameaçavam levar tais Estados à guerra³¹.

Os mesmos países celebraram posteriormente dois tratados prevendo a resolução de conflitos através da arbitragem. Através do Tratado de Ghent³², que terminou a guerra de 1812, quatro disputas territoriais foram arbitradas. Já o Tratado de Washington³³, de 1871, possibilitou a realização da famosa arbitragem *Alabama*³⁴. A disputa decorreu da permissão, por parte do governo britânico, da entrega do navio de guerra Alabama para a Confederação do Sul, durante a Guerra da Secessão nos Estados Unidos, apesar da declarada neutralidade britânica. O navio teve um bom desempenho na guerra, causando sérios prejuízos ao Norte. Um tribunal arbitral composto por cinco eminentes árbitros decidiu a controvérsia, determinando a compensação devida aos Estados Unidos, através da aplicação de regras materiais previstas no próprio Tratado de Washington. Uma das decisões importantes do tribunal arbitral, do ponto de vista da evolução das regras materiais de direito internacional, foi sua rejeição do argumento da Grã-Bretanha de que não poderia ser responsabilizada por violação de seu dever de neutralidade, pois seu direito constitucional não lhe permitia interferir na construção e navegação privada de navios. Hoje, tribunal internacional algum questionaria a regra de que um Estado não pode alegar suas próprias leis como justificativa para descumprir obrigações internacionais³⁵.

O caso *Alabama* teve grande repercussão na opinião pública internacional e fez com que a arbitragem passasse a ser vista como uma excelente maneira de resolver problemas entre os Estados pacificamente, com base no direito, podendo até mesmo evitar a guerra. Posteriormente, por iniciativa do czar Nicolas, foi convocada, em 1899, uma conferência internacional para a solução pacífica de disputas, com a finalidade de minimizar, tanto quanto possível, o recurso à força nas relações entre Estados. Na conferência, produziu-se a Convenção de Haia para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais³⁶ (a qual veio a ser revista pela Convenção de Haia de 1907, tema do texto “Meios diplomáticos e políticos de solução de controvérsias: os problemas decorrentes da falta de coerência processual” desta obra)³⁷.

Além de reconhecer a arbitragem como o meio mais eficaz e equitativo de solucionar controvérsias internacionais, nos casos em que tenha falhado a diplomacia (art. 16), a Convenção de 1899 criou a Corte Permanente de Arbitragem (CPA). Na verdade, não se trata de uma “corte” ou tribunal, mas sim de um mecanismo para a composição de tribunais arbitrais. Os Estados que são partes da Convenção podem nomear quatro pessoas para compor um “painel” de árbitros, os quais podem ser selecionados, da maneira tradicional, por Estados em disputa³⁸. Foram realizadas, no âmbito da CPA, em torno de 20 arbitragens entre a sua criação e a década de 1930, algumas das quais de importância significativa para o direito internacional, tais como o caso *Tinoco*³⁹ e a disputa sobre a *Island of Palmas*⁴⁰.

Abram-se aqui parênteses para tratar deste último caso, reconhecido como uma das mais importantes decisões internacionais sobre a aquisição de territórios⁴¹. A disputa envolveu a soberania sobre a “Ilha das Palmeiras” (ou Miangas), que os Estados Unidos acreditavam ter recebido da Espanha por cessão junto com as Filipinas, nos termos do Tratado de Paris de 1898⁴². A Holanda, por sua vez, alegava que sua soberania decorria da demonstração contínua e pacífica de autoridade estatal sobre a Ilha, desde aproximadamente 1700. O árbitro, com base no fato de que a Espanha não tinha soberania sobre o território no momento da suposta cessão, mas sim a Holanda, proferiu laudo favorável a esta. Como observa um professor britânico, o laudo tem tremenda importância para as regras sobre aquisição de território no direito internacional, não apenas por seu tratamento

completo e bem fundamentado do tema, mas também por sua ênfase na “posse contínua e pacífica”, critério retomado posteriormente em outras disputas⁴³.

Aliás, não se pode deixar de dizer que questões territoriais e marítimas, incluindo disputas sobre fronteiras e limites, estão entre as áreas de maior atividade arbitral entre Estados, cabendo lembrar, apenas ilustrativamente, casos como *Rann of Kutch* (Índia × Paquistão, 1968), *Beagle Channel* (Argentina × Chile, 1977) e *Guinea-Bissau/Senegal* (1989)⁴⁴, além de casos envolvendo o Brasil e vizinhos latino-americanos⁴⁵.

Fechando-se os parênteses, diz-se que os anos dourados da arbitragem interestatal ocorreram entre as décadas de 1850 e 1930, quando teriam sido levados à arbitragem em torno de 364 casos. Em contraste, entre 1930 e 1992, teriam sido registradas apenas 51 arbitragens interestatais⁴⁶, apesar do número crescente de tratados prevendo a arbitragem como modo de solução de controvérsias⁴⁷.

Para que se comece a discutir o significado desses números, é importante tratar de dois outros capítulos da história da arbitragem internacional: o surgimento dos chamados tribunais mistos de reclamações e o desenvolvimento da arbitragem entre Estados e particulares.

Os tribunais mistos de reclamações foram organizados com base na experiência de “comissões mistas” que se desenvolveram no século XIX, especialmente para solucionar controvérsias envolvendo reclamações por danos sofridos por estrangeiros em cenários de guerra civil. Cada Estado envolvido costumava indicar um membro para a comissão, os quais nomeavam um terceiro neutro. Normalmente, os particulares não tinham acesso direto à comissão. Os tribunais mistos funcionavam (e ainda funcionam) de maneira semelhante, mas com uma importante diferença: além da possibilidade de disputas interestatais, particulares têm, em alguns casos, acesso direto a tais tribunais para apresentar suas reclamações contra um Estado. Foi assim com os tribunais mistos formados após a Primeira Guerra Mundial, nos termos do Tratado de Paz de Versalhes⁴⁸ e outros instrumentos. A novidade proporcionou o julgamento de um número de casos sem precedentes no plano internacional. O tribunal franco-germânico, por exemplo, julgou em torno de vinte mil reclamações, enquanto os tribunais

anglo-germânico e germano-italiano proferiram em torno de dez mil laudos cada⁴⁹.

Considera-se que o mais relevante dentre os tribunais arbitrais mistos já criados seja o Tribunal de Reclamações Irã-Estados Unidos⁵⁰. O Tribunal foi criado como parte da solução para a crise dos reféns na embaixada norte-americana em Teerã, em 1979, com mediação do governo do Argélia. Nele, foi julgado o significativo número de quase quatro mil casos, entre os Estados Unidos e o Irã e entre pessoas de nacionalidade americana e iraniana contra o outro respectivo Estado⁵¹. Os procedimentos são basicamente aqueles previstos nas Regras de Arbitragem da UNCITRAL, com pequenas modificações. Os casos envolveram, no que se refere aos particulares, reclamações sobre dívidas, contratos e expropriações e, quanto às disputas interestatais, questões sobre o fornecimento de mercadorias e serviços, divergências sobre a interpretação e aplicação da “Declaração Geral” acordada em Argel, entre outros assuntos⁵².

Na esteira do Tribunal Irã-Estados Unidos, vieram outras iniciativas semelhantes que também se valeram de procedimentos arbitrais, tais como a Comissão de Compensação das Nações Unidas, criada em 1991, após a invasão do Kuwait pelo Iraque, para lidar com reclamações de estrangeiros contra este, e o Tribunal de Resolução de Reclamações referentes a Contas Dormentes na Suíça, um dos chamados “tribunais do Holocausto”, para resolver pendências referentes a contas bancárias abertas na Suíça por estrangeiros antes do fim da Segunda Guerra Mundial, e que ficaram inativas desde então⁵³.

Os tribunais mistos, como visto, demarcam uma tendência de enorme importância para a arbitragem e para o direito internacional de maneira geral, que é a possibilidade de acesso direto a tribunais internacionais por particulares, para reclamações contra Estados. Apesar de haver registro de arbitragens entre Estados e partes privadas desde meados do século XIX⁵⁴, essa espécie de arbitragem só veio a se desenvolver com maior vigor a partir de alguns casos da segunda metade do século XX, envolvendo contratos de concessão para a exploração de recursos minerais. Nesses casos, as empresas concessionárias, em troca de seus investimentos, tiveram contratualmente reconhecido seu direito de iniciar procedimentos arbitrais

diretamente contra o Estado concedente, sem a necessidade, portanto, da “proteção diplomática” de seu próprio Estado⁵⁵.

Alguns desses casos, em especial aqueles das empresas *BP*, *Topco/Calasiatic* e *Liamco* contra a Líbia — todos resultantes da nacionalização de petroleiras pelo governo do Cel. Kadafi no início dos anos 1970, em prejuízo de subsidiárias das empresas americanas e britânicas — e aquele da *Aminoil* contra o Kuwait — iniciado depois que o governo deste encerrou, por decreto de 1977, a concessão à empresa americana para exploração de petróleo e gás natural — são muito citados⁵⁶. Além de representarem importantes marcos da arbitragem “investidor-Estado”, que se desenvolveu consideravelmente ao longo dos anos — como será visto a seguir — esses casos contribuíram de forma significativa para o esclarecimento e consolidação de certas normas internacionais substantivas referentes à proteção de investidores estrangeiros, ainda que se verifique alguma divergência de opinião nos resultados de cada um⁵⁷.

A partir dali, surgiram algumas importantes instituições, que contribuíram para que a arbitragem se estabelecesse como um dos principais meios de solucionar controvérsias entre Estados e particulares, especialmente na área de investimentos⁵⁸. Trata-se do ICSID, do NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte, no caso de disputas com base em seu Capítulo 11) — os quais merecem tratamento em capítulos específicos desta obra — do mais recente Tratado da Carta da Energia⁵⁹, entre outros. Somem-se a estes, ainda, os mais de 2.400 tratados bilaterais de investimentos (BITs) atualmente em vigor no mundo, os quais via de regra preveem a possibilidade de arbitragem investidor-Estado⁶⁰. Além disso, disputas entre investidores e Estados são submetidas com alguma frequência a instituições arbitrais como a CCI e a LCIA, além de tribunais arbitrais *ad hoc*. Com a significativa codificação representada por tratados prevendo a arbitragem como forma de solução de controvérsias, bem como por contratos envolvendo Estados ou entes estatais que contêm cláusulas de arbitragem, o que se vê atualmente é uma explosão no número de casos entre Estados e particulares, notadamente empresas, que são submetidos a tal método.

Para que se tenha uma ideia, há no momento 124 casos pendentes no ICSID⁶¹, quase 30 casos foram submetidos nos anos recentes ao sistema do

Tratado da Carta da Energia⁶² e aproximadamente 10% dos pedidos de arbitragem submetidos à CCI nos últimos anos têm envolvido Estados ou entes estatais, o que equivale a algo em torno de 80 casos por ano⁶³. Em termos de solução de controvérsias internacionais, estamos falando de números muito significativos, qualquer que seja a instituição ou sistema internacional que se utilize como padrão de comparação.

Parece não haver, assim, qualquer sombra de dúvida em relação à importância atual da arbitragem entre Estados e particulares para o direito internacional e para a prática dos negócios internacionais. Com relação à arbitragem interestatal, no entanto, observou-se, acima, um aparente declínio em sua utilização. O que explicaria tal declínio? Seria a perda de prestígio ou de importância da arbitragem interestatal como meio de solução de controvérsias? Parece-me que não, pelas razões que se seguem.

Em primeiro lugar, deve-se notar que muitas das disputas que eram submetidas à arbitragem interestatal no século XIX e na primeira metade do século XX não eram, na verdade, disputas entre os Estados cujos nomes aparecem nos laudos, mas sim disputas entre um Estado e um estrangeiro representado por seu próprio Estado, por meio do instituto da proteção diplomática⁶⁴. Seria de esperar, assim, que na mesma medida em que a arbitragem fosse “privatizada” — ou seja, em que se passasse a admitir o acesso direto de indivíduos e empresas a tribunais internacionais para apresentar suas reclamações contra Estados — haveria uma redução dos casos chamados interestatais.

Além disso, as estatísticas acima mencionadas em relação à arbitragem interestatal contam casos até os anos 1990, aproximadamente. Desde os anos 2000, por exemplo, foram instituídas mais de 70 novas arbitragens sob os auspícios da CPA ou com auxílio administrativo desta, quase um quinto das quais sendo disputas realmente interestatais⁶⁵. Antes disso, a maior parte dos analistas tratava a CPA como uma instituição de importância apenas histórica. Isso mostra, por um lado, que a arbitragem interestatal continua relevante e, por outro, que generalizações e previsões nessa área correm sério risco de se provarem equivocadas no futuro⁶⁶, pois não é possível antecipar com qualquer cientificidade que tipo de novos problemas virão a surgir entre Estados e quais métodos estes utilizarão para resolvê-los. O que

é certo é que um dos métodos disponíveis, o qual historicamente já demonstrou sua eficácia, é a arbitragem.

Finalmente, não se deve perder de vista, como nota um renomado internacionalista, que “*as espécies mais institucionalizadas de jurisdição se desenvolveram historicamente a partir da experiência arbitral*”⁶⁷. Mais ainda, uma observação importante que parece escapar à maioria dos estudiosos do tema é que diversos sistemas de solução de controvérsias conhecidos hoje são nada mais que sistemas arbitrais com regras de procedimento predefinidas, isto é, são, na prática, se não no nome, sistemas de arbitragem *institucional*. É o caso dos sistemas do NAFTA, do Mercosul, ao menos uma parte do sistema da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, entre outros, que não podem ser desconsiderados quando se estuda a arbitragem envolvendo Estados. Outros sistemas assemelham-se claramente à arbitragem, ainda que com algumas particularidades, tais como o sistema de painéis do GATT e da OMC⁶⁸. Pode-se argumentar, ainda, que a própria Corte Internacional de Justiça modificou alguns de seus procedimentos de maneira a se aproximar, em alguma medida, da arbitragem, como se vê na possibilidade de formação de “turmas” (*chambers*) *ad hoc*, nos termos do art. 26(2) do Estatuto da Corte⁶⁹.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto anteriormente, é difícil identificar, com embasamento científico, tendências para o futuro da arbitragem internacional. Porém, se é possível identificar alguma tendência relevante para este capítulo e esta obra, trata-se daquela de legalização das relações internacionais⁷⁰, entre outras razões em função das exigências proporcionadas pela intensificação do processo de globalização. Um número muito significativo de temas passa a ser regulamentado no plano internacional, através de densas redes de tratados multilaterais, regionais e bilaterais, o que naturalmente acarreta maior probabilidade de necessidade de solução de controvérsias.

Como a arbitragem é um método muito flexível, adaptável a conflitos de diversos tipos⁷¹, acaba sendo utilizado com razoável frequência para tal fim. O bom funcionamento de seus procedimentos, testados empiricamente, inspirou diversos sistemas de solução de controvérsias contemporâneos. Pouco importa se esses sistemas recebem ou não a denominação de

arbitragem. Importante é perceber que só foi possível construí-los porque havia uma experiência anterior bem-sucedida com arbitragens internacionais. E que, do ponto de vista dos procedimentos, a arbitragem interestatal clássica — bem como, mais tarde, as arbitragens entre Estados e particulares — serviu-lhes como modelo. Isso justificaria, por si só, a necessidade de os estudiosos e praticantes do direito internacional conhecerem as experiências passadas com esse método de solução de controvérsias.

Além disso, como se viu, a arbitragem para a resolução de disputas entre Estados e particulares, especialmente investidores, nunca foi tão frequente, e a arbitragem interestatal continua sendo utilizada, mesmo coexistindo com tantos sistemas mais institucionalizados de solução de controvérsias.

Neste capítulo, foram mencionadas algumas das inúmeras controvérsias internacionais importantes resolvidas por arbitragem, que devem ser vistas apenas como ilustrações para uma familiarização inicial com o assunto. Muitas outras poderiam ser citadas, em áreas como direitos de comunicação e transportes, responsabilidade do Estado de maneira geral, proteção e preservação do meio ambiente, como se vê em alguns casos recentes administrados pela CPA, e assim por diante. Do ponto de vista material, é de dar destaque à sua contribuição para a evolução das regras de direito internacional relativas a questões envolvendo territórios e delimitação marítima, assim como das regras internacionais de proteção aos investimentos, no caso das arbitragens investidor-Estado.

Não se pode deixar de registrar, finalmente, que há muitas questões relevantes e interessantes que podem ser aprofundadas ao estudar o tema deste capítulo, como, por exemplo, a importância de precedentes arbitrais (em comparação a precedentes judiciais) no direito internacional⁷² e a exequibilidade de laudos arbitrais contra Estados ou entes estatais nas jurisdições de outros Estados à luz da Convenção de Nova York de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, em que pesem eventuais alegações de imunidade de jurisdição⁷³.

Em conclusão, a arbitragem é, como se espera ter sinteticamente demonstrado, parte do dia a dia do direito internacional. Conhecê-la é conhecer a teoria e a prática do direito internacional, bem como aprimorar-se inclusive para o estudo e atuação em áreas nas quais o instituto da

arbitragem é também muito importante, a exemplo das questões comerciais, tanto domésticas quanto internacionais.

1 LLM, The London School of Economics and Political Science. MBA Empresarial, Fundação Dom Cabral. Bacharel em Direito pela UFMG e em Relações Internacionais pela PUC-Minas. Advogado associado ao escritório Lima Netto, Campos, Fialho, Canabrava Advogados. O autor agradece a Bárbara Oliveira os úteis comentários a uma versão preliminar deste capítulo.

2 Essa é a opinião de alguns juristas consagrados: “(...) *durante anos tenho argumentado — na Academia de Haia, no Instituto de Direito Internacional, e em vários textos — que as distinções comumente traçadas entre ‘direito público’ e ‘direito privado’, e entre direito internacional público e direito internacional privado, são exageradas*”. LOWENFELD, Andreas F. “Book review — Extinctive prescription and applicable law in interstate arbitration, by Kaj Hobér”. *American Review of International Arbitration*, 2001, v. 12, p. 465-468, p. 468 (tradução livre). Outro renomado especialista bem observa que órgãos públicos tomam parte com frequência em arbitragens de disputas “privadas”, e por outro lado partes privadas também participam de disputas sob o direito público, ou pelo menos envolvendo questões políticas e até mesmo funções governamentais. PAULSSON, Jan. “Cross-enrichment of public and private law dispute resolution mechanisms in the international arena”. *Journal of International Arbitration*, 1992, v. 9, n.1, p. 59-68, p. 59.

3 Note-se que o termo “participantes” é utilizado, propositadamente, em lugar de “sujeitos”. É que me parece que a discussão clássica sobre quem são e quem não são os sujeitos do direito internacional às vezes se perde em um formalismo quase inútil para fins práticos, pelo menos se for levado em conta o atual estágio do direito internacional, em que obviamente participam indivíduos, empresas, ONGs, os quais não são considerados formalmente “sujeitos”, mas apenas “objetos”, por boa parte da doutrina. Prefere-se, assim, acompanhar a autoridade de ninguém menos que a ex-presidente da Corte Internacional de Justiça: “(...) *não é de grande ajuda, seja intelectual ou operacionalmente, basear-se na dicotomia sujeito-objeto que permeia tantos textos. É mais útil, e mais próximo da realidade, voltar à percepção do direito internacional como um processo de tomada de decisões (...) dinâmico e não estático [no qual] há uma variedade de participantes, propondo demandas entre as fronteiras estatais, com o objetivo de maximizar diversos valores. Serão feitas determinações sobre essas demandas por vários tomadores de decisão autorizados — assessores jurídicos de*

Ministérios de Relações Exteriores, tribunais arbitrais, juizes”. HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 50 (tradução livre).

4 Como um dos casos da última década, pode-se citar *Horst Reineccius et al. v. Bank for International Settlements* (Partial Award of 22 November 2002 and Final Award of 19 September 2003 in Case n. 2000-03, *ASA Bulletin*, 2004, v. 22 n. 1, p.116-131), julgado por um tribunal composto de cinco árbitros, organizado sob a égide da Corte Permanente de Arbitragem. A controvérsia envolveu o *status* do BIS (Banco de Pagamentos Internacionais), definido pelos árbitros como uma organização internacional *sui generis*, e os critérios que foram utilizados para calcular a compensação devida a determinados particulares que detinham ações emitidas pelo Banco, quando este decidiu recomprá-las em 2001. Ao final, determinou-se que o BIS pagasse a cada demandante um valor adicional de francos suíços por ação. O BIS obteve sucesso, porém, em um pedido de indenização (em reconvenção) contra um dos demandantes, que iniciou, violando os Estatutos do Banco, um processo nos Estados Unidos, forçando aquele a despende, em sua defesa, uma quantia significativa em custas legais e honorários.

5 O exemplo conhecido é uma arbitragem entre a França e a ONG Greenpeace, um dos casos decorrentes do afundamento do navio *Rainbow Warrior*. O laudo arbitral referente a esse caso, de 1987, não foi publicado, mas sabe-se que a França foi condenada ao pagamento de alguns milhões de dólares como reparação das perdas sofridas pelo Greenpeace. *Vide* GRAY, Christine; KINGSBURY, Benedict. “Developments in dispute settlement: inter-state arbitration since 1945.” *The British Yearbook of International Law*, 1992, p. 97-134, p. 104.

6 REDFERN, Alan; HUNTER, Martin (com N. Blackby & C. Partasides). *Law and practice of international commercial arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 1-2. Entre os tratados internacionais que garantem o bom funcionamento da arbitragem comercial internacional, destaca-se claramente a Convenção de Nova York de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ratificada pelo Brasil em 2002 (Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002). Quanto às legislações nacionais, faça-se referência, como exemplo, à nossa Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996). Para mais detalhes sobre a arbitragem internacional entre particulares, ver o capítulo desta obra que se refere à Câmara Internacional de Comércio.

7 *Hague Convention n. I for the Pacific Settlement of Disputes*, 1907, 2 *AM. J. INT’L L.* (1908) Supp. 43.

8 A Corte Internacional de Justiça adotou a definição da referida Convenção, “para fins de direito internacional público”, no caso *Maritime Delimitation and Territorial Questions (Bahrain v. Qatar)*, Merits, 16 March 2001, p. 40. Também o fez sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, em uma opinião solicitada pelo Conselho da Liga das Nações a respeito de sua decisão referente à fronteira entre a Turquia e o Iraque nos termos do Tratado de Lausanne (*Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion, 21 November 1925, p. 26).

[9](#) United Nations. International Law Commission. *Yearbook of the International Law Commission*, 1953, II, p. 202 (tradução livre). Esse mesmo conceito básico pode servir para definir a arbitragem envolvendo Estados e particulares, bastando que se adaptem os termos.

[10](#) DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 782.

[11](#) *Status of the Eastern Carelia*, Advisory Opinion, 23 July 1923, p. 19.

[12](#) Reconhece-se que, algumas vezes, em uma negociação entre Estados e particulares, o poder de barganha de uma das partes — que pode ser tanto o Estado soberano quanto uma grande multinacional que condiciona seus investimentos à aceitação da cláusula arbitral por um Estado em desenvolvimento, por exemplo — na fase de negociação de um contrato, ou quando da discussão sobre como resolver uma disputa, pode ser usado para “impor” a resolução por arbitragem. Formalmente, no entanto, é sempre necessário verificar a presença do consentimento das partes, sob pena de nulidade do procedimento arbitral.

[13](#) FOX, Hazel. “States and the Undertaking to Arbitrate”. *The International and Comparative Law Quarterly*, jan. 1988, v. 37, n. 1, p. 1-29, p. 4.

[14](#) É claro que, ocasionalmente, as partes envolvidas em arbitragens tentam anular os laudos proferidos, ou procuram se esquivar da arbitragem através do recurso a tribunais domésticos. Além disso, em pelo menos um sistema arbitral internacional, o do Mercosul, há, desde a aprovação do Protocolo de Olivos, a possibilidade de recurso ao Tribunal Permanente de Revisão. Essa possibilidade de recurso, que fez com que o sistema do Mercosul recebesse até mesmo a alcunha de “Frankenstein” (SOARES, Guido. “Arbitragem entre Estados”. *Anais das palestras proferidas em 2004 na Secretaria Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, 2005, p. 7-24, p. 19-21), é atípica porque a arbitragem sempre foi um processo de única instância, valorizado por sua celeridade. De qualquer forma, via de regra, a sentença ou laudo arbitral é definitiva.

[15](#) É verdade que a arbitragem, como observa um renomado jurista britânico, combina em alguma medida procedimentos diplomáticos e judiciais, pois seu sucesso depende de processos de negociação entre as partes para instituir o tribunal arbitral, bem como no que se refere à posterior implementação da decisão (SHAW, Malcolm. *International law*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 741). No fundo, o direito internacional é um processo que inevitavelmente combina procedimentos político-diplomáticos e jurídicos (e há ainda a possibilidade de que se opte pela resolução de controvérsias através da “equidade”, algo que vai além de critérios simplesmente jurídicos). Pensando bem, política e direito também caminham de mãos dadas no caso dos sistemas jurídicos internos, apesar de os tribunais não costumarem reconhecer isso expressamente.

[16](#) Como a maior flexibilidade processual é uma das poucas diferenças entre a arbitragem internacional e os métodos judiciais aplicados por tribunais como a Corte Internacional de Justiça, há quem diga que a arbitragem é um processo “quase-judicial” (SIMMONDS,

Kenneth R.; LAPIDOTH, Ruth; BAADE, Hans W. “Roundtable: public international arbitration”. *Tex Int’l L. J.*, 1987, v. 22, p. 149-168, p. 155).

17 Na disputa territorial entre a Argentina e Chile referente à região do Rio Encuentro, por exemplo (*Argentina-Chile Frontier Case (Encuentro)*), arbitral award, 9 Dec. 1966, 38 *International Law Reports* 10.), o tribunal arbitral foi formado por um advogado e dois geógrafos (SHAW, op.cit., p. 742).

18 GRAY & KINGSBURY, op. cit., p. 106. Houve, ainda, algumas tentativas de criar padrões procedimentais para arbitragens *ad hoc*. A Comissão de Direito Internacional da ONU, por exemplo, nos anos 1950, elaborou um Modelo de Regras sobre o Procedimento Arbitral, o qual recomendou, sem sucesso na prática, para a utilização em arbitragens entre Estados. Fortuna diversa tiveram as Regras de Arbitragem da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), de 1976 (31 *UN GAOR Supp.* n. 17, UN Doc. A/31/17, 1976). Tais regras são utilizadas com frequência em arbitragens comerciais *ad hoc*, com ou sem o envolvimento de entes estatais.

19 O ICSID foi instituído pela Convenção de Washington de 1965 sobre a Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (575 *UNTS* 159).

20 A CCI é uma instituição internacional privada, sediada em Paris, que reúne representantes dos diversos setores econômicos de países de economia de mercado e representa seus interesses. Entre as diversas importantes atividades conduzidas pela CCI, destacam-se a administração de procedimentos arbitrais e outras formas de solução de controvérsias.

21 A LCIA, sediada em Londres e fundada em 1892, é uma das mais tradicionais e ativas instituições privadas para a resolução de disputas comerciais internacionais, através da arbitragem e meios alternativos de solução de controvérsias.

22 DIEZ DE VELASCO, op. cit., p. 786.

23 Há, entretanto, exceções à regra, ainda que parciais. No famoso caso *Trail Smelter*, por exemplo, entre Canadá e Estados Unidos, as leis aplicáveis foram definidas como, em conjunto com o direito internacional, a legislação e a prática dos EUA sobre a questão envolvida, qual seja a poluição transfronteiriça provocada nos Estados Unidos por emissões de dióxido de enxofre por uma empresa canadense. Ao final, determinou-se que o Canadá pagasse uma indenização aos EUA (*Trail Smelter – US v. Canada*), 28 February 1931, p. 1905).

24 No caso *BP v Libya*, 53 *International Law Reports*, p. 297, por exemplo, a referência das partes foi aos princípios do direito da Líbia comuns aos princípios do direito internacional. *Vide* também SCHWEBEL, Stephen M. “The law applicable in international arbitration: application of public international law”. *ICCA Congress series*, 1996, n. 7, p. 562-569, p. 564-567.

25 Essa é uma característica bastante valorizada pela maioria daqueles que praticam a arbitragem comercial internacional, como uma vantagem, em relação à via judicial, que pode ser importante para empresas por razões estratégicas e comerciais.

[26](#) *Vide, e.g.*, os arts. 46 e 58 do Estatuto (1946 UNYB 843) e o art. 95 do Regulamento da Corte Internacional de Justiça (17 *ILM* (1978) 1286).

[27](#) É de imaginar que seria difícil para um Estado, pelo menos um democrático, cumprir uma decisão arbitral internacional, por exemplo, sem prestar quaisquer contas do fato à sua sociedade. Observe-se, além disso, que mesmo laudos arbitrais confidenciais podem vir a se tornar públicos caso sua execução através de processo judicial venha a ser necessária.

[28](#) GRAY & KINGSBURY, *op. cit.*, p. 110-111. Seria possível, a princípio, tentar utilizar os argumentos de um Estado em favor de uma determinada tese como evidência de prática daquele Estado, bem como de sua *opinio juris* (a percepção de estar obrigado), o que poderia configurar vínculo a um costume internacional; ou seria possível, ainda, tentar vincular um Estado a argumentos prévios com base no princípio do *estoppel* (espécie de preclusão no direito internacional).

[29](#) Para uma história da arbitragem na Grécia Antiga, *vide* Harter-Uibopuu, Kaja. “Ancient Greek approaches toward alternative dispute resolution”, *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, v.10, 2002, p.47-69.

[30](#) Werner, Jacques. “Interstate political arbitration: what lies next?” *Journal of International Arbitration*, v. 9, n.1, 1992, p.69-78, p.69.

[31](#) Uma das disputas relacionou-se à fronteira com o Canadá, outra envolveu a obstrução do pagamento de dívidas por cidadãos americanos a credores britânicos, e em outra se discutiu o confisco de navios e cargas durante a guerra entre a Grã-Bretanha e a França (Werner, *op. cit.*, p. 70).

[32](#) Treaty of Ghent, 1814, *International Treaties and Related Records, 1778-1974*, General Records of the United States Government, Record Group 11, National Archives.

[33](#) Treaty Between Great Britain and the United States for the Amicable Setting of All Causes of Difference Between the Two Countries, Washington, 1871, Clive Parry (Ed.), *The Consolidated Treaty Series* (Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1977), Vol. 143, p. 145.

[34](#) *Alabama Claims Arbitration*, 1871, Moore, *International Arbitration*, v. 1, p. 495; Werner, *op. cit.*, p. 70-71.

[35](#) Harris, David. *Cases and materials on international law*. 6. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p.69. Outra evidência de que o caso *Alabama* foi realmente um marco para a arbitragem internacional se verifica nesta citação da Corte Internacional de Justiça, reafirmando o princípio da *compétence de la compétence*: “Desde o caso *Alabama*, restou reconhecido de maneira geral (...) que, na ausência de qualquer acordo em sentido contrário, um tribunal internacional tem o direito de decidir sobre sua própria competência e tem o poder para interpretar, para tal fim, os instrumentos que regem sua competência” (*Nottebohm*, Preliminary Objections, 18 November 1953, p. 111) (tradução livre).

[36](#) *Hague Convention I for the Pacific Settlement of International Disputes, 1899*, 1 *AM. J. INT’L L.* (1907) Supp. 107.

[37](#) Alguns tratados gerais sobre arbitragem (e outros meios de resolução pacífica de disputas) foram posteriormente celebrados, tais como o Pacto de Bogotá, de 1948 (30 *UNTS* 55), e a Convenção Europeia para a Solução Pacífica de Controvérsias, de 1957 (320 *UNTS* 243). Estes, no entanto, são excepcionais. A prática comum é que cláusulas de arbitragem sejam incluídas em tratados internacionais sobre temas específicos. *Vide* GRAY & KINGSBURY, op. cit., p. 101.

[38](#) Para maiores detalhes sobre o funcionamento da CPA e outras de suas funções, ver o capítulo específico desta obra.

[39](#) O caso *Tinoco* entre a Grã-Bretanha e a Costa Rica, envolveu o reconhecimento e a sucessão de governos. A discussão era se o governo da Costa Rica estava obrigado a cumprir obrigações assumidas pelo governo anterior de Tinoco — o qual tomara forçosamente o controle do Estado entre 1917 e 1919 — perante duas sociedades britânicas, sendo que a própria Grã-Bretanha não reconhecia a legitimidade de tal governo. O árbitro William H. Taft decidiu que, apesar disso, a Grã-Bretanha poderia apresentar alegações contra o governo sucessor, uma vez que o governo anterior tinha existência *de facto*. A decisão, no entanto, acabou sendo (parcialmente) favorável à Costa Rica porque (1) os negócios de uma das empresas haviam sido celebrados não com o governo sucedido em si, mas com as pessoas que governaram, para fins particulares, e (2) os negócios da outra sociedade eram inválidos diante da própria lei aplicável quando haviam sido celebrados (*Tinoco Arbitration, Great Britain v. Costa Rica*), 18 October 1923, p. 369).

[40](#) *Island of Palmas (Netherlands v USA)*, Award, April 1925.

[41](#) *Vide*, por exemplo, Simmonds et al., op. cit., p. 151: “O laudo de Max Huber no caso *Island of Palmas* é sem paralelos, um modelo. Huber foi provavelmente o maior advogado internacional suíço desde Vattel e foi um inovador muito sensível e de muito tato. Ele cristalizou naquele laudo alguns princípios relativos a prerrogativas sobre o território e sobre o que denominamos o valor probatório das atividades estatais em territórios disputados” (tradução livre).

[42](#) A Treaty of Peace Between the United States and Spain, U.S. Congress, 55th Cong., 3rd sess., *Senate Doc. n. 62*, Part 1 (Washington: Government Printing Office, 1899), 5-11.

[43](#) Harris, op. cit., p. 194. *Vide*, como exemplo mais recente de referência a tal critério, a arbitragem *Eritrea v. Yemen*, *Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage — Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute*, 1998-1999.

[44](#) É interessante comparar os resultados práticos desses casos. Em *Rann of Kutch* (50 *International Law Reports*, p. 1), a decisão foi prontamente posta em prática pelas partes (Simmonds et al., op. cit., p. 152). Em *Guinea-Bissau/Senegal (Maritime Boundary Arbitration. Award of 31 July 1989)*, 83 *International Law Reports*, 1990, p. 1), Guiné-Bissau rejeitou o laudo e tentou anulá-lo através da submissão do caso à Corte Internacional de Justiça (*vide Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, *ICJ. Reports*, 1991, p. 53) — a qual manteve a decisão arbitral, provando-se uma Corte amiga da arbitragem. Em *Beagle Channel* (52

International Law Reports, 1977, p. 93), a Argentina não se conformou com a decisão, quase gerando um conflito armado entre as partes, o que se evitou graças à mediação papal (*vide* DIEZ DE VELASCO, op. cit., p. 787). Isso demonstra a importância também dos meios diplomáticos de solução de controvérsias. Demonstra, ainda, a realidade de que a arbitragem pode ser insuficiente para resolver disputas politicamente muito sensíveis (*vide*, a respeito, BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, “The Effectiveness of Inter-State Arbitration in Political Turmoil”. *Journal of International Arbitration*, 1993, v. 10, n. 1, p. 43-50). De fato, muitas vezes, nem a arbitragem, nem qualquer outro meio pacífico disponível no direito internacional, será capaz de resolver disputas com essa característica. Em que pese o caso *Rann of Kutch* (envolvendo uma região pouco povoada e de baixo valor estratégico), por exemplo, seria difícil imaginar uma arbitragem entre Índia e Paquistão para resolver o conflito sobre a Caxemira, assim como seria difícil imaginar uma arbitragem entre Estados Unidos e Iraque para averiguar o cumprimento de normas internacionais sobre armas de destruição em massa, antes da intervenção militar em 2003. Mas apenas os muito idealistas considerariam isso uma falha ou um problema do direito internacional, a ser corrigido. Trata-se apenas da realidade de um mundo formado por Estados soberanos. Ao invés de lamentar, é preciso entender o que é possível obter do direito internacional, o qual é apenas um instrumento para regular a conduta e resolver problemas, e não um fim em si mesmo. Talvez parte de sua legitimidade resida justamente no fato de conhecer seus próprios limites. Concorde-se, assim, com SIMMONDS (op. cit., p. 155-156): “Em uma ordem jurídica descentralizada como a que temos, [a arbitragem] continua a oferecer uma importante, mesmo que limitada, alternativa à autointerpretação [pelos próprios Estados de suas obrigações internacionais]. Ela, parece-me, ampara e aprimora o consenso sobre o qual tal ordem jurídica descentralizada se assenta, em última análise. Se esperamos que ela cumpra sua função, não podemos ficar eufóricos nem sobre seu papel nem sobre seus limites” (tradução livre).

[45](#) Recordar-se aqui que três disputas submetidas a arbitragens foram determinantes para a formação do território brasileiro. Trata-se das questões de Palmas, contra a Argentina, do Amapá, contra a Guiana Francesa, e do Rio Pirara, contra a Guiana Inglesa. Nas duas primeiras, as grandes vitórias brasileiras são creditadas ao Barão do Rio Branco. O resultado modesto na terceira é atribuído pela diplomacia nacional à “arbitrariedade” do árbitro, apesar do bom desempenho de Joaquim Nabuco como nosso advogado. Para uma interessante história diplomática dessas questões, *vide* GOES FILHO, Synesio Sampaio. *Navegantes, bandeirantes, diplomatas: um ensaio sobre a formação das fronteiras do Brasil*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000, p. 263-284.

[46](#) WERNER, op. cit., p. 72-73. Outros autores falam de 178 casos entre 1900 e 1945, em comparação a 43 casos entre 1945 e 1990 (MALANCZUK, Peter. *Akehurst’s modern introduction to international law*, 7. ed. London: Routledge, 2004, p. 294). Essas estatísticas podem ser criticadas, por exemplo, por levarem em conta o número de tribunais arbitrais constituídos, e não o número de decisões proferidas (GRAY & KINGSBURY, op. cit., p. 100). Outra possível crítica é que as estatísticas dependem do que se entende por arbitragem interestatal. Se se considerasse que o sistema de painéis do

Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), por exemplo, era conceitualmente um sistema de arbitragem, os números de 1945 ao início da década de 1990 seriam diferentes.

[47](#) Saliente-se que a importância da arbitragem não se verifica apenas no número de controvérsias que tenham sido submetidas a tal método. Como bem observam GRAY & KINGSBURY (op. cit., p. 100), “*deve-se resistir à conclusão de que [os dispositivos prevendo arbitragem] sejam supérfluos. Uma função muito importante desses tratados é demonstrar o compromisso dos Estados com a solução pacífica de controvérsias. E já se argumentou que a possibilidade de arbitragem disposta no acordo pode por si só contribuir para motivar as partes a resolver suas disputas por outros meios pacíficos*” (tradução livre), ou ainda a preferir cumprir suas obrigações.

[48](#) *The Covenant of the League of Nations (Versailles Treaty)*, June 28, 1919, 225 CTS 288.

[49](#) WERNER, op. cit., p. 72.

[50](#) O Tribunal de Reclamações Irã-Estados Unidos foi estabelecido em 1981 pelo *Algiers Accords brokered by Algeria* (20 ILM 223, 1981), incluindo uma *General Declaration* (20 ILM 224, 1981) e um *Claims Settlement Agreement* (20 ILM 230, 1981). Há quem tenha chegado a denominá-lo “o mais significativo órgão arbitral da história” (LILLICH, apud CARON, David. “The nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the evolving structure of international dispute resolution”. *AM. J. INT’L L.*, jan. 1990, v. 84, p. 104-156, p. 104, tradução livre). Nas palavras de um dos ex-presidentes do Tribunal, suas decisões “*são de interesse não apenas porque — ao contrário da maioria das arbitragens — são publicadas, mas também porque lidam com a maior parte dos problemas procedimentais que ocorrem na arbitragem internacional, e com muitas questões materiais relevantes para outras e mais recentes arbitragens tradicionais e, particularmente, para controvérsias contemporâneas sobre investimentos*” (BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. “The role of arbitration within today’s challenges to the world community and to international law”. *Arbitration International*, 2006, v. 22, n. 2, p. 65-177, p. 170, tradução livre). O Tribunal é abordado com maior profundidade em capítulo específico desta obra.

[51](#) Conta-se que o ambiente de trabalho no tribunal nem sempre era muito ameno, dadas as diferenças culturais e políticas entre os participantes. Há registro inclusive de um acontecimento sem precedentes na arbitragem internacional, em 3 de setembro de 1984, quando dois árbitros iranianos atacaram (!), fisicamente, um árbitro sueco, o que levou à suspensão por tempo indeterminado das atividades do tribunal (MALANCZUK, op. cit., p. 297).

[52](#) Com relação à interpretação da Declaração de Argel, cite-se, como exemplo, um caso relativamente recente em que os Estados Unidos solicitaram, entre outras questões, que o tribunal condenasse o Irã a repor uma certa quantia em dólares na “conta de garantia” (*security account*), conforme o acordo entre os países de que a reposição do valor (original) de um bilhão de dólares deveria ocorrer sempre que a quantia viesse abaixo de quinhentos milhões. Os Estados Unidos tiveram sucesso nesta reclamação, mas não em

seu desejo de que fossem suspensas as reclamações pendentes do Irã até o cumprimento da decisão (*Awards of the Full Tribunal: Decision in Case n. A33 (132-A33-FT) of 9 September 2004 (US v. Iran)*, *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (ed.), 2005, v. XXX, p. 279 –302).

[53](#) Para mais informações sobre esses tribunais, *vide* REDFERN & HUNTER, *op. cit.*, p. 72-73.

[54](#) *Vide*, por exemplo, *Egyptv. Suez Canal Co.*, Award of 6 July 1864, 55 *British and Foreign State Papers*, p. 1004.

[55](#) O princípio básico da proteção diplomática é assim formulado, na linguagem da Corte Permanente de Justiça Internacional: “Ao assumir o caso de um de seus nacionais, recorrendo a ações diplomáticas ou a procedimentos judiciais internacionais em seu nome, um Estado está na realidade afirmando seus próprios direitos, seu direito de assegurar, na pessoa de seus nacionais, respeito pelas regras do direito internacional” (*Mavrommatis Palestine Concessions — Greece v. UK*, 1924). Como observa SHAW (*op. cit.*, p. 563), a ideia da proteção diplomática resulta da relutância histórica em permitir aos indivíduos a prerrogativa, no direito internacional, de apresentar reclamações contra Estados estrangeiros, por razões ligadas à concepção de soberania estatal.

[56](#) *BP v. Libya*, 53 *International Law Reports*, p. 297; *Topco/Calasiatic v Libya*, 17 *ILM*, 1978, p. 1; *Liamco v Libya*, 62 *International Law Reports*, 1981, p. 140; *Kuwait v Aminoil*, 21 *ILM*, 1982, p. 976. Para maiores detalhes sobre essas arbitragens, *vide* LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 416-431.

[57](#) Nas palavras de LOWENFELD (*op. cit.*, 2002, p. 430), “os quatro laudos (...) ilustram algumas das diferentes correntes e a variedade de questões que, em conjunto, compunham o corpo do direito internacional dos investimentos estrangeiros (...). Encontra-se acordo (mas não unanimidade) no sentido de que o término de uma concessão está sujeito ao direito internacional, e que este exige compensação ao investidor estrangeiro. Encontra-se acordo no sentido de que ações de um Estado contra um investidor estrangeiro de forma discriminatória são ilegais, mas discórdia quanto à definição de discriminação nesse contexto (...). A compensação deve ser ‘apropriada’, mas não há consenso sobre o significado disso (...). Tampouco está claro se a desapropriação ilegal exige compensação maior — restitutio in integrum — que uma desapropriação legal, apesar de ser possível inferir isso do caso *TOPCO/CALASIATIC* (...)” (tradução livre).

[58](#) Deve-se ter presente, entretanto, que a arbitragem entre Estados e particulares também pode ser importante em outras áreas. Sua flexibilidade a torna um método útil para a solução de controvérsias muito diversas. A título de ilustração, veja-se a interessante disputa *Maria V. Altmann v. The Republic of Austria*, Judgment, 7 June 2004 (*Ad Hoc Award of 15 January 2006*, *Yearbook Commercial Arbitration*, A. J. van den Berg (ed.), 2006, v. XXXI, p. 13-48), em que se debateu a quem pertenciam cinco pinturas de Gustav Klimt, com vitória da Áustria ao final.

[59](#) *The Energy Charter Treaty*, 1994, 33 *ILM* 360 (1995).

[60](#) O número baseia-se em BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, “Enterprise v. State: the new David and Goliath? The Clayton Utz Lecture”, *Arbitration International*, 2007, v. 23, n. 1, p. 93-104, p. 95.

[61](#) <http://icsid.worldbank.org> . Acesso em: 20 abr. 2011.

[62](#) <http://www.encharter.org>. Acesso em: 20 abr. 2011.

[63](#) Estatísticas em <http://www.iccwbo.org/court>. Acesso em: 20 abr. 2011.

[64](#) No mesmo sentido, *vide* WERNER, op. cit., p. 74, e ainda CARON, op. cit., p. 155: “*Como novos mecanismos agora abarcam disputas que previamente eram elevadas ao nível da arbitragem interestatal pela proteção diplomática, não seria surpreendente descobrir que a verdadeira arbitragem interestatal de fato permaneceu relativamente constante. Entender essa evolução ajuda a eliminar a falsa crença de que a arbitragem internacional, de alguma maneira, alcançou muito mais resultados no passado*” (tradução livre).

[65](#) <http://www.pca-cpa.org> . Acesso em: 20 abr. 2011.

[66](#) GRAY & KINGSBURY, op. cit., p. 109.

[67](#) BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*, 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 707 (tradução livre). O próprio surgimento de muitos tribunais internacionais especializados é um dos fatores que pode explicar uma certa redução no uso da arbitragem interestatal (*ad hoc*) clássica.

[68](#) O Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC (*vide* Decreto n. 1.355 de 30 de dezembro de 1994), diga-se de passagem, prevê três tipos de arbitragem: a arbitragem para a determinação do “período razoável de tempo” para o cumprimento de decisões, com base no art. 21.3(c); a arbitragem para analisar a adequação de pedidos de retaliação, nos termos do art. 22.6; e arbitragens *ad hoc*, nos termos do art. 25. As duas primeiras espécies mencionadas são bastante frequentes, e a última foi utilizada duas vezes, até hoje, em capítulos da longa disputa entre a União Europeia e alguns países latino-americanos sobre *bananas* (*European Communities — The ACP-EC Partnership Agreement — Recourse to Arbitration Pursuant to the Decision of 14 November 2001*, Award of the Arbitrator, WT/L/616, 1 August 2005; *European Communities — The ACP-EC Partnership Agreement — Second Recourse to Arbitration Pursuant to the Decision of 14 November 2001*, Award of the Arbitrator, WT/L/625, 27 October 2005).

[69](#) Ao contrário do que ocorre normalmente na Corte Internacional Justiça, a utilização de turmas permite às partes alguma influência autônoma sobre o número de juízes que decidirão a disputa (*vide* art. 17(2) do Regulamento da Corte), ou inclusive em relação à composição das turmas, ainda que não haja previsão normativa expressa para tanto. No primeiro caso em que foi utilizado tal sistema (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. US)*, Judgement, 12 October 1984, p. 246), o Canadá e os Estados Unidos deixaram claro que, se a Corte não permitisse a formação de uma turma com os juízes que ambos os países queriam, eles constituiriam um tribunal arbitral *ad hoc*. A Corte, interessada em atrair novos casos, acabou acatando a solicitação dos litigantes (MALANCZUK, op. cit., p. 288).

[70](#) Para uma contribuição interessante da ciência política, em diálogo com o direito internacional, sobre o assunto, *vide* GOLDSTEIN, Judith et al (Eds.). *Legalization and World Politics*. International Organization Special Issues Series. Cambridge, MA: MIT Press, 2001.

[71](#) A utilização da arbitragem vai além das disputas sobre grandes questões de direito internacional envolvendo Estados de que trata este capítulo, e das disputas comerciais em que é cotidiana. Os assuntos vão desde a titularidade do domínio de internet *piercebrosnan.com*, debatido entre o famoso ator e uma empresa canadense que o havia registrado, perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) — o qual é bastante atuante especificamente nessa espécie de conflito (*Pierce Brosnan v. Network Operations Center*, 27 August 2003, digest by Chris Gibson, *ITA Board of Reporters*) — até disputas envolvendo o contrato entre o atleta argentino Ariel Ortega e o clube de futebol turco Fenerbahçe, submetida à especializada Corte de Arbitragem para o Esporte (*Ariel Ortega v Fenerbahçe & Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, Award, 5 November 2003). Pode-se dizer, assim, que a arbitragem é uma espécie de “camaleão” entre os diversos métodos de solução de controvérsias internacionais.

[72](#) GRAY & KINGSBURY (op. cit., em especial p. 119-133) notam, entre outras questões, que a Corte Internacional de Justiça, em alguns casos, faz referência a laudos de tribunais arbitrais internacionais, o que pode evidenciar seu valor como fonte jurisprudencial do direito internacional.

[73](#) Sobre o instigante assunto, *vide* BOIVIN, Richard. “International arbitration with states: an overview of the risks”. *Journal of International Arbitration*, 2002, v. 19, n. 4, p. 285-300. Também não se pode deixar de ao menos citar os casos *Hilmarton v. OTV*, *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 327, *Creighton Ltd. v. Gouvernement de l'Etat du Qatar*, 16 March 1999, e *Chromalloy Aeroservices v. Egypt* (1996), 939 *Federal Supplement*, p. 907, do Distrito de Columbia nos Estados Unidos.

SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

BRUNO CARAZZA DOS SANTOS¹

FELIPE NEIVA VOLPINI²

1. INTRODUÇÃO

A análise do tratamento de disputas comerciais internacionais nos últimos 60 anos demonstra o grande avanço em termos institucionais verificado após a criação da Organização Mundial do Comércio — OMC³ e a adoção do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos para Solução de Controvérsias — ESC⁴. Desde o Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas de 1947 (GATT 1947)⁵, o sistema de solução de disputas avançou principalmente no desenvolvimento de regras processuais claras e dotadas de maior efetividade. Além disso, o sistema tem sido capaz de expandir sua abrangência para tratar de questões que não sejam estritamente comerciais, tornando-se mais aberto e legítimo.

Este artigo tem um duplo propósito. Por um lado, busca apresentar uma breve descrição da evolução do sistema de solução de controvérsias desde a aprovação do GATT, em 1947, até a assinatura dos tratados da Rodada Uruguai, em 1994, destacando as regras processuais em vigor desde então. Além disso, com o objetivo de apresentar na prática algumas questões

substanciais e processuais colocadas ao Órgão de Solução de Controvérsias, serão discutidos três casos de grande relevância na jurisprudência do órgão. Essas disputas, por envolverem em seus objetos questões não comerciais, como meio ambiente e saúde humana, demonstram como o sistema atual se mostra flexível para lidar com um mundo onde as relações comerciais são cada vez mais complexas e onde há maior abertura à participação de outros interessados no processo, além das Partes querelantes e outros Membros diretamente afetos ao objeto da disputa.

2. DO GATT 1947 À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA OMC: EM BUSCA DE MAIOR INSTITUCIONALIDADE E EFICÁCIA

A origem do atual sistema de solução de controvérsias da OMC remonta às disposições relativas à solução de disputas comerciais contidas no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio — GATT, de 1947. Cuida-se, portanto, de um sistema aperfeiçoado durante praticamente cinquenta anos de prática no contexto do GATT 1947, até a elaboração do ESC na Rodada Uruguai, conforme atesta explicitamente seu art. 3.1⁶.

O GATT 1947 consistia apenas em um tratado internacional⁷, carente, portanto, da institucionalização e do aparato funcional de uma organização internacional. Desta maneira, o tratado apenas disponibilizava a seus signatários a possibilidade de solucionarem eventuais controvérsias acerca do cumprimento do Acordo, nos termos dos artigos XXII e XXIII sem, contudo, regulamentar os mecanismos para tanto⁸. As “regras” processuais foram, então, desenvolvidas pela prática das Partes-Contratantes na solução de suas controvérsias, ao longo dos seus primeiros trinta anos em vigor.

Em princípio, as disputas comerciais eram solucionadas através de conciliação entre as Partes. As questões controvertidas eram então apresentadas pelas Partes ao *Chairman* do GATT 1947, sendo lícito aos demais signatários do Acordo, eventualmente interessados, participar do processo⁹. Posteriormente¹⁰, as Partes passaram a demandar a constituição de painéis¹¹, de três a cinco especialistas, de preferência não originários de uma das Partes da disputa. Os painéis eram compostos, via de regra, por diplomatas, em vez de juristas, verificando-se uma predominância de decisões pragmáticas, que buscavam prioritariamente soluções mutuamente

aceitáveis, em detrimento da hermenêutica jurídica do tratado se fosse o caso.

Dessa forma, na carência de um sistema codificado de normas processuais de solução de controvérsias, o mecanismo do GATT 1947 desenvolveu-se a partir da prática dos painéis e das negociações multilaterais, que eram gradualmente codificadas pelos signatários, como aconteceu no fechamento das negociações da Rodada Tóquio¹². Em 1983 foi fundado um Corpo Jurídico, vinculado ao Secretariado do GATT 1947, com o objetivo de auxiliar os painéis na redação de suas decisões, já que estes compunham-se majoritariamente de diplomatas ou especialistas com formação em ciências econômicas.

Entretanto, apesar dos significativos avanços, um grande obstáculo ainda inviabilizava uma maior efetividade do sistema: a necessidade da existência de unanimidade entre todas as partes signatárias do GATT, inclusive da parte vencida, para a adoção do relatório final do painel — o chamado “consenso positivo”. Como nesse modelo a Parte vencida na disputa poderia bloquear a implementação da decisão, diversos países passaram a recorrer a medidas unilaterais de retaliação, o que comprometia o espírito de um sistema multilateral.

Essa questão só veio a ser contornada na Reunião Ministerial de Montreal em 1988, que estabeleceu prazos para implementação das decisões e impôs que o bloqueio das decisões do Painel somente poderia ser feito no caso de consenso entre todos os signatários¹³. Desta forma, o consenso positivo foi substituído pelo consenso negativo: a unanimidade passou a ser exigida para evitar a aprovação do relatório final do painel, sendo que a regra geral seria a implementação de suas recomendações.

Apesar do significativo desenvolvimento das normas processuais através das negociações e da evolução da jurisprudência dos painéis do GATT 1947, o mecanismo de solução de controvérsias do sistema multilateral de comércio ainda se revelava bastante frágil. A ausência de mecanismos de monitoramento da implementação das decisões no sistema ainda comprometia sua função vital de garantir a segurança e a previsibilidade do sistema jurídico de regulamentação do comércio internacional instituído pelo GATT 1947.

Com a criação da OMC durante a Rodada Uruguai (1988-1994), o novo Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos para Solução de Controvérsias — ESC engendrou uma notável transformação. De acordo com estudo da UNCTAD¹⁴, os principais avanços do novo regime foram: “(1) a adoção quase automática dos requerimentos de estabelecimento de grupos especiais [painéis], relatórios de solução de controvérsias e de pedidos de autorização de suspensão de benefícios¹⁵; (2) prazos rígidos para cada um dos estágios do processo de solução de controvérsias¹⁶; e (3) a possibilidade de revisão dos relatórios do grupo especial¹⁷”. Essas inovações serão mais bem explicitadas a seguir.

3. PRINCIPAIS ASPECTOS DO ENTENDIMENTO SOBRE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias — ESC aprovado na Rodada Uruguai elencou quatro formas de solução de disputas comerciais. Primeiramente, os Membros realizam consultas prévias acerca do assunto controvertido buscando um entendimento¹⁸. Após essa etapa, os Membros poderão requisitar os serviços da OMC para mediar o diálogo entre as Partes e obter a conciliação¹⁹. Nos casos em que os Membros não logrem chegar a uma solução mutuamente acordada, a questão pode ser submetida à apreciação de um painel, formado para decidir o caso específico, cujas decisões são passíveis de reexame pelo Órgão de Apelação²⁰, a pedido de uma ou ambas as Partes da disputa. Há ainda a possibilidade de requerer-se uma arbitragem, como será explicado mais adiante²¹.

Os painéis são estabelecidos mediante requerimento do reclamante, que, após a tentativa de consultas, deverá indicar os dispositivos legais violados pelo outro Membro (*termos de referência*). Os termos de referência delimitam a jurisdição do painel, isto é, o que ele é chamado a decidir. Os demais Membros, além do próprio reclamado, deverão ser prontamente notificados, dando publicidade ao processo e assegurando o contraditório. Membros que tiverem um interesse substancial na disputa podem postular um pedido de participação no procedimento como terceira parte²².

Em regra, os painéis são compostos por três especialistas (os painelistas), indicados livremente pelas Partes da disputa. De preferência os

painelistas não devem ser nacionais de nenhuma das partes litigantes. Em geral são acadêmicos, advogados ou mesmo oficiais governamentais com experiência e notoriedade no estudo e prática do direito do comércio internacional. Na impossibilidade de consenso quanto à escolha dos especialistas, as Partes podem solicitar sua designação ao diretor-geral da OMC²³.

A análise efetuada pelos painéis deve restringir-se às questões de fato e de direito e aos dispositivos indicados de maneira geral nos termos de referência indicados pelo reclamante quando do requerimento de instalação do painel, sendo a este vedado dispor acerca de violações de dispositivos não suscitados pelas Partes.

Após o estabelecimento dos painéis, os painelistas reúnem-se com as Partes visando ao estabelecimento dos procedimentos de trabalho, nos quais são delineados os prazos para apresentação das petições e as datas de reuniões. Durante o andamento dos procedimentos do painel são apresentadas duas petições por cada parte, sendo a primeira apresentada primeiramente pelo reclamante, para que o réu possa contestá-la. A segunda petição, por seu turno, é remetida simultaneamente pelas partes e tem como propósito a contestação dos argumentos expostos na primeira petição, bem como na primeira audiência. Da mesma forma, são realizadas duas audiências anteriormente à prolação do relatório final. Na primeira as partes expõem seus argumentos iniciais, enquanto painelistas buscam compreender os elementos do caso, indagando-as. A segunda audiência tem como foco os argumentos de contestação e informações adicionais necessárias à formação do juízo decisório²⁴.

Tratando-se de um sistema com origens diplomáticas, zeloso pela legitimidade de suas decisões, o painel disponibiliza às Partes algumas porções descritivas do relatório final antes de sua prolação definitiva²⁵.

No mesmo intuito, de duas a quatro semanas após receber os comentários acerca da parte descritiva, o painel fornece às Partes um relatório interino, contendo tanto partes descritivas quanto substantivas, pertinentes ao mérito²⁶. Por fim, feitos todos os comentários e reavaliações acerca da disputa, o painel profere seu relatório final²⁷.

Uma das inovações trazidas pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias foi a possibilidade do duplo grau de jurisdição²⁸. O reexame das decisões dos painéis fica assim a cargo do Órgão Permanente de Apelação, composto por sete membros fixos²⁹, com mandatos de dois anos, renováveis por mais dois. Os membros do Órgão de Apelação devem ser sempre escolhidos dentre profissionais com reconhecida autoridade e excelência em direito do comércio internacional e que não sejam afiliados a qualquer governo.

A Apelação tem início com o envio de uma Notificação de Apelação à Secretaria do Órgão de Apelação³⁰ por uma das Partes, na qual deverá indicar o título do relatório recorrido, o nome e endereço de correspondência do remetente e uma breve síntese dos erros e das questões jurídicas analisadas pelo painel³¹.

Recebida a Notificação de Apelação, compõe-se uma “Divisão” de três membros do Órgão de Apelação, a qual ficará incumbida de analisar o caso³². Estes deliberarão entre si, de maneira a eleger um Presidente para o caso, ao qual caberá a condução dos trabalhos.

Decorridos dez dias da Notificação de Apelação, o apelante deverá apresentar sua primeira petição, contendo os argumentos jurídicos a sustentar a Apelação, indicando os dispositivos legais sobre os quais se fundamenta e a natureza da decisão perquerida³³. O apelado, por seu turno, possui o prazo de 25 dias a contar da Notificação de Apelação, para apresentação de sua contestação.

A Divisão pode também agendar uma audiência até 30 dias após o recebimento da Notificação de Apelação³⁴. A qualquer tempo pode endereçar questões às Partes, estabelecendo prazos para respostas. A análise do Órgão de Apelação está restrita a questões de direito previamente tratadas pelo painel³⁵.

Após todas as etapas, o Órgão de Apelação profere seu relatório, no qual, caso julgue ser a medida questionada inconsistente com os acordos da OMC, recomenda que esta seja revogada pelo Membro reclamado. Nos 30 dias subsequentes à prolação do relatório, o Membro vencido deve informar ao OSC sobre como pretende cumprir a decisão. O Membro pode, inclusive, no

caso de impossibilidade imediata de cumprimento da decisão, solicitar a dilação do prazo para seu cumprimento.

Todavia, caso a decisão não seja cumprida, total ou parcialmente, o Membro vitorioso pode requerer a formação de um novo painel, de preferência com os mesmos painelistas, baseando-se no art. 21.5 do ESC, que ficará incumbido de averiguar o cumprimento ou não daquela decisão³⁶.

Caso verifique o descumprimento da decisão, o novo painel (chamado painel de implementação) poderá sugerir que o Membro perdedor ofereça uma compensação (que não é feita em espécie) dos danos econômicos decorrentes da medida inconsistente, geralmente através de concessões tarifárias ou que o Membro ganhador suspenda alguns dos benefícios oriundos dos tratados da OMC, normalmente se traduzindo em restrições a importações advindas do Membro perdedor³⁷. Estas se configuram como meios de aumentar os custos de transgressão às determinações do OSC pelos Membros, pois podem se estender de meras majorações na tarifa de importação até mesmo à violação de direitos de propriedade intelectual, visando a coagir o transgressor à adoção da decisão transgredida e a tornar efetivas as decisões.

4. A CONTRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE DE POLÍTICAS NACIONAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E À SAÚDE³⁸

Conforme visto nas seções anteriores, o OSC passou a deter, a partir da Rodada Uruguai, diversos instrumentos procedimentais capazes de tornar efetivas as suas decisões, o que representa um marco no processo iniciado com o GATT 1947.

Uma das dimensões dessa proeminência do OSC pode ser observada em controvérsias envolvendo assuntos não estritamente comerciais, como meio ambiente e saúde pública. No seu esforço de buscar a harmonização entre liberalização comercial e políticas nacionais destinadas a proteger interesses “sociais”, o OSC não apenas impõe limites à liberdade de ação dos Membros na perseguição de objetivos não comerciais. Ele também introduz inovações processuais e métodos de interpretação de tratados

importantes para o desenvolvimento de conceitos materiais e processuais para o direito internacional público.

A preocupação dos Membros da OMC em equilibrar a busca pelo livre comércio com a proteção a objetivos não comerciais está expressa no art. XX do GATT, que prevê uma série de exceções gerais que autorizam a adoção de medidas em desacordo com as demais provisões do acordo, visando a tutela de determinados bens jurídicos, como a proteção à saúde e ao meio ambiente.

ARTIGO XX

EXCEÇÕES GERAIS

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:

(...)

(b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais;

(...)

(g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais;³⁹.

De acordo com John J. Jackson, as exceções previstas no art. XX representam uma tentativa de resolver um possível “choque” entre interesses legítimos perseguidos pelas nações⁴⁰. A ideia central do dispositivo é que as determinações do GATT não podem restringir materialmente a liberdade do Membro para adotar medidas destinadas a proteger bens jurídicos como a saúde humana ou o meio ambiente, desde que tais medidas não sejam implementadas de forma arbitrária ou injustificada, prejudicando as expectativas dos demais membros do sistema internacional de comércio. Sendo assim, veda-se a utilização das exceções gerais do art. XX de maneira abusiva, com o intuito de encobrir e justificar interesses protecionistas. É importante lembrar que a natureza jurídica do art. XX é de exceção, isto é,

ele pode ser invocado quando verificar-se que o Membro, com sua medida voltada para a proteção da saúde ou recursos naturais, está violando outras regras do GATT, como, por exemplo, a obrigação de não discriminação — entre produtos importados entre si (art. I) ou entre produtos domésticos e importados (art. III) — ou a limitação do uso de restrições quantitativas (art. XI).

Para os fins a que se propõe este artigo, foram selecionados três casos significativos da jurisprudência do OSC que tratam da inter-relação entre comércio internacional e desenvolvimento sustentável: os casos *US-Gasoline*⁴¹ e *US-Shrimp*⁴², relacionados a meio ambiente, e a disputa *EC-Asbestos*⁴³, sobre proteção à saúde humana.

Deve-se destacar, conforme menciona o Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente da OMC, que em nenhum desses casos os painéis ou o Órgão de Apelação questionaram o mérito das políticas adotadas pelos países buscando proteger o meio ambiente ou a saúde de sua população⁴⁴. O ponto central das análises tem sido o potencial que tais medidas — não necessariamente comerciais — têm de afetar a relação de competitividade entre produtos, e assim as expectativas dos demais Membros.

Conforme atesta o Órgão de Apelação na análise do caso *US-Shrimp*, o *caput* do art. XX é uma expressão do princípio da boa-fé, sendo que suas condições são necessárias para prevenir abusos de direitos legais e equilibrar o direito de um Membro de invocar uma exceção ao GATT e seu dever de respeitar os direitos dos demais Membros⁴⁵.

No seu esforço de contrabalancear esses dois valores, os painéis e o Órgão de Apelação têm adotado uma metodologia própria de análise, utilizada de forma pioneira no caso *US-Gasoline*, emblematicamente o primeiro caso julgado pelo OSC, quando ainda recém-criado.

Essa disputa foi aberta a partir de uma queixa apresentada por Venezuela e Brasil de que uma norma americana destinada a reduzir a emissão de poluentes nas grandes metrópoles do país discriminava os exportadores de gasolina, em favor dos produtores domésticos, constituindo-se assim em uma restrição ao comércio e violação aos arts. I e III do GATT. Para verificar se a medida do governo americano era amparada pelas exceções previstas no art. XX, o painel criou um roteiro de análise consistente de duas etapas cumulativas. Na primeira etapa, o país reclamado (EUA) deveria demonstrar

que a medida atendia aos requisitos das alíneas *b* ou *g* do art. XX, ou seja: estar inserida numa política que tivesse como objetivo proteger a vida humana ou a saúde (alínea *b*), ou os recursos naturais esgotáveis (alínea *g*); ser necessária para atingir esse objetivo no caso da alínea *b*, ou relacionada com esse objetivo e vir acompanhada de restrições à produção ou ao consumo doméstico, no caso da alínea *g*. Uma vez satisfeita essa primeira condição, seria necessário ainda comprovar que a medida fora aplicada em conformidade com o *caput* do art. XX, não sendo arbitrária ou injustificável⁴⁶.

Pode-se verificar que o painel elaborou um teste partindo do particular (se a natureza das medidas é destinada a proteger bens “valiosos”, previstos nas letras *b* e *g*) para o geral (se a sua forma de aplicação foi não arbitrária ou justificável, conforme estabelecido no *caput*)⁴⁷.

Ao aplicar o teste acima aos fatos trazidos à sua consideração, o painel considerou que a discriminação à gasolina importada prevista na regulação norte-americana não poderia ser justificada por meio do art. XX, alíneas (*b*) ou (*g*). Para o painel, a forma como foi implementada a medida discriminava a gasolina importada. Além disso, o tratamento desprivilegiado ao produto importado não tinha relação com o objetivo maior de proteger a saúde humana ou o meio ambiente. Como a medida não encontrava abrigo nas exceções do art. XX, o painel acatou o pleito de Venezuela e Brasil e recomendou que os Estados Unidos reformulassem a sua regulação destinada a reduzir a emissão de poluentes nas grandes metrópoles de forma a não discriminar os exportadores de gasolina⁴⁸. O Órgão de Apelação acatou a metodologia do painel e manteve a decisão, mas com fundamentos diferentes. Ao revisar se a medida relacionava-se à proteção de recursos naturais esgotáveis, diferentemente do painel, concluiu que sim e que esta portanto enquadrava-se na alínea (*g*). Entretanto, devido ao não cumprimento dos requisitos do *caput* do art. XX (o *chapeau*), a medida não poderia justificar-se como uma exceção⁴⁹.

A metodologia de análise introduzida em *US-Gasoline* acabou tornando-se referência para a apreciação dos demais casos em que as exceções previstas no art. XX foram invocadas, embora tenha sido verificada uma tentativa de sua superação pelo painel formado para analisar o caso *US-Shrimp*. Nessa disputa, um grupo de países produtores de camarão — Índia,

Malásia, Paquistão e Tailândia — recorreram ao OSC contra uma legislação dos EUA⁵⁰ que baniu importações provenientes de países não certificados pelo governo americano, com o objetivo de evitar a mortandade de tartarugas marinhas presas indevidamente nas redes utilizadas para pesca do camarão⁵¹.

A decisão desse painel, ao contrário de seguir o roteiro definido no relatório do caso *US-Gasoline*, inverteu a ordem de análise, resolvendo investigar primeiro se a medida considerada discriminatória fora aplicada em conformidade com os requisitos do *caput* do art. XX, para só então verificar se elas estariam enquadradas nas hipóteses das letras (b) e (g)⁵². Para embasar seu enfoque metodológico, o painel na disputa *US-Shrimp* trouxe à análise o art. 31(1) e o art. 31(2) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)⁵³. Segundo sua visão, a regulação americana deveria ser analisada sob a inspiração dos propósitos que nortearam a aprovação do Acordo de Marrakesh que criou a OMC.

Segundo a lógica proposta, o painel considerou que (1) o banimento norte-americano das importações de camarão dos países não certificados era discriminatório, mas que (2) essa discriminação não podia ser justificada, pois representava um ato unilateral do governo norte-americano, sendo portanto incongruente com o princípio da multilateralidade, que deve nortear toda a interpretação dos acordos compreendidos pela OMC⁵⁴.

Embora nessa controvérsia o painel de *US-Shrimp* tenha tentado inverter a ordem de análise pioneira, o Órgão de Apelação, em sede recursal, sacramentou a aplicação do método previsto em *US-Gasoline*. Para ele, a interpretação dos tratados deve partir do texto sob análise, recorrendo-se às questões gerais apenas se o texto em questão mostrar-se equívoco ou inconclusivo. Além disso, em lugar de confrontar a aplicação da medida com base nos objetivos e propósitos do *caput* do art. XX, o painel recorreu ao preâmbulo do Acordo da OMC⁵⁵, perdendo a nosso ver a oportunidade de julgar aquilo que realmente era o cerne da questão: se houve abuso de um direito legal.

Ao considerar que o painel errou em sua interpretação, o Órgão de Apelação chamou para si a responsabilidade de analisar o caso materialmente, com base no roteiro estabelecido em *US-Gasoline*. Na sua visão, a medida norte-americana questionada atendia a todos os requisitos

da alínea (b) do art. XX: era destinada a proteger um recurso natural esgotável — as tartarugas marinhas —, o banimento das importações dos países não certificados estava relacionado a fins conservacionistas e foram aplicadas restrições também aos produtores americanos. No entanto, o Órgão de Apelação também determinou que a medida não cumpria os requisitos expressos no *caput* do art. XX, pois: (i) os Estados Unidos buscaram impor uma política ambiental sem considerar as peculiaridades de cada país produtor; (ii) mesmo utilizando as técnicas recomendadas pelos órgãos norte-americanos, produtores poderiam ser prejudicados apenas pelo fato de atuarem em um país que não foi certificado pelos Estados Unidos; e (iii) a falta de negociações bilaterais ou multilaterais destinadas a aprovar as medidas consideradas necessárias pelo governo norte-americano também seria um indício conclusivo de discriminação indevida. Além disso, a rigidez na condução do programa e a falta de transparência dos procedimentos nos órgãos que concediam as licenças de importação também seriam indícios de arbitrariedade por parte dos Estados Unidos. A medida, alegada pelos Estados Unidos como uma exceção, com base no art. XX, às obrigações do GATT foi, portanto, considerada injustificada pelo Órgão de Apelação, o qual recomendou a reformulação do programa de proibição de importação de camarão de países não certificados por agências norte-americanas⁵⁶.

Embora o Órgão de Apelação na controvérsia *US-Shrimp* tenha chegado ao mesmo resultado previsto pelo painel — o de condenar a política norte-americana por discriminação arbitrária e injustificável —, seu posicionamento representa uma reafirmação da orientação de que, na interpretação de tratados, deve-se partir do particular para o geral.

Finalmente, vale ressaltar que, em sede de implementação, a Malásia questionou se os Estados Unidos estariam realmente cumprindo a decisão do Órgão de Apelação, pois a proibição de importação de camarão de países não certificados persistia. Assim, acreditava que os Estados Unidos estariam ainda em violação das regras do GATT⁵⁷. O painel de implementação concluiu que a legislação americana tal qual reformada — revistos os critérios de certificação e reconhecimento de tecnologias equivalentes — estaria de acordo com o *caput* do art. XX, assim justificando a exceção. Dessa forma, o resultado final da contenda foi a determinação, pelo painel

de implementação, em linhas gerais, de que medidas — ainda que extraterritoriais como esta adotada pelos Estados Unidos — visando à proteção de recursos naturais esgotáveis podem encontrar guarida nas normas da OMC enquanto uma exceção às regras, desde que na sua aplicação não se constituam em “um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre países onde existem as mesmas condições, [ou] uma restrição disfarçada ao comércio internacional”.

Entre os doutrinadores que analisaram tal decisão, ficam claras duas correntes principais sobre a mensagem política presente na reafirmação da interpretação do art. XX pelo Órgão de Apelação no caso *US-Shrimp*. De um lado, Jacqueline Peel⁵⁸, ao comentar a decisão final em *US-Shrimp*, acredita que o Órgão de Apelação buscou um adequado balanço entre os objetivos pretendidos pela política norte-americana de proteção ambiental com seus efeitos de restrição ao comércio, o que representaria uma inflexão no tratamento de questões não comerciais vigentes até a Rodada Uruguai. Essa visão não é compartilhada por autores como Sanford Gaines⁵⁹, que advoga que a postura do Órgão de Apelação nesse caso representa tão somente a reafirmação, pelo OSC, de uma tendência presente desde o GATT 1947 de privilegiar as questões comerciais (previstas no *caput* do art. XX) em detrimento da lógica ambiental/conservacionista. Para o autor, o OSC consolida a prática de não tolerar medidas unilaterais destinadas a perseguir objetivos não comerciais legítimos de políticas nacionais.

Embora não haja unanimidade a respeito dos efeitos da interpretação do OSC nesse aspecto — se “conservadora” ou “progressista” —, fato é que a orientação de interpretar as políticas nacionais que versem sobre aspectos não comerciais à luz das regras da OMC representa uma nova restrição à liberdade dos governos em perseguir seus objetivos de política interna. Conforme defende Sabino Cassese⁶⁰, trata-se de uma nova aplicação do princípio do devido processo legal na formulação de políticas públicas. Exigências como as impostas pelo Órgão de Apelação em *US-Shrimp*, de que a norma norte-americana deveria vir acompanhada de maior transparência, ser permeável às peculiaridades de cada país produtor e estar em consonância com outros esforços de negociação bilateral e multilateral, seriam uma evidência de novas restrições, muitas delas processuais, para a elaboração de normas internas. Trata-se do efeito regulatório de sistemas

globais, como a atuação do OSC da OMC, sobre a produção normativa de cada país⁶¹.

Essa abordagem coloca as normas da OMC não propriamente como limites substantivos, mas sobretudo como restrições processuais aos marcos regulatórios nacionais, o que impõe à OMC desafios adicionais, conforme pode ser visto a seguir.

5. A CONTRIBUIÇÃO DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS COMO *AMICUS CURIAE* NA ANÁLISE DE QUESTÕES COMPLEXAS ABRANGIDAS PELO ART. XX (B) E (G)

Um tema que ilustra bem os esforços dos painéis e do Órgão de Apelação na apreciação de disputas que envolvam interesses que vão além dos aspectos comerciais, e que pode servir de paradigma para outros tribunais internacionais, refere-se à participação de organizações não governamentais (ONGs) como *amicus curiae* (“amigos da corte”) nos processos.

Em casos com ampla repercussão na sociedade, como aqueles que tangenciam questões ambientais e de saúde, a pressão para que esses grupos sejam ouvidos no processo tem sido muito forte. No entanto, sua participação nos processos de solução de controvérsias da OMC ainda não se encontra totalmente pacificada e regulamentada⁶².

Uma visão representativa de como os painéis são reticentes em permitir essa abertura está presente no posicionamento do painel na disputa *US-Shrimp*, que desconsiderou dois documentos provenientes de ONGs. Com base na aplicação literal do art. 13 do Acordo sobre Solução de Controvérsias⁶³, o painel considerou que eles não poderiam ser acolhidos no processo, pois a demanda pelas informações trazidas pelas ONGs não partiu do painel⁶⁴.

Chamado a se posicionar sobre as manifestações das ONGs, o Órgão de Apelação concluiu que o painel errou ao atribuir um sentido muito estrito para o termo “buscar” do art. 13⁶⁵. Na sua visão, o art. 12 autorizaria o painel a estabelecer procedimentos próprios para receber e analisar contribuições de ONGs no papel de *amicus curiae*, mesmo não sendo solicitadas pelo painel ou por alguma das partes envolvidas na disputa⁶⁶.

Essa flexibilidade para tratar a participação de ONGs como *amicus curiae* foi tratada de modo pioneiro, ao buscar uma abordagem mais institucionalizada, pelo mesmo Órgão de Apelação no caso *EC-Asbestos*. Trata-se de um outro caso com grande repercussão na mídia, originado a partir do questionamento, pelo governo canadense, de um decreto francês⁶⁷ que proibiu a produção e a comercialização de qualquer produto contendo fibras de amianto, argumentando que se tratava de uma medida para proteger a saúde humana.

Como a decisão do painel sobre o caso *EC-Asbestos* gerou grande repercussão, e diante da possibilidade de novas contribuições de agentes não diretamente envolvidos no processo⁶⁸, o Órgão de Apelação, ao julgar o caso em sede de apelação, resolveu disciplinar a contribuição de ONGs nesta fase do procedimento. Para tanto, comunicou às partes e terceiros interessados sua intenção de criar um procedimento especial para receber e julgar a pertinência de contribuições de entidades não ligadas às partes no processo⁶⁹.

O procedimento estabelecido pelo Órgão de Apelação do caso *EC-Asbestos* previa duas etapas. Na primeira, o indivíduo ou órgão não relacionado às partes deveria apresentar uma demanda de autorização para submeter contribuições no processo, justificando a relevância de sua participação⁷⁰. De posse dos requerimentos para contribuir ao processo, o Órgão de Apelação decidiria aqueles que mereceriam atenção, concedendo então uma autorização para que o *amicus curiae* apresentasse seus argumentos. A contribuição do *amicus curiae* também teria regras bem definidas, assim dispostas: (i) ter forma escrita, ser datada e assinada pelos representantes do órgão que atuaria como *amicus curiae*; (ii) não ter mais do que 20 páginas digitadas; e (iii) conter uma apresentação precisa e estritamente limitada aos tópicos legais merecedores de esclarecimento na fase de apelação.

O Órgão de Apelação deveria então submeter a contribuição do *amicus curiae* às partes e terceiros interessados na disputa, concedendo um prazo razoável para respostas.

Ainda que a tentativa de disciplinar a participação de *amicus curiae* na fase de apelação da disputa *EC-Asbestos* tenha representado uma inovação processual do Órgão de Solução de Controvérsia da OMC, seus resultados

se mostraram limitados não apenas em relação à sua adoção como procedimento padrão em outros processos, mas inclusive no que diz respeito à participação das ONGs naquele caso em particular. De acordo com o relatório do Órgão de Apelação, dos 17 pedidos de participação submetidos por ONGs no caso *EC-Asbestos*, nenhum deles foi considerado digno de relevância pelo Órgão, sendo 6 por intempestividade. O Órgão de Apelação não apresenta em seu relatório justificativas para a negativa dos outros 11 pleitos provenientes de ONGs⁷¹.

A abordagem do Órgão de Apelação em relação à participação de ONGs como *amicus curiae* nas disputas é motivo de discussão acadêmica. Alguns especialistas⁷² colocam a falta de critérios objetivos para essa participação como uma das provas de que haveria um déficit democrático na OMC. Outros, como Ernesto Hernández-López⁷³, reconhecem o movimento iniciado pelo Órgão de Apelação no caso *EC-Asbestos* como uma louvável atitude em relação à criação de um canal efetivo de participação da sociedade civil nos procedimentos da OMC. No entanto, para Jorge Viñuales, a falta de justificativas para a negativa dos pleitos transmitiu para alguns a imagem de que o procedimento não foi mais do que um ato de retórica para melhorar a imagem do organismo⁷⁴.

De todo modo, entendemos que a atuação do OSC nesses casos citados, ainda que de forma tentativa e experimental, tem caminhado para a criação de canais institucionalizados para a participação social, representando um grande avanço processual em transparência e permeabilidade que servirá de referencial para outros tribunais internacionais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora as decisões em casos envolvendo interesses não comerciais sempre coloquem a ressalva de que não se destinam a reduzir o grau de liberdade dos governos em perseguir objetivos e políticas legítimos, a exigência de que essas políticas estejam em consonância com os estatutos da OMC demonstra que o âmbito de influência desse sistema de solução de controvérsias ultrapassou os limites do comércio internacional.

Diante desse cenário, apesar de as discussões apresentadas neste artigo não representarem posição consolidada no OSC sobre temas como a interpretação de tratados, a metodologia de tratamento de questões não

comerciais e a participação de organizações não governamentais no processo, esse histórico de discussões e decisões certamente sinaliza seu papel como agente de mudanças materiais e processuais no direito internacional público.

1 Bacharel em Ciências Econômicas pela UFMG e Mestre em Economia pela UnB. Bacharel em Direito pela UFMG.

2 Advogado graduado pela UFMG. Bacharel em Relações Internacionais pela PUC-Minas. Ex-bolsista de Iniciação Científica do CNPq. Subcoordenador do Centro de Estudos sobre o Brasil e a OMC da UFMG. Membro do Núcleo de Estudos sobre Solução de Controvérsias da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais.

3 WTO, *The Legal Texts: The results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

4 Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC). Idem.

5 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), doravante GATT 1947. *United Nations Treaty Series*, v. 55, p. 187.

6 “Os Membros afirmam sua adesão aos princípios de solução de controvérsias aplicados até o momento com base nos Artigos XXII e XXIII do GATT 1947 e ao procedimento elaborado e modificado pelo presente instrumento” (BRASIL. Decreto n. 1.355, de 31 de dezembro de 1994, que incorporou os Acordos da Rodada Uruguai ao ordenamento jurídico brasileiro).

7 Ainda que alguns o compreendessem como uma organização internacional de fato. WTO. *Understanding the WTO*. World Trade Organization: Genebra, 2005.

8 O art. XXII apenas concedia às Partes o direito de estabelecerem consultas visando à solução de controvérsias quanto à aplicação do tratado. Por seu turno, o art. XXIII permitia às Partes-Contratantes do GATT 1947 remeterem representações ou consultas formais a quaisquer outras Partes-Contratantes quando considerassem que benefícios advindos do acordo estivessem sendo anulados ou impedidos pela ação de outrem. O parágrafo 2 do mesmo dispositivo determinava ainda que caso as Partes-Contratantes não chegassem a um acordo mútuo, a questão poderia ser remetida à apreciação dos demais signatários, que poderiam, dentre outros, autorizar ao prejudicado a suspensão de benefícios ao transgressor.

9 MAVROIDS, Petros C; PALMETER, David. *Dispute Settlement in the World Trade Organization: practice and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

[10](#) Decisão de 5 de abril de 1966 sobre Procedimentos acerca do artigo XXIII (BISD 14S/18).

[11](#) Embora o Decreto n. 1.355/94 utilize a expressão “grupo especial” para denominar os “panels”, termo pelo qual são conhecidos, em língua inglesa, os órgãos judicantes dos sistemas de solução de controvérsias do GATT 1947 e da OMC, o uso corriqueiro da tradução imperfeita “painel” acabou prevalecendo no Brasil, razão pela qual o adotamos neste artigo. Conforme Hudec, o termo *panel* provém da expressão *panel of experts* (grupo especial de especialistas), utilizada anteriormente à elaboração do GATT 1947 para designar um determinado grupo de agentes públicos especializados, reunidos para expor opiniões sobre questões técnicas aptas a serem resolvidas objetivamente. HUDEC, Robert E. *The Role of The GATT Secretariat in the Evolution of the WTO Dispute Settlement Procedure*, in BHAGWATI & HIRSCH (Eds.), *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel* (Primavera, 1998), apud PALMETER AND MAVRIODIS, op. cit., 2004, p. 7.

[12](#) “*Entendimento sobre Notificação, Consultas, Soluções de Controvérsias e Monitoramento de 28 de novembro de 1979*”, incluindo o anexo “*Descrição Aceita da Prática Costumeira do GATT no Campo da Solução de Controvérsias*”.(BISD 26S/210).

[13](#) Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures, Decisão de 12 de abril de 1989 (Regras de Montreal) (BISD 36S/61).

[14](#) UNCTAD. *Dispute Settlement: Module 3.1*. UNCTAD: Genebra, 2000, p. 41.

[15](#) Art. 16, ESC.

[16](#) Arts. 3, 4, 8, 12, 15, 16, 17, 20, 21 e 22, ESC.

[17](#) Art. 17, ESC.

[18](#) Art. 4, ESC.

[19](#) Art. 5, ESC.

[20](#) Arts. 6 e 20, ESC.

[21](#) Art. 25, ESC.

[22](#) Art. 10.2, ESC.

[23](#) Art. 8.7, ESC.

[24](#) Art. 15.2, ESC.

[25](#) Art. 15.1, ESC.

[26](#) Art. 15.2, ESC.

[27](#) Art. 15.3, ESC.

[28](#) Art. 17, ESC.

[29](#) Art. 17.1, ESC.

[30](#) Art. 20 (1) dos *Working Procedures for Appellate Review* (WT/AB/WP/5) (Regulamento do Órgão de Apelação, doravante denominado ROA).

[31](#) Art. 20 (2), ROA.

[32](#) Art. 6 (1), ROA.

[33](#) Art. 21, ROA.

[34](#) Art. 27 (1), ROA.

[35](#) Arts.17.1 e 17.6, ESC.

[36](#) “Art. 21.5. Em caso de desacordo quanto à existência de medidas destinadas a cumprir as recomendações e decisões ou quanto à compatibilidade de tais medidas com um acordo abrangido, tal desacordo se resolverá conforme os presentes procedimentos de solução de controvérsias, com intervenção, sempre que possível, do grupo especial que tenha atuado inicialmente na questão. O grupo especial deverá distribuir seu relatório dentro de 90 dias após a data em que a questão lhe for submetida. Quando o grupo especial considerar que não poderá cumprir tal prazo, deverá informar por escrito ao OSC as razões para o atraso e fornecer uma nova estimativa de prazo para entrega de seu relatório” (Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994).

[37](#) Art. 22, ESC.

[38](#) As diversas implicações entre meio ambiente e comércio internacional encontram uma excelente discussão, em português, em OLIVEIRA, Bárbara da C. P. *Meio ambiente e desenvolvimento na Organização Mundial do Comércio: normas para um comércio internacional sustentável*. São Paulo: Ed. IOB-Thomson, 2007. A obra focaliza não apenas os aspectos relativos ao art. XX do GATT, mas também os relativos a normas técnicas e barreiras fitossanitárias.

[39](#) Redação em português dada pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

[40](#) JACKSON, John J. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. London: The MIT Press, 1997, p. 214-5.

[41](#) *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2 e DS4), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 20 de maio de 1996. Doravante *US-Gasoline*.

[42](#) *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS58), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 6 de novembro de 1998. Doravante *US-Shrimp*.

[43](#) *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (WT/DS135), Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 5 de abril de 2001. Doravante *EC-Asbestos*.

[44](#) *WORLD TRADE ORGANIZATION — Committee on Trade and Environment. GATT/WTO Dispute Settlement Practice Relating to GATT Article XX, Paragraphs (b), (d) and (g)*, WT/CTE/W/203, P. 08.

[45](#) *US-Shrimp*, Relatório do Órgão de Apelação, par. 158.

[46](#) *US-Gasoline*, Relatório do Painel, par. 6.20 e 6.31.

[47](#) Aplicando essa lógica à tradição legislativa brasileira, tem-se que os requisitos gerais elencados no *caput* do art. XX, na visão do painel, teriam a natureza jurídica de parágrafo único, pois imporiam requisitos que as medidas em todos os parágrafos devem cumprir.

[48](#) *US-Gasoline*, Relatório do Painel, par. 8.1 e 8.2.

[49](#) *US-Gasoline*, Relatório do Órgão de Apelação, *passim*.

[50](#) *Section 609 of Public Law 101-102*, com regulamentação prevista nas *Guidelines de 1996 (61 Fed. Reg. 17342 (19 April 1996))*.

[51](#) Os países reclamantes argumentaram que essa legislação americana contrariava o disposto nos arts. XI:1 — que trata da eliminação geral de restrições quantitativas às importações — e XIII:1 — que dispõe que a administração de restrições quantitativas não deve ser discriminatória — do GATT 1994.

[52](#) Logo, a proposta do painel no caso *US-Shrimp* partia do geral — verificar se havia abuso na medida destinada a proteger valores não comerciais — para o específico — analisar se a medida se enquadrava nos objetivos de proteger, no caso, os recursos naturais esgotáveis ou a vida animal. Trata-se do inverso do praticado em *US-Gasoline*.

[53](#) Vienna Convention on the Law of Treaties, *United Nations Treaty Series*, v. 1155, p. 331. Doravante Convenção de Viena. “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.”

[54](#) *US-Shrimp*, Relatório do Painel, par. 7.33 e 7.43.

[55](#) *US-Shrimp*, Relatório do Órgão de Apelação, par. 114 a 117.

[56](#) *US-Shrimp*, Relatório do Órgão de Apelação, par. 123 a 186.

[57](#) *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products — Recourse to Article 21.5 (WT/DS58/AB/RW)*, Relatórios do Painel e do Órgão de Apelação adotados em 21 de novembro de 2001. Doravante *US-Shrimp Turtle (Article 21.5)*.

[58](#) PEEL, Jacqueline. Confusing Product with Process: A Critique of the Application of Product-Based Tests to Environmental Process Standards in the WTO. The University of Melbourne, Faculty of Law, *Public Law and Legal Theory*, Research Paper n. 47, 2003, p. 17-26.

[59](#) GAINES, Sanford. The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeau: a disguised restriction on environmental measures. *UPJIEL*, 2001, v. 22:4, p. 743.

[60](#) CASSESE, Sabino. Shrimps, Turtles and Procedure: Global Standards for National Administrations. New York University School of Law, *International Law and Justice Working Papers*, n. 2004/4, p. 4.

[61](#) CASSESE, Sabino, op. cit., p. 14.

[62](#) Um breve panorama da situação encontra-se no sítio do Órgão de Solução de Controvérsias, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c9s3p1_e.htm. Acesso em: 31 março 2011.

[63](#) Assim dispõe o art. 13 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias: “Direito à Busca de Informação

1. Todo grupo especial [painel] terá direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente. Contudo, antes de

procurar informação ou assessoramento técnico de pessoa ou entidade submetida à jurisdição de um Membro o grupo especial deverá informar as autoridades de tal Membro. O Membro deverá dar resposta rápida e completa a toda solicitação de informação que um grupo especial considere necessária e pertinente. A informação confidencial fornecida não será divulgada sem autorização formal da pessoa, entidade ou autoridade que a proporcionou.

2. Os grupos especiais poderão buscar informação em qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obter sua opinião sobre determinados aspectos de uma questão. Com relação a um aspecto concreto de uma questão de caráter científico ou técnico trazido à controvérsia por uma parte, o grupo especial poderá requerer um relatório escrito a um grupo consultivo de peritos. As normas para estabelecimento de tal grupo e seus procedimentos constam do Apêndice 4^o (Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994).

[64](#) *US-Shrimp*, Relatório do Painel, par. 7.8.

[65](#) *US-Shrimp*, Relatório do Órgão de Apelação, par. 107 e 108.

[66](#) O art. 12 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias dispõe sobre o estabelecimento de procedimentos especiais pelos painéis, devendo ser “suficientemente flexíveis para assegurar a qualidade de seus relatórios, sem atrasar indevidamente os trabalhos do grupo especial” (Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994).

[67](#) *Décret n. 96-1133 relatif à l’interdiction de l’amiante, pris en application du code de travail et du code de la consommation*.

[68](#) Durante os trabalhos do painel foram apresentadas cinco manifestações de ONGs no processo, sendo que duas foram acolhidas pelas Comunidades Europeias (Reclamada) como parte do material de defesa.

[69](#) *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products — Communication from the Appellate Body*, 8 November 2000, WT/DS135/9.

[70](#) Esse pedido deveria ter as seguintes características: (i) ser em forma escrita, datado e assinado pelo requerente e incluir dados para contato; (ii) não conter mais do que três páginas digitadas; (iii) apresentar uma descrição do interessado, composta de seu *status* legal, principais objetivos perseguidos pela organização ou indivíduo, natureza de suas atividades e principais fontes de financiamento; (iv) esclarecer qual o interesse do requerente naquela apelação; (v) especificar quais tópicos legais do processo de apelação que serão objeto de suas contribuições; (vi) esclarecer de que maneira o indivíduo ou órgão planeja contribuir para o processo de forma a que sua participação não se mostre repetitiva no processo; e (vii) declarar que o indivíduo ou órgão interessado não tem nenhuma relação com alguma das partes do processo e que não teve apoio, de natureza financeira ou não, na elaboração de seu pedido para participar da fase de apelação (WT/DS135/9).

[71](#) *EC-Asbestos*, Relatório do Órgão de Apelação, par. 55 e 56.

[72](#) STEFFEK, Jens and EHLING, Ulrike. *Civil Society Participation at the WTO — a Cure for its Democratic Deficit? Third European Consortium for Political Research Conference*, Budapest, September 2005.

[73](#) HERNÁNDEZ-LÓPEZ, Ernesto. Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes. *JWT*, 2001, v. 35(3), p. 490.

[74](#) VIÑUALES, Jorge. *Amicus* Intervention in Investor-State Arbitration. *DRJ*, November 2006 — January 2007.

ARBITRAGENS RELATIVAS A OPERAÇÕES DE INVESTIMENTOS ENTRE ESTADOS E NACIONAIS DE OUTROS ESTADOS SOB A ÉGIDE DO ICSID

THIAGO JOSÉ ZANINI GODINHO¹

1. INTRODUÇÃO

O Banco Mundial, preocupado com as lacunas existentes nas estruturas de solução de controvérsias relativas aos investimentos, promoveu a redação de uma convenção para criar um mecanismo especialmente concebido para dirimir litígios entre Estados receptores e investidores privados estrangeiros. Adotada em 18 de março de 1965, comportando a designação oficial de “Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados” (doravante Convenção)², ela criou o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos (ICSID, sigla em inglês, ou o Centro)³, que funciona como organizador das arbitragens, porém sem contar com um corpo organizado de árbitros.

Com efeito, na ausência de disposição diversa, uma controvérsia decorrente de investimento entre Estado receptor e o investidor estrangeiro geralmente é resolvida pelos tribunais internos do Estado receptor, em princípio considerados imparciais pelos investidores, e que julgam usando a legislação nacional sobre a matéria, sem levar em conta o direito

internacional. Outra solução seria a do mecanismo da proteção diplomática, na qual o Estado da nacionalidade do investidor aceita a reivindicação de seu nacional e aciona, diplomática ou jurisdicionalmente, o Estado receptor do investimento. A apresentação de um litígio a uma jurisdição internacional prescinde do esgotamento de recursos internos, e, o maior inconveniente, a decisão de apresentá-la resta discricionária, não havendo proteção garantida ao investidor, já que o Estado de nacionalidade do investidor pode sempre preferir não causar prejuízo a suas relações com o Estado receptor do investimento.

Isto posto, primeiramente analisaremos a competência específica do Centro. A existência de uma controvérsia jurídica diretamente decorrente de um investimento é condição *ratione materiae* necessária para fundar a jurisdição do ICSID. Quanto à condição *ratione personae*, dizemos que ela é mista. Uma parte (o Estado receptor do investimento) deve ser um dos Estados contratantes da Convenção, enquanto a outra parte, o investidor privado, deve ser nacional de um outro Estado contratante⁴, podendo qualquer uma das partes iniciar o procedimento perante o Centro. Num segundo momento, nos debruçarmos sobre as inovações aportadas pela jurisprudência do ICSID, verdadeiras revoluções no campo da arbitragem: a questão do consentimento estatal e o direito aplicado à controvérsia.

2. A COMPETÊNCIA PARTICULAR DO ICSID

O art. 25(1) da Convenção delimita a competência dos árbitros apontados para dirimir um litígio apresentado ao Centro, *in verbis*:

Art. 25(1). A competência do Centro abrangerá as controvérsias, de natureza jurídica, diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa coletiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, controvérsia essa cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente (*tradução livre*).

Assim, cabe-nos analisar os efeitos desse dispositivo legal no plano processual, bem como as decisões preliminares de objeção da jurisdição do

centro. Em um primeiro momento, vamos estudar as competências *ratione personae et materiae*, antes de nos preocuparmos com as questões ligadas ao consentimento dos Estados à arbitragem ICSID.

2.1. Competência *ratione materiae* e a noção de investimento internacional

A partir da leitura do art. 25, que aduz que a jurisdição abrangerá as controvérsias de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento, temos que as matérias possíveis de serem analisadas por um tribunal arbitral ICSID devem responder a um critério tríplice⁵: (a) existência de uma disputa jurídica; (b) a disputa ser diretamente decorrente de uma transação; e (c) que tal transação seja qualificada como investimento.

Dessa forma, além da necessidade de haver a formulação jurídica de um pedido versando um direito ou fato, traduzido na violação de obrigação jurídica ou direito, não são admissíveis pedidos de arbitragens que tenham base disputas de natureza comercial ou política⁶. Isso, entretanto, não quer dizer que a expressão “diretamente decorrente” signifique um investimento internacional direto⁷, mas sim que situações envolvendo operações de investimento complexas sejam, no mínimo, razoavelmente conexas com o investimento, e não que a disputa seja imediatamente decorrente do investimento⁸. Apesar de ser questão-chave na determinação da competência dos árbitros, a Convenção não apresenta nenhuma definição de investimentos. Em seus trabalhos de discussão, os delegados não chegaram a um consenso sobre tal definição, pois incluíram uma “trava de segurança”, que é a exigência do consentimento das partes para levar um litígio à arbitragem⁹. Seguindo a prática do Centro, cabe aos Estados determinar se uma dada operação é ou não investimento, apesar de não haver uma liberdade geral para tal caracterização.

A doutrina apresentou algumas características constitutivas de uma operação de investimento, quais sejam: (a) o projeto deve ter certa duração; (b) deve haver regularidade de lucro e retorno financeiro; (c) presença de risco para ambas as partes; (d) envolvimento substancial; (e) a operação deve ser significativa para o desenvolvimento do Estado receptor. O mais importante a ser ressaltado é a inclusão de exemplos de operações de

investimentos nos Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos (TBIs) e em convenções multilaterais.

2.2. Competência *ratione personae*

Um detalhe interessante é que o investidor não pode ser nacional do Estado receptor, porém pode ser um investidor estrangeiro que opera através de uma empresa de direito local, tratado como investidor estrangeiro devido ao seu controle¹⁰. Todavia, a simples adesão à Convenção ICSID não constitui *per se* uma submissão à jurisdição do Centro. O consentimento de ambas as partes é requerido pela Convenção para estabelecer a competência dos árbitros e deve ser dado por escrito, mas pode tomar formas diversas: acordo direto entre investidor e Estado receptor, como no caso de um compromisso arbitral ou de inclusão de uma cláusula compromissória em um contrato de concessão; em segunda hipótese, ofertas gerais por partes dos Estados em sua legislação sobre investimentos internacionais, que deve ser aceita pelo investidor de forma apropriada; e a presença de oferta geral em um tratado em vigor entre o Estado receptor e o Estado do investidor — seja ele bilateral, como os TBIs, seja por instrumentos convencionais multilaterais, como é o caso do Acordo para Livre Comércio da América do Norte (NAFTA)¹¹ ou da Carta de Energia (ECT)¹².

Portanto, dever-se-ia imaginar que os árbitros, seguindo o princípio da competência da competência, deveriam se assegurar que o consentimento das partes existe e que elas pretenderam realmente se submeter à arbitragem do Centro, já que “o consentimento é a pedra-chave da jurisdição do Centro”¹³. Essa não foi, não obstante, a atitude seguida pela prática. A fim de cobrir os casos de reclamações não oriundas de contratos, o ICSID decidiu abrir o acesso ao maior número possível de litígios: nos meados de 1980, os árbitros começaram a admitir sua competência — mesmo na ausência de cláusula arbitral diretamente concluída entre as partes do litígio — com base na aceitação do investidor da oferta geral e impessoal feita pelo Estado em recorrer ao Centro, uma ligação indireta e dissociada no tempo e no espaço.

Tal evolução está em conformidade com o texto da Convenção, cujo art. 25 (1) não exige nenhuma forma específica. Não se trata de uma verdadeira descoberta, uma vez que o recurso ao ICSID por meio de oferta geral já havia sido concebido pelos administradores da Convenção de 1965¹⁴, por

Paul Reuteur em 1968¹⁵ e por Aron Broches em seu curso de Haia de 1972¹⁶, contudo, tal possibilidade não está expressamente prevista na Convenção e somente foi admitida na prática arbitral a partir de 1984¹⁷. Assistimos hoje a uma proliferação de instrumentos contendo ofertas gerais, permanentes e não individualizadas, das quais qualquer investidor estrangeiro pode se beneficiar para recorrer a uma arbitragem ICSID. Mesmo em presença de uma cláusula ICSID contratual, resta a hipótese de recorrer ao Centro com base em uma oferta geral. Esse mecanismo, chamado pela doutrina de “*arbitrage without privity*”¹⁸, “*arbitrage without contractual relationship*”¹⁹ ou “*chèque en blanc*”²⁰, conduziu a um aumento da atividade do ICSID e explosão do fluxo de capital, já que os Estados utilizam essas ofertas para atrair capitais em seu território e os investidores como garantia de proteção jurídica de sua operação, uma vez que estes consideram a tutela dada pelos tribunais nacionais (vistos como imparciais), usando a legislação nacional do Estado receptor (que nem sempre protege os investidores à altura do direito internacional) como insuficiente.

3. A OFERTA DE UMA CLÁUSULA ICSID CONTIDA EM UM TBI COMO BASE PARA A JURISDIÇÃO DO CENTRO

Na época da redação da Convenção, a hipótese na qual um Estado viesse a oferecer de forma unilateral seu consentimento em um TBI não havia sido discutida. Enquanto a dinâmica multiplicação de TBIs fora timidamente iniciada desde o fim dos anos 1960²¹, o Relatório dos Administradores permaneceu silente a esse respeito, invocando, unicamente, a possibilidade de ofertas operadas por legislações nacionais. Desde então, assistimos a uma verdadeira explosão do número de TBIs nos anos 1980 e 1990, que passa, hoje, de 2000²². Ademais, podemos constatar que as ofertas de arbitragem consentidas pelos Estados nos tratados bilaterais podem tomar numerosas formas²³. Se certas cláusulas podem ser consideradas como verdadeiras cláusulas compromissórias, comportando uma obrigação internacional dos Estados contratantes, outras se apresentam como compromissos da parte dos Estados de concluir ulteriormente cláusulas compromissórias quando demandado por um investidor²⁴, enquanto outras, enfim, se aproximam de uma declaração de intenção da parte do Estado receptor do investimento. Diante da forte diversidade existente entre as

cláusulas presentes nos TBI, declarou-se que “*não se pode afirmar que há hoje um corpo coerente de TBIs que permitam a arbitragem sem cláusula compromissória*”²⁵. Entretanto pode-se tentar traçar uma ligeira sistematização.

Em uma primeira categoria, as cláusulas ICSID exprimem o consentimento dos dois Estados em submeter-se à arbitragem em benefício de seus nacionais. Essas disposições podem mencionar a arbitragem ICSID como o único modo de solução de controvérsias, mas podem fazer referência a outros modos ou outros centros de arbitragem. Assim, a questão da escolha entre os métodos disponíveis seria deixada à discricão do investidor privado ou poder-se-ia escalonar uma ordem de prioridade dos mesmos. Ademais, existe a possibilidade de haver uma restrição da oferta do Estado a certas categorias de litígios²⁶ ou subordinar o recurso à arbitragem ICSID a certas condições, como o esgotamento das vias de recursos internos ou o respeito de certo prazo determinado²⁷. Em uma segunda categoria de TBI, figura apenas um compromisso dos Estados contratantes de consentir em se submeter à arbitragem do Centro a demanda do investidor. Por meio de tal cláusula, o Estado se compromete a acatar o requerimento do investidor se esse último deseja apresentar o litígio perante os árbitros ou, em uma variante, se compromete a concluir cláusulas compromissórias nos contratos que venham a fazer com investidores do outro Estado contratante.

Um primeiro tipo de cláusula se encontra no tratado bilateral concluído entre a França e a Mongólia em 1975, que dispõe que “[se] o investidor o requerer, cada uma das Partes contratantes consentirá a inserir no referido acordo especial [acordo de investimento] uma disposição prevendo o recurso em caso de litígio, ao Centro” (tradução livre)²⁸. A segunda hipótese citada está presente no TBI concluído entre a França e o Congo, que prevê que os acordos relativos aos investimentos que serão concluídos obrigatoriamente comportarão uma cláusula “prevendo que os litígios relativos a esses investimentos deverão ser submetidos (...) ao Centro em vista de sua resolução por arbitragem” (tradução livre)²⁹.

Em ambos os casos, trata-se de uma promessa de concluir uma cláusula compromissória. Mas estamos perante uma obrigação de resultado ou de meio? Autores confirmados consideraram que “trata-se de uma obrigação de resultado, que não é frequente segundo o direito internacional público no

qual se considera geralmente que pode existir uma obrigação de negociar de boa-fé, mas que pode não significar, a princípio, uma obrigação de concluir” (tradução livre)³⁰.

O Estado que pretende retirar seu consentimento deve denunciar o tratado, e aplicar-se-ão, então, as regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³¹. O investidor privado se encontra, pois, impossibilitado de apresentar validamente o caso ao Centro devido à falta de consentimento estatal³².

Em definitivo, numa terceira categoria de TBI as simples declarações de boa intenção do Estado hospedeiro, desprovidas de todo compromisso jurídico, que se compromete a dar uma atenção “simpática” a qualquer requerimento de arbitragem apresentado perante o Centro por investidor nacional do outro Estado contratante³³.

4. A ACEITAÇÃO DA OFERTA PELO INVESTIDOR

A aceitação da oferta de arbitragem contida em um TBI pelo investidor é parte integrante do consentimento à arbitragem ICSID. O consentimento dado por um Estado em um TBI não pode obrigar seus nacionais sem seu consentimento prévio requerido no art. 25(1) da Convenção³⁴. A extensão da aceitação da oferta estatal pelo investidor privado deve ser analisada. “É inteiramente possível que a aceitação do investidor seja mais restrita que a oferta e se estenda apenas para certas matérias ou somente a uma operação de investimento particular”³⁵. O investidor privado está apto a modular a extensão de seu consentimento. Aqui, temos um risco para o Estado, pois o investidor é capaz de descartar do campo material as operações nas quais a sua conduta poderia ser condenada pelos árbitros³⁶. Em face de uma situação desse tipo, não é certo que os árbitros exijam que aceitação feita pelo investidor privado seja exatamente igual à oferta apresentada pelo Estado.

5. A INTERPRETAÇÃO DO CONSENTIMENTO DADO POR UM TBI

Assim, de que forma a promessa de um Estado de recorrer à arbitragem ICSID, inscrita em um TBI, apresenta uma força obrigatória para este? A questão é de saber se ela é:

um simples compromisso de inserir uma cláusula ICSID em todo contrato a concluir com investidor nacional da outra parte (...); ou um compromisso direto para o Estado de se submeter à arbitragem ICSID em qualquer litígio o opondo a um investidor (...) e isso independentemente de qualquer ligação contratual?³⁷ (tradução livre).

A resposta foi dada pela sentença no caso *AAPL c. Sri Lanka*, na qual a empresa de AAPL apresenta requerimento de arbitragem fundado no TBI Sri Lanka e o Reino Unido (estendido a Hong Kong)³⁸. Os árbitros aceitaram sua competência, principalmente porque a demanda não se apôs ao uso do TBI como fundamento da jurisdição do Tribunal. Dando seu consentimento, o Sri Lanka se comprometeu de forma irrevogável a se submeter à arbitragem do Centro³⁹. Devemos constatar que o consentimento por escrito do investidor privado se cristaliza com o ato de introdução de instância, como se confirmou em outros casos⁴⁰. A regra foi retomada no caso *AMT c. Zaire*, no qual o tribunal arbitral admitiu implicitamente que se trata de um compromisso direto, fonte de uma obrigação internacional, pela parte do Estado⁴¹.

A mais surpreendente interpretação é a do caso *Maffezzini c. Espanha*, no qual o demandante argentino fundou seu requerimento na cláusula da nação mais favorecida (doravante NMF), que lhe permitiria a invocação de uma disposição existente em um outro tratado. O TBI Argentina-Espanha determina que “em todas as matérias sujeitas a esse Acordo, o tratamento não deve ser menos favorável que o estendido pela Parte a investimentos feitos em seu território por investidores de um terceiro Estado”⁴² (tradução livre). O investidor arguiu que os investidores chilenos teriam um tratamento mais favorável no que se refere ao sistema de solução de controvérsias, por terem no TBI Chile-Espanha uma cláusula ICSID, e ausente no TBI Argentina-Espanha. A defesa espanhola declarou que os tratados concluídos entre a Espanha e terceiros Estados são *res inter alias acta*, o efeito relativo dos tratados excluiria a aplicação da cláusula ICSID por um investidor argentino, e que a cláusula NMF não poderia englobar a cláusula atributiva de competência⁴³.

Os árbitros consideraram que o fundamental para empregar uma cláusula mais favorável de outro tratado em virtude da cláusula NPF é que ambos os

tratados devem tratar do mesmo assunto, para serem compatíveis com o princípio *ejusdem generis*⁴⁴. Sobre o obstáculo ao emprego da cláusula NMF, os árbitros indicaram que a cláusula NMF não pode englobar a solução de controvérsias se as partes optaram pela dita “*fork in the road clause*”⁴⁵, isto é, a escolha entre a submissão do litígio às jurisdições internas ou à arbitragem internacional, da qual a opção do investidor é irreversível. Ainda se um sistema particular de arbitragem é determinado pelo tratado, a invocação da cláusula NMF não pode ser utilizada pelo investidor para iniciar o procedimento via um mecanismo diverso de solução de litígios, contido em um outro tratado. Enfim, se as partes escolheram um sistema muito institucionalizado, como é o caso do sistema NAFTA, cujas regras processuais são específicas, é claro que nenhum desses mecanismos pode ser alterado, visto que a especificidade das regras é o reflexo da vontade das partes. Finalmente os árbitros consideraram que a cláusula NMF do TBI Argentina-Espanha englobava os dispositivos concernentes ao sistema de solução de controvérsias, e que o investidor argentino poderia submeter uma reclamação direta à arbitragem ICSID, se considerando assim competentes para dirimir o litígio⁴⁶.

Em outra sentença, a questão do emprego da cláusula NMF volta à análise dos árbitros. Trata-se do caso *Siemens c. Argentina*. A demandante sustenta que as principais considerações discutidas aplicam-se no caso em tela: os dois tratados são da mesma categoria, contêm previsões quase idênticas sobre a solução de controvérsias, o texto das duas cláusulas NMF não revela grande diferença no seu escopo de aplicação⁴⁷. O tribunal considerou que o TBI em tela, como outros tratados de proteção dos investimentos, dispõe de um mecanismo especial de solução de litígios que não está normalmente aberto aos investidores. O acesso a esses mecanismos é parte integrante da proteção ofertada pelo Tratado, e assim o tribunal rejeitou a objeção de jurisdição do Centro e ele se considerou competente para dirimir o litígio. Tal abordagem foi abandonada em arbitragem mais recente. No caso *Plama c. Bulgária*, os membros do tribunal estiveram diante do TBI Bulgária-Chipre (Estado de nacionalidade do investidor) que contém cláusula NMF e cláusula arbitral *ad hoc* para causas relativas à expropriação, e num segundo BIT búlgaro com provisões relativas ao sistema de solução de controvérsias mais amplo, o tribunal constatou haver diferenças em relação aos casos

supracitados, uma vez que a inclusão da referência à arbitragem *ad hoc* supõe um acordo posterior e exclui, pois, a ideia de uma arbitragem institucionalizada⁴⁸.

Segundo os árbitros, a intenção clara e inequívoca das partes seria necessária para chegar a um acordo arbitral posterior, e tal acordo não pode ser presumido de uma cláusula NMF⁴⁹, aduzindo que “[uma] coisa é adicionar ao tratamento oferecido em um tratado um tratamento mais favorável presente em outro. Outra totalmente diferente é substituir o procedimento especificamente negociado pelas partes por um mecanismo totalmente diverso”⁵⁰. Devemos ressaltar que o tribunal Plama acaba avançando um princípio diverso do que fora posto pela jurisprudência Maffezini: uma previsão NMF em um tratado-base não incorpora o sistema de solução de conflitos, em todo ou em parte, salvo se as disposições do tratado-base não deixam dúvidas de que as Partes Contratantes desejam incorporá-las⁵¹.

6. O PROCEDIMENTO ARBITRAL

O procedimento arbitral encontra-se descrito no Capítulo IV da Convenção, que contém 20 artigos. A regra primordial do procedimento arbitral do sistema ICSID é aquela do art. 44 da Convenção de Washington, que tem a seguinte redação:

“Qualquer processo de arbitragem deverá ser conduzido em conformidade com as disposições da presente seção e, exceto se as partes acordarem diferentemente, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem em vigor na data em que as partes consentirem na arbitragem. Se surgir qualquer questão de índole processual não prevista pela presente seção ou pelo Regulamento de Arbitragem ou quaisquer outras regras acordadas entre as partes, será a mesma devolvida pelo tribunal” (tradução livre).

Vemos que a fonte primordial do direito processual arbitral do ICSID é a sua Convenção, que vem completada pela Regras de Arbitragem do Centro, chamadas de Regulamentos Administrativos e Financeiros⁵², Regulamento para Iniciação de Instância⁵³, e o Regulamento de Arbitragem⁵⁴ propriamente

dito, bem como as normas próprias estabelecidas pelas partes quando instituem a solução arbitral para a sua controvérsia. Assim, analisaremos nesse estágio os passos de uma arbitragem ICSID e os seus comandos processuais.

6.1. O início do procedimento arbitral

A petição arbitral pode ser feita pelo demandante, Estado receptor ou investidor estrangeiro, mesmo que na maior parte dos casos seja o investidor quem o faça, ou ainda, por ambas as partes ao Secretário-Geral do Centro, que remete a contrafé à outra parte⁵⁵.

A exordial é tratada de forma aprofundada no Regulamento para Iniciação de Instância⁵⁶, cujo art. 2 contém o que ela deve apresentar, como a indicação precisa das partes no litígio, endereço, data do consentimento estatal e os instrumentos probatórios do mesmo. Deve indicar ainda que o investidor é nacional de um Estado contratante, sua nacionalidade na data do seu consentimento e se esta parte é pessoa física, além de não ser nacional do Estado receptor na data do consentimento. Ademais, deve conter informações sobre o objeto da disputa, indicando ser este objeto jurídico diretamente ligado à operação de investimento.

A petição deve ser acompanhada de preparo. As custas iniciais, não reembolsáveis em caso de desistência ou recusa da ação, remontam a US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares), seguindo o comando do art. 16 dos Regulamentos Administrativos e Financeiros. Essa petição é mero requerimento de abertura de procedimento arbitral e não deve ser equiparada a uma petição inicial de processo civil de direito interno. Seu escopo é restrito, e novas indicações serão apontadas em memoriais posteriores. Não obstante, recomenda-se que tal petição contenha um resumo dos fatos, tal como apontamento dos dispositivos legais que servem de fundamentação jurídica do pedido⁵⁷.

O próximo passo no procedimento arbitral é o registro do requerimento pelo Secretário-Geral. A recusa de registro somente é permitida no caso de patente falta de jurisdição do Centro para o caso⁵⁸, como quando o Estado nacional do investidor ou o Estado receptor não são Partes contratantes da Convenção de Washington, e consultas ao ICSID e até mesmo um pré-requerimento de instância⁵⁹ podem ser efetuadas pela parte autora, a fim de

se evitar recusa do requerimento. Com o registro efetivado, temos, em seguida, a notificação do mesmo, instrumento este que indica a data de registro e envio da notificação, convida as partes a comunicar ao Secretário-Geral as disposições relativas à nomeação dos árbitros, sendo acompanhada de uma lista de árbitros.

6.2. O tribunal arbitral

Agora, devemos nos preocupar com a formação de um tribunal arbitral, que deve ser escolhido pelas partes relacionadas ao litígio. A livre escolha dos componentes de tal tribunal sempre foi vista como uma vantagem comparativa desta solução jurisdicional, uma vez que permite uma grande especialidade dos julgadores no tema em discussão. Com efeito, percebe-se que os Estados vão se decidir em favor de uma solução arbitral “em função de suas implicações sobre a identidade precisa dos decisores e das possibilidades que cada uma das fórmulas lhes dá para influenciar esta identidade de decisores”⁶⁰ (tradução livre). Esta “escolha dos homens”⁶¹ deve ser refletida minuciosamente pelas partes. No caso do ICSID, as disposições sobre a constituição do tribunal estão nos arts. 37 a 40 da Convenção.

O art. 37 (2) (a) impõe que o tribunal seja composto por um número ímpar de componentes. Ainda, a prática arbitral do Centro, mesmo permitindo composição divergente, tem sido de tribunais com três membros. A fim de encontrar um acordo sobre a composição do tribunal, o art. 2 do Regulamento Arbitral aponta regras de composição, no caso da falta de acordo prévio. Tal medida tem como finalidade não permitir o travamento do processo pela falta da composição do tribunal, uma vez que em 90 dias pode-se chegar a um acordo concernente a seus membros.

Entretanto, tal acordo pode não sobrevir, e a Convenção não se furta a impor a designação de árbitros nesse caso. Esse contorno à autonomia da vontade das partes é presente no art. 38 da Convenção, que aduz que:

Se o tribunal não tiver sido constituído num prazo de 90 dias após a notificação de que o registo do requerimento foi feito pelo secretário-geral, em conformidade com o n. 3 do artigo 36, ou dentro de qualquer outro prazo acordado entre as partes, o Presidente do Conselho Administrativo deverá, a pedido de qualquer das partes e, dentro do

possível, depois de consultadas ambas as partes, nomear o árbitro ou árbitros que ainda não tiverem sido nomeados. Os árbitros nomeados pelo presidente, em conformidade com o presente artigo, não deverão ser nacionais do Estado Contratante parte no diferendo nem no diferendo nem do Estado Contratante de que é nacional a outra parte (tradução livre).

Apesar de grande liberdade na escolha dos árbitros, esta é passível de três limitações, quais sejam: (a) proibição de árbitro nacional de um dos Estados envolvidos no litígio⁶², (b) qualificação técnica do árbitro⁶³ e (c) independência do árbitro com relação às partes⁶⁴.

Interessante consideração deve ser colocada aqui, sobre a possibilidade de impugnação de um árbitro. Essa hipótese é prevista nos arts. 57 e 58 da Convenção ICSID⁶⁵, e a jurisprudência do Centro nos traz um caso de pedido de desqualificação, que ocorreu no litígio *Amco c. Indonésia*⁶⁶. Nesse caso, o indicado a árbitro fora apontado como prévio conselheiro tributário do diretor da companhia reclamante, além de o escritório indicado e o conselho da empresa funcionarem no mesmo local. Porém, as alegações da Indonésia não prosperaram, e a sentença de jurisdição determinou que para que tal inibição ocorresse deveria haver prova de que a falta de independência era “manifesta ou altamente provável”⁶⁷.

6.3. A condução do processo

A norma de direito processual é indicada no art. 44 da Convenção. Ela determina que qualquer processo de arbitragem deverá ser conduzido em conformidade com as disposições da mesma, exceto se as partes acordarem diferentemente, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem em vigor na data em que as partes consentirem na arbitragem. Se surgir qualquer questão de índole processual não prevista pela Convenção ou pelo Regulamento de Arbitragem ou quaisquer outras regras acordadas entre as partes, será a mesma devolvida ao tribunal.

As partes podem transigir sobre regras processuais, específicas para o caso concreto, que se sobrepõem àquelas existentes no sistema ICSID. No caso de não terem decidido sobre isso anteriormente, a primeira audiência do tribunal é a oportunidade para estabelecer tais regras⁶⁸. Salvo decisão

das partes em contrário, duas fases bem delimitadas são impostas pelo Regulamento de Arbitragem⁶⁹: uma fase escrita e uma fase oral. Na primeira, os memoriais das partes no litígio devem ser apresentados, seguindo as diretivas propostas pelo art. 31 (3) do Regulamento de Arbitragem, contendo os fatos relativos à instância, uma exposição do direito e os pedidos; a seu turno, o contramemorial deve conter admissão ou contestação dos fatos expostos, sua fundamentação jurídica e seus pedidos. A fase oral é destinada à oitiva de peritos e testemunhas, além de, é claro, os agentes, advogados e conselheiros, e é precedida de uma tentativa de conciliação.

No que concerne à prova, cada parte deve comunicar sobre as provas que ela tem intenção de produzir e quais delas o Tribunal deve requisitar. Seguindo a regra do art. 34 (1), o Tribunal é o juiz da admissibilidade de toda prova invocada e de seu valor probante. Em definitivo, devemos ressaltar a possibilidade de requisição de medidas acautelatórias durante o procedimento arbitral. Elas são previstas no art. 47 da Convenção e mais bem detalhadas no art. 39 do Regulamento de Arbitragem, e têm geralmente o condão de preservar ou apresentar provas documentais, como a cautelar de exibição de documentos do Código de Processo Civil Brasileiro.

6.4. A sentença arbitral

O regramento da Convenção ICSID não diverge do restante das normas gerais de laudos arbitrais, determinando que a sentença deve ser emitida em 120 dias após o término da fase instrutória, segundo o art. 46 do Regulamento de Arbitragem. Primeiramente, temos os requisitos formais indicados no art. 48 do referido Regulamento. Este impõe que a sentença deve conter: a qualificação das partes; declaração segundo a qual o tribunal se constituiu em virtude da Convenção, bem como a forma de sua constituição; nome dos membros e indicação de quem os nomeou; os nomes dos agentes, conselheiros e advogados de cada parte, as datas e locais das sessões do Tribunal; resumo do caso; exposição dos fatos; pedidos das partes; a decisão do tribunal sobre toda questão submetida, que deve ser motivada⁷⁰; e qualquer decisão sobre custas processuais. Mesmo que algumas informações sejam publicadas, como as partes, membros do tribunal, estágio do julgamento, a sentença arbitral somente pode ser publicada com o consentimento das partes envolvidas⁷¹.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema ICSID é realmente inovador no âmbito do direito internacional relativo à solução de controvérsias interessando aos Estados. Primeiramente, a questão de saber se os acordos relativos ao sistema de solução de litígios constituem um direito substantivo que pode ser estendido ao beneficiário de uma cláusula NMF aparece no momento em que a disposição é escrita de forma ampla e que os Estados-partes do tratado não expressamente excluíram os mecanismos de solução de controvérsia nem esclarecem a sua intenção de incluir tais mecanismos na proteção acordada aos seus beneficiários⁷². Nesses casos, a intenção das partes deve ser interpretada para incluir os direitos acordados aos investidores dos terceiros Estados, notadamente aqueles referentes ao de uma solução arbitral em preferência aos órgãos judiciais do Estado receptor.

Em segundo lugar, o elemento caracterizador da arbitragem ICSID repousa no requerimento unilateral pelo investidor. Vemos um desequilíbrio entre investidores e Estados, uma vez que o considerável liberalismo e ausência de formalismo na interpretação do consentimento fazem com que os investidores consigam atrair os Estados aos tribunais ICSID. Não podemos somente culpar os árbitros, que têm a tendência de se verem competentes, todavia devemos salientar o papel dos que redigiram os tratados. Esse desequilíbrio pode ser comparado ao que ocorre com o sistema da declaração facultativa de jurisdição obrigatória do art. 36 (2), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁷³, o qual oferece opção aos Estados que podem aceitar a competência obrigatória da Corte de forma antecipada. No que concerne ao acordo para conferir a competência à Corte anteriormente ao acontecimento do litígio, fala-se em jurisdição “obrigatória”, o que geralmente foi descrito como um progresso⁷⁴.

De maneira geral, pode-se constatar que os Estados são assaz reticentes a se comprometerem antecipadamente, visto que o consentimento é dado “às cegas”, os Estados ignorando o objeto das controvérsias a surgir e a identidade do hipotético Estado demandante⁷⁵. A decisão dos Estados depende assim da “convicção que o risco de ser atraído como réu é compensado pela vantagem de poder peticionar unilateralmente a jurisdição”⁷⁶.

Se no caso do ICSID, a oferta dos TBIs permite que os investidores, desconhecido *a priori* pelos Estados receptores, apresentem livremente a reclamação ao Centro, na hipótese paralela com a Corte, vemos que os Estados não são desejosos de correr o risco judiciário, preferindo, amplamente, no contexto de suas relações interestatais, a solução diplomática.

Contudo, o principal não é que a controvérsia seja resolvida por uma via jurisdicional — desejo pronunciado de muitos juristas — mas sim que ele seja dirimido por via pacífica. Também, não nos filiamos a uma corrente que lamenta uma utilização demasiadamente amedontrada da parte dos Estados de solução jurisprudencial postos à disposição. Vaticinava o preclaro Louis Henkin que:

é relevante acrescentar que a relutância em submeter à solução contenciosa não é necessariamente uma evidência de uma intenção de violar o direito internacional. Mesmo os Estados com grande índice de respeito ao direito internacional, e com a intenção de respeito no futuro, não tiveram vontade de submeter-se à Corte [e à jurisdição arbitral]. Os Estados parecem desejar manter que uma medida extra de liberdade de decidir se eles vão ou não observar o direito, mesmo que estes provavelmente o façam⁷⁷ (tradução livre).

Entendemos que não se trata de um progresso da sociedade internacional, mas apenas uma das ferramentas — dentre inúmeras disponíveis — para assegurar a coexistência de Estados igualmente soberanos⁷⁸.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Internacional pela Université de Paris I — Panthéon-Sorbone. Ex-professor da Faculdade de Direito da UFMG e Professor nas Faculdades de Direito da PUC-Minas e Estácio de Sá. Advogado em Belo Horizonte, MG. Membro da Ramo Brasileiro da ILA — *International Law Association*.

2 Também conhecida como Convenção de Washington. O texto integral da Convenção encontra-se disponível no *site* <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>.

3 Cf. arts. 1 a 24 da Convenção ICSID. *Amco c. Indonesia*, Award on Jurisdiction, 25 September 1983: a arbitragem ICSID serve não apenas aos interesses dos investidores, mas também dos Estados receptores.

4 Art. 25(1) da Convenção. Tanto o Estado receptor quanto o Estado de nacionalidade do investidor devem ter ratificado a Convenção. Sobre isso, ver AMERA-SINGHE, Christopher F. “Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention of the Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states”, *British Yearbook of International Law*, Oxford, 1974-1975, p. 230.

5 SCHEURER, Christopher. Comments on ICSID Convention, art. 25(1).

6 Já estatuiu a CPJI que um litígio é “um desacordo sobre um ponto de direito ou de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas” (tradução livre). In Rec. C.P.J.I. *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924 — exceptions préliminaires, Série A, n. 2 p. 11. Cabe recordar que a distinção de conflitos políticos e jurídicos repousa na teoria de Sir Lauterpacht sobre as controvérsias não justiciáveis, in “La théorie des différends non justiciables en droit international”, *R. C. A. D. I.*, 1930-IV, t. 34, p. 502-551. Critica tal posição Boutrous-Boutros-Ghali, que afirma que “os conflitos jurídicos submetidos [à solução contenciosa] são geralmente a tradução normativa de conflitos políticos mais profundos”. Discurso de 17 de março de 1995, SG/SM/5583, L/2710, p. 5. E a Alta Corte sempre afastou a teoria de conflitos não justiciáveis, como nos casos do *Droit des minorités en Haute-Silésie*: “Não há nenhuma controvérsia que os Estados admitidos a pleiteiar perante esta Corte não possam a ela submeter”. Rec. C. P. J. I., Série A, n.15, p. 22, ou ainda os casos *Personnel diplomatique et consulaire des États-unis à Téhéran*, Rec. C. I. J. 1980, p. 19-20; *Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci* (Compétence et admissibilité), Rec. C. I. J. 1984, p. 439 ; *Actions armées frontalières et transfrontalières*, Rec. C. I. J. 1989, p. 91; *Application de la convention sur le crime de génocide*, Rec. C. I. J. 1993, p. 325. Quanto a litígios comerciais, estes estão ligados à circulação de bens e serviços.

7 *Fedax c. Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

8 *Ceskoslovenska Obchodni v. Slovak Republic*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999.

9 INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, § 27.

10 Segundo o artigo 25(2)(b) da Convenção, “Qualquer pessoa jurídica que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no litígio, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou a arbitragem, bem como qualquer pessoa jurídica que tenha a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo àquela data e que, em virtude do controle sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratar como um nacional de outro Estado Contratante, para os efeitos da presente Convenção”. (tradução livre).

11 Assinado em San Antonio, Texas, em 7 de outubro de 1992, em vigor desde 1º de janeiro de 1994.

12 Assinado em Haia, em 17 de dezembro de 1991, em vigor desde 23 de setembro de 1997.

13 INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., § 24.

14 INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., § 24.

15 REUTER, Paul. Réflexion sur la compétence du CIRDI. Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées: La Convention BIRD du 18 mars 1965. *Colloque S.F.D.I.-CREDIMI*, Dijon, p. 3-19, 1969. p. 14.

16 BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of investment disputes between States and nationals of other States. *R.C.A.D.I.*, Leyde, v. 2., t. 136, 1972, p. 353.

17 SSP c. Egypte, 1985.

18 PAULSSON, Jan. Arbitration Without Privity, *ICSID Review — FILJ*, v. 10, n. 2, p. 232-257, 1995.

19 WERNER, Jacques. The Trade Explosion and Some Likely Effects on International Arbitration. *J. Int'l. Arb*, Genève, v. 14, p. 5-15, 1997.

20 STERN, Brigitte. Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement: que disent les travaux préparatoires. *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris, Litec, 2000. p. 233.

21 SALEM, Mahmoud. Le développement de la protection conventionnelle des investissements. *JDI*, Paris, n. 3, 1986, p. 582-583.

22 Segundo dados do Banco Mundial. V. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em: 11 fev. 2011.

23 DELAUME, Georges. Le Centre International pour le règlement de différents controversias relatifs aux Investimentos, *JDI*, Paris, n. 4, 1984, p. 783-784.

24 V. ZANINI GODINHO, Thiago. Evolução da interpretação do consentimento das partes nas arbitragens do ICSID, in *RBDI* (2005), v. 2, n. 2, p. 152, que cita o TBI concluído entre a França e a Malásia em 1975.

25 PAULSSON, Jan, op. cit., p. 240.

26 V. por exemplo o artigo 10 do TBI franco-marroquino, citado por PAULSSON, Jan., op. cit., p. 240.

27 A presença dessa forma de cláusula é devida à necessidade “de se estabelecer um compromisso entre dois princípios: a proteção do Estado contra as pretensões abusivas do investidor e a proteção deste contra as manifestações igualmente abusivas da soberania do primeiro” (tradução livre). In POIRAT, Florence. L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'Energie: procédures de règlement de différends et statut des personnes privées. *RGDIP*, Paris, 1998, p. 57.

28 DELAUME, Georges, op. cit., p. 784.

[29](#) BURDEAU, G n v ve. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats. *R. l'A.*, Paris, n. 1, 1995, p. 11.

[30](#) BURDEAU, G n v ve, op. cit., p. 12.

[31](#) Assinado em Viena, em 22 de maio de 1969, em vigor desde 27 de janeiro de 1980.

[32](#) SCHREUER, Christophe. Commentary on the ICSID Convention. Article 25. *ICSID Review — FILJ*, v. 11, n. 2, 1996 p. 447.

[33](#) SCHREUER, Christophe, op. cit., p. 448, que cita como exemplo o TBI concluido entre os Países Baixos e o Quênia.

[34](#) Ver *AMT c. Zaire*, Award, 21 February 1997.

[35](#) SCHREUER, Christophe, op. cit., p. 438.

[36](#) BEN HAMIDA, Walid. *L'arbitrage transnational unilat ral*, Paris: Th se Université de Paris II, 2003, p. 178-9.

[37](#) BURDEAU, G n v ve, op. cit., p. 12.

[38](#) "Cada Parte Contratante consente em submeter ao Centro para concilia o ou arbitragem [...] qualquer controvérsia jurídica entre uma Parte Contratante e um nacional de outra Parte Contratante concernente a um investimento deste no território daquele" (tradu o livre). In *Sri Lanka-United Kingdom: Agreement on the Promotion and Protection of Investments*, 19 *ILM* 886, (1980) p. 888.

[39](#) Salvo se denunciar o tratado antes de o investidor dar seu consentimento.

[40](#) *Fedax c. Republic of Venezuela*, Award, 9 March 1998; *Mihalyv. Republic of Sri Lanka*, Award, 15 March 2002 e *Salini c. Marrocos*, Decision on jurisdiction.

[41](#) "No presente caso, AMT optou pelo procedimento perante o Centro. AMT expressou sua escolha sem equívoco, sua vontade junta   expressa pelo Zaire no tratado cria o consentimento necessário para validar a jurisdi o do Centro" (tradu o livre). In *AMT c. Zaire*, op. cit., p. 1545-6,   5.23.

[42](#) *Maffezzini c. Espanha*, Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, 25 January 2000,   38.

[43](#) *Maffezzini c. Espanha*, Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, 25 January 2000,   43.

[44](#) Traduzido literalmente como «o de mesmo tipo», esse princípio em direito internacional indica o beneficiário da cláusula da na o mais favorecida não pode invoc la para reivindicar direitos estranhos   matéria concernente ao tratado. Tal desrespeito contradiz os princípios de soberania e independência dos Estados, em virtude do qual não se pode impor aos mesmos obriga es às quais estes não consentiram, e não se respeitaria o princípio da boa-fé que domina o direito dos tratados.

[45](#) Inserida no tratado, a cláusula determina que a utiliza o do recurso a um método de soluço ao litígio impede a utiliza o posterior de outro método disponível, para dirimir a mesma controvérsia. Essa cláusula foi objeto de análise dos árbitros no caso *CMS c. Argentina*. Neste caso, houve a o interposta em âmbito nacional, que como se relacionava apenas a reclama es relativas a contrato entre a empresa e o Estado receptor — *contract claims* — não contamina uma reclama o com base em viola o a um tratado — *treaty claims* — permitindo, assim, o acesso   arbitragem internacional. Obviamente,

numa decisão de mérito, os árbitros somente poderão analisar as violações ao tratado, e não ao contrato. *CMS c. Argentina*, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, § 80.

[46](#) *Maffezini c. Spain*, op. cit., p. 25, § 64.

[47](#) *Siemens c. Argentina*, Decision on jurisdiction, 3 August 2004, p. 21-22, § 60.

[48](#) Os árbitros afirmaram ainda que “as provisões sobre solução de litígios em um Tratado específico foram negociadas para solucionar as disputas sob o mesmo. Estados Contratantes não podem presumir ter acordado que tais provisões possam ser alargadas para incorporar as provisões sobre solução de litígios de outros Tratados negociados em um contexto totalmente diverso” (Tradução livre). *Plama c. Bulgária*, Decision on jurisdiction, 8 February 2005.

[49](#) *Plama c. Bulgaria*, op. cit., p. 325, § 199.

[50](#) *Plama c. Bulgaria*, op. cit., p. 328, § 209.

[51](#) *Plama c. Bulgaria*, op. cit., p. 332, § 223.

[52](#) *Administrative and Financial Regulations*, texto integral em inglês, francês e espanhol no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>. Acesso em: 11 fev. 2011.

[53](#) *Institution Rules*, texto integral em inglês, francês e espanhol no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>. Acesso em: 11 fev. 2011.

[54](#) *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*, texto integral em inglês, francês e espanhol no site <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>. Acesso em: 11 fev. 2011.

[55](#) Art. 36 (1) :Qualquer Estado Contratante ou qualquer nacional de um Estado Contratante que deseje abrir um processo de arbitragem deverá remeter um requerimento, por escrito, nesse sentido ao secretário-geral, que enviará uma cópia do mesmo à outra parte.

[56](#) Que complementa a redação do art. 36 (2), que dispõe que “o requerimento deverá indicar o objeto do diferendo, a identidade das partes e o seu consentimento na arbitragem, em conformidade com as regras processuais relativas ao início da instância de conciliação e arbitragem”.

[57](#) TOWNSEND, (J). The Initiation of Arbitration Proceedings: My Story Had Been Longer, 13 *ICSID Review — FILJ* 21 (1998), p. 24.

[58](#) Cf. art. 36(3) da Convenção. Tal dispositivo é complementado pelo art. 6 do Regulamento para Iniciação de Instância.

[59](#) Esse apontamento é feito pela doutrina. V. BROWER, C. The Initiation of Arbitration Proceedings: Jack be Nimble, Jack be Quick...! 13 *ICSID Review — FILJ* 15 (1998).

[60](#) LACHARRIERE, Guy de. *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, p. 156.

[61](#) BARDONNET, Daniel. “Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel”. *Theory of international law at the threshold of the 21st century — Mél. Skubiszewski*. 1996, p. 741.

[62](#) No caso de tribunais com mais de três membros, isso é possível. Vejamos a redação do art. 38 da Convenção : “A maioria dos árbitros deverá ser nacional de Estados que não

o Estado Contratante parte no diferendo e o Estado Contratante cujo nacional é parte no diferendo; contudo, as precedentes disposições deste artigo não se aplicam no caso de o único árbitro ou cada um dos membros do tribunal ter sido nomeado por acordo entre as partes”.

[63](#) Presentes no art. 14 (1) estão as qualificações técnicas dos árbitros, senão vejamos: “As pessoas assim designadas para figurar nas listas deverão gozar de elevada consideração e de reconhecida competência no domínio jurídico comercial, industrial ou financeiro e oferecer todas as garantias de independência no exercício das suas funções. A competência no domínio jurídico será de particular importância no caso das pessoas incluídas na lista de árbitros”.

[64](#) Mesmo não sendo exigência da Convenção, temos que o art. 6 (2) do Regulamento Arbitral obriga os indicados à assinatura de declaração de independência.

[65](#) Qualquer das partes pode pedir à comissão ou ao tribunal a inibição de qualquer dos seus membros com base num fato que indique uma manifesta falta das qualidades exigidas pelo n. 1 do art. 14. A parte no processo de arbitragem pode, em acréscimo, pedir a inibição de um árbitro com fundamento no fato de ele não preencher as condições de nomeação para o tribunal arbitral, estabelecidas na secção 2 do capítulo IV.

[66](#) *Amco c. Indonesia*, Award on Jurisdiction, 25 September 1983.

[67](#) *Amco c. Indonesia*, Award on Jurisdiction, 25 September 1983, p. 389.

[68](#) Não raramente se utiliza nas arbitragens ICSID as regras processuais estabelecidas pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional — UNCITRAL, que edita importantes instrumentos sobre o tema, como a “UNCITRAL Arbitration Rules of 1976” e a “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985”. V. PAULSONN, *Settling foreign investment disputes*. UNITAR Training programmes on foreign economic relations. Doc. n. 4, Module VIII — Revised. New York, 2001, 32 p.

[69](#) Art. 29 do Regulamento de Arbitragem.

[70](#) Sob pena de anulação da sentença. V. art. 52 (1) (e) da Convenção: “Qualquer das partes poderá pedir por escrito ao secretário-geral a anulação da sentença com base em um ou mais dos seguintes fundamentos [...] (e) Vício de fundamentação”.

[71](#) Comando trazido pelo art. 48 (5) da Convenção.

[72](#) ZANINI GODINHO, Thiago. Evolução da interpretação do consentimento das partes nas arbitragens do ICSID, in *Revista brasileira de direito internacional* (2005), v. 2, n. 2, p. 158.

[73](#) “Os Estados partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias jurídicas que tenham por objeto: (a) A interpretação de um tratado; (b) Qualquer questão de direito internacional; (c) A existência de qualquer facto que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; (d) A natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.”

[74](#) Combacau fala de uma “amélioration technique considérable”. COMBACAU, Jean, e SUR, Serge. *Droit international public*, Paris: Montchrestien, 5. ed., 2001, p. 583. Ela não significa que a jurisdição seja imperativa, pois se ela obriga um Estado réu a se ver atraído a um tribunal, ela não obriga que ele recorra, como demandante, em todos os casos, a um modo jurisdicional de solução de controvérsias, não sendo, pois, exclusiva, já que os outros modos permanecem abertos.

[75](#) GUILLAUME, Gilbert. Politique des Etats à l’égard du règlement pacifique par tierce partie. *La Cour internationale de Justice à l’aube du XXI^{ème} siècle — Le regard d’un juge*. Paris: Pedone, 2003, p. 5.

[76](#) RUIZ FABRI, Hélène, e SOREL, Jean-Marc. Organisation judiciaire internationale. *Juris-classeur du Droit International*, Paris, Fascicule 216, 2001, p. 6.

[77](#) HENKIN, Louis. *How Nations Behave — Law and foreign policy*. ColumbiaUniversity Press, New York, 1979, p. 188.

[78](#) Para uma detalhada análise sobre solução pacífica de controvérsias, cf. ZANINI GODINHO, Thiago José. *Elementos de direito internacional público e privado*. São Paulo: Atlas, 2010. Cf. Capítulo 8 do livro.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

RICARDO GARDINI DE ANDRADE¹

THIAGO JOSÉ ZANINI GODINHO²

1. INTRODUÇÃO

1.1. A CCI e sua Corte de Arbitragem

Oferecer ao leitor um panorama sobre a Corte Internacional de Arbitragem (“Corte”) da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) é retratar as vicissitudes de uma instituição que foi criada para promover no mundo o uso dos diversos mecanismos que governam o desenvolvimento do *iter* arbitral, segundo a melhor escola de arbitragem administrada (HABSCHEID, 1998: 646)³. Não seria despiciendo relatar os passos que, em 1923, permitiram a instituição da Corte pela CCI⁴, ou que a Corte conta em toda sua história com mais de 15.000 arbitragens internacionais e que nesse percurso foram envolvidas partes e árbitros provenientes de um número superior de 170 países e territórios⁵. Porém, a questão que pode revelar-se de maior interesse é como a Corte conseguiu manter sua condição de líder mundial na administração de procedimentos arbitrais.

A resposta encontra-se na estratégia institucional da CCI em estruturar sua notória atuação nos campos da regulamentação e harmonização do comércio

internacional paralelamente ao oferecimento de métodos de solução de controvérsia aos participantes desse sistema. O seu pioneirismo na arbitragem administrada estendeu-se aos outros métodos de solução de controvérsias (ver ponto 1.2), criados e desenvolvidos pela própria CCI, constituindo-se em ulterior ponto de força na sedimentação de sua *expertise* (BRIGUGLIO; SALVANESCHI, 2005:7). Aliada a tais fatores, tem-se a “onipresença” da CCI nos mais importantes fóruns internacionais, propondo modelos jurídicos e econômicos uniformes⁶, constituindo este o ponto de arremate que fundamenta o conceito de liderança da CCI como instituição privada dedicada à estruturação e desenvolvimento do comércio global.

Com relação à dinâmica de funcionamento da Corte, sua atuação é garantida por seus 124 membros, provenientes de 88 países, que encontram apoio na Secretaria e nos Comitês Nacionais⁷. A Secretaria é composta por mais de 50 consultores, de 20 nacionalidades diferentes, responsáveis pela gestão das arbitragens em curso. Ela atua como elo entre as partes, os árbitros e a Corte, tendo como escopo assegurar o andamento regular das arbitragens, nos termos do Regulamento de Arbitragem e seus apêndices — doravante “Regulamento”⁸ (LEW; MISTELIS; KROLL, 2003:37). A respeito dos Comitês Nacionais, cada uma de suas atuais 90 representações, além de assumir o compromisso de fomentar a arbitragem CCI no país de referência, tem a competência de indicar um candidato para ser membro da Corte, que será eleito pelo Conselho Mundial da CCI (ICC Court-report, 2008). No âmbito do procedimento arbitral, os Comitês, quando solicitados pela Corte, poderão propor um nome para árbitro único ou presidente do tribunal arbitral em constituição, nos termos do art. 9.3 do Regulamento.

1.2. Os demais serviços de resolução de controvérsias da CCI

A arbitragem diferencia-se dos demais métodos de resolução de conflitos por ser vinculante para as partes nela envolvidas, bem como por ser a sentença arbitral equiparada à sentença judicial, regra atualmente seguida por quase todos os ordenamentos jurídicos nacionais e garantida pelas convenções multilaterais sobre a matéria⁹.

A CCI, como já referido, ampliou o seu raio de ação para além das fronteiras da arbitragem. Tal fato culminou na criação da *ICC Dispute Resolution Services*, uma dentre as oito *ICC Divisions*, que abarca todos os

métodos de resolução de controvérsias oferecidos pela Câmara. Além da Corte Internacional de Arbitragem, a *ICC Dispute Resolution Services* conta com as seguintes instituições e serviços: Centro de Perícia (*Expertise*), *DOCDEX*, *ADR* e o Comitê de Controvérsias (*Dispute Board*), sendo que cada um deles possui seu respectivo regulamento e secretaria¹⁰.

Do âmbito de competência do Regulamento *ADR (Alternative Dispute Resolution)*, que entrou em vigor em 2001¹¹, constam as controvérsias de caráter internacional e doméstico, sendo excluídas aquelas de natureza trabalhista e de direito de família. O art. 5.1 do Regulamento ADR prevê que o *terceiro* e as partes deverão estabelecer um acordo sobre a técnica a ser utilizada no procedimento, sendo que o Guia ADR, predisposto pela CCI, enumera e conceitua as seguintes modalidades: *mediação* — intervenção do *terceiro* que atua como facilitador na comunicação entre as partes para que as mesmas consigam chegar a um acordo. O *terceiro* não emite nenhuma opinião a respeito do conflito; *avaliação neutra* — o *terceiro* é chamado para emitir o seu parecer não vinculante sobre a controvérsia, que servirá para orientar uma composição entre as partes; *miniprocessos* — tem-se a estruturação de um painel coordenado pelo *terceiro*, que facilitará o debate entre representantes das partes devidamente nomeados e com poderes necessários para obrigá-las. O Guia ADR cita também a possibilidade de escolha de qualquer outra técnica de resolução ou por uma combinação de técnicas, como, por exemplo, a avaliação neutra dentro de um miniprocessos (ICC ADR, 2008).

O *Centro de Perícia (Expertise)* oferece um serviço que se presta à formulação de pareceres técnicos e assessoria às partes com relação às normas e ajustamentos na execução de contratos de grande complexidade. Segundo o Regulamento *Expertise*¹², o perito é investido de poderes para decidir dentro dos limites estabelecidos pelo requerimento de perícia, consentindo às partes, previamente, a oportunidade para apresentar suas alegações. Cabe ressaltar que as suas decisões ou assinalações não são vinculantes, conforme art. 8 do Regulamento *Expertise* (ICC Expertise, 2008). O instrumento apresenta bons resultados na resolução amigável de controvérsias ou simplesmente no esclarecimento e qualificação de certos fatos (LEW; MISTELIS; KROLL, 2003: 11).

O *Centro de Perícia* também abrange o *DOCDEX (Documentary Credit Dispute Resolution Expertise)*, que coloca à disposição dos usuários um método de resolução baseado na análise de créditos documentários por três consultores componentes da *ICC's Banking Commission*, que são encarregados de formular um parecer com as indicações de como poderia ser resolvida a controvérsia. O procedimento conta com uma atenção extrema sobre o aspecto da confidencialidade, resguardando as partes envolvidas no procedimento em análise (ICC DOCDEX, 2008)¹³. Os *Comitês de Controvérsias* atuam por meio de um ou três membros que são chamados para participar do início da negociação de um contrato, na maior parte das vezes de média ou longa duração, permanecendo como assistentes das partes durante a fase de formação contratual, sendo que tais membros adquirem conhecimentos específicos sobre os termos e a execução do contrato em questão. O Regulamento dos Comitês entrou em vigor em 1º de setembro de 2004¹⁴.

Esses serviços podem ser instaurados antes do início de um procedimento arbitral, através da combinação de uma de suas respectivas cláusulas com uma convenção de arbitragem.

2. A ARBITRAGEM CCI — O REGULAMENTO E SUAS PECULIARIDADES

Doravante, este artigo focaliza-se no estudo da arbitragem. Essa escolha deve-se à necessidade de oferecer ao leitor um panorama prático-teórico sobre o importante papel cumprido pela Corte da CCI como instituição dedicada à resolução de controvérsias internacionais, e por concentrar a arbitragem o cenário mais rico de elementos e institutos jurídicos para que se possa confirmar tal assertiva.

A arbitragem CCI tem sua fonte nas normas do Regulamento, na jurisprudência dos tribunais arbitrais, nas decisões da Corte no âmbito da administração do procedimento arbitral e controle da sentença arbitral, nas decisões dos tribunais nacionais em procedimentos de reconhecimento, execução e impugnação das sentenças arbitrais interpostos pelas partes e na doutrina.

O atual Regulamento entrou em vigor em 1º de janeiro de 1998¹⁵ e apresenta trinta e cinco artigos, assim divididos: disposições preliminares

(arts. 1º ao 3º), instauração da arbitragem (arts. 4º ao 6º), tribunal arbitral (arts. 7º ao 12), procedimento arbitral (arts. 13 ao 23), sentença arbitral (arts. 24 ao 29), encargos (arts. 30 e 31) disposições diversas (arts. 32 ao 35); e três apêndices: I — Estatutos da Corte Internacional de Arbitragem, II — Regulamento Interno da Corte e III — Custos e Honorários da Arbitragem.

O propósito deste trabalho será realizar, em sua primeira parte, comentários sobre alguns dos dispositivos do Regulamento distribuídos conforme as rubricas acima indicadas, procurando oferecer um panorama informativo amplo, mas não exaustivo, sobre o processamento da arbitragem perante a Corte. Os temas escolhidos seguem, preferencialmente, as normas que foram objeto de reforma, ou inovação, com o advento do Regulamento de 1998, com os quais se busca oferecer a tendência atual da arbitragem CCI. A segunda parte será dedicada ao aprofundamento das peculiaridades do Regulamento, que não só influenciaram outras instituições de arbitragem em todo o mundo, mas que também cumprem o papel de divisor de águas entre o modelo CCI e os demais.

2.1. O Regulamento de arbitragem

As normas constantes do Regulamento são dispostas de modo a refletir a progressão cronológica do procedimento arbitral, desde a apresentação do requerimento de arbitragem até a notificação às partes da assinatura da sentença arbitral pelos árbitros (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:7). Essa metodologia foi pensada justamente para facilitar a compreensão do procedimento por parte dos operadores, e servirá de referência para exposição dos temas retratados nas linhas que se seguem.

2.1.1. Disposições preliminares (arts. 1º a 3º)

Âmbito de aplicação. O Regulamento, nos termos do art. 1º, não mais limita a jurisdição CCI às controvérsias internacionais. Esta previsão é resultado da modificação operada pela atual versão do Regulamento, que, em todo caso, era já concebida na acepção mais ampla admitida pela Corte.

Quanto à jurisdição *ratione materiae*, desde 1927, a Corte estabelece como objeto das arbitragens por ela administradas as controvérsias de natureza comercial, sendo que o termo “comerciais” também recebe uma interpretação abrangente. Assim, para fins de aplicação do Regulamento, o

termo “comércio internacional” abarca todas as trocas econômicas verificáveis entre fronteiras nacionais (GAILLARD; SAVAGE, 1999:35).

Cláusula compromissória-tipo: extensão. A Corte elaborou sua cláusula compromissória-tipo com o intuito de auxiliar as partes na redação do dispositivo que determinará o acesso à arbitragem CCI¹⁶, qual seja:

Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento (ICC Court-Clause, 2008).

É notoriamente reconhecido que tal redação abrange a cobertura de toda e qualquer matéria concernente à relação contratual, extracontratual, bem como às questões atinentes aos atos ilícitos (LEW; MISTELIS; KROLL, 2003:151). No importante caso *Daewoo v. Farhat*¹⁷, também conhecido como *Clothing case*¹⁸, o tribunal arbitral decidiu pela máxima extensão do âmbito de aplicação da cláusula compromissória, quando julgou ter sido a intenção das partes submeter ao procedimento arbitral todas as controvérsias derivadas, diretamente ou indiretamente, dos três contratos de compra e venda estipulados entre elas, que contavam com cláusulas compromissórias idênticas, ou seja, julgar a controvérsia relativa a um *performance bond* emitido em favor do requerido pelo requerente, como garantia ao cumprimento dos termos e condições dos contratos, um dos objetos centrais da arbitragem submetida ao tribunal CCI. Este, investido no poder de decidir sobre a própria jurisdição, segundo o princípio da *kompetenz-kompetenz*¹⁹ (art. 6.4, primeira parte, do Regulamento), formulou a seguinte hipótese: e se as partes submetessem à arbitragem, por exemplo, uma controvérsia relativa à quebra dos contratos de compra e venda, enquanto a controvérsia relativa ao *performance bond* e a restituição de seu pagamento — por enriquecimento ilícito — fosse apresentada perante os tribunais da Coreia (domicílio do requerente) ou da Jordânia (domicílio do requerido e do banco emissor do *performance bond*)? A resposta seria um possível conflito de julgados, criando-se um cenário completamente contrário ao interesse das partes. A partir dessa linha de interpretação, o tribunal arbitral julgou que as partes tacitamente entenderam submeter todas as controvérsias

à sua exclusiva jurisdição, decisão que formou jurisprudência sobre a matéria para os tribunais arbitrais posteriores.

Comunicação e notificação. Com relação aos meios de comunicação utilizados pela CCI, vale ressaltar a interpretação elástica conferida à redação do art. 3.2 pela reforma do Regulamento de 1998. A notificação e a comunicação, além das vias convencionais, passaram a ser admitidas por intermédio de qualquer meio de telecomunicação que possua prova do envio, o que na época representou a confirmação do uso do fax pela Secretaria e árbitros e que, atualmente, garante o uso da *internet* como instrumento idôneo. Observa-se que as comunicações e notificações não estão sujeitas a nenhuma outra formalidade além daquelas especificadas pelo Regulamento.

2.1.2. Instauração da arbitragem (arts. 4º a 6º)

Instauração e seus efeitos. A escolha pela arbitragem CCI redundará na escolha pelas regras contidas no Regulamento, segundo os termos do art. 6º. Quanto à versão do Regulamento a ser aplicada, conforme o mesmo art. 6º, salvo disposição em contrário das partes, o procedimento será regido pela versão em vigor na data de seu início, ou seja, dia em que a Secretaria recebe o requerimento de arbitragem do requerente (art. 4.2), não sendo relevante a data de estipulação da convenção de arbitragem²⁰.

Requerimento de arbitragem. O requerimento é o ato através do qual o requerente declara a vontade de iniciar a arbitragem (FRIGNANI, 2004:179), descrevendo a natureza e as circunstâncias da controvérsia e indicando os pedidos. O art. 4.3 do Regulamento determina o conteúdo mínimo do requerimento, sublinhando-se o dever de o requerente informar o conteúdo dos contratos relevantes e, especialmente, da cláusula compromissória, ou do compromisso arbitral, que permite a ativação da arbitragem. A lista de seis itens cumpre, ainda, o papel de orientar a parte a fornecer uma série de indicações gerais a respeito dos elementos que serão úteis ao início do procedimento.

O requerimento de arbitragem não equivale à petição inicial, portanto não tem a função de determinar o objeto da controvérsia sujeita ao juízo arbitral, uma vez que esta pode ser modificada no curso do procedimento, respeitando-se sempre os prazos estabelecidos pela cláusula compromissória e pelo regulamento de arbitragem. Até a assinatura da ata de

emissão, as demandas apresentadas no requerimento de arbitragem podem ser modificadas, nos termos art. 19, prazo esse não peremptório, como será visto posteriormente²¹.

Demanda reconvenicional. Na sua resposta, o requerido poderá apresentar os seus pedidos reconvencionais, conforme art. 5.5 do Regulamento, além de fazer constar suas observações sobre os pedidos ilustrados pelo recorrente. A cobertura pela convenção de arbitragem dos pedidos reconvencionais é o elemento que comporta uma análise mais intrincada sobre o tema. A resposta será positiva se tais pedidos reconvencionais se fundamentarem no contrato que serviu de base para os pedidos principais, também denominados reconvencionais diretos. Em caso contrário (como por exemplo, em uma compensação), será necessário verificar se existe uma outra convenção arbitral ou se os contratos estão estreitamente coligados (FRIGNANI, 2004:180)²².

2.1.3. O tribunal arbitral (arts. 7º a 12)

Truncated tribunals. Em um procedimento arbitral, a constituição do tribunal geralmente coincide com a fase mais longa do procedimento, tendo em vista os trâmites de nomeação²³, aceitação do encargo, declaração de independência e eventual procedimento de impugnação proposto antes da confirmação dos árbitros pela Corte. Superada essa etapa, difícil seria conceber o seu reinício em função de fato que provocasse a irregularidade da composição do tribunal arbitral, ou seja, que no curso de uma arbitragem ocorresse uma das situações que justificam a desconstituição do tribunal arbitral, previstas nos arts. 12.1 e 12.2 do Regulamento. Aquela mais recorrente é a do árbitro, geralmente dentre os indicados pelas partes, que se nega a participar ou tenta postergar a deliberação da sentença do tribunal, e por tal motivo é destituído pela Corte. Assim, nos termos do art. 12.5, a CCI pode autorizar o tribunal arbitral que sofreu a perda de um ou mais de seus integrantes, após o encerramento da instrução, a decidir sem que se recorra à recomposição do número original de árbitros. Para tanto, a Corte adota uma postura prudente, pois, além de levar em consideração a opinião dos árbitros remanescentes e das partes, deve avaliar essa decisão também à luz das normas relevantes quanto ao direito aplicável, tendo em vista o preceito do art. 35 do Regulamento, qual seja, “fazer o possível para assegurar que a

sentença arbitral seja executável perante a lei”. Um dos casos que determinou a necessidade de inserir no Regulamento de 1998 a solução para o *Truncated Tribunal* foi o célebre *Milutinovic case* relativo à anulação da sentença arbitral parcial CCI n. 5.017, de 8 de novembro de 1987, pelo Tribunal Federal Suíço, em 1991, por não ter-se reconstituído o tribunal arbitral após a saída voluntária de um dos árbitros, emitindo assim a sentença assinada somente pelo presidente do tribunal e pelo árbitro indicado pelo requerente²⁴. Outras instituições também preveem solução para o caso de saída de um dos árbitros, tais como a *American Arbitration Association*, no art. 11 do Regulamento de Arbitragem Internacional²⁵; a Organização Mundial da Propriedade Intelectual — OMPI, no art. 35 do Regulamento de Arbitragem²⁶; a *Permanent Court of Arbitration*, no art. 13 do Regulamento Opcional de Arbitragem entre duas partes, das quais uma é um Estado²⁷, e a *London Court of International Arbitration*, no art. 26.2 do Regulamento de Arbitragem²⁸, sendo que os três últimos regulamentos autorizam a continuidade da arbitragem sem um dos árbitros a partir de qualquer fase do procedimento.

2.1.4. O procedimento arbitral (arts. 13 a 23)

Audiências. Adequar-se ao cumprimento da agenda predisposta na ata de missão, veja *infra*, consiste difícil tarefa para um tribunal arbitral composto por árbitros residentes em países diversos. Frequentemente, em tais arbitragens, os tribunais arbitrais assim formados devem conduzir um procedimento com partes e representantes legais também de países diversos e ainda contar com a participação de testemunhas nessas mesmas condições. O art. 14 do Regulamento prevê, assim, que os árbitros possam conduzir as audiências e reuniões em lugares diversos de onde foi estabelecida a arbitragem. Se as partes, no entanto, decidirem manter a realização das audiências no lugar determinado como sede da arbitragem, em se observando as condições acima, o tribunal arbitral necessitará requerer a prorrogação do prazo para a pronúncia da sentença arbitral, o que resultará, evidentemente, no atraso e encarecimento do procedimento. A autonomia no estabelecimento do local das audiências encontra exceção no texto do art. 25.3, que determina expressamente ser a sentença arbitral proferida no local da arbitragem, ou seja, na sede indicada na convenção de arbitragem.

As audiências são previstas a portas fechadas, segundo o art. 21.3, salvo autorização do tribunal arbitral e das partes permitindo a presença de pessoas estranhas ao procedimento, dispositivo que se alinha ao caráter confidencial da arbitragem.

Regra jurídica aplicável. O art. 17 do Regulamento informa o critério da autonomia das partes para a definição da norma aplicável ao mérito da arbitragem. Reconhecendo a validade das normas de caráter transnacional, ou seja, não restritas a um determinado ordenamento jurídico nacional, o dispositivo não faz menção ao termo “lei” (*law*) aplicável, mas a regras jurídicas (*rules of law*) aplicáveis.

Em face da ausência de escolha ou acordo entre as partes sobre a regra jurídica aplicável ao mérito da arbitragem, o Regulamento reconhece ao tribunal arbitral o poder de definir a regra que este julgar mais apropriada ao caso. A redação do texto atual do art. 17 ampliou o espaço de atuação dos árbitros, pois estes não devem mais optar pela lei de direito internacional privado de um determinado Estado, como determinava o antigo texto (antigo art. 13 do Regulamento 1988), o que tendenciosamente recaía na aplicação de um ordenamento jurídico nacional. Ora a via é direta, reconhecendo ao tribunal arbitral o direito conferido às partes, caso estas não o façam, de poder escolher, inclusive, por uma regra jurídica transnacional, como os Princípios Unidroit (VISMARA, 2001: 167)²⁹.

Confidencialidade. Esta é sempre citada como elemento integrante do elenco de atrativos que justificam a escolha pela arbitragem em detrimento dos tribunais nacionais. Assim, é geralmente considerado que a sentença arbitral e a própria existência do procedimento estão sob o manto da confidencialidade, além dos documentos a ele atinentes, sendo que as exceções à obrigação de sigilo devem formar objeto de consenso entre as partes (RUBINO-SAMMARTANO, 2006:1076).

O Regulamento inspirou-se no art. 52 do Regulamento de Arbitragem da OMPI, que não trata especificamente de confidencialidade na arbitragem, para elaborar a redação do art. 20.7. O conceito de “informação confidencial” presente no texto do referido artigo deve ser estendido também aos documentos produzidos com a finalidade de serem usados na própria arbitragem, ou seja, os depoimentos, testemunhos e sentenças. A tutela abrange também informações relacionadas às particularidades da arbitragem

e ao fato de sua existência. O Regulamento confere ao tribunal arbitral o poder de coibir a utilização dos documentos produzidos no curso do procedimento fora do âmbito da arbitragem, atribuindo-lhe força coativa, quando a autoridade judicial do Estado envolvido reconhece esse poder aos árbitros. Caso não se possa valer da coerção, essa ordem poderá formar elemento de prova em ação de ressarcimento de dano. Com a finalidade de obter maior garantia, as partes podem, inclusive, elaborar um acordo de confidencialidade em separado sobre os fatos concernentes ao procedimento arbitral, sendo que seu descumprimento gera a quebra desse contrato e o relativo dever de indenizar que, assim, passa a ser especificamente previsto (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:12). Vale ressaltar que o árbitro é, igualmente, vinculado à obrigação de confidencialidade (ICC Final report, 1996).

Com relação à publicação das sentenças, a regra é que nenhuma publicação ocorrerá em se verificando a objeção de uma parte. Na prática, muitas sentenças arbitrais são publicadas sem o consentimento das partes, não se fazendo referência aos seus nomes. A CCI, desde os anos oitenta, disponibiliza as sentenças arbitrais com a finalidade de pesquisa, em versão resumida e sem revelar o nome das partes³⁰.

2.1.5. A sentença arbitral (arts. 24 a 29)

Fundamento da decisão. O art. 25.2 inaugura a previsão expressa relativa ao dever imposto aos árbitros de fundamentar suas decisões. Na realidade, o controle da sentença arbitral já obrigava à fundamentação, por razões óbvias. Mas a CCI, na sua função de tutelar o procedimento e seu produto final — a sentença —, colocou-se entre as poucas instituições que requerem a motivação da sentença arbitral, não deixando sequer às partes o poder de dispor em modo contrário. A medida tem como principal objetivo impedir que uma sentença CCI seja anulada por uma corte nacional, seja por violação da ordem pública nacional ou mesmo contra texto expresso de lei. A lei brasileira prevê, nos termos do art. 26, II, da Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996³¹, que o fundamento é requisito obrigatório da sentença arbitral, sendo que na falta dele não se obteria o reconhecimento ou execução da sentença no Brasil. Na França, a falta de fundamentação de uma sentença arbitral, proferida em um país onde esse requisito não seja

obrigatório, não ofende, segundo a jurisprudência majoritária³², a ordem pública internacional, não obstante ser obrigatória para as arbitragens domésticas, segundo o art. 1.471 do Código de Processo Civil francês.

Correção e interpretação. O Regulamento de 1998, em seu art. 29, adotou o mecanismo de correção e interpretação das sentenças arbitrais que antes se tentava realizar por meio do controle da sentença operado pela Corte, demonstrando ser este um dos pontos fracos do Regulamento (GAILLARD; SAVAGE, 1999:777). Quanto à correção de erros materiais ou similares, esta pode ser realizada de ofício pelo tribunal arbitral, no prazo de 30 dias após a prolação da sentença e deverá sujeitar-se à aprovação da Corte. As partes, no prazo de 30 dias da data em que foram notificadas, podem apresentar pedido de correção e interpretação à Secretaria. Instaura-se aí um rápido contraditório, enviando-se o pedido ao tribunal arbitral, que abre vista à contraparte para interpor suas observações no prazo de 30 dias. Caso o tribunal arbitral corrija ou interprete a sentença, terá também 30 dias para apresentar a sua minuta à Corte, a partir do vencimento do prazo concedido à contraparte, ou outro prazo estabelecido pela Corte. Esta exerce seu controle de modo a verificar se a correção ou interpretação realizada não alterou o conteúdo da decisão, visto que esse mecanismo não tem a finalidade de rever o mérito da sentença arbitral pronunciada.

A decisão sobre a correção ou interpretação será considerada um adendo da sentença arbitral, ou seja, parte integrante da sentença e, por esse motivo, não impugnável como objeto autônomo em relação a ela (FRIGNANI, 2004:223).

2.1.6. Os encargos (arts. 30 e 31)³³

Competência. No sistema CCI, são de competência exclusiva da Corte as questões inerentes aos custos da arbitragem, ou seja, despesas de administração e honorários dos árbitros, cabendo à Secretaria solicitar às partes a efetuação dos pagamentos devidos, bem como providenciar a quitação dos valores devidos aos árbitros. É no Apêndice III do Regulamento que se encontram as normas que informam os parâmetros para determinar os custos de uma arbitragem CCI³⁴.

Gestão das provisões. Esta se articula em três etapas: 1) *Adiantamento inicial dos custos administrativos.* O requerente, no momento em que

apresenta o requerimento de arbitragem, deve pagar 2.500 dólares americanos a título de custos administrativos, não reembolsáveis, mas descontáveis do montante dos custos a seu cargo. Na falta de pagamento, a Secretaria pode impor-lhe um prazo para adimplir, sob pena de arquivamento do pedido, nos termos do art. 4.4 do Regulamento. 2) *Adiantamento da provisão*. A cargo do autor, este adiantamento destina-se a cobrir os honorários dos árbitros até a predisposição da ata de missão, sendo também cobrado no momento de apresentação do requerimento de arbitragem. Trata-se de uma novidade introduzida pela reforma de 1998 que visa a acelerar o procedimento, evitando que o requerido possa atrasar o início da arbitragem. (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:303). 3) *Provisão*. Após o recebimento da resposta do requerido, fixa-se o valor total dos encargos do procedimento, que pode ser reajustado a qualquer momento e ser pago em parcelas pelas partes. A provisão deverá ser paga sob pena de ser retirada a demanda principal ou a reconvenicional, se estiverem em falta com o pagamento o requerente ou o requerido, respectivamente. Para evitar a retirada da demanda, uma parte pode pagar a totalidade da provisão, segundo o art. 30.3 do Regulamento.

Nos termos do art. 28.1, a Secretaria somente notificará às partes o texto da sentença proferida se as custas da arbitragem estiverem integralmente pagas. No entanto, o que ocorre na prática é que, em caso de pendência quanto ao pagamento dos encargos pelas partes, a Corte nem sequer procede ao controle da minuta da sentença arbitral previsto pelo art. 27, entrando esta no rol das medidas coercitivas para que o pagamento da CCI e dos árbitros seja garantido.

2.1.7. Disposições diversas (arts. 32 a 35)

Modificação dos prazos. O art. 32, introduzido pela reforma de 1998, prevê que as partes podem reduzir os prazos do Regulamento. A rubrica “modificação” deve ser lida em sentido estrito, visto que não é permitida a extensão dos prazos. A intenção de permitir a adoção de arbitragens velozes é vinculada, porém, ao dever de salvaguarda da Corte, que poderá estender os prazos deflacionados, caso as partes e árbitros não consigam cumprir com tal desafio. Contudo, à época, a comissão de reforma rejeitou a edição de regras especiais para procedimentos *fast-track*, baseando-se, principalmente, na assertiva de que as controvérsias são sempre diferentes

entre si, não sendo plausível que exista um único conjunto de regras que possa satisfazer os requisitos dos *fast-tracks* para todas as arbitragens em que as partes desejem um procedimento expedito (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:346).

2.2. As peculiaridades da arbitragem CCI

Entendem-se por peculiaridades da arbitragem CCI as características específicas que marcam o Regulamento e seu processo evolutivo, ou seja, as questões que foram objeto de maior interesse, avaliação e comentários da doutrina especializada, e que puderam servir, inclusive, de modelo para as outras instituições arbitrais. Uma delas é a ata de missão, que, apesar das críticas, experimentou crescente aceitação por parte dos operadores e da prática ligada à arbitragem internacional. Da mesma forma, o exercício de controle das sentenças arbitrais realizado pela Corte ganhou a atenção das partes e árbitros como uma valiosa medida de salvaguarda, fator importante na distinção do sistema CCI em relação aos demais (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:6).

Somando-se a essas duas peculiaridades, quais sejam, a ata de missão e o controle da sentença, serão ainda tratadas as questões atinentes às medidas cautelares, à declaração de independência e à arbitragem com múltiplas partes.

2.2.1. Medidas cautelares e provisórias

O Regulamento confere ao tribunal arbitral, tão logo esteja em posse dos autos, o exercício do poder de tutela de urgência. Os árbitros podem, assim, adotar qualquer tipo de medida de caráter provisório e conservativo que julgarem apropriada, motivando o provimento como bem estabelece o art. 23.1³⁵. O termo “medidas cautelares e provisórias” não foi definido pelo Regulamento, o que permite ao tribunal arbitral dar-lhe uma interpretação abrangente, reforçando, dessa forma, o poder dos árbitros em ordenar aquela que lhes parece a medida mais adequada ao caso em questão. Ademais, diferentemente dos textos Uncitral³⁶ — art. 17 da Lei Modelo e art. 26 do Regulamento-Modelo — o art. 23.1 não requer que a cautelar seja necessariamente vinculada à matéria objeto da controvérsia. Portanto, o poder cautelar do árbitro pode ser estendido a matérias de natureza cautelar

e provisória que estejam “suficientemente” em conexão com a arbitragem (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:273).

O art. 23.2 prevê, por sua vez, um paralelismo processual perfeito, que se traduz na possibilidade conferida às partes de requerer medidas cautelares seja ao tribunal arbitral seja à autoridade judicial, sem que haja a renúncia ou infração ao procedimento arbitral em virtude dessa solicitação, se diversamente não for por elas estabelecido. Caberá aos árbitros, porém, a última palavra em matéria, o que significa dizer que o tribunal arbitral pode revogar a decisão emanada pela autoridade judicial (GAILLARD; SAVAGE, 1999: 723)³⁷. Esse dispositivo lembra, no entanto, que quaisquer pedidos ou medidas cautelares concedidas devem ser notificados, sem demora, à Secretaria, que dará ciência ao tribunal arbitral.

Com relação à efetividade das medidas cautelares emanadas pelos árbitros CCI, dois aspectos podem ser enumerados quanto ao reconhecimento e execução que tais medidas poderão obter da autoridade judicial do país onde elas deverão ser cumpridas: 1) a regulamentação e a jurisprudência a respeito da exequoriedade das medidas cautelares arbitrais estrangeiras e 2) se a lei local admite a sua emanção por um tribunal arbitral.

No Brasil, ambos os aspectos parecem ser favoráveis ao cumprimento. Com relação ao primeiro, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal³⁸, a decisão da autoridade judicial estrangeira — aqui equiparada à decisão de um tribunal arbitral internacional — que concede uma medida cautelar³⁹ é admitida como sentença, sob a ótica de um conceito abrangente de sentença, empregado para fins de homologação e execução do ato alienígena no território nacional (MOREIRA, 1995:186).

Na França e na Bélgica, as cortes são da mesma forma favoráveis ao cumprimento das medidas cautelares concedidas por um tribunal arbitral (KOJOVIC, 2001:513).

Na Espanha, a nova e moderna lei de arbitragem, n. 60, de 23 de dezembro de 2003, superou os passos do legislador holandês⁴⁰ no sentido de economizar os esforços interpretativos dos operadores do direito, reconhecendo à decisão arbitral que concede a medida cautelar o mesmo tratamento dispensado à sentença arbitral em tema de execução e anulação.

Ali, a execução da cautelar arbitral estrangeira é obtida por meio de *exequatur* requerido à autoridade judicial espanhola⁴¹.

À leitura da atuação dos tribunais nacionais, devem-se somar os preceitos da Convenção de Nova York (ver nota 17). A partir dessa referência, a executoriedade de uma medida cautelar arbitral deve ser analisada segundo dois aspectos: 1) que o provimento em questão se trate de uma sentença arbitral e 2) que obrigue as partes em via definitiva⁴². Quanto ao primeiro aspecto, o art. I.1 da Convenção de Nova York adota o termo (*award*) em sentido *lato* (HOWEL, 1996:1), parâmetro que possibilita ao juiz de um Estado signatário reconhecer a natureza de sentença até mesmo a um provimento que tenha sido outorgado como medida cautelar. Importante é que desse provimento resulte um acerto do direito pelos árbitros, elemento que confirma a natureza de sentença presente na cautelar (KOJOVIC, 2001:521). Quanto ao segundo aspecto, o requisito da via definitiva será satisfeito pela medida cautelar no momento em que se decide sobre a concessão da tutela de urgência. Esse provimento, mesmo se concedido sob a forma de despacho, cumpre o requisito da via definitiva ao resolver sobre o pedido de concessão da medida, fotografando o instante em que se obriga as partes e se garante, portanto, a condição para o reconhecimento e execução da cautela pelo juiz nacional (KOJOVIC, 2001:522)⁴³.

Com relação ao Regulamento, nota-se que, com base no art. 23.1, o tribunal arbitral pode conceder a medida cautelar em forma de sentença arbitral⁴⁴. Essa previsão tem por finalidade dar maior segurança ao cumprimento da cautelar no país de execução, observando-se que, quando esse ato for emitido como sentença, deverá ser submetido, inclusive, ao controle da Corte da CCI⁴⁵. Observa-se, por outro lado, que o tribunal arbitral pode resguardar-se, solicitando à parte requerente a devida garantia para que se conceda, então, a tutela de urgência.

Com relação à autorização da lei local sobre a concessão de cautelares arbitrais, tornando à perspectiva brasileira, o art. 22, par. 4º, da Lei n. 9.307/96, permite o exame pelo tribunal arbitral do pedido de medida cautelar, sendo que em caso de concessão, o árbitro fará requerimento à autoridade judicial para que esta lhe dê executoriedade. Tal previsão

permite concluir pela inexistência de quaisquer conflitos entre a norma brasileira e o poder outorgado aos árbitros CCI no art. 23 do Regulamento.

O mesmo não ocorre na Itália, onde o árbitro, segundo o art. 818 do *Codice di Procedura Civile*, é impedido de conceder medidas cautelares, ressalvando-se os casos em que a lei o prevê expressamente⁴⁶.

A arbitragem CCI, além de prever a possibilidade de concessão de medidas cautelares pelo tribunal arbitral, coloca à disposição das partes a aplicação de um dispositivo especial ao procedimento, denominado *Referee pre-arbitral*. Trata-se de uma cautelar pré-arbitral para casos em que se requeira a tutela de urgência antes mesmo da constituição do tribunal arbitral, exigindo-se, para tanto, a estipulação de uma cláusula específica pelas partes, para que, então, possa ser ativado o *Referee*. Tal solução nasce como resposta à ineficácia da previsão de medidas cautelares quando as partes necessitam de uma tutela de urgência e encontram-se obrigadas a esperar todo o trâmite de formação do tribunal arbitral ou requerer a tutela ao moroso sistema judiciário nacional⁴⁷.

2.2.2. Arbitragem com múltiplas partes (*multiparty arbitration*)

A atual complexidade das relações comerciais e operações financeiras revela, com muita frequência, o surgimento de controvérsias que contam com o envolvimento de mais de duas partes. Nesses casos, os interessados estão vinculados por um único contrato, com sua relativa cláusula compromissória, e tal fato pode dar ensejo a um conflito central, já no início de um procedimento arbitral administrado⁴⁸, qual seja, o funcionamento da modalidade de nomeação dos árbitros em face do tratamento equitativo que deve ser dispensado às partes na fase de formação do tribunal arbitral.

O problema da cláusula binária⁴⁹ em uma arbitragem com múltiplas partes representa o maior fator de risco para o funcionamento da cláusula compromissória. Assim ocorreu no *leading case Dutco*, em que a sentença arbitral CCI que decidiu a controvérsia apresentada por *Ducto* contra *Siemens* e *BKMI*, nascida de um contrato entre tais empresas para a construção de uma central elétrica, foi anulada pela *Cour de Cassation* francesa. *Ducto* apresentou seu requerimento de arbitragem perante a CCI e indicou o nome do próprio árbitro. A Corte, por sua vez, solicitou às duas requeridas que designassem, conjuntamente, o segundo árbitro, devendo o

presidente do tribunal arbitral ser indicado por esses dois árbitros. *Siemens* e *BKMI* se negaram a realizar a designação segundo tal critério. Porém, sob advertência da Corte de que em ausência da indicação de parte procederia ela mesma indicá-lo em favor das requeridas, estas a realizaram, interpondo objeção quanto à regularidade na composição do tribunal arbitral. Em decisão liminar, o tribunal arbitral julgou improcedente a objeção e deu seguimento à arbitragem. Em 7 de fevereiro de 1992, a Corte francesa decidia pela irregularidade da composição do tribunal arbitral, uma vez que na sua formação foi dada maior preponderância ao interesse da requerente em relação ao das requeridas, eivando de vício o procedimento, fato que justificou a anulação da sentença arbitral⁵⁰.

Este caso provocou a modificação de diversos regulamentos de arbitragem em todo o mundo, sendo a CCI a primeira instituição a inserir nas suas regras o mecanismo de escolha de árbitros em caso de arbitragem com múltiplas partes. Portanto, o Regulamento, em seu art. 10.1, prevê que em caso de arbitragem com tribunal arbitral composto de três árbitros, os múltiplos requerentes e/ou os múltiplos requeridos deverão designar, conjuntamente, um árbitro para a confirmação. Esta se apresenta como solução para os possíveis ataques à validade da cláusula compromissória, segundo quanto exposto acima.

O Regulamento CCI, nos termos do art. 10.2, coloca em perspectiva a hipótese de defeito na designação conjunta, ou seja, quando as partes não forem reagrupáveis em dois polos. Neste caso, a Corte procede à nomeação de todos os árbitros como autoridade de nomeação, indicando qual deles será o presidente do tribunal arbitral⁵¹. Esse mecanismo de nomeação é sujeito a críticas, tendo em vista a perda que representa para as partes a renúncia a um dos aspectos mais relevantes dentre os que justificam a opção pela arbitragem (LEW; MISTELIS; KROLL, 2003:382).

Mas qual critério de nomeação deve prevalecer quando, em uma arbitragem *multiparty*, se esteja diante de uma cláusula compromissória binária que ao mesmo tempo preveja a aplicação do Regulamento? Tendo em vista o exposto reconhecimento da função das instituições arbitrais pela Convenção de Nova York, em seu art. I.2, *in fine*, os regulamentos foram legitimados como fonte de normas a serem aplicadas às arbitragens administradas, entendendo-se que: 1) as normas de um regulamento inserem-

se dentro da convenção de arbitragem e 2) segundo o princípio da especialidade, somente uma previsão expressa presente na cláusula compromissória — por exemplo, um mecanismo de nomeação de árbitros em face de uma arbitragem com múltiplas partes — teria o condão de derrogar a cláusula do regulamento em matéria. A resposta indica, portanto, a prevalência da cláusula CCI específica, desde que não derrogada expressamente pelas partes.

Com relação à intervenção de terceiros, segundo Derains, o Regulamento CCI é estruturado conforme o conceito bipolar, que determina serem as partes divisíveis em dois grupos — o dos requerentes e o dos requeridos — considerando-se esta tradicional postura da Corte demasiadamente limitante, por impedir que terceiro que não figure no requerimento de arbitragem possa ser integrado à controvérsia, mesmo sendo este contraente da cláusula compromissória, o que preclui, dessa forma, os *cross-claims* (DERAINS, 2003: 31).

2.2.3. Declaração de independência

Ao tema da constituição do tribunal arbitral foi dedicado outro importante trabalho da CCI, qual seja, a obrigatoriedade imposta ao árbitro de, previamente à sua confirmação, entregar a própria declaração de independência (*statement of independence*). Assim prevê o art. 7.2 do Regulamento, que influenciou regulamentos e a prática das câmaras de arbitragem em todo o mundo⁵².

Para garantir a inteira adequação do árbitro aos requisitos de independência e imparcialidade, este se encontra sempre submetido ao dever de revelar às partes todos os fatos que possam justificar, em sentido prático, a instauração de um procedimento de impugnação contra sua nomeação. Esta medida deve ser observada em face do possível conflito entre o dever de revelar e o dever de confidencialidade, ou seja, não se deve silenciar sobre fatos que possam levar à uma ulterior destituição, o que geraria, inclusive, uma ação de ressarcimento de danos contra o árbitro, por violação de obrigação contratual (LEW; MISTELIS; KROLL, 2003:270)⁵³. Nesse sentido, o atual Regulamento adicionou à regra da elaboração do *statement of independence* a obrigatoriedade do envio de sua cópia às partes, conforme o art. 7.3.

A *International Bar Association*, que já em 1987 havia editado seu *IBA Rules of Ethics*, em 2004, publicou as *IBA Guidelines on conflicts of interest in international arbitration*, que dividiu em três listas — vermelha, laranja e verde — os casos típicos que marcam o relacionamento entre os participantes de uma arbitragem. Esses exemplos remontam a situações práticas que podem servir como referência para as instituições arbitrais, autoridades de nomeação e autoridades judiciais quando decidirem sobre a nomeação, confirmação e impugnação dos árbitros⁵⁴. Não obstante a Corte se utilizar dessa referência, segundo os arts. 11 e 12 do Regulamento, ela não é obrigada a motivar suas decisões em matéria de confirmação e impugnação de árbitros, norma já presente antes da reforma de 1998.

2.2.4. Ata de missão

A ata de missão, prevista no art. 18.1, é um documento que, além do nome e domicílio das partes e árbitros (ou somente destes se as partes não são de acordo), inclui três categorias de informações: 1) exposição sumária das pretensões e pedidos das partes; 2) especificação dos pontos controversos; e 3) particularidades das regras procedimentais aplicáveis.

A origem da ata de missão remonta à primeira versão do Regulamento de 1922, quando essa era concebida como uma forma de compromisso, tendo em vista a falta de reconhecimento da eficácia da cláusula compromissória pela lei francesa da época (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:228). Devido ao amadurecimento do direito arbitral e do conceito de cláusula compromissória, a ata de missão não serve mais à finalidade de substituir a convenção de arbitragem, caracterizando-se atualmente pela sua função precípua de permitir ao tribunal arbitral estabelecer uma estrutura racional e organizada para o andamento da arbitragem. Ainda assim, entende-se que a ata de missão representa uma forma de confirmação da arbitragem pelas partes contraentes, precluindo, inclusive, o direito de propor exceção de incompetência contra o tribunal arbitral, uma vez assinada a ata. Descende daí outro importante efeito da ata de missão, qual seja reduzir, ou mesmo eliminar, o contencioso sobre os limites da prestação do árbitro, evitando, inclusive, as sentenças *ultra*, *infra* e *extra petita* (FRIGNANI, 2004:186)⁵⁵.

Em 1975, após grande reforma operada no Regulamento, o *form of submission*, cuja competência para a sua elaboração cabia à Corte, passou

para o rol de competências do tribunal arbitral, sob o nome de *terms of reference*, tradução em inglês de ata de missão. Essas mudanças ocorreram no sentido de simplificar e acelerar a sua elaboração, tão criticada pelo atraso que representava para o início da arbitragem⁵⁶. Este novo formato deu ensejo à decisão da *Cour de Cassation* de 19 de dezembro de 1986, que reformou decisão da *Cour d'appel de Paris*, definindo que a ata de missão é também vinculante para o tribunal arbitral⁵⁷.

A definição dos pontos controversos foi sempre motivo de atrasos para a conclusão da ata de missão, tendo em vista que as partes, quando elaboram o requerimento de arbitragem e a resposta ao requerimento, são sempre muito sucintas, não expondo completamente o caso. Com a entrada em vigor do novo Regulamento de 1998, deixou de ser obrigatória a inclusão dos pontos controversos na ata de missão, não obstante ainda se exigir uma descrição sumária das pretensões e pedidos das partes. Essa mudança permitiu que se abreviasse o tempo de elaboração da ata pelos árbitros⁵⁸.

Adiar a finalização da ata era também uma estratégia das partes para incluir novos pedidos, visto que, após a sua assinatura, tal inserção poderia ser operada somente mediante autorização da contraparte, restando os pedidos limitados aos termos da ata de missão. A disposição atual do art. 19 do Regulamento mudou essa perspectiva ao consentir que o tribunal arbitral decida sobre a admissão de novos pedidos ou de pedidos reconventionais que excedam os limites da ata (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:232)⁵⁹. A falta de assinatura da ata pelo requerido, outro meio utilizado no passado para postergar o andamento da arbitragem, foi também expressamente combatida pelas normas atuais do Regulamento, que preveem a aprovação da ata pela Corte em caso de recusa de uma das partes, segundo o art. 18.3.

Conjuntamente com a ata de missão, o Regulamento determina que tribunal arbitral submeta à Corte uma agenda a ser utilizada na condução de todo o procedimento (art. 18.4), revelando-se possível a sua modificação, o que, todavia, requer do tribunal a reformulação do calendário por completo, para que essa alteração pareça ser justificável perante a Corte (DERAINS; SCHWARTZ, 1998:8-9).

O importante marco representado pelo prazo de pronúncia da sentença arbitral, que uma vez não respeitado pode levar à sua anulação pelas cortes nacionais, com frequência não recebe tratamento específico por parte dos

regulamentos de arbitragem, ou mesmo, por tribunais arbitrais em procedimentos *ad hoc*, quanto à fixação da data a partir da qual tal prazo deverá decorrer. A ata, na sua função organizadora das fases do procedimento, após a última assinatura aposta pelas partes ou pelo tribunal arbitral, ou após notificação da Corte, conforme o art. 18.3, é concebida como termo inicial do prazo de pronúncia da sentença arbitral, nos termos do art. 24.1.

2.2.5. Controle da sentença arbitral

Segundo o art. 27 do Regulamento, o tribunal arbitral, antes de assinar a sentença arbitral, final ou parcial⁶⁰, deve enviá-la à Corte, na forma de minuta, para exame⁶¹. Somente após essa análise, que poderá determinar uma modificação de caráter formal ou substancial na minuta, a decisão será notificada às partes, se devidamente aprovada quanto à forma⁶². Como anteriormente observado, as decisões sobre os pedidos de correção e interpretação interpostos pelas partes, nos termos do art. 29 do Regulamento, também são submetidos ao processo de controle da Corte.

O exame do mérito pela CCI concentra-se em verificar a clareza e lógica da sentença arbitral, ou seja, se os fundamentos da decisão são suficientes e coerentes — não contraditórios — e se há respeito à lei aplicável, ou seja, se a lei identificada na ata de missão foi levada em consideração pelos árbitros (WHITESSELL, 2005). A Corte não pode exigir que as mudanças no mérito sejam implementadas pelo tribunal arbitral, no entanto a sua solicitação é por certo muito útil e respeitada pelos árbitros. O exame formal da sentença, por outro lado, é imposto aos árbitros, sendo que a sentença arbitral não poderá ser proferida sem a adoção das modificações prescritas, nos termos do art. 27, *in fine*, do Regulamento.

A norma do art. 27 é motivada pela exigência de garantir-se a qualidade das sentenças CCI, assim como de assegurar certa uniformidade da jurisprudência da Corte, não obstante a diversidade cultural dos árbitros. A Corte representa uma autoridade central, dotada de grande experiência e em condições de representar com muita competência o ponto de vista dos operadores do comércio internacional, fatores que legitimam o seu poder de controle (CRAIG; PARK; PAULSSON, 2000:375-376). A inexistência do duplo grau de jurisdição na arbitragem, expressamente vetada pelo art. 28.6

do Regulamento, seria a justificativa final para ratificar os cuidados perante as estatuições que dão corpo a este sofisticado produto chamado sentença arbitral CCI.

3. CONCLUSÃO

3.1. *Perspectivas*

No ano passado, o Brasil foi o país que registrou o maior aumento no número de casos apresentados à Corte em comparação com o ano de 2005⁶³. Diante desse dado de fato, três resultados podem ser colocados em perspectiva:

1. a valorização do jurista brasileiro no cenário internacional, que será solicitado a comparecer mais frequentemente a Paris como árbitro, advogado e consultor, para assim aplicar o direito brasileiro, defender os requerentes e requeridos compatriotas e auxiliar advogados e árbitros estrangeiros com pareceres jurídicos, respectivamente;
2. a maior familiarização com o direito brasileiro, que gradualmente será reconhecido e estudado nas suas especificidades, superando a sua condição de mais um dentre os ordenamentos jurídicos latino-americanos inseridos no grande sistema romano-germânico, dada a necessidade de aplicá-lo ao mérito das arbitragens, quando assim constar da ata de missão;
3. o desenvolvimento da jurisprudência nacional em matéria de direito da arbitragem comercial internacional e temas afins ao mérito das relativas controvérsias, pelo simples motivo que parte das sentenças arbitrais envolvendo partes brasileiras ser executada e, ou, impugnada diante de tribunais brasileiros.

Contrariando os mais céticos, estes três pontos não fazem parte do vício de leitura operado, normalmente, pelos otimistas de plantão, que insistem no paradigma retórico das “potencialidades do Brasil”. Essa é a listagem dos reais efeitos decorrentes da lógica de quem participa ou, segundo dados estatísticos, está tendendo a participar ativamente do jogo das controvérsias transnacionais organizado pela Corte. Por outro lado, esse cenário que se

apresenta em perspectiva não significa a popularização da arbitragem CCI, mas uma ampliação do seu acesso. Para tanto, é preciso estar preparado.

3.2. Consideração final

Estruturar este artigo tornou-se um grande desafio, devido ao mundo de possibilidades que se apresentou diante da missão, talvez pretensiosa, designada pelo seu título: a Corte Internacional de Arbitragem da CCI. Apesar dos esforços, esta exposição não abandonou seu caráter geral ao retratar cada um dos itens eleitos. Porém, se ao final da leitura o que restou dito foi compreendido como medida de abertura e oferecimento de canais informativos pragmáticos, seja para o leitor menos íntimo ao tema, seja para o leitor já especializado, poder-se-á considerar que este trabalho cumpriu seu principal objetivo.

1 Bacharel em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Comunitário e Transnacional pela Universidade de Trento (Itália). Advogado da firma de advocacia SJ Berwin LLP, junto ao escritório de Milão (Itália).

2 Mestre e Doutorando em Direito Internacional pela Université de Paris I — Panthéon-Sorbonne. Ex-professor da Faculdade de Direito da UFMG e Professor nas Faculdades de Direito da PUC-Minas e Estácio de Sá. Advogado em Belo Horizonte, MG. Membro da Ramo Brasileiro da ILA — *International Law Association*.

3 Ressalta-se, assim, que a função institucional da Corte não é solucionar controvérsias, mas assegurar a aplicação do Regulamento, segundo seu art. 1.2. (ICC Rules). Disponível em:

<http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf>.

Acesso em: 29 mar. 2011.

4 A CCI foi constituída na forma de associação segundo a lei francesa em matéria de associação sem fins lucrativos, de 1901 (DERAINS; SCHWARTZ, 1998: 1). A Corte foi criada no âmbito da CCI com o objetivo de integrar o conjunto de medidas necessárias que colocariam em prática os princípios enunciados pela Constituição da CCI, entrada em vigor em 1919. Promover o desenvolvimento e abertura do comércio internacional, vislumbrando que as trocas comerciais em âmbito internacional fossem condutoras de uma prosperidade global e da paz entre as nações, era a proposta de Etienne Clémentel,

ex-Ministro da Economia da França, primeiro presidente da CCI, por meio de quem a sede da instituição foi estabelecida em Paris. Os líderes comerciais provenientes da Bélgica, Grã-Bretanha, França, Itália e Estados Unidos formaram o grupo inicial de empresas e associações que, hoje, estende-se às mais importantes empresas e associações de mais de 130 países (ICC Court, 2008). Disponível em: <www.fulbright.com/images/publications/Howell_InterimMeasures.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2011.

5 Somente em 2010, 793 casos foram apresentados à Corte, envolvendo 2.145 partes de 140 países, envolvendo árbitros de 73 nacionalidades diferentes. *In* ICC, International Court of Arbitration Bulletin. v. 22, n. 1 (2011).

6 Os principais exemplos de normas voltadas para a harmonização do comércio internacional são os Incoterms e as Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários. Sobre ambas as normas, consultar o *site* da CCI, disponível em: <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

7 A presidência da Corte é formada por 1 presidente e 15 vice-presidentes. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4086/index.html>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

8 Em vigor desde 1º de janeiro de 1998, custos atualizados em 1º de maio de 2010. (ICC Rules, 2010). Disponível em: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2011.

9 Como ensina o Prof. Edoardo F. Ricci: “a arbitragem é a tentativa de expressar por meio de uma fórmula sintética o fenômeno, em virtude do qual, através de um procedimento privado, consegue-se um resultado equivalente àquele da decisão judicial (...) e ao mesmo tempo se trata de uma noção de dotado valor político” (RICCI, 2003). Disponível em: <http://www.judicium.it/saggi_file/saggio_glo.htm>. Acesso em: 29 mar. 2011.

10 Sobre as ICC Divisions e sobre a ICC Dispute Resolution Services e seus métodos, consultar o *site* da CCI, disponível em: <<http://www.iccwbo.org>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

11 Regulamento disponível em: <<http://www.iccwbo.org/court/adr/id4452/index.html>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

12 Regulamento disponível em: <www.iccwbo.org/court/expertise/id4595/index.html>. Acesso em: 29 mar. 2011.

13 Informações sobre o ICC DOCDEX encontram-se disponíveis em <<http://www.iccwbo.org/court/docdex/id4493/index.html>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

14 Disponível em: <http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4352/index.html>. Acesso em: 29 mar. 2011.

15 O Regulamento de Arbitragem foi publicado pela primeira vez em 1922 e seguido pelas reformas de 1927, 1931, 1933, 1939, 1947, 1955, 1975, 1988 e 1998, sendo que as reformas mais relevantes foram as de 1955, 1975 e 1998. Informações sobre os regulamentos CCI encontram-se disponíveis em <<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4584/index.html>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

16 Ao lado da cláusula compromissória, tem-se o compromisso arbitral como segunda espécie de convenção de arbitragem, por meio da qual as partes submetem à arbitragem lide já existente, divergindo neste ponto em relação à cláusula.

17 Medida provisória CCI n. 6149. 1990. *Daewoo e Farhat in Yearbook Commercial Arbitration*, v. XX, 1995, p. 41-57.

18 A importância deste precedente CCI também é ligada à sua decisão emitida em matéria de lei aplicável à cláusula compromissória, quando os árbitros definiram pela aplicação da lei do lugar onde a sentença arbitral foi proferida (no caso, a lei francesa), segundo o previsto pelo art. V, 1, *a*, da Convenção de Nova York, promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. O texto do decreto e da referida Convenção encontra-se Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 13 fev. 2007. Nota-se que, à época, vigia o Regulamento de 1988, o qual, em relação à atual versão, disciplinava diversamente sobre a aplicação da lei ao mérito da arbitragem, tema tratado por este artigo em seu item 2.1.4.

19 Este princípio foi inserido na arbitragem CCI pelo Regulamento de 1955 (arts. 13.3 e 13.4), constituindo pedra angular do direito arbitral internacional ao lado do princípio da independência da cláusula compromissória (DIMOLITSA, 1999: 217).

20 Com esta especificação, evita-se de incorrer em desnecessária polêmica para especificar a data de início da arbitragem. Norma análoga pode ser encontrada no Regulamento da Câmara de Viena (VIAC), art. 6.1. O Regulamento VIAC está disponível em: <www.wko.at/arbitration/engl/arbrules.htm>. Acesso em: 29 mar. 2011.

21 Tem-se que as especificações e integrações dos pedidos propostos no requerimento de arbitragem, sem a modificação da causa de pedir, não constituem pedidos novos, mas simples aditamento (Arbitragem *Ad Hoc*. Decisão. 26 jan. 1993. Soc. Cogefar Impresit e Agenzia promozione sviluppo Mezzogiorno. Collana dell'Arbitrato, Arc. Giuridica, 1994, p. 425).

22 Frignani, nesta passagem, cita a sentença arbitral CCI n. 5971, que teve como base de análise três contratos executivos de um acordo de *joint venture*.

23 A nomeação dos árbitros pode ser realizada também pela Corte quando houver desacordo entre as partes na designação conjunta do árbitro único, nos termos do art. 8.3 do Regulamento.

24 Suíça. Tribunal Federal Suíço. Acórdão. Ivan Milutinovic PIM e Deutsche Babcock, 30 abr. 1991. *Revue Suisse de Droit International et Droit Européen*, 1993, p. 187. O juiz Schwebel (1995) escreveu uma crítica minuciosa sobre esse julgado, retratando toda a cadeia de decisões que culminou com a anulação da sentença arbitral CCI. Com um “*the result is deplorable*”, ele definiu a atuação do Tribunal Federal da Suíça, por não respeitar o princípio fundamental da arbitragem comercial internacional, qual seja, que os árbitros são independentes, sendo ou não árbitro nomeado por uma parte (o árbitro que se absteve de assinar a sentença arbitral, Prof. Jovanovic, foi nomeado pelo requerente e o fez por não concordar com a decisão, por maioria, do tribunal em encerrar a instrução sem que fosse realizado o reexame de algumas testemunhas. O reexame tinha sido solicitado por

Milutinovic). Logo o tribunal em sua ausência não poderia ser qualificado como menos independente e imparcial de quanto seria com a sua permanência. Este entendimento foi sustentado pela Corte da CCI, confirmado pela Corte de Apelação de Zurique, quando decidiu pela regularidade da sentença, mas que, no entanto, não foi acolhida em sede de revisão inapelável, como acima mencionado.

[25](http://www.adr.org/sp.asp?id=28144#Intl_Arbitration) Disponível em: <http://www.adr.org/sp.asp?id=28144#Intl_Arbitration>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[26](http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/) Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[27](http://www.pcacpa.org/showfine.asp?fil_idc=194) Disponível em: <http://www.pcacpa.org/showfine.asp?fil_idc=194>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[28](http://www.lcia-arbitration.com/) Disponível em: <<http://www.lcia-arbitration.com/>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[29](#) Com relação à aplicação dos Princípios Unidroit, *vide* sentença arbitral CCI n. 9875, na qual o tribunal arbitral considerou apropriadas as normas Unidroit ao caso, conforme o poder a ele deferido pelo art. 17 do Regulamento. Sobre a lei aplicável à questões preliminares *vide* sentença arbitral CCI n. 7819.

[30](#) As revistas que publicam as sentenças CCI são: *Clunet*, *ICCA Yearbook of Commercial Arbitration* e *ICC Bulletin*.

[31](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[32](#) França. Cour d'Appel de Paris. Acórdão. Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz e Al Tayar. 10 maio 1994. *Revue d'Arbitrage*, 1996, p. 66.

[33](#) Da leitura do Regulamento e seus anexos, conclui-se que os custos de um procedimento arbitral se resumem nos seguintes itens: honorários e despesas dos árbitros; custos administrativos da instituição; custos extras do procedimento; os honorários e despesas de defesa e os custos suportados diretamente pela parte.

[34](#) O valor relativo à taxa de administração e honorários dos árbitros é calculado entre o mínimo e o máximo da tarifa atinente ao valor da controvérsia (resultado da soma do pedido principal e reconvenção, nos termos do art. 30.2). Em regra, a Corte se baseia no valor médio da tarifa, sendo que, em circunstâncias extraordinárias, poderá adotar valor abaixo ou acima da média, tendo como parâmetro a complexidade do caso. No *site* da CCI é possível acessar uma calculadora que estima o valor de uma arbitragem. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4097/index.html>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[35](#) Corte de Arbitragem da CCI. Sentença por acordo das partes. Sentença arbitral n. 11443. 2001. A. J. van den Berg (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration*, v. XXX (2005), p. 85-89. Nessa recente decisão, o tribunal arbitral CCI reconhece a sua legitimidade para emitir medidas cautelares que visem à preservação do *status quo* do contrato estipulado entre as partes, ordenando que se conservasse a sua eficácia (tratava-se de um acordo de acionistas entre uma empresa belga do setor energético e uma siderúrgica indiana).

[36](#) Lei modelo sobre arbitragem comercial internacional, de 21 de junho de 1985, Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em: 29 mar. 2011. Regulamento de arbitragem disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html>. Acesso em: 29 mar. 2011.

[37](#) Segundo a prática arbitral, é recomendável incluir na convenção de arbitragem a previsão do poder dos árbitros para conceder medidas cautelares, especificando que estas têm prevalência sobre quaisquer medidas cautelares concedidas por autoridade judicial (CORREDOR RUSSA, 2006:03).

[38](#) Com a Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, a competência em matéria de homologação e execução de sentenças estrangeiras passou a fazer parte do rol de atribuições do Superior Tribunal de Justiça.

[39](#) No direito brasileiro a tutela antecipatória recebe o mesmo tratamento da medida cautelar dada a fungibilidade a elas atinente, sendo ambas consideradas espécies do gênero tutela de urgência. Sobre a fungibilidade *vide* THEODORO JR., 2007.

[40](#) A lei holandesa de arbitragem, constante no livro IV do Código de Processo Civil, considera ser sentença arbitral o provimento do árbitro que concede medida cautelar, aplicando-se tal equiparação somente no âmbito do procedimento sumário, conforme o art. 1.022 do Código de Processo Civil holandês c/c o art. 1051.3.

[41](#) O art. 23.2 da lei espanhola 60/2003 assim dispõe: A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos.

[42](#) Na arbitragem internacional sobre a sentenças definitiva, existem dois entendimentos: 1) caracteriza-se por colocar fim ao último aspecto da controvérsia ou fim ao procedimento como bem descreve a lei modelo UNCITRAL em seu art. 32, § 1^o; 2) é sentença arbitral que coloca fim a pelo menos um aspecto da controvérsia (GAILLARD; SAVAGE, 1999:741).

[43](#) Kojovic, em seu artigo, faz análise crítica do importante *RCI case* (Austrália. *Supreme Court of Queensland*. Acórdão. (1993) 118 ALR 655. *Resort Condominiums International Inc. e Ray Bolwell Condominiums Pty Ltd*. In *Mealey's International Arbitration Report*, n. 9, v. 4, 1994).

[44](#) Segundo o Regulamento de 1998, art. 2, iii, o termo sentença arbitral aplica-se às sentenças interlocutórias, parciais e definitivas (*vide* nota 29), não se operando mais a distinção entre sentença parcial e definitiva. Com relação à sentença arbitral interlocutória, esta pode ser mais bem conceituada como sentença arbitral não definitiva, como faz o art. 37.2 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem Nacional e Internacional de Milão. O fato de que uma dada lei nacional aplicável ao mérito da arbitragem empregue o termo sentença parcial, como na França e Suíça, e não decisão interlocutória, como na Inglaterra, a fim de conceituar uma decisão, por exemplo, sobre determinada questão substancial antes da sentença arbitral, não significa que o emprego de tal termo deve ser adequado a esta lei e seus efeitos. Em todo caso, a jurisprudência

francesa indicou que o fundamental é o conteúdo da decisão e não o título que o tribunal arbitral lhe possa dar (FRIGNANI, 2004:222).

[45](#) No caso *Brasoil v. GMRA*, o tribunal arbitral CCI concedeu uma cautelar em forma de “order”, despacho que determinava o seu cumprimento, e não como “award”, sentença arbitral. A Corte de Apelação de Paris, ao contrário, considerou que se tratava de sentença, dado que tal order se compunha de fundamento e dispositivo que resolvia em modo exaustivo o seu objeto. Assim, o tribunal francês anulou o ato do tribunal CCI, pois este não fora submetido ao controle da Corte da CCI, como determina o art. 27 do Regulamento (França. Cour d’Appel de Paris. *Braspetro Oil Service v. Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*. 1^a jul. 1999, *Revue del’Arbitrage*, 4, 834, 1999).

[46](#) Nos procedimentos de responsabilidade, o art. 35.5 do *Decreto Legislativo n. 5*, de 17 de janeiro de 2003, prevê que aos árbitros compete sempre a faculdade de suspender a eficácia das deliberações das assembleias (de companhias?) se a cláusula compromissória consente ao árbitro o julgamento de controvérsias que tenham como objeto a validade das mesmas (MAFFUCCINI, 2004).

[47](#) A adoção do *Referee Pré-Arbitral* pela CCI foi inspirada nas “*ordonnances de référé*” francesas (arts. 484-492 do Código de Processo Civil Francês) e trata-se de procedimento ativado por pedido de parte, que possibilita a obtenção de medida de máxima urgência, desde que esta não implique prejuízo ao direito substancial dos litigantes, previsto para situações que não podem esperar pela constituição do tribunal arbitral. Com o procedimento *Referee*, em poucas palavras, faz-se recurso a um terceiro, que recebe um mandato antes da constituição do tribunal arbitral outorgando-lhe o poder de emanar uma série de medidas conservadoras (art. 2.1). O *Referee*, espécie de árbitro interino, será rapidamente nomeado pelo Presidente da Corte se as partes não se acordarem, havendo 30 dias para emitir sua decisão. No âmbito do procedimento CCI, este dispositivo conseguiu dar mais certeza à eficácia do procedimento arbitral, evitando que as partes que decidiram pela via arbitral sejam acudidas por uma decisão de autoridade judicial durante a sua fase mais delicada, ou seja, aquela que antecede a constituição do tribunal arbitral, que se coloque em crise a solução da via arbitral.

[48](#) Quando se trata de arbitragem *ad hoc*, as questões se multiplicam, em virtude da necessária participação das partes na estipulação das regras procedimentais, se as mesmas não escolheram um regulamento a ser observado, ou se não investiram os árbitros do encargo de delimitar o iter arbitral.

[49](#) A cláusula binária é a modalidade de nomeação dos árbitros que determina o direito de cada uma das partes designar seu próprio árbitro, sendo que estes, uma vez nomeados, deverão acordar na nomeação do presidente do tribunal arbitral.

[50](#) França. *Cour de Cassation*. Acórdão. 7 jan. 1992. *Dutco Construction Company e Siemens AG + BKMI Industrienlagen GmbH*. *Yearbook Commercial Arbitration*, A. J. van den Berg (ed.), v. XVIII (1993), p. 140-142.

[51](#) O ordenamento italiano dispõe que, para as arbitragens em tema de direito societário, todos os árbitros devem ser nomeados por uma autoridade de nomeação, sob pena de

nulidade da cláusula compromissória (art. 34.2 do *Decreto Legislativo n. 5, de 17-1-2003*). Esta solução prevista pela lei resolve, principalmente, o problema da nomeação em arbitragens societárias *ad hoc* com múltiplas partes, quando a falta de acordo entre os integrantes de um polo, normalmente o passivo, leva à nulidade da cláusula compromissória. Observa-se, no entanto, que a motivação para delegar a um terceiro estranho à sociedade a nomeação de todo o tribunal arbitral deve-se a uma maior tutela da imparcialidade e independência no procedimento arbitral societário.

52 A *disclosure* já figurava no Regulamento de 1988, sendo confirmada em 1998. Como exemplo de câmaras de arbitragem que adotaram a declaração de independência em seus regulamentos, tem-se: *Camera Arbitrale di Milano* (art. 19), Disponível em: <<http://www.camera-arbitrale.com>>. Acesso em: 12 mar. 2008, e *London Court of International Arbitration — LCIA* (art. 5.3), disponível em: <<http://www.lcia-arbitration.com/>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

53 Nesta passagem, os autores citam a decisão da Corte Suprema da Áustria que, não obstante reconhecer a imunidade dos árbitros no cumprimento de sua função judicante, esta não poderia se estender à violação do dever de revelar, pelo qual o árbitro pode ser considerado responsável pela quebra de um dever contratual — Áustria. Suprema Corte. Acórdão. 28.04.1998. *H GmbH e Hon. RPS*, 2, 1999.

54 Resumidamente as listas indicam: vermelha, casos que denunciam a incompatibilidade da nomeação; laranja, casos que se encontram “no limite” e necessitam de uma avaliação detalhada da *disclosure*; verde, casos em que não há dúvidas de natureza ética (WIJNEN; VOSER; RAO, 2004:433-458).

55 Os regulamentos de arbitragem AAA, LCIA, DIS, CIETAC, UNCITRAL, CCIR não adotam a ata de missão.

56 A redação atual do art. 23 do Regulamento tenta, definitivamente, afastar tais problemas ao prever a possibilidade de os árbitros emitirem decisões cautelares logo após receberem os autos, ou seja, antes mesmo da assinatura da ata de missão.

57 França. *Cour d’Appel de Paris*. Acórdão. 19-12-1986. OIAET e SOFIDIF. *Revue de l’Arbitrage*, 359,1987.

58 Necessário se faz estabelecer a fixação do objeto da lide a certo ponto do procedimento, sem a qual se deixa margem para práticas dilatórias, que prejudicam o direito de defesa da outra parte (FRIGNANI, 2004:182).

59 Qualquer que seja a resposta sobre a admissibilidade dos pedidos novos ou sobre a modificação dos pedidos já propostos deve ser antecedida de um amplo contraditório, o que significa que, em caso de revelia, exige-se a comunicação ao revel.

60 Sobre o ponto *vide* nota 31 *supra*.

61 O tribunal arbitral deve enviar à Secretaria este que não é um documento final, que em seguida será apresentado à Corte para exame. Em 2004, 345 sentenças arbitrais foram aprovadas pela Corte: 94 eram parciais ou provisórias; 220 eram sentenças finais; e 31 eram sentenças por acordo, em que as partes concordaram quanto às disposições da sentença (WHITESELL, 2005).

[62](#) Na prática, o exame da minuta da sentença arbitral passa por três etapas. Ao chegar à Secretaria da Corte, a minuta passa por um nível de revisão pela equipe da CCI responsável pelo caso. Depois, a minuta é encaminhada a uma reunião da equipe jurídica da Secretaria, com a revisão e comentários do membro mais antigo da equipe. Esse é um segundo nível de revisão. Finalmente, a minuta será encaminhada à Corte da CCI, que conta com dois tipos de sessões para o exame: Sessões do Comitê, compostas por três membros da Corte, os quais revisarão sentenças ordinárias padrão, ou seja, sentenças unânimes ou que não apresentem problemas particulares; e as Sessões Plenárias, nas quais todos os 124 membros da Corte são convidados a opinar sobre as sentenças que apresentem laudos divergentes, sentenças que envolvam partes do Estado, ou sentenças com valores consideráveis em litígio (WHITESELL, 2005).

[63](#) Esses dados estão disponíveis em ICC, *International Court of Arbitration Bulletin*, v. 22, n. 1 (2011).

ACORDO DE LIVRE-COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE – NAFTA

GABRIEL FARIA BERNARDES¹

GIULIANA MAGALHÃES RIGONI²

1. INTRODUÇÃO

O NAFTA (*North American Free Trade Agreement*)³ é uma zona de livre-comércio, constituída por Estados Unidos, Canadá e México, que entrou em vigor em janeiro de 1994. A evolução das relações comerciais e da interdependência desses países refletiu-se na necessidade de consolidar o processo de integração econômica na região. Nesse sentido, houve uma grande preocupação com o desenvolvimento de mecanismos eficazes e abrangentes de solução de controvérsias visando a garantir maior segurança jurídica nas relações econômicas.

No âmbito do NAFTA, a matéria do litígio determina os procedimentos aplicáveis à sua resolução. O Capítulo XI do Acordo institui regras substanciais relativas a investimentos e regulamenta a solução de controvérsias entre investidor e Estado-Parte. O Capítulo XIX permite a revisão da aplicação e da elaboração da legislação *antidumping* e de medidas compensatórias, embora não institua normas substantivas para essa matéria. O Capítulo XX regulamenta a organização dos órgãos funcionais do tratado e disciplina os procedimentos arbitrais aplicáveis à resolução de

conflitos interestatais. Sem dúvida essa especialização representa uma inovação em relação aos tratados de integração do mesmo tipo.

2. CAPÍTULO XI: INVESTIMENTOS

O NAFTA estabelece no Capítulo XI um regime de proteção dos investimentos estrangeiros efetuados no território americano, canadense e mexicano, por partes privadas nacionais de um dos outros dois Estados-Partes contratantes do NAFTA. Ele institui, sem dúvida, um mecanismo original de solução de controvérsias entre Estado e investidor na hipótese em que o Estado seja acusado de infringir uma de suas obrigações em relação ao NAFTA em matéria de investimento.

O Capítulo XI, relativo ao investimento, consagra um regime particularmente favorável aos investimentos efetuados no território do NAFTA. Ele é dividido em três seções. A Seção A prevê as regras substanciais aplicáveis aos investimentos, como o tratamento nacional, tratamento da nação mais favorecida, *standard* mínimo de tratamento, proibição de exigência de desempenho, plena segurança e proteção, livre transferência de benefícios e outros pagamentos internacionais associados ao investimento, e as garantias no caso de expropriação. Por outro lado, a Seção B restringe-se à regulamentação da solução de controvérsias entre um Estado-Parte e um investidor de outro Estado-Parte. Ela visa a assegurar *um tratamento igual aos investidores das Partes, em conformidade com o princípio da reciprocidade internacional, e um procedimento regular diante um tribunal imparcial*⁴. Este mecanismo de solução de controvérsias é inovador na medida em que prevê a possibilidade de uma pessoa privada apresentar uma demanda de arbitragem contra um Estado diante de um tribunal internacional, no caso de violação de uma das disposições enumeradas na Seção A desse capítulo. A Seção C, por sua vez, contém as definições das noções que governam a aplicação do Capítulo XI.

2.1. Tribunal arbitral e procedimentos aplicáveis

O regime de arbitragem instituído pelo Capítulo XI estabelece um acesso direto do investidor ao mecanismo de arbitragem. Na verdade, essa escolha original visa a contrabalancear o desequilíbrio inicial que caracteriza as relações entre o Estado e a pessoa privada. Dessa forma, o investidor pode

acionar direta e unilateralmente um tribunal arbitral. Contudo, o acesso a esse mecanismo é limitado ao campo de aplicação das disposições do Capítulo XI.

2.1.1. Condições de admissibilidade

A Seção B desse capítulo propõe uma alternativa eficaz ao recurso tradicional à justiça nacional e à proteção diplomática. O NAFTA é o primeiro tratado de integração regional a conferir ao investidor o direito de acesso direto do tribunal arbitral⁵. Ademais, as disposições desse capítulo preveem que o investidor é o único que detém o direito de iniciar o procedimento arbitral. Assim, somente o investidor dispõe da capacidade de acionar o tribunal arbitral, bem como de escolher o mecanismo de arbitragem destinado a regulamentar o procedimento.

O Capítulo XI estipula várias condições para que o mecanismo de solução de controvérsia possa ser acionado. O investidor deve ter incorrido em perda ou prejuízo em razão do descumprimento de certa previsão do NAFTA que protege os investidores (art. 1.116). A reclamação deve ser interposta tempestivamente, isto é, não pode ultrapassar três anos da data em que o investidor sabia ou deveria saber da infração alegada e de seu prejuízo resultante. Antes de valer-se da arbitragem, o investidor deve recorrer às consultas e à negociação (art. 1.118), sendo que, no caso de fracasso dessas vias, deverá notificar à Parte ofensora sua intenção de submeter a reclamação à arbitragem, pelo menos 90 dias antes de propô-la. (art. 1.119). Esse capítulo dispõe igualmente sobre a necessidade de haverem decorrido pelo menos seis meses⁶, desde a ocorrência do ato que deu origem à reclamação, para a sua propositura à arbitragem sob a Convenção do ICSID (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States)⁷, ou o Mecanismo Complementar do ICSID⁸ ou as regras do UNCITRAL (art. 1.120)⁹.

O consentimento das partes à arbitragem é a pedra angular da competência do tribunal. No caso do Capítulo XI, esse consentimento se reveste de uma forma particular, na medida em que se produz de maneira não simultânea. O Estado exprime seu consentimento antecipado de forma geral e impessoal no tratado (art. 1.122, § 1º). O investidor, por sua vez, apenas o expressa na ocorrência de uma controvérsia específica. Estamos diante de

um caso de “consentimento dissociado” das partes¹⁰. Conforme o art. 1.121, o investidor deve consentir à arbitragem e renunciar, por escrito, ao exercício de outros recursos, como o de recorrer à jurisdição nacional.

A determinação das partes que podem iniciar a arbitragem é igualmente um ponto importante no mecanismo de solução de controvérsias. No Capítulo XI, a competência *ratione personae* dos órgãos de arbitragem está diretamente relacionada à noção de investidor de uma Parte. Dessa forma, o procedimento pode ser iniciado por uma pessoa jurídica ou física de um Estado-Parte do NAFTA. Essa disposição permite que tanto as empresas constituídas ou organizadas segundo as legislações de um Estado-Parte quanto as empresas estrangeiras cujos proprietários são nacionais desses Estados possam recorrer à arbitragem. Na verdade, constatamos um abandono do critério tradicional do vínculo do procedimento à nacionalidade da pessoa jurídica, adotando-se o critério do controle ou da propriedade dos investimentos¹¹.

O investidor pode submeter a demanda em nome próprio ou em nome de uma empresa que ele possua ou controle direta ou indiretamente (arts. 1.116 e 1.117). Neste último caso, estamos diante de uma situação em que o investidor age em nome de sua filial de direito local. Assim, um investidor de um Estado não Parte do NAFTA pode reclamar um benefício indireto por meio da criação de uma filial ou de uma sucursal no território de um Estado-Parte¹².

A noção de investimento delimita a competência *ratione materiae*. O conceito permite uma acepção ampla, isto é, todo tipo de ativo “*possuído ou controlado, direta ou indiretamente, por um investidor*”¹³. Dessa forma, a definição de investimento é capaz de abarcar inúmeras situações. A demanda do investidor deve ter por objeto “*uma medida adotada ou mantida por uma Parte*” que contrarie as obrigações do Estado receptor do investimento previstas na Seção A desse capítulo. Isso inclui todos os meios utilizados por um governo para impor suas decisões no seu território, o que compreende as leis, as regulamentações, os procedimentos ou as práticas¹⁴. Cabe mencionar que os Estados receptores são responsáveis tanto pelos atos do governo federal quanto pelas decisões dos órgãos dos Estados federados ou dos poderes locais. No caso *Metalclad Corporation*¹⁵ contra o México, por exemplo, a medida adotada pelas autoridades municipais é posta em

questão. Entretanto, apenas o Estado pode ser parte em uma instância arbitral. Dessa maneira, o México teve de apresentar sua defesa, uma vez que este que é Parte signatária do NAFTA, e não as suas províncias ou territórios.

2.1.2. Procedimentos aplicáveis

O Capítulo XI estabelece que o sistema funciona sob a articulação entre o mecanismo obrigatório da Seção B e: (i) as Regras de arbitragem do ICSID¹⁶, (ii) o mecanismo complementar do ICSID¹⁷, ou (iii) as Regras do UNCITRAL¹⁸. O art. 1.120, § 2º, dá ao investidor a opção quanto à escolha das regras aplicáveis à arbitragem após decorridos seis meses do surgimento dos fatos que geraram a demanda. Uma vez escolhido o procedimento, este será definitivo e não poderá ser utilizado outro meio para solucionar a controvérsia em questão.

Conforme o art. 1.130, o local da arbitragem é o território do Estado-Parte que pertença à Convenção de Nova York, escolhido de acordo com a Convenção ICSID, mecanismo complementar do ICSID, ou as regras de arbitragem da UNCITRAL, dependendo das regras que irão reger a arbitragem.

O direito aplicável ao litígio emana do próprio NAFTA e das regras aplicáveis em direito internacional (art. 1.131). Esse mesmo artigo dispõe que as interpretações da *Free Trade Commission* (FTC) de uma disposição do acordo são obrigatórias para o Tribunal instituído em virtude da Seção B. No caso *Pope et Talbot c. Canadá*¹⁹, por exemplo, a Comissão deu sua própria interpretação do art. 1.105 (*standard mínimo de tratamento*)²⁰.

Salvo para os tribunais instituídos de acordo com o art. 1.126 (Cumulação de Procedimentos) ou disposição contrária das partes, o tribunal arbitral será composto por três árbitros, sendo que cada parte designará um deles, e o terceiro, a quem caberá a presidência do tribunal, será escolhido por acordo entre as partes. Esse terceiro árbitro não pode ser nacional, nem do reclamante, nem do reclamado. Se o tribunal não for constituído em 90 dias a partir da data da submissão do litígio à arbitragem, o secretário-geral, a pedido de qualquer parte, apontará o árbitro ou os árbitros não escolhidos, com base na lista estabelecida na entrada em vigor do NAFTA de quarenta e

cinco árbitros que possuem experiência em direito internacional e investimentos internacionais.

A participação de terceiros é prevista de maneira restritiva, isto é, sua intervenção deve ser necessária e oportuna, respeitando a igualdade das partes e feita apenas sob a forma escrita²¹. O art. 1.128 dispõe sobre a participação de uma terceira parte no litígio. Após prévia notificação escrita às partes litigantes, um Estado-Parte, terceira parte na disputa, poderá apresentar ao tribunal arbitral argumentos sobre uma questão de interpretação do Tratado. A participação de terceiros sob a forma de *amicus curiae* não é expressamente prevista no texto do NAFTA. Entretanto, no caso *Methanex Corp c. Estados Unidos*²², o tribunal reconheceu o seu poder discricionário de aceitar pedidos de intervenção sob a forma de *amicus curiae*, apresentados por grupos de interesses ambientais em aplicação do art. 15 das regras da UNCITRAL. Esse entendimento foi posteriormente reafirmado pela *Free Trade Commission*²³.

A decisão do tribunal é obrigatória apenas para as partes e unicamente em relação ao caso concreto. O tribunal poderá decidir, separadamente ou em combinação, sobre: a) perdas ou compensações monetárias e juros correspondentes, e b) restituição de propriedade, que poderá ser substituída pelo pagamento das perdas ou compensações monetárias e juros. O art. 1.136.4 dispõe que cada Estado-Parte está incumbido de providenciar a implementação da decisão em seu território. Entretanto, quando um Estado-Parte não obedece ou cumpre uma decisão final, o Estado cujo investidor foi parte no procedimento de arbitragem pode solicitar à Comissão do NAFTA o estabelecimento de um painel conforme o art. 2.008 (Requerimento de um Painel Arbitral), Capítulo XX, para obter uma decisão que determine que a recusa da execução de uma decisão arbitral é incompatível com as obrigações do NAFTA, e uma recomendação determinando que a Parte respeite a decisão final. O investidor, por sua vez, pode recorrer à execução da decisão arbitral conforme a Convenção ICSID, Convenção de Nova York²⁴ ou a Convenção Interamericana em Arbitragem Comercial Internacional²⁵, independentemente de os procedimentos do Capítulo XX já terem sido requeridos.

2.2. Impactos das decisões arbitrais sobre os Estados-Partes

Após uma análise detalhada das regras procedimentais do Capítulo XI, é indispensável examinar a sua aplicação, a fim de avaliar os impactos das decisões arbitrais sobre os Estados-Partes. Indubitavelmente, a escolha do mecanismo de solução de controvérsias e do direito aplicável, bem como a ampla competência das arbitragens em matéria de investimentos têm significativas consequências cuja dimensão pode ser apenas mensurada por meio da análise das decisões proferidas. Certos autores consideram que a aplicação desse capítulo pode acarretar interferência na soberania legislativa e judiciária de um Estado-Parte²⁶. Algumas recentes decisões arbitrais levantaram essa clássica questão, como será analisado em seguida.

No caso *S. D. Myers c. Canadá*²⁷, a Ministra canadense do meio ambiente proibiu a exportação de policlorinatos bifenil (PBC), substância altamente tóxica, em aplicação da Convenção da Basileia²⁸ relativa aos dejetos perigosos. Dessa forma, os dejetos tóxicos deveriam ser tratados, na medida do possível, no Estado em que foram produzidos. A empresa americana *S. D. Myers*, especializada no tratamento desses dejetos, alegou que tal ato seria uma violação ao Capítulo XI do NAFTA, na medida em que seria favorável às indústrias canadenses. Ademais, segundo o investidor, o regulamento tenderia a impor à empresa americana a necessidade de abrir um local para o tratamento do dejetos no território canadense. O tribunal arbitral, instituído conforme as regras da UNCITRAL, considerou que a medida visava a favorecer as empresas canadenses condenando, assim, a atitude discriminatória do Canadá.

Ao analisarmos esse caso, podemos nos questionar sobre o poder discricionário do Estado em matéria de investimento, quando uma empresa privada de outro Estado pode discutir os métodos empregados pelo governo nacional para atender a objetivos considerados legítimos que não violam diretamente as obrigações decorrentes do NAFTA²⁹.

Em se tratando de soberania judiciária, não podemos esquecer que, no momento em que uma controvérsia é submetida à arbitragem do NAFTA, o Estado receptor do investimento aceita renunciar à competência de seus próprios tribunais³⁰. Contudo, esse Estado pode acionar um investidor com quem tenha celebrado um contrato diante de seus tribunais nacionais quando o investidor violar um direito interno ou esse contrato³¹. Os tribunais arbitrais instituídos conforme o Capítulo XI não podem servir de órgão de

apelação das decisões dos juízes nacionais, uma vez que eles se limitam a examinar as eventuais violações das obrigações do NAFTA³². Consequentemente, um julgamento desfavorável emanado de uma jurisdição nacional não é suficiente para que sejam aplicáveis as regras protetoras do Tratado. Há, entretanto, situações em que o Estado é responsabilizado internacionalmente por uma decisão judicial. Os árbitros consideram que apenas uma violação do direito internacional pelos juízes nacionais é suscetível de constituir fundamento à demanda arbitral de um investidor³³.

O caso *The Loewen Group Inc c. Estados Unidos*³⁴ demonstra nitidamente essa hipótese. A empresa canadense Loewen foi condenada pelo tribunal do estado de Mississippi por violação de obrigações contratuais. Entretanto, considerando que a decisão da justiça americana era parcial, discriminatória e violava as disposições relativas ao tratamento nacional dos investidores, a empresa iniciou um procedimento de arbitragem com base no Capítulo XI do NAFTA. Pela primeira vez, um Estado receptor de investimentos foi responsabilizado por uma decisão nacional.

3. CAPÍTULO XIX: ANTIDUMPING E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

O Capítulo XIX do NAFTA estabelece mecanismos de revisão e solução de controvérsias relativas à legislação *antidumping* e de medidas compensatórias e a suas respectivas aplicações.

A legislação *antidumping* permite a imposição de tarifas adicionais de importação a determinado produto que esteja sendo vendido a um preço considerado abaixo da cotação de mercado (geralmente essa determinação é feita com base nos preços praticados para produtos similares ou idênticos no mercado do país importador) ou abaixo de seu custo de produção. A legislação de medidas compensatórias permite a imposição de tarifas adicionais à importação de produtos cuja cadeia de produção esteja sendo subsidiada³⁵.

Cabe ressaltar que o referido capítulo não estabelece normas substantivas com relação à legislação *antidumping* e a de medidas compensatórias, apenas estipulando que os Estados-Partes têm discricionariedade para implementar sua própria legislação nesses quesitos, desde que esta não seja

incompatível com os acordos da OMC (Organização Mundial do Comércio) ou com os objetivos do NAFTA (art. 1.902, 2, *d*).

Neste sentido, o Capítulo XIX propõe resoluções amigáveis para os litígios por meio de consultas entre os Estados-Partes do Acordo. Se as consultas falharem, os Estados-Partes podem recorrer a uma série de mecanismos estabelecidos no capítulo, tais como: revisão das alterações legislativas dos Estados-Partes relativas à legislação *antidumping* e de medidas compensatórias (arts. 1.903 e 1.905), revisão de aplicações de medidas *antidumping* e compensatórias por agências nacionais dos Estados-Partes (art. 1.904), procedimentos de reclamação extraordinária com o propósito de anular uma decisão arbitral (art. 1.904, 13), que serão objeto de nossa análise a seguir.

3.1. O processo arbitral do Capítulo XIX

3.1.1. Sujeitos do processo

Nos procedimentos de revisão das alterações legislativas dos Estados-Partes com relação à legislação *antidumping* e de medidas compensatórias e nos procedimentos de reclamação extraordinária, apenas os Estados-Partes são partes legítimas para iniciar o processo arbitral (art. 1903, 1).

Já no mecanismo arbitral de revisão de aplicações de medidas *antidumping* e compensatórias pelas agências nacionais, o Estado-Parte pode requisitar a revisão por sua própria iniciativa ou a pedido de uma parte privada titular, pela lei do país importador, do direito de iniciar procedimentos domésticos para revisão judicial dessas determinações (art. 1.904, 5).

3.1.2. Direito aplicável

Nos painéis arbitrais binacionais regulamentados pelo art. 1.904, o direito aplicável à solução da controvérsia é a lei doméstica do país³⁶ cuja agência fez uma determinação final com relação à aplicação de medidas *antidumping* e/ou compensatórias, dado que a função desses painéis é constituir uma alternativa à revisão judicial do país que impôs a medida. Nos procedimentos de revisão das alterações legislativas dos Estados-Partes com relação à legislação *antidumping* (art. 1.903), a revisão judicial visa a determinar se o Estado-Parte cumpriu as obrigações substantivas

estabelecidas no Capítulo XIX. Por fim, o procedimento de reclamação extraordinária objetiva assegurar a lisura do procedimento arbitral disciplinado pelo citado art.1.904 (art. 1.904, 13).

3.1.3. Autoridade, jurisdição e poderes em cada mecanismo de solução de controvérsias

3.1.3.1. Painel binacional constituído sob os arts. 1.903 e 1.904

Após a análise da controvérsia, o painel binacional — segundo o art. 1.903 — deve emitir uma decisão declaratória sobre a proposta de alteração legislativa contestada dizendo (i) se ela é incompatível com os acordos da OMC ou (ii) se visa a anular uma prévia decisão arbitral feita por um painel binacional nos termos do art. 1.904. Nesses casos, o painel pode indicar em seu relatório como a alteração legislativa poderia ser conformada às previsões legais do Capítulo XIX. Entretanto, por sua própria natureza jurídica, essa decisão declaratória não tem caráter vinculante.

Quanto à revisão judicial empreendida pelo painel binacional instituído em conformidade com o art. 1.904, ela tem caráter vinculante para as partes (art. 1904, 9). Nessa decisão, o painel pode: (i) confirmar a aplicação de medidas *antidumping* e/ou compensatórias pela agência nacional ou (ii) revogar a medida contestada e remeter a decisão final à agência para que ela implemente uma nova medida compatível com a decisão do painel. Essa decisão é irrecorrível e não é passível de revisão judicial por nenhum órgão judiciário dos Estados-Partes (art. 1.904, 11).

3.1.3.2. Comitê de Reclamação Extraordinária (ECC)

O Comitê de Reclamação Extraordinária (ECC) é um tribunal *ad hoc* (composto por três árbitros, juízes federais) cuja função é revisar as decisões dos painéis instituídos de acordo com art. 1.904, atuando apenas em circunstâncias muito específicas (art. 1904.13).

Além disso, o ECC emite decisões vinculantes sobre a matéria que examina e é o único procedimento por meio do qual se pode anular a decisão do painel (Anexo 1904.13) e somente pode ser acionado por um Estado-Parte litigante (art.1.904, 13).

Para a instauração desse procedimento, a parte demandante deve provar que: (i) um membro do painel teve conduta tendenciosa, imprópria ou representava conflito de interesses ou (ii) houve um desvio grave, por parte

do painel, na aplicação de uma regra procedimental ou (iii) o painel manifestamente excedeu sua autoridade, jurisdição ou poderes. Ademais, a parte demandante deve provar, também, que qualquer uma dessas faltas afetou materialmente a decisão do painel ou ameaçou a integridade do processo de revisão judicial binacional (art. 1.904, 13).

Uma vez analisada a procedência das alegações da parte demandante, o ECC pode: (i) confirmar a decisão do painel; (ii) remeter a determinação ao painel de modo que ele possa estipular novas medidas a serem adotadas, as quais devem ser compatíveis com a decisão do ECC ou (iii) revogar a decisão do painel e, nesse caso, um novo painel é constituído para analisar a matéria (art. 1.904, 13).

3.1.3.3. *Comitê Especial* (Special Comitee)

O Comitê Especial (*Special Comitee*) é um tribunal *ad hoc* — formado por juízes federais — constituído de acordo com as regras do art. 1904.13 como o ECC. Também como o ECC, o Comitê Especial pressupõe condições restritas para sua constituição: que a aplicação da lei pela parte demandada não tenha permitido (i) o estabelecimento de um painel requisitado pela parte demandante; (ii) a emissão da decisão final do painel ou (iii) a implementação de decisão do painel requisitado pela parte demandante, negando o caráter vinculante dessa decisão (art. 1905, 1).

O Comitê Especial, por solicitação da parte demandada, deve também emitir juízo sobre os seguintes assuntos: (i) se a suspensão de benefícios por parte do demandante — art. 1.905, 8, *b* — não é excessiva ou (ii) se a mesma corrigiu a incompatibilidade apontada pelo Comitê.

3.1.4. Retaliação

O procedimento de retaliação é previsto no NAFTA caso o painel constituído pelo art. 1.903 ou o Comitê Especial tenha feito uma determinação declaratória de descumprimento de obrigações previstas no Acordo pela parte demandada (arts. 1.903, 3 e 1.905, 8). É necessário, ainda, que o procedimento de consultas tenha falhado na resolução da controvérsia (arts. 1.903, 3, *b* e 1.905, 8).

Quanto ao painel binacional estabelecido em conformidade com o art. 1.903, caso a parte demandada não retifique sua reforma legislativa de forma compatível com suas obrigações perante o Acordo, a parte demandante

pode: (i) promulgar uma legislação comparável ou medida executiva equivalente contra a parte demandada ou (ii) encerrar o Acordo com respeito à parte demandada no prazo de 60 dias (art. 1903, 3, *b*).

Quanto ao Comitê Especial, caso a parte demandada tenha agido de forma incompatível com suas obrigações relativas ao art. 1.905, 1, a parte demandante pode suspender: (i) a operação do Acordo com relação à parte demandada ou (ii) a aplicação de benefícios decorrentes da aplicação do Acordo com relação à parte demandada (art. 1905, 8).

3.2. Questões polêmicas

Após 17 anos de existência do sistema de solução de controvérsias instituído pelo Capítulo XIX, destacam-se duas controvérsias com relação a sua aplicação.

Para alguns autores norte-americanos³⁷, os painéis binacionais seriam inconstitucionais e feririam a soberania dos Estados-Partes relativamente à implementação de sua legislação *antidumping* e de medidas compensatórias. Essa afirmação fundamenta-se no fato de que os painéis binacionais têm, na prática³⁸, conseguido modificar as decisões das agências nacionais ao remeter suas decisões com determinações específicas para que essas agências emitam um parecer negativo de *dumping* ou subsídio³⁹. Tal prática foi contestada pelos Estados Unidos em procedimento de reclamação extraordinária no caso *Certain Softwood Lumber Products from Canada*⁴⁰. No entanto, o ECC ratificou a decisão do painel e afirmou expressamente que o painel binacional poderia remeter sua decisão requerendo da agência a modificação de sua determinação caso tivesse indícios suficientes de que remeter sua decisão para apreciação da agência nacional seria inócuo⁴¹.

Aliás, no que diz respeito ao procedimento de reclamação extraordinária, é importante notar que o ECC tem adotado uma postura cautelosa com relação ao exercício de suas prerrogativas⁴², como se vê nos casos *Pure Magnesium from Canada*⁴³ e *Grey Portland Cement and Clinker from Mexico*⁴⁴, nos quais o ECC entendeu não haver razões para se revogar a decisão do painel ou mesmo remetê-la ao mesmo.

De fato, no caso *Pure Magnesium from Canada*, o ECC esclareceu que o procedimento de reclamação extraordinária não é uma espécie de apelação⁴⁵

e que o sucesso da pretensão subjacente a esse procedimento é dependente da comprovação sucessiva e cumulativa de que (i) o painel praticou alguma das condutas descritas no art. 1.904, 13, *a*, (ii) que essa conduta praticada pelo painel afetou materialmente a sua decisão e (iii) que essa conduta ameaça a integridade do processo de revisão dos painéis binacionais instituídos de acordo com art. 1.904⁴⁶.

Outro assunto que tem sido considerado polêmico é se os painéis do NAFTA deveriam dar algum valor aos precedentes da OMC⁴⁷. A princípio, alguns argumentam que eles não deveriam ser considerados, vez que se baseiam na validade internacional da legislação *antidumping* e de medidas compensatórias, enquanto os painéis binacionais do NAFTA questionam a validade interna dessas legislações. Todavia, a jurisprudência mostra-se relativamente receptiva aos precedentes da OMC, como em *HFCS*⁴⁸, *Lumber CVD I*⁴⁹⁻⁵⁰, *Carbon and Alloy Steel from Canada*⁵¹, *Red Apple*⁵² e, especialmente, *Stainless Steel Sheet and Strips in Coils from México*⁵³.

4. CAPÍTULO XX: SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM NÍVEL INTERESTATAL

O Capítulo XX do NAFTA estabelece um mecanismo geral de solução de controvérsias entre os Estados-Partes devidas à interpretação, implementação ou aplicação das obrigações assumidas por eles dentro do Acordo.

4.1. Processo arbitral

O processo arbitral inicia-se obrigatoriamente pelas consultas bilaterais ou trilaterais, com o objetivo de alcançar um acordo mútuo e satisfatório, que devem durar, no mínimo, 30 dias (art. 2.006). Caso as consultas não consigam resolver o litígio, qualquer um dos Estados-Partes pode solicitar uma reunião da Comissão de Livre Comércio, que deve contribuir para a solução mutuamente satisfatória da contenda por meio do uso de bons ofícios, mediação, conciliação ou pedir assistência a conselheiros técnicos e/ou criar grupos de trabalho de especialistas e, por fim, fazer recomendações às Partes (art. 2.007). Em não havendo acordo, qualquer Estado-Parte consultante pode requisitar a constituição de um painel

arbitral⁵⁴, que deverá determinar se a parte demandada descumpriu obrigações previstas no Acordo.

É importante destacar que esse mecanismo de solução de controvérsias visa a cumprir um dos objetivos do NAFTA: a criação de procedimentos efetivos para a aplicação e implementação das previsões do Acordo (arts. 2.003 e 2004).

4.1.1. Sujeitos do processo

O mecanismo de solução de controvérsias previsto no Capítulo XX tem participação restrita aos Estados-Partes do Acordo e pode ser acionado: (i) caso haja controvérsia entre os Estados-Partes com relação à aplicação ou interpretação do Acordo, (ii) caso um Estado-Parte considere que a medida aplicada ou em fase de implementação por outro Estado-Parte é, ou seria, incompatível com as obrigações estabelecidas pelo Acordo (art. 2.004).

Esse mecanismo de solução de controvérsias pode ser acionado, também, caso a parte demandante acredite que a aplicação, por parte de outro Estado-Parte, de uma medida que não seja incompatível com o Acordo esteja causando ou causaria anulação ou diminuição de benefícios que a parte demandante poderia esperar da implementação do Acordo, no que se refere às disposições relativas ao comércio de bens (parte dois do Acordo), ao investimento no setor de energia (capítulo seis do Acordo), às barreiras técnicas (parte três do Acordo), ao comércio transfronteiriço de serviços (capítulo doze do Acordo), como se depreende do Anexo 2004 do Acordo.

Entretanto, deve-se ressaltar que o supramencionado mecanismo de solução de controvérsias não é aplicável às situações previstas no art. 2.101 (exceções gerais) e no Capítulo XIX do Acordo e aos eventuais descumprimentos de obrigações pelos Estados-Partes para os quais cabe o procedimento de retaliação que será visto a seguir (art. 2.004 e Anexo 2004).

Por fim, deve-se destacar que qualquer Estado-Parte terá direito à participação no processo arbitral desde que faça esse requerimento por escrito (art. 2.013).

4.1.2. Autoridade, poderes e jurisdição do painel

O painel deverá fazer um exame da matéria remetida à Comissão de Livre Comércio à luz das previsões relevantes do Acordo, emitindo pareceres e

fazendo determinações e/ou recomendações às Partes (art. 2.012, 3). Para tanto, pode solicitar aconselhamento técnico de especialistas e peritos ou parecer técnico de uma comissão científica acerca de quaisquer questões específicas levantadas pelas Partes (arts. 2.014 e 2.015).

Não obstante, o Painel está submetido ao Código de Conduta e às Regras Modelo que são orientadas pelos seguintes princípios: autonomia da vontade das Partes, direito a uma audiência, devido processo legal, flexibilidade e sigilo dos procedimentos⁵⁵ (arts. 2.012, 1 e 2.012, 2). Cabe destacar, ainda, que *não há previsão legal para apelar das decisões tomadas pelo Painel*⁵⁶ (arts. 2.018 e 2.019).

4.1.3. Retaliação

Após a publicação do relatório final do painel, determinando a remoção ou a não execução da medida em desconformidade com o Acordo, a implementação dessa decisão deverá ser acordada entre as Partes de forma a adotarem-se ações compatíveis com a determinação do painel (art. 2.018).

Caso as Partes não cheguem a um entendimento para a resolução da controvérsia, a parte demandante pode suspender benefícios em quantidade equivalente ao prejuízo advindo da medida em desconformidade com o Acordo (art. 2.019, 1). Tal suspensão deve, primariamente, focar o mesmo setor afetado pela medida incompatível e, caso não seja efetivo, a parte demandante pode retaliar em outros setores (art. 2.019, 2).

4.2. Precedência do foro do NAFTA

Quando um Estado-Parte quer acionar os mecanismos de solução de controvérsias do NAFTA e da OMC, o Acordo prevê que ele tem discricionariedade para escolher o foro que considerar mais adequado para a solução do litígio. Essa escolha é feita em detrimento do outro. Se, por exemplo, o Estado-Parte tiver iniciado procedimento de solução de controvérsia na OMC, ele não poderá recorrer ao painel do Capítulo XX do NAFTA (art. 2.005, 6).

O Acordo estabelece, ainda, que se os Estados-Partes não acordarem quanto ao foro adequado, a disputa será resolvida no foro do NAFTA (art. 2.005, 2). Se a parte demandada requisitar que a matéria relativa a acordos ambientais, a medidas sanitárias e fitossanitárias e a padrões seja apreciada

no foro do NAFTA, assim será feito obrigatoriamente (arts. 2.005, 3 e 2.005, 4).

4.3. Questões polêmicas

Atualmente, um dos assuntos mais controversos no Direito Internacional Econômico é a relação entre os órgãos judiciais dos acordos regionais e o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC. Nessa relação, um dos pontos mais polêmicos é se o tribunal arbitral do acordo regional poderia apreciar alegações de violações de acordos da OMC, algo que, em princípio, estaria fora do direito aplicável às controvérsias na esfera regional. Todavia, percebe-se que há uma relativa receptividade no foro do NAFTA para avaliar obrigações dentro do acordo da OMC. Tal afirmação depreende-se do caso *Broom Corn*, no qual o painel afirmou que a disputa poderia ser resolvida pelo acordo do NAFTA ou pelo acordo relevante da OMC, visto que possuem normas substantivamente idênticas⁵⁷.

Quanto à análise da mesma questão pela OMC, essa é de mais complexa resolução, conforme discutido no Capítulo IV desta obra.

Finalmente, outro ponto importante diz respeito à possibilidade de um painel constituído pelas regras do Capítulo XX levar em consideração os precedentes da OMC no exercício de suas prerrogativas. Nesse sentido, deve-se destacar o citado caso *Broom Corn*, em que o painel considerou vários precedentes da OMC⁵⁸.

5. CONCLUSÃO

O Capítulo XI do NAFTA sem dúvida inovou significativamente a arbitragem entre Estado e investidor estrangeiro, ao instaurar técnicas em seu regime arbitral, como o consentimento dissociado, o acesso direto do investidor e a escolha do direito aplicável, que não eram até então aplicadas pelos demais instrumentos convencionais regionais de solução de controvérsias. O número de instâncias arbitrais instituídas com fundamento nesse capítulo vem aumentando nos últimos anos⁵⁹. Entretanto, o número de casos julgados é ainda insuficiente para avaliar se tal mecanismo está minando de fato a soberania dos Estados-Partes. Todavia é válido ressaltar que o rol de obrigações substanciais que esse capítulo impõe aos três Estados nada mais é que a expressão de um compromisso entre eles.

Os árbitros não visam a favorecer os interesses dos investidores, uma vez que eles se limitam à aplicação das regras do direito internacional em matéria de investimento. Dessa forma, esse temor de violação do exercício soberano dos poderes do Estado, expresso pelos adversários do NAFTA, seria somente legítimo se fosse relativo não ao mecanismo de solução de controvérsia em si, mas à extensão da proteção que o tratado garante ao investidor.

O Capítulo XIX do NAFTA, por sua vez, certamente pode ser considerado um sucesso⁶⁰, não sem alguns revezes. Seu mecanismo de solução de controvérsias pode ser considerado imparcial, mais eficiente se comparado com a revisão judicial doméstica, além de ter permitido uma aplicação mais justa da legislação *antidumping* e de medidas compensatórias⁶¹ e um aumento considerável da previsibilidade das relações comerciais ao adotar mecanismo “*rule-oriented*” na acepção de John. H. Jackson⁶². Os temores de que os painéis estariam excedendo seus poderes e, assim, prejudicando os Estados-Partes têm-se mostrado infundados⁶³. Além disso, percebe-se uma relativa receptividade à apreciação dos precedentes da OMC, mesmo não representando uma tendência jurisprudencial clara. Finalmente, seu mecanismo de solução de controvérsias certamente inovou ao permitir que partes privadas pudessem requerer, por meio de seus governos, o início de procedimentos de revisão judicial por meio de painéis binacionais.

O mecanismo de solução de controvérsias estabelecido pelo Capítulo XX do NAFTA também se mostra, aparentemente, eficiente, tendo um caráter mais pragmático e dando ênfase à solução consensual do litígio. Entretanto, é muito cedo para se estabelecer uma tendência jurisprudencial no que tange à relação que se estabelecerá entre seu mecanismo de solução de controvérsias e a OMC, visto que somente foram solucionados três contenciosos neste procedimento arbitral até o presente momento⁶⁴.

1 Graduado em Direito pela UFMG. Advogado. Membro e Editor-chefe da Revista Acadêmica do Centro Acadêmico Afonso Pena — Faculdade de Direito da UFMG entre 2008 e 2009.

2 Analista de Comércio Exterior da Secretaria Executiva da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX). Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

3 North American Free Trade Agreement (Washington, Ottawa, Cidade do México). Celebrado em 17 de dezembro de 1992, em vigor desde 1º de janeiro de 1994. *ILM*, v. 32, 289, 1993; e *ILM*, v. 32, p. 605, 1993.

4 Art. 1.115 do NAFTA.

5 LEMAIRE, Axelle. Le nouveau visage de l'arbitrage entre Etat et investisseur étranger: le chapitre 11 de l'ALENA, *R. l'A.*, n. 1, 2001, p. 50.

6 Esse período seis meses corresponde ao período em que a solução do litígio deve ser tentada por meio da negociação.

7 ICSID, Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States 1965, em vigor desde 14 de outubro de 1966, *United Nations Treaty Series*, v. 575, p. 159.

8 Mecanismo Complementar, instituído pelo ICSID, em 1978, torna possível a extensão parcial dos serviços oferecidos pelo ICSID no julgamento de litígios em que apenas um dos litigantes seja parte da Convenção de Washington de 1965. No caso do NAFTA, o Canadá e o México não são partes dessa convenção, sendo possível o recurso desse mecanismo apenas quando um dos litigantes for ou os Estados Unidos ou um investidor americano.

9 Regras de Arbitragem da UNCITRAL, 28 de abril de 1976, *ILM*, v. 15, p. 701, 1976.

10 BURDEAU, Geneviève. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats. *R. l'A.*, n. 1, 1995, p. 3-37.

11 MILANOVA, Alice. Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA: les atours discrets d'une hégémonie, *JDI*, v. 130, issue I, 2003, p. 92. No Caso Barcelona Traction, a Corte Internacional de Justiça sustentou a teoria tradicional da nacionalidade ao considerar que, no caso de haver uma questão que envolvesse um ato ilegal cometido contra uma Companhia que representa capital estrangeiro, a regra geral do direito internacional autoriza apenas o Estado nacional da Companhia a exercer a proteção diplomática buscando a reparação, sendo que nenhuma regra de direito internacional geral expressamente confere tal direito ao Estado nacional do acionista (*Barcelona Traction*, CIJ, *Rec.*, 1970, p. 32).

12 LEMAIRE, Axelle, op. cit., p. 57.

13 Esta definição inclui uma empresa, as ações e outras formas de participação no capital de uma empresa, as obrigações, créditos, bens corporais e incorporais (art. 1.139 do NAFTA). Entretanto, esse capítulo não se aplica a: medidas relacionadas a investimentos

em serviços financeiros (art. 1.101, § 3º); investimentos relacionados a incentivos como empréstimos governamentais; compras governamentais da administração direta e indireta; investimentos relacionados à segurança nacional; promoção às exportações e programas de ajuda internacional; investimentos estaduais ou provinciais notificados dentro de dois anos antes da entrada em vigor do Acordo (art. 1.108); investimentos federais prévios como os que ocorrem no setor de energia elétrica e da rede ferroviária no México, de empresas aéreas e de comunicações de rádio nos Estados Unidos e da indústria cultural no Canadá (Anexo III do NAFTA).

[14](#) Art. 201, § 1º, do NAFTA.

[15](#) *Metalclad Corporation c. México*, Mecanismo Complementar, 30 de agosto de 2000.

[16](#) ICSID (CIRDI — Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos) cujos painéis são estabelecidos pelo Banco Mundial para resolver as disputas entre os Estados e os investidores, sob a condição de que o Estado-Parte demandado e o Estado-Parte do investidor sejam partes da Convenção de Washington de 1965.

[17](#) Mecanismo complementar do ICSID é aplicado quando um dos Estados, seja o Estado-Parte demandado ou o do investidor, não são partes da Convenção ICSID.

[18](#) Regras de Arbitragem da UNCITRAL, 28 de abril de 1976, *ILM*, v. 15, p. 701, 1976.

[19](#) *Pope & Talbot, Inc c. Canadá*, Decisão relativa ao dano, 31 de maio de 2002.

[20](#) *Free Trade Commission Clarifications Related to NAFTA Chapter 11*, Relatório, 31 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.worldtradelaw.net/nafta/chap11interp.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2011.

[21](#) LEMAIRE, Axelle, op. cit., p. 73.

[22](#) *Methanex Corp. c. Estados Unidos*, Decisão relativa ao *Amicus Curiae*, 15 de janeiro de 2001.

[23](#) *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation*, A, § 1º, 7 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/Nondispute_e.pdf. Acesso em: 15 fev. 2011.

[24](#) Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Celebrado em 10 de julho 1958, em vigor desde 7 de junho de 1959, *United Nations Treaty Series*, v. 330, p. 38.

[25](#) Convenção Interamericana em Arbitragem Comercial Internacional, 30 de janeiro 1975, *ILM*, v. 14, p. 336.

[26](#) *Vide* MEZGHANI, A., Souveraineté de l'Etat et participation à l'arbitrage, *Rev. arb.*, 1985, p. 546.

[27](#) *S. D. Myers, Inc c. Canada*, Decisão de Mérito, 15 de novembro de 2000.

[28](#) Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Celebrado em 22 de março de 1989, em vigor desde 5 de maio de 1992, *International Legal Materials*, v. 28, p. 657.

[29](#) MILANOVA, Alice, op. cit., p. 93.

[30](#) Artigo 1.122, § 1º do NAFTA.

[31](#) Artigo 1.116, § 1º.

[32](#) Art. 1.131, § 1º.

[33](#) No caso *Loewen Group*, o tribunal arbitral considerou que, embora o art. 201 do NAFTA tenha definido “medida” como “qualquer lei, regulamento, procedimento, requerimento ou prática”, deve-se adotar uma interpretação mais ampla da expressão “medida adotada e mantida pela Parte” incluindo, desta forma, as decisões das jurisdições internas. Vide GAILLARD, Emmanuel. *Chronique des sentences arbitrales*, *JDI*, n. 1, 2002, p. 225.

[34](#) *R. Loewen and Loewen Corp. c. Estados Unidos*, Mecanismo Complementar, 26 de janeiro de 2003.

[35](#) MACRORY, Patrick. NAFTA Chapter 19 — A Successful Experiment in International Trade Dispute Resolution. *CDHIC*, n. 168, 2002, p. 4.

[36](#) Sobre a vinculação do painel binacional aos precedents judiciais: *Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Canadá*. Decisão sobre a segunda revisão administrativa, 28 de novembro de 2007 e *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils From Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*, 14 de abril de 2010.

[37](#) MAGNUS, John R. Lumber and the Chapter 19 Mess. *TW*, 2006, p. 4; COLARES, Juscelino F. & BOHN, John W. NAFTA’s double standards of review. *Wake Forest L. Rev.*, v. 42, issue 1, 2007, p. 199-246. No sentido contrário: HODGES, Jessica K. When enough is too much: the threat of litigating NAFTA’s constitutionality and a lost chance to examine undue process in *antidumping* and countervailing duty determinations. *Geo. Mason L. Rev.*, v. 15, issue 1, 2007, p. 201-226.

[38](#) Como, p. ex, quando foi determinada a apreciação de novos dados pelo órgão competente (Cf. *Certain Welded Large Diameter Pipe from Mexico*. 18 de janeiro de 2011. p. 41) ou determinado que fossem refeitos os cálculos relativos ao *dumping*, de maneira que o resultado obtido na revisão administrativa não fosse incompatível com o parecer do Painel sobre a matéria (Cf. *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils From Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*. 14 de abril de 2010. p. 53).

[39](#) *Certain Softwood Lumber Products from Canada — Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, Decisão do painel sobre a terceira remessa ao órgão competente, 23 de maio de 2005.

[40](#) *Certain Softwood Lumber Products from Canada*, ECC, 10 de agosto 2005

[41](#) *Idem*, par. 120-132.

[42](#) Até o momento o procedimento de reclamação extraordinária foi acionado 3 vezes, 2 contra o Canadá e uma contra o México, sendo que os Estados Unidos foram a parte demandante em todas essas ocasiões. Dados disponíveis em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/en/DecisionsAndReports.aspx?x=312>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

[43](#) *Pure Magnesium from Canada*, ECC.

[44](#) *Grey Portland Cement and Clinker from México*, Decisão sobre a quinta revisão administrativa, 2000, par. 3-4.

[45](#) No mesmo sentido, *Caso Grey Portland*, par. 1.

[46](#) *Pure Magnesium from Canada*, ECC, par.12-13.

[47](#) SAKAI, Edmond. *Análise Comparativa do Mecanismo de Solução de Controvérsia entre Estados e Particulares no Mercosul e no Nafta*. São Paulo, 2003. 1 v, 402f. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 205-207.

[48](#) *Review of the Final Determination of the Antidumping Investigation on imports of High Fructose Corn Syrup originating of the United States of America*, 3 de agosto de 2001, par. 452-453.

[49](#) *Certain Softwood Lumber Products from Canada*, ECC, 10 de agosto 2005.

[50](#) Esse posicionamento também se encontra em DE MESTRAL, A. L. C. NAFTA Dispute Settlement: Creative experiment or Confusion?. In: BARTELS, L. & ORTINO, F (eds). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, London: Oxford University Press. 2006.

[51](#) *Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Canadá*, Decisão sobre a segunda revisão administrativa, 28 de novembro de 2007, par. 33-38, em que se deu particular importância às diversas decisões do Órgão de Apelação da OMC sobre o critério de aferição de *dumping* praticado pelos EUA.

[52](#) *Review of the Final Determination of the Antidumping duty investigation on imports of Certain Red Delicious Apples and Golden Delicious Apples from USA*, 15 de outubro de 2009, par. 39.

[53](#) *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils From Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*, 14 de abril de 2010, p. 22; 24 e 52, em que os precedentes da OMC foram considerados interpretações “autorizadas” para esclarecer as obrigações internacionais dos EUA, tendo, inclusive, servido de fundamento para a determinação de novo cálculo sem a metodologia do “zeroing”. Para uma ampla discussão acerca do papel dos precedentes da OMC no direito norte-americano, cf. p. 52-93 deste caso.

[54](#) Sobre a qualificação dos painelistas, ver art. 2.009 deste acordo.

[55](#) OJEDA, L. e AZAR, C. *UNCTAD's Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property — Regional Approaches: 6.1 NAFTA*, Nova York: UNCTAD, 2003, p. 16-17

[56](#) SAKAI, op. cit., p. 117. No mesmo sentido: GANTZ, David A. The United States and NAFTA Dispute Settlement: Ambivalence, Frustration and Occasional Defiance. *Ariz. L. Stud.*, Discussion Paper n. 6-26, 2006, p. 4. Disponível em: <<http://www.law.arizona.edu/faculty/facultypubs/documents/Gantz/ALS0626.pdf>>.

Acesso em: 13 fev. 2011.

[57](#) *US Safeguard Action taken on Broom Corn Broom from Mexico*, Relatório Final do Painel, 30 de janeiro de 1998, par. 50.

[58](#) Idem, par. 53; 66; 69-70.

[59](#) Foram apresentados 61 casos, sendo 26 contra o Canadá, 16 contra o México e 19 contra os Estados Unidos.

[60](#) Até o momento foram apresentados 125 casos, 21 contra o Canadá, 22 contra o México e 82 contra os Estados Unidos. Dados disponíveis em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/en/DecisionsAndReports.aspx?x=312>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

[61](#) MACRORY, op. cit., p. 21-24.

[62](#) JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT & The WTO*. NEW YORK: Cambridge Press, 2007. p. 121-122.

[63](#) MACRORY, op.cit., p. 20-21.

[64](#) *Tariffs applied by Canada to Certain U. S. — Origin Agricultural Products*, Relatório Final do Painel, 2 de dezembro de 1996; *Cross-Border Trucking Services*, Relatório Final do Painel, 6 de fevereiro de 2001 e *US Safeguard Action taken on Broom Corn Broom from Mexico*, Relatório Final do Painel, 30 de janeiro de 1998, par. 50. Dados disponíveis em: <http://www.nafta-sec-alena.org/Defaultsite/index_e.aspx?DetailID=76>. Acesso em: 13 fev. 2011.

SISTEMA JURISDICIONAL DA UNIÃO EUROPEIA

LUCIANARA ANDRADE FONSECA¹

1. CONTEXTO: OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FORMAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

O estudo da União Europeia é complexo devido aos vários tratados que a constituem. Tendo em vista que todo o poder da organização deriva deles, faz-se necessária uma contextualização, *a priori*, desses tratados, pois são eles que definem a competência e regulam os procedimentos do Tribunal de Justiça da União Europeia².

A origem da União Europeia remonta ao ano de 1951, com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Desde então, os tratados que a constituem foram modificados de modo a acompanhar a evolução da sociedade.

A partir de então, discorrendo em ordem cronológica, tem-se que, em 1957, foram concluídos os Tratados de Roma, compreendidos pelo Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e pelo Tratado que institui a Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM).

Em 1993, entrou em vigor o Tratado de Maastricht, também chamado de Tratado da União Europeia³. Além de constituir a União Europeia, ele estabeleceu os chamados três pilares da organização. O *primeiro* pilar compreendia as Comunidades Europeias, isto é, a Comunidade Econômica Europeia, que a partir desse tratado passou a ser denominada Comunidade Europeia, e a Comunidade Europeia de Energia Atômica⁴. O *segundo* pilar foi uma inovação do Tratado da União Europeia e referia-se às disposições relativas

à política externa e de segurança comum. Por fim, havia o *terceiro* pilar, que tratava de disposições relativas ao domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal.

Mais recentemente, em 1997, foi assinado o Tratado de Amsterdã, o qual emendou o Tratado da União Europeia e os Tratados que instituem as Comunidades Europeias⁵. Em 2001, foi assinado o Tratado de Nice, que também reforma e consolida as versões do Tratado da União Europeia e dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias⁶.

O Tratado de Lisboa, o qual entrou em vigor em novembro de 2009, introduz as mais recentes modificações à estrutura da organização⁷. O novo tratado procura atender à necessidade de modernização da União Europeia e possui um conteúdo aproximado daquele da Constituição para a Europa⁸. Esta havia sido assinada em Roma, no ano de 2004. No entanto, passou a ter um futuro incerto após sua rejeição na França e nos Países Baixos, levando às negociações do atual Tratado de Lisboa. Este tratado alterou, sem os substituir, os dois principais instrumentos constitutivos da União Europeia: o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, o qual passou a ser chamado de Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Entre as modificações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, cabe mencionar a eliminação do sistema de pilares estabelecido pelo Tratado de Maastricht. Além disso, foi conferida personalidade jurídica à União Europeia, a qual substituiu e sucedeu a Comunidade Europeia⁹.

2. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

O sistema jurisdicional da União Europeia é chamado de Tribunal de Justiça da União Europeia. Este é uma das sete instituições que compõem a organização, juntamente com o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão Europeia, o Tribunal de Contas e o Banco Central Europeu¹⁰.

O Tribunal de Justiça da União Europeia possui a função de assegurar a observância do direito na aplicação e na interpretação dos principais tratados relacionados à organização. Ele é composto por três jurisdições: o *Tribunal de Justiça*, o *Tribunal Geral* e os *tribunais especializados*, nos quais se enquadra o Tribunal da Função Pública.

O Tribunal de Justiça foi criado pelo Tratado instituindo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e tornou-se uma instituição independente a partir da entrada em vigor dos Tratados de Roma, os quais conferiam poderes a serem exercidos por um tribunal único e comum a todos eles¹¹.

O Conselho das Comunidades Europeias, percebendo o incremento de petições e a incapacidade do Tribunal de Justiça de julgar todos os casos que lhe eram apresentados, solicitou, em 1988, a criação do então chamado Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, tendo este o propósito singular de ajudar o primeiro Tribunal¹². Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ele passou a ser denominado Tribunal Geral. Ele auxilia o Tribunal de Justiça na medida em que descentraliza as atividades petitorias, aumentando a celeridade dos processos¹³.

Completando o sistema jurisdicional europeu, existem os tribunais especializados, os quais foram introduzidos pelo Tratado de Nice sob a forma de câmaras jurisdicionais¹⁴. Esses tribunais estão adstritos ao Tribunal Geral e podem ser instituídos pelo Conselho e pelo Parlamento para conhecer, em primeira instância, certas categorias de recursos em matérias específicas¹⁵. Essa é a origem do Tribunal da Função Pública da União Europeia, que decide os litígios entre a organização e os seus agentes¹⁶.

2.1. Tribunal de Justiça

2.1.1. Composição

O Tribunal de Justiça é composto de um juiz por Estado-Membro¹⁷. Assim, ele é integrado hoje por vinte e sete juizes que, na maioria dos casos, são oficiais de alta posição nos gabinetes ministeriais dos governos dos respectivos Estados-Membros¹⁸. O Tribunal é composto ainda de oito advogados-gerais que, assim como os juizes, são eleitos por comum acordo¹⁹. Tanto os juizes quanto os advogados-gerais devem ser escolhidos dentre pessoas de independência inquestionável e que possuam as qualificações necessárias para ocupar os mais altos cargos judiciais em seus respectivos países, ou que sejam juristas de reconhecida competência²⁰.

O advogado-geral possui a função de assistir o Tribunal ao submeter, em corte aberta e com completa imparcialidade e independência, opiniões fundamentadas nos casos que requererem seu envolvimento²¹. Diversas razões levaram à sua instituição, como a impossibilidade dos juizes do Tribunal de publicarem qualquer opinião separada ou dissidente²². Tem-se ainda que a opinião independente do advogado-geral pode esclarecer ou mesmo reforçar a decisão do Tribunal, seja opondo-se, seja juntando-se a ela, pois, ao mesmo tempo que possui um estilo dialógico e argumentativo, ela ressalta e organiza os pontos essenciais do caso. Além disso, os advogados-gerais manifestam um discurso

mais inclusivo, representando a posição de todos que podem ser afetados pelo resultado do caso em questão²³. Vistos como os guardiões da norma, eles têm o papel de zelar pelo direito da União. Ressalta-se que uma decisão do Tribunal contrária ao discurso dos advogados-gerais é considerada até mesmo audaciosa²⁴.

O Tribunal, por sua vez, pode reunir-se em seções compostas de três ou cinco juizes, em uma grande seção composta de treze juizes ou mesmo de forma plena. O Tribunal reunir-se-á de forma plena quando seu Estatuto ou os Tratados assim o previrem, como acontece na hipótese de demissão de um membro da Comissão Europeia. Ainda, se considerar que o caso é de importância excepcional, o Tribunal pode decidir, ouvido o advogado-geral, transferir o caso para o Tribunal pleno²⁵.

2.1.2. Competência

O Tribunal de Justiça possui a função de assegurar a correta interpretação e aplicação dos tratados pelas instituições da União Europeia e pelos Estados Membros, e sua competência estende-se aos tratados da União Europeia, da Comunidade Europeia de Energia Atômica e do Espaço Econômico Europeu.

Ele possuía competência diferenciada em relação a cada um dos pilares estabelecidos pelo Tratado de Maastricht, sendo que sua competência apenas era plena para o primeiro pilar, referente às Comunidades Europeias. No entanto, o Tratado de Lisboa eliminou o sistema de pilares, o que expandiu a competência do Tribunal de Justiça para o direito da União Europeia como um todo, a não ser que os Tratados constitutivos disponham de outra forma.

Em relação ao segundo pilar, isto é, à política externa e de segurança comum, o Tribunal não possuía competência alguma²⁶. Não houve muitas modificações, pois, no sistema estabelecido pelo Tratado de Lisboa, ainda que os pilares tenham desaparecido, o domínio de política externa e de segurança comum continua sujeito a regras e procedimentos específicos²⁷. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça não tem competência com relação a atos adotados com base nesse domínio, com exceção (i) da possibilidade de controlar a delimitação entre as competências da União e a política externa de segurança comum, cujo exercício não deve afetar o exercício das competências da União²⁸ e (ii) da competência para a fiscalização da legalidade das decisões que estabeleçam medidas restritivas contra pessoas singulares ou coletivas²⁹.

Nas disposições relativas ao domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal, que correspondia ao terceiro pilar, o Tribunal adquiriu

competência prejudicial genérica, pois regras que restringiam sua competência foram eliminadas pelo Tratado de Lisboa. No antigo sistema, o Tribunal podia exercer sua jurisdição para questões prejudiciais nesse domínio, tão somente, se um Estado Membro houvesse consentido com a capacidade ou com o dever de suas cortes de requisitar tais decisões preliminares³⁰. Dessa forma, no que diz respeito à cooperação policial e judiciária em matéria penal, a competência do Tribunal a título prejudicial tornou-se obrigatória.

No que diz respeito à cooperação judiciária em matéria civil, todos os órgãos jurisdicionais dos países membros da União Europeia passam a poder recorrer ao Tribunal de Justiça, e não mais apenas os órgãos jurisdicionais superiores. Assim, o Tribunal adquiriu maior atuação em matéria de concessão de vistos, de asilo, de imigração e de outras políticas relativas à circulação de pessoas.

Ressalta-se, também, que o Tratado de Lisboa introduziu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no direito primário europeu³¹. Assim, ela passa a ser equivalente aos Tratados e fazer parte das normas e princípios aos quais o Tribunal pode recorrer ao adjudicar. Os únicos países que não aderiram à Carta foram o Reino Unido e a Polônia. Dessa forma, as disposições dela não aumentam a competência do Tribunal de Justiça em relação a esses países. Além disso, o protocolo relativo à aplicação da Carta à Polônia e ao Reino Unido estabelece que “[a]s disposições da Carta que façam referência às legislações e práticas nacionais só são aplicáveis à Polônia ou ao Reino Unido na medida em que os direitos ou princípios nelas consignados sejam reconhecidos na legislação ou nas práticas desses países”³².

O Tribunal de Justiça também possui competência em relação ao Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu (EEE)³³. No âmbito do EEE, a União Europeia³⁴ ou um Estado Membro do acordo do EEE podem levar uma disputa ao Comitê Misto do EEE³⁵. Caso esse Comitê não resolva a disputa dentro de três meses, as partes envolvidas podem requerer uma interpretação ao Tribunal de Justiça³⁶. A corte interna de um Estado-Membro do Espaço Econômico Europeu também pode requerer uma interpretação do instrumento que instituiu o EEE perante o Tribunal de Justiça, desde que tal Estado tenha feito uma declaração assim o consentindo³⁷.

Registra-se ainda que o Tribunal de Justiça é competente para decidir com fundamento em cláusula compromissória constante de contrato concluído pela União ou por sua conta, seja ele governado por direito público ou privado³⁸. Além disso, ele pode dar uma opinião consultiva requisitada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho, pela Comissão ou por qualquer Estado-Membro a

respeito da compatibilidade de um possível acordo em relação às disposições do Tratado³⁹.

Por fim, cabe notar que o Tribunal de Justiça também analisa os recursos das decisões proferidas pelo Tribunal Geral e pode, a título excepcional, reapreciar as decisões deste relativas a recursos interpostos contra as decisões dos tribunais especializados⁴⁰.

2.1.3. Espécies de ações

2.1.3.1. *Reenvio prejudicial*

O reenvio prejudicial é essencial para garantir a aplicação uniforme do direito da União Europeia. Nessa ação, o Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos Tratados e sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União⁴¹.

Indivíduos apenas têm acesso a essa ação indiretamente, isto é, como partes nos casos das cortes nacionais, as quais referem ao Tribunal de Justiça os casos em que necessitam do esclarecimento acerca da interpretação ou aplicação do direito da União ou dos atos adotados pelos órgãos, organismos e instituições dela. Desse modo, há uma cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e as cortes dos Estados-Membros, sendo que essas últimas se vinculam às decisões do Tribunal⁴².

Mediante esse procedimento, o Tribunal de Justiça decide a questão material dentro do processo, deixando a decisão final para as cortes nacionais. Desse modo, consegue-se um nível grande de aceitação e execução das decisões, uma vez que isso se faz por meio das cortes dos Estados-Membros⁴³.

2.1.3.2. *Ações diretas*

As ações diretas abarcam a ação por descumprimento de obrigação, o recurso de anulação e a ação por omissão. Ao serem trazidas perante o Tribunal, são publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, e o demandado tem um mês para apresentar sua defesa, a contar da notificação da decisão⁴⁴. Um juiz relator e um advogado-geral são indicados para monitorar o progresso do caso, o qual compreende um procedimento escrito e um procedimento oral⁴⁵. Durante a audiência, o caso é apresentado perante todos os juízes e o advogado-geral, sendo que todos eles podem fazer as perguntas que considerarem apropriadas para as partes⁴⁶. Após essa fase do procedimento oral, o advogado-geral dá sua opinião individual sobre a maneira como o caso deve ser resolvido, a qual pode

ser dispensada se o Tribunal decidir que o caso não apresenta nenhuma nova questão de direito⁴⁷. Após essas etapas, o Tribunal delibera com base no esboço feito pelo juiz relator.

A *ação por descumprimento de obrigação* pode ser ajuizada por um Estado-Membro ou pela Comissão. Ressalta-se que a falta em cumprir uma obrigação apenas pode ser observada quando há uma situação contrária ao direito europeu que pode ser objetivamente atribuída ao Estado em questão⁴⁸. Tal falta pode compreender não apenas a recusa de implementar uma norma comunitária na lei nacional, como também sua inadequada ou insuficiente implementação⁴⁹.

No caso da ação por descumprimento, o procedimento judicial deve ser precedido de trâmite desencadeado pela Comissão. Quando considera que um Estado-Membro descumpriu uma obrigação de direito da União, ela primeiramente inicia conversações informais com esse Estado. Caso esse procedimento não ofereça resultados, submete uma demanda escrita para que o Estado dê sua posição a respeito do problema. Se ela não se contentar com a resposta oferecida pelo Estado, pode requerer ao Estado que tome medidas dentro de um prazo determinado. Se o Estado não agir de acordo com a posição da Comissão dentro do prazo por ela determinado, esta pode trazer o assunto perante o Tribunal de Justiça⁵⁰.

Um Estado-Membro também pode trazer a questão perante o Tribunal de Justiça se considerar que outro Estado-Membro falhou em cumprir a obrigação que tinha dentro da União. Entretanto, antes de fazê-lo, ele deve levar o tópico à Comissão, que, do mesmo modo, entregará a opinião fundamentada, depois de dar aos Estados envolvidos a oportunidade de submeterem suas observações⁵¹. Caso a Comissão não emita seu parecer no prazo de três meses a contar do pedido feito pelo Estado, isso não impedirá o assunto de ser trazido perante o Tribunal de Justiça⁵².

Na *ação de anulação*, o Tribunal tem competência para fiscalizar a legalidade dos (i) atos legislativos, (ii) dos atos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu, desde que não sejam recomendações ou pareceres, (iii) dos atos do Parlamento Europeu, do Conselho Europeu e dos órgãos ou organismos da União destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros⁵³. O Tribunal de Justiça pode declarar a nulidade do ato e, desse modo, o órgão cujo ato foi declarado nulo deverá tomar todas as medidas necessárias para cumprir o julgamento⁵⁴.

Na ação de anulação, uma objeção de ilegalidade pode ser levantada por um Estado-Membro, pelo Parlamento, pelo Conselho ou pela Comissão com o fundamento na falta de competência, na violação de formalidades essenciais, na violação dos Tratados ou qualquer regra de direito relacionada à aplicação deles, ou em desvio de poder. Nas mesmas condições, o Tribunal também é competente para decidir a respeito das ações de anulação ajuizadas pelo Tribunal de Contas, pelo Banco Central Europeu e pelo Comitê das Regiões, com o objetivo de salvaguardar as respectivas prerrogativas⁵⁵.

Destaca-se que o Tratado de Lisboa estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça para se pronunciar sobre a legalidade de um ato adotado pelo Conselho Europeu ou pelo Conselho, em caso de violação das disposições processuais previstas no art. 7º do Tratado da União Europeia⁵⁶. Esse artigo dispõe sobre os procedimentos de constatação de risco manifesto de violação grave, por parte de um Estado-Membro, dos valores encontrados no art. 2º do mesmo Tratado⁵⁷. Nesse caso, o Estado-Membro em questão é o único que poderá ajuizar a ação.

Também é preciso registrar algumas características das ações de anulação baseadas em violação do princípio da subsidiariedade⁵⁸. Nesse caso, a ação pode ser ajuizada pelo Comitê das Regiões⁵⁹ ou pelos Estados-Membros. Estes podem estar agindo de iniciativa própria, ou simplesmente transmitindo a ação em nome dos respectivos parlamentos nacionais ou uma de suas câmaras. O Comitê das Regiões, por sua vez, pode apresentar ações dessa natureza relativas a atos legislativos em cujo processo de adoção ele precise ser consultado⁶⁰.

Por fim, nota-se ainda que, se a Comissão, o Parlamento Europeu, o Conselho, o Conselho Europeu ou o Banco Central Europeu se absterem de pronunciar-se e, se assim o fazendo, tenham violado os tratados, os Estados-Membros e as outras instituições da União podem trazer uma ação perante o Tribunal de Justiça, chamada *ação por omissão*. No entanto, essas ações apenas serão consideradas admissíveis se a instituição em questão tiver sido primeiramente convocada a agir e se, depois de dois meses de tal convocação, essa instituição ainda não tiver definido seu posicionamento. As mesmas regras se aplicam aos órgãos e organismos da União que se abstenham de pronunciar-se.⁶¹

Quadro Comparativo das Principais Ações perante o Tribunal de Justiça				
Tipo de ação	Reenvio prejudicial	Ação por descumprimento de obrigação	Ação de anulação	Ação por omissão
Capacidade ativa	Órgão jurisdicional nacional	Estados-Membros ou Comissão	<ul style="list-style-type: none"> • Estados-Membros, Parlamento Europeu, Conselho, Comissão • Tribunal de Contas, Banco Central Europeu e Comitê das Regiões⁶² 	Estados-Membros e instituições da União
Capacidade passiva	Não se aplica; contudo, as partes já presentes nos órgãos jurisdicionais nacionais, os Estados-Membros e as instituições da União podem participar no processo perante o Tribunal de Justiça	Estados-Membros	Instituições, órgãos e organismos da União	Comissão, Parlamento Europeu, Conselho, Conselho Europeu e Banco Central Europeu; assim como órgãos e organismos da União

<p>Objeto da ação</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Interpretação dos Tratados; • Validade e interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União 	<p>Descumprimento do direito da União</p>	<p>Ato de uma instituição, de um órgão ou de um organismo da União</p>	<p>Omissão, contrária aos Tratados, por parte das instituições, órgãos e organismos da União</p>
<p>Medida oferecida pela prestação jurisdicional</p>	<p>A resposta se dá mediante acórdão ou despacho. A decisão vincula o órgão jurisdicional nacional destinatário, assim como outros órgãos jurisdicionais nacionais aos quais um problema idêntico seja submetido</p>	<p>Se o Estado não cumprir o acórdão, poderá ser condenado ao pagamento de uma quantia fixa ou de sanção pecuniária compulsória</p>	<p>Anulação do ato. O Tribunal pode indicar quais os efeitos do ato devem ser considerados subsistentes</p>	<p>As instituições em questão devem tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal de Justiça</p>

2.2. Tribunal Geral

2.2.1. Composição

O Tribunal Geral é composto por vinte e sete juízes⁶³. Sua divisão em seções segue, em grande escala, a divisão descrita para o Tribunal de Justiça⁶⁴.

No que diz respeito à função do advogado-geral, o Tribunal Geral não dispõe de advogados-gerais permanentes, mas essa função pode ser atribuída a um dos

membros do Tribunal, caso se considere que a dificuldade jurídica ou a complexidade da matéria de fato o exigem⁶⁵. Desse modo, os membros do Tribunal Geral podem ser chamados a exercer a função de advogado-geral, a qual deverá ser exercida com imparcialidade e independência, ao submeter suas conclusões fundamentadas perante o Tribunal. Ressalta-se que, ao exercer a função de advogado-geral, não é permitida a participação na elaboração do acórdão⁶⁶.

2.2.2. Competência

O Tribunal Geral pode exercer sua jurisdição em assuntos relacionados à União Europeia, ao Espaço Econômico Europeu e à Comunidade Europeia de Energia Atômica⁶⁷. É interessante notar que os principais temas julgados são aqueles ligados às ações de caráter comercial, como propriedade intelectual⁶⁸, práticas de *dumping*, concorrência e relações de mercado em geral⁶⁹.

A competência do Tribunal abrange: (i) todas as ações diretas instauradas por pessoas físicas ou jurídicas contra atos ou omissões dos órgãos, organismos e instituições da União⁷⁰; (ii) as ações ajuizadas pelos Estados-Membros contra a Comissão⁷¹; ou (iii) pelos Estados-Membros contra o Conselho em relação aos atos adotados por este no domínio dos auxílios de Estado, às medidas de defesa comercial e aos atos mediante os quais o Conselho exerce competências de execução⁷²; (iv) ações de reparação por danos causados pelas instituições da União Europeia ou pelos seus agentes⁷³; (v) ações baseadas em cláusulas compromissórias de contratos celebrados pela União Europeia, nas quais esteja prevista a competência do Tribunal; e (vi) análise dos recursos das decisões do Tribunal da Função Pública da União Europeia, do Instituto Comunitário das Variedades Vegetais e da Agência Europeia das Substâncias Químicas⁷⁴. Por fim, ressalta-se que não são da competência do Tribunal Geral as hipóteses de competência dos tribunais especializados ou de competência exclusiva do Tribunal de Justiça⁷⁵.

O Tribunal Geral também seria competente para conhecer das questões prejudiciais em matérias específicas a serem definidas pelo Estatuto⁷⁶. No entanto, essas matérias ainda não foram determinadas⁷⁷; e uma grande discussão gira em torno da razoabilidade e possibilidade de transferência da competência de matérias em questões prejudiciais para o Tribunal Geral⁷⁸.

As possíveis ações instauradas por pessoas físicas ou jurídicas abarcam a ações de omissão e de anulação. Em relação às ações de omissão, qualquer

pessoa singular ou coletiva pode recorrer ao Tribunal para acusar uma das instituições, um dos órgãos ou um dos organismos da União de não lhe ter dirigido um ato, desde que esse ato não seja recomendação ou parecer⁷⁹.

No que diz respeito às ações de anulação, é preciso fazer uma distinção entre atos e atos regulamentares. No caso de *atos* das instituições, dos órgãos e dos organismos da União Europeia, é preciso que o indivíduo seja destinatário do ato ou que este lhe diga respeito direta e individualmente. Por outro lado, quando se tratar de *atos regulamentares*, é necessário que eles lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução⁸⁰.

Aqui cabe apontar a modificação realizada pelo Tratado de Lisboa em relação à antiga regra. Antes da inovação, não havia distinção entre atos em geral e atos regulamentares. Em relação aos atos regulamentares, não é preciso que uma pessoa prove que os atos lhe dizem respeito individualmente, bastando que eles lhe digam respeito diretamente e não necessitem de medidas de execução. Ressalta-se, no entanto, que não há uma clara definição do que sejam atos regulamentares no direito da União⁸¹. Cabe destacar, ainda, que a legitimidade ativa em relação aos atos em geral é limitada pela Fórmula Plaumann, assim chamada em função do caso *Plaumann v. Comissão*, no qual se definiu que:

Pessoas outras que aquelas às quais uma Decisão é dirigida apenas podem alegar serem individualmente interessadas se essa Decisão as afeta em função de certos atributos que lhes são peculiares ou em função de circunstâncias pelas quais elas são diferenciadas de todas as outras pessoas e, em virtude desses fatores, as distingue individualmente, assim como no caso da pessoa destinatária (tradução livre)⁸².

No caso em questão, Plaumann, um importador de clementinas⁸³, ajuizou uma ação contra uma decisão Comissão Europeia, a qual negava autorização à Alemanha para suspender direitos aduaneiros aplicáveis a clementinas. O Tribunal de Justiça negou legitimidade ativa à Plaumann, pois considerou que a atividade comercial exercida por ele poderia ser exercida por qualquer pessoa a qualquer tempo. Dessa forma, ele não seria individualmente afetado, ou seja, não possuía atributos necessários para distingui-lo das outras pessoas em relação à decisão. Os fatos do caso permitem compreender o enorme alcance da restrição derivada da citada fórmula, utilizada até hoje pelo Tribunal de Justiça, uma vez que não é razoável afirmar que a posição de importador de clementinas pode ser exercida por qualquer pessoa a qualquer tempo⁸⁴.

2.2.3. Procedimento perante o Tribunal Geral

As partes em uma controvérsia perante o Tribunal Geral devem orientar-se pelo Regulamento de Processo do Tribunal⁸⁵. O procedimento compreende uma fase escrita e uma fase oral e segue os mesmos moldes do Tribunal de Justiça. Destaca-se que o regime linguístico do processo, assim como no Tribunal de Justiça, também corresponde às línguas dos Estados-Membros da União Europeia⁸⁶.

2.3. Tribunal da Função Pública

O Tribunal da Função Pública foi criado como um órgão jurisdicional específico para o contencioso da função pública. Ele foi constituído originalmente sob a forma de câmara jurisdicional junto ao Tribunal de Primeira Instância⁸⁷. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as câmaras jurisdicionais foram substituídas pelos tribunais especializados, e o Tribunal de Primeira Instância passou a se denominar Tribunal Geral. Dessa forma, hoje se pode afirmar que o Tribunal da Função Pública é um tribunal especializado criado para conhecer, em primeira instância, de litígios entre os agentes e as instituições, os órgãos e os organismos da União Europeia⁸⁸.

O Tribunal é composto por sete juízes e reúne-se em seções compostas por três juízes⁸⁹. Em certos casos, pode decidir em plenário, ou em seção composta de cinco juízes ou de juiz singular⁹⁰. Assim como no Tribunal Geral e no Tribunal de Justiça, a tramitação dos processos compreende uma fase escrita e uma fase oral. Das decisões do Tribunal da Função Pública, cabe recurso ao Tribunal Geral⁹¹.

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o direito comunitário passou a ser o direito da União Europeia, pois esta incorporou as competências anteriormente conferidas à Comunidade Europeia. No entanto, a expressão “direito comunitário” será utilizada ao se fazer referência à jurisprudência dos Tribunais anterior à entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

O regime criado pelo direito europeu é por vezes caracterizado como um *self-contained regime*, pois cria um subsistema no qual existem princípios e normas criadores de obrigações, de direitos e de remédios próprios que vão além do direito internacional geral⁹². Por esse mesmo motivo, apesar de alguma divergência na doutrina em relação à natureza do regime criado⁹³, muitos autores

chegam a afirmar que esse sistema possui uma natureza constitucional⁹⁴, ou seja, que o direito da União seria um direito constitucional sem uma constituição.

Os mesmos princípios e normas jurídicas que levam a essas conclusões podem ser destacados por serem fundamentais ao processo de integração da União Europeia. Essencial na sua consolidação foi a evolução jurisprudencial do Tribunal de Justiça, cujos objetivos políticos podem ser resumidos na necessidade de dar efetividade e uniformidade ao direito da União, assim como no imperativo de proteger o indivíduo como sujeito de direitos dentro da organização⁹⁵.

Ao consagrar esse subsistema, caracterizado pelo Tribunal como uma nova ordem do Direito Internacional⁹⁶, ele estabeleceu três princípios que acabam por identificar o direito da União Europeia como tal: (i) o efeito direto do direito da União nos Estados-Membros, (ii) o primado do direito da União em relação ao direito interno e (iii) o regime de responsabilidade estatal.

O primeiro princípio acima mencionado foi estabelecido, em 1963, no famoso caso *Van Gend & Loos*, no qual o Tribunal de Justiça permitiu que uma empresa de transportes pudesse invocar direito comunitário perante as cortes domésticas dos Estados-Membros⁹⁷. Apesar de esse caso já tangenciar a questão da precedência do direito comunitário, a importância do primado apenas foi expressamente estabelecida e reforçada em casos subsequentes, particularmente no acórdão *Costa*. Nessa ocasião, o Tribunal reafirmou as especificidades do sistema legal comunitário, que havia se tornado parte integral do sistema jurídico dos Estados-Membros. Assim, baseando-se nisso, e tendo em vista a reciprocidade inerente ao sistema comunitário, o Tribunal decidiu que os Estados-Membros não poderiam dar precedência a medidas unilaterais que fossem inconsistentes com as obrigações incorridas por eles em função do direito comunitário⁹⁸.

Os fundamentos desse direito completam-se com o regime de responsabilidade estatal, o qual constitui um mecanismo de sanção para as violações de direito da União cometidas pelos Estados-Membros. Com o acórdão *Francovich*, fica assente que indivíduos têm o direito de intentar ações de indenização contra os Estados-Membros por danos resultantes de uma infração do direito comunitário⁹⁹.

O alcance dessas normas é ainda amplificado pelo sistema de precedentes desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, na qual se destacam os casos *Foto-Frost*¹⁰⁰ e *CILFIT*¹⁰¹. Esse sistema é composto de três regras básicas: (i) existe o primado do direito da União, (ii) em relação ao qual o Tribunal é a última instância julgadora, e (iii) matérias de direito da União que já foram

objeto de análise pelo Tribunal não precisam ser referidas a ele novamente pelas cortes internas.

Em suma, cada indivíduo pode invocar o direito da União perante as cortes internas e requerer indenização do Estado em caso de violação desse direito. As cortes internas, ao aplicar o direito da União, devem não apenas observar o seu primado, como também observar a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

4. UMA ANÁLISE DA INTERCESSÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Existem várias áreas em que o direito internacional e o direito da União Europeia se tangenciam, levando a uma influência mútua¹⁰². A título de exemplo, os Tribunais já decidiram que os tratados internacionais para a proteção dos direitos humanos para os quais os Estados-Membros haviam colaborado, ou haviam assinado, poderiam dar diretrizes que deveriam ser seguidas dentro do quadro do direito comunitário¹⁰³.

A influência é recíproca, pois os Tribunais, por meio de uma evolução jurisprudencial, desenvolveram princípios importantes para o direito internacional geral. Por exemplo, há o princípio da devida diligência, que tem sido de extrema importância para o desenvolvimento do direito em relação aos atos de órgãos das organizações internacionais em geral¹⁰⁴. Os Tribunais apresentam uma grande contribuição para tal desenvolvimento a partir da aplicação do princípio para os atos das instituições da União Europeia, sempre com o objetivo de obter uma administração eficiente e confiável dos assuntos da organização¹⁰⁵.

Outra grande contribuição pode ser vista no ramo do direito internacional ambiental. Sabe-se que a legislação ambiental no direito da União, apesar de reputada fraca em alguns pontos, desenvolveu-se de forma expressiva, sendo considerada uma importante contribuição para o desenvolvimento progressivo do direito internacional ambiental no âmbito regional e global¹⁰⁶. A título de exemplo, a importância do trabalho do Tribunal de Justiça pode ser percebida no desenvolvimento de uma jurisprudência referente à aplicação do princípio da proporcionalidade para balancear a integração econômica com a proteção ambiental¹⁰⁷. Nesse sentido, é clara a decisão do Tribunal de Justiça no caso *PreussenElektra*, no qual reafirmou a regra de que a implementação das diretrizes da organização deve ser integrada com os requisitos de proteção ambiental¹⁰⁸.

A jurisprudência do Tribunal também consolidou princípios importantes no âmbito dos direitos sociais. Baseando-se em objetivos de integração da União Europeia, o Tribunal elevou muito daquilo que era entendido como uma simples política econômica ao caráter de direito fundamental¹⁰⁹. Um exemplo dessa atuação pode ser encontrado no caso *Bulent-Kurz*, que diz respeito à tentativa de expulsão de nacionais turcos por parte da Alemanha. Nessa ocasião, o Tribunal declarou que ao direito de trabalhar dos nacionais turcos correspondia um natural direito de residência e, ao fazê-lo, levou em consideração a necessidade de integração dos nacionais no Estado hospedeiro¹¹⁰. Adicionalmente, no caso *Baumbast*, o Tribunal declarou que um indivíduo possuía o direito de residir num Estado-Membro para se educar, pela garantia do livre movimento de pessoas¹¹¹.

5. A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E O DIREITO DOMÉSTICO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A INTEGRAÇÃO REGIONAL

O Tribunal de Justiça possui um papel basilar na integração regional, na medida em que estende para dentro dos sistemas internos dos Estados-Membros a interpretação do direito da União. Para tanto, foi de fundamental importância consagrar a supremacia do direito da União, no exercício das competências que foram atribuídas a ela.

A supremacia do direito da União já se encontra tão fortificada, que nem mesmo normas constitucionais podem ser invocadas como exceção a uma lei comunitária diretamente aplicável¹¹². É importante ressaltar que tal fato provoca alguns conflitos com as cortes constitucionais dos Estados-Membros¹¹³, mostrando que a cessão da soberania ainda não ocorreu de forma plena. Dessa maneira, o Tribunal tenta manter um espaço de autonomia para as cortes nacionais, de maneira a não entrar num conflito aberto que poderia prejudicar sua própria legitimidade. Assim, na existência de lei doméstica conflitante com direito da União, não significa que a primeira deva ser considerada inválida, mas sim que as cortes nacionais possuem a obrigação de não aplicar a norma nacional de maneira a restringir o direito individual conferido pela lei da União. Trata-se de uma primazia de aplicação do direito da União, e não de uma primazia de validade. A mesma lei ainda pode ser aplicada e ser válida em relação a Estados que não são membros da organização¹¹⁴.

O direito doméstico, por sua vez, também influencia a formação do direito comunitário, hoje direito da União Europeia. O Tribunal de Justiça já declarou, por exemplo, que o respeito aos direitos fundamentais compõe parte integral dos

princípios gerais de direito protegidos pelo Tribunal de Justiça¹¹⁵. Ao fazê-lo, o Tribunal afirmou que deveria inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e ressaltou que medidas incompatíveis com os direitos fundamentais protegidos e reconhecidos pelas constituições nacionais não poderiam ser sustentadas por ele¹¹⁶.

Desse modo, são de notória importância as tentativas dos Tribunais da União de manter a unidade dentro da diversidade que é a União Europeia. Tenta-se manter a uniformidade pela supremacia do direito da União sobre o direito interno, supremacia que, por sua vez, deve ser balanceada pelo Tribunal, de modo a não restringir a soberania dos Estados-Membros de tal maneira que chegue a prejudicar seu objetivo primordial: manutenção da integração regional com base no direito.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

² Neste trabalho, são empregados os termos utilizados nas traduções oficiais para o português da União Europeia.

³ Tratado da União Europeia. *JOUE*, n. C 191, 29 jul. 1992. Entre os Tratados de Roma e o Tratado da União Europeia existiram dois tratados intermediários: o Tratado de Fusão e o Ato Único Europeu. O primeiro entrou em vigor em 1967 e instituiu uma Comissão e um Conselho únicos para as três Comunidades Europeias existentes na época. O segundo entrou em vigor em 1987 e estabeleceu algumas adaptações necessárias para a realização do Mercado Interno Comum. Ver *Single European Act*. *JOUE*, n. L 169, 29 jun. 1987. Ver, também, *Merger Treaty*. *JOUE*, n. 152, 13 jul. 1967.

⁴ Também abrangia a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, mas o respectivo tratado expirou em 2002.

⁵ Tratado de Amsterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses tratados. *JOUE*, n. C 340, 10 nov. 1997. Entrou em vigor em 1999.

⁶ Tratado de Nice que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns atos relativos a esses Tratados [Doravante Tratado de Nice]. *JOUE*, n. C 80, 10 mar. 2001. Entrou em vigor em 2003.

⁷ Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia. *JOUE*, n. C 306, 17 dez. 2007.

⁸ Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. *JOUE*, n. C 310, 16 dez. 2004.

9 Versão Consolidada do Tratado da União Europeia [Doravante Versão Consolidada do TUE]. *JOUE*, n. C 83, 30 mar. 2010, arts. 1^o e 47. A Comunidade Europeia de Energia Atômica, por sua vez, continua a existir.

10 Versão Consolidada do TUE, *supra* nota 8, art. 13.

11 BAUDENBACHER, Carl. Judicialization: can the european model be exported to other parts of the world?, *Texas International Law Journal*, [S.l.], 381-399, Spring, 2004, p. 383.

12 DECISÃO DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão de 24 de outubro de 1988, estabelecendo o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias. *JOUE*, n. L 313/1 (1988).

13 WOUDE, Marc van der. The Court of First Instance: The First Three Years. *Fordham International Law Journal*, [S. 1.], 412-469, Seventh Annual Issue on European Community Law, 1992/1993, p. 413.

14 Tratado de Nice, *supra* nota 5, art. 32.

15 Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia [Doravante Versão Consolidada do TFUE], *JOUE*, n. C 83, 30 mar. 2010, art. 257.

16 DECISÃO DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão de 2 de novembro de 2004. Institui o Tribunal da Função Pública da União Europeia. *JOUE*, L 333/7, 2004.

17 Versão Consolidada do TUE, *supra* nota 8, art. 19; Tratado instituindo a Comunidade Europeia de Energia Atômica [Doravante Tratado da CEEA] Mar. 25, 1957, 298 United Nations Treaty Series 167, art. 137. Disponível na versão consolidada em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12006A/12006A.html>>. Acesso em: 29 jan. 2011.

18 BAUDENBACHER, *supra* nota 10, p. 384.

19 Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 252; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A. Ressalta-se que tal número pode ser aumentado pelo Conselho, caso isso seja requisitado pelo Tribunal.

20 Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 253; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A. Cabe notar ainda que os juízes e advogados-gerais do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral gozam de imunidade de jurisdição e outros privilégios. Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia [Doravante Estatuto]. *JOUE*, n. C 115, arts. 3 e 8.

21 Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 252; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

22 Dentre as razões para essa impossibilidade, está a que os juízes poderiam ficar expostos às pressões governamentais. Ver BAUDENBACHER, *supra* nota 10, p. 384.

23 ROSENFELD, Michel. Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press e New York University School of Law, 618-651, October, 2006, p. 642-643.

24 RITTER, Cyril. A new look at the role and impact of Advocates-General. *Columbia Journal of European Law*, [S. 1.], 751-774, Summer, 2006, p. 762.

25 Estatuto, *supra* nota 19, art. 16.

26 MURPHY, Daniel T. Closer or enhanced cooperation: Amsterdam or Nice. *Georgia Journal of International and Comparative Law* [S. 1.], 265-318, Winter, 2003, p. 317.

27 Versão Consolidada do TUE, *supra* nota 8, art. 24.

28 Versão Consolidada do TUE, *supra* nota 8, art. 40.

29 Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 275.

[30](#) O antigo art. 35 do Tratado da União Europeia, o qual continha essa previsão e outras restrições, foi revogado pelo Tratado de Lisboa.

[31](#) Ele também prevê a adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Versão Consolidada do TUE, *supra* nota 8, art. 6^o.

[32](#) Protocolo número 30 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido. *JOUE*, C 83/314, 30 mar. 2010.

[33](#) Acordo sobre o Espaço Económico Europeu [Doravante Acordo do EEE], *JOUE*, L 1, 3.01.1994, art. 111, par. 3. Disponível em: <<http://secretariat.efta.int/>>. Acesso em: 29 jan. 2011. O Acordo sobre o Espaço Económico Europeu foi estabelecido pelos então doze membros da União Europeia e membros da Associação Europeia de Livre Comércio, com o objetivo de criar uma área económica homogênea na Europa. Isso se explica pelo fato de a Associação Europeia de Livre Comércio ser uma associação entre Estados estabelecida em 1960, composta por países que não são membros da União Europeia. Atualmente a Associação Europeia de Livre Comércio é composta pela Islândia, pela Noruega, pela Suíça e por Liechtenstein. Desses países, apenas a Suíça não faz parte do Espaço Económico Europeu. Ver RIECHENBERG, Kurt. The Merger of Trading Blocks and the Creation of the European Economic Area: Legal and Judicial Issues. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, [S. 1.], 63-98, Winter, 1995, p. 63 *et seq.*

[34](#) O Tratado faz menção à Comunidade Europeia. No entanto, lembramos que, de acordo com o Tratado de Lisboa, ela foi sucedida pela União Europeia.

[35](#) Esse comitê é composto por representantes dos Estados-Partes e tem a função de assegurar a efetiva implementação e operação do Acordo do EEE. Ver Acordo do EEE, *supra* nota 32, arts. 92 e 93. Entre outras funções do Comitê Misto também se encontra a de garantir a homogeneidade do Espaço Económico Europeu, o qual foi estabelecido sobre os dois pilares, quais sejam, a União Europeia e o Espaço Económico Europeu. Para tanto, ver também: Acordo do EEE, *supra* nota 32, arts. 105-106.

[36](#) Acordo do EEE, *supra* nota 32, art. 111, par. 3.

[37](#) Acordo do EEE, *supra* nota 32, art. 107.

[38](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 272; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[39](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 218. No caso da Comunidade Europeia de Energia Atômica, ver Tratado da CEEA, *supra* nota 16, arts. 103 e 104.

[40](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 256; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[41](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 267.

[42](#) *Caso Amministrazione delle finanze dello Stato*: Reference for a preliminary ruling: Tribunale civile e penale di Milano. *Amministrazione delle finanze dello Stato v. Denavit italiana Srl*. Caso 61/79 (1980), par. 16. A uniformidade ainda é garantida pela notificação da requisição por uma questão prejudicial a todos os Estados-Membros e a todas as instituições da União, e isso é feito após sua tradução para todas as línguas oficiais da organização. Dessa maneira, as partes, os Estados-Membros e as instituições podem submeter observações escritas à Corte. Ver Estatuto, *supra* nota 19, art. 23.

[43](#) HALTERN, U. *Europarecht: Dogmatik im Kontext*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Auflage, 2007, p. 208.

[44](#) Versão consolidada do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça [Doravante Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça]. *JOUE*, n. C 177, 2 jul. 2010, art. 40.

[45](#) Estatuto, *supra* nota 19, art. 20.

[46](#) Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, *supra* nota 43, art. 57.

[47](#) Estatuto, *supra* nota 19, art. 20.

[48](#) EDWARDS, Vanessa. European Court of Justice Environmental Cases 2002. *Journal of Environmental Law*, Oxford University Press, 87-96, 2003, p. 93.

[49](#) Failure of a Member State to fulfill obligations: Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. *Opinion of Advocate General Kokott*, Caso C-484/04 (2006), par. 51.

[50](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 258; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A. Ver também HALTERN, p. 180.

[51](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 259; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[52](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 259; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[53](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 263. Neste ponto também merece atenção o art. 288, o qual estabelece que “[p]ara exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres”. Os regulamentos, apesar do carácter geral, obrigam em todos os seus elementos e são diretamente aplicáveis nos Estados-Membros. As directivas, particularmente, vinculam os Estados-Membros em relação ao resultado a ser atingido, mas deixam às autoridades nacionais o método e a forma de atingir os resultados. Por outro lado, a decisão é obrigatória em todos os seus elementos e quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. Por fim, os pareceres e recomendações não são vinculantes e não podem ser objeto de um recurso de anulação.

[54](#) Contudo, se considerar necessário, o Tribunal pode indicar quais efeitos do ato devem se considerar subsistentes. Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, arts. 264 e 266.

[55](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 263.

[56](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 269.

[57](#) O artigo 2º estabelece: “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, a democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres”. Versão Consolidada do TUE, *supra* nota 8, art. 2º.

[58](#) O princípio da subsidiariedade é definido no artigo 5º do TUE: “Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”.

[59](#) O Comitê das Regiões é um órgão consultivo da União Europeia, “composto por representantes das autarquias regionais e locais que sejam quer titulares de um mandato

eleitoral a nível regional ou local, quer politicamente responsáveis perante uma assembleia eleita”. Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 300.

[60](#) Protocolo n. 2 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. *JOUE*, C 83/208, 30 março 2010, art. 8^o.

[61](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 265.

[62](#) Os recursos interpostos pelo Tribunal de Contas, pelo Banco Central Europeu e pelo Comitê das Regiões têm o objetivo de salvaguardar as respectivas prerrogativas.

[63](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 254; Estatuto, *supra* nota 19, art. 48.

[64](#) Versão Consolidada do Regulamento de Processo do Tribunal Geral [Doravante Regulamento do Tribunal Geral]. *JOUE*, n. C 177, 2 jul. 2010, arts. 10-14.

[65](#) Regulamento do Tribunal Geral, *supra* nota 63, art. 18.

[66](#) Estatuto, *supra* nota 19, art. 49.

[67](#) Regulamento do Tribunal Geral, *supra* nota 63, art. 1^o.

[68](#) Regulamento do Tribunal Geral, *supra* nota 63, título IV.

[69](#) BAUDENBACHER, *supra* nota 10, p. 383.

[70](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, arts. 256, 263 e 165; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art.106-A.

[71](#) Ressalta-se que, na hipótese de abstenção da Comissão concernente à cooperação reforçada, o Tribunal de Justiça tem competência exclusiva. Estatuto, *supra* nota 19, art. 51.

[72](#) Estatuto, *supra* nota 19, art. 51.

[73](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, arts. 256, 268 e 340; Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[74](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 256, Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[75](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 256, Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[76](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 256, Tratado da CEEA, *supra* nota 16, art. 106-A.

[77](#) RITTER, p. 755.

[78](#) Afirma-se que o Tribunal Geral não possui uma estrutura operacional independente de maneira suficiente para assegurar a uniformidade das decisões. Ver Reference for a preliminary ruling: College juridictionnel de la Region de Bruxelles-Capitale — Belgium. François De Coster v. College des bourgmestre et echevins de Watermael-Boitsfort.Caso C-17/00 (2001), *Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer*, 2001, par.73.

[79](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 265.

[80](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 263.

[81](#) ELIANTONIO, Mariolina; STRATIEVA, Nelly. From Plaumann, Through UPA and Jégo-Quééré, to the Lisbon Treaty: The Locus Standi of Private Applicants Under Article 230 (4) EC Through a Political Lens, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, v. 5, n. 13, 2009, p. 10-11.

[82](#) “Persons other than those to whom a Decision is addressed may only claim to be individually concerned if that Decision affects them by reason of certain attributes which are peculiar to them or by reason of circumstances in which they are differentiated from all other persons, and by virtue of these factors distinguishes them individually just as in the case of the

person addressed.” *Caso Plaumann*: Action for annulment: Plaumann & Co. v. Commission of the European Economic Community. Caso 25/62 (1963), p. 95.

[83](#) Clementina é uma fruta semelhante à tangerina.

[84](#) BIERNAT, Ewa. The Locus Standi of Private Applicants under article 230 (4) EC and the Principle of Judicial Protection in the European Community. NYU School of Law, *Jean Monnet Working Paper* 12/03, p. 9 *et seq.*

[85](#) Regulamento do Tribunal Geral, *supra* nota 63, Título II, Capítulo 1 e 2.

[86](#) Se o demandado for um Estado-Membro ou uma pessoa singular ou coletiva de um Estado-Membro, a língua do processo é a língua oficial desse Estado e, no caso de existirem várias línguas oficiais, o demandante tem a faculdade de escolher a que lhe convier. Regulamento do Tribunal Geral, *supra* nota 63, art. 35.

[87](#) Decisão do Conselho de 2 de Novembro de 2004 que institui o Tribunal da Função Pública da União Europeia. *JOUE*, n. L 333/7, 9 nov. 2004.

[88](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, arts. 257 e 270.

[89](#) Estatuto, *supra* nota 19, Anexo I, art. 1^o.

[90](#) Estatuto, *supra* nota 19, Anexo I, art. 4^o.

[91](#) Versão Consolidada do TFUE, *supra* nota 14, art. 257.

[92](#) SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law*, [S. 1.], 483-529, June, 2006, p. 490 *et seq.*

[93](#) HOMSI, Christian Sano. “Self-contained Regimes” — No cop-out for North Korea! *Suffolk Transnational Law Review*, [S.1.], 89-123, Winter, 2000, p. 104; ARANGIO-RUIZ, G. Fourth report on State responsibility, *International Law Commission Yearbook*, v. I, UN Doc.A/CN.4/444 and Add.1-3, 1992, p. 35-36.

[94](#) SWEET, Alec Stone. Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 621-645, Summer, 2009, p. 636; PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action, *Columbia Journal of European Law*, Summer, 2009, p. 57 *et seq.*

[95](#) HALTERN, *supra* nota 42, p. 312-313.

[96](#) *Caso Van Gend & Loos*: Reference for a preliminary ruling: Tariefcommissie — Pays-Bas. NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration. Caso 26/62 (1963).

[97](#) *Idem.*

[98](#) “The law stemming from the Treaty, an independent source of law, could not because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called into question.” *Caso Flaminio Costa*: Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano — Italy. Flaminio Costa v. E. N. E. L. Caso 6/64 (1964).

[99](#) *Caso Francovich*: Reference for a preliminary ruling: Pretura circondariale di Vicenza — Italy. Andrea Francovich v Italian Republic. Caso 479/93 (1995).

[100](#) *Caso Foto-Frost*: Reference for a preliminary ruling: Finanzgericht Hamburg — Germany. Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost. Caso 314/85 (1987).

[101](#) *Caso CILFIT*: Reference for a preliminary ruling: Corte suprema di Cassazione — Italy. Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health. Caso 283/81 (1982).

[102](#) *Caso Grand Duchy of Luxemburg*: Failure of a Member State to fulfil obligations. Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxemburg. Caso C-193/05 (2006), par. 45; *Caso Commonwealth citizens residing in Gibraltar*: Failure of a Member State to fulfil obligations. Commonwealth citizens residing in Gibraltar and not having citizenship of the Union. Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Caso C-145/04 (2006), par. 85; *Caso Marks & Spencer*: Reference for a preliminary ruling: High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division — United Kingdom. Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes). Caso C-446/03 (2005), par. 36. No que diz respeito às obrigações derivadas da Carta das Nações Unidas, o encontro dos dois direitos merece um destaque. O Tribunal já afirmou que as obrigações dos Estados-Membros derivadas da Carta das Nações Unidas, o que inclui as decisões obrigatórias emanadas do Conselho de Segurança, prevalecem sobre as obrigações decorrentes do direito da União. Para tanto, ver *Caso Ahmed Ali Yusuf*: Action for annulment. Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities. Caso T-306/01 (2005), par. 240 e 149; *Caso Leonid Minin*: Action for annulment: Leonid Minin v Commission of the European Communities Court of First Instance. Caso T-362/04 (2007), par. 101. Apesar de tal regra já ser garantida pelo artigo 103 da Carta das Nações Unidas, tal assertiva é de importância fundamental para a coerência das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-Membros.

[103](#) *Caso ASML Netherlands BV*: Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof — Austria. ASML Netherlands BV v. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS). Caso C-283/05 (2006), par. 26; *Caso Laserdisken SpA*: Reference for a preliminary ruling: Ostre Landsret — Denmark. Laserdisken ApS v. Kulturministeriet. Caso C-479/04 (2006), par. 61.

[104](#) INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Accountability of International Organisations. *Final Report, Berlin Conference* (2004), p. 15.

[105](#) *Caso AFCon Management Consultants*: Action for damages: AFCon Management Consultants. Patrick Mc Mullin and Seamus O'Grady v. Commission of the European Communities. Caso T-160/03 (2005); *Caso Autosalone Ispra Snc*: Action for damages: Autosalone Ispra Snc v. European Atomic Energy Community. Caso T-250/02 (2005), par.53; *Caso Air One SpA*: Action for failure to act: Air One SpA v. Commission of the European Communities. Caso T-395/04 (2006), par. 61.

[106](#) SANDS, Philippe. European Community Environmental Law: The Evolution of a Regional Regime of International Environmental Protection. *Yale Law Journal*, [S.l.], 2511-2523, June, 1991, p. 2522-2523.

[107](#) JACOBS, Francis. The Role of the European Court of Justice in the Protection of the Environment. *Journal of Environmental Law*, Oxford University Press, 185-205, 2006, p. 185. Ver também: *Caso Commission v. Republic of Austria*: Failure by a Member State to fulfil its obligations. Commission of the European Communities v Republic of Austria. Caso C-320/03 (2005), par. 91.

[108](#) *Caso PreussenElektra*: Reference for a preliminary ruling: Landgericht Kiel — Germany. PreussenElektra AG v Schleswag AG, in the presence of Windpark Reußenkoge III GmbH and Land Schleswig-Holstein. Caso C-379/98 (2001), par. 76.

[109](#) MARCUS, David. The Normative Development of Socioeconomic Rights through Supranational Adjudication. *Stanford Journal of International Law*, [S. 1.], 53-101, Winter, 2006, p. 78-79.

[110](#) *Caso Bulent Kurz*: Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Karlsruhe — Germany. Bulent Kurz, ne Yuce v. Land Baden-Wurttemberg. Caso C-188/00 (2002), par. 27.

[111](#) *Caso Baumbast*: Reference for a preliminary ruling: Immigration Appeal Tribunal — United Kingdom. Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department. Caso C-413/99 (2002), par. 95.

[112](#) *Caso Simmenthal SpA*: Reference for a preliminary ruling: Pretura di Susa — Italy. Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Caso 106/77 (1978), paras.24-26; SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5. ed. Reino Unido: Cambridge University Press, 2003, p. 162.

[113](#) ROSENFELD, *supra* nota 22, p. 634. A esse respeito, também é importante registrar a polêmica decisão do Tribunal Constitucional Polonês, segundo a qual, caso haja conflito entre normas de direito comunitário e a Constituição polonesa, não se deve pressupor a supremacia do primeiro. Nesse sentido, o Tribunal afirmou que “[t]he principle of interpreting domestic law in a manner ‘sympathetic to European law’, as formulated within the Constitutional Tribunal’s jurisprudence, has its limits. In no event may it lead to results contradicting the explicit wording of constitutional norms or being irreconcilable with the minimum guarantee functions realised by the Constitution. In particular, the norms of the Constitution within the field of individual rights and freedoms indicate a minimum and unsurpassable threshold which may not be lowered or questioned as a result of the introduction of Community provisions”. Ver Polish Constitutional Tribunal. Judgment of 11th May 2005, K 18/04, *Poland’s Membership in the European Union (The Accession Treaty)*, par. 13-14.

[114](#) HALTERN, *supra* nota 42, p. 447.

[115](#) *Caso Friedrich Kremzow*: Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof — Austria. Friedrich Kremzow v. Republik Osterreich. Caso C-299/95 (1997), par.14.

[116](#) *Caso Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung*: Action for annulment: Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities. Caso 4/73 (1974), par. 13. Ressalta-se ainda que o Tribunal não utilizou o método de nivelar as constituições dos membros da UE, seja estabelecendo um padrão alto ou um padrão mínimo. Pelo contrário, procurou desenvolver seu próprio rol de direitos fundamentais, apenas tomando os direitos fundamentais dos países membros como inspiração. Ver *Caso Klaus Kuhn*: Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße v. Germany. Klaus Kuhn v. Landwirtschaftskammer Rheinland-Pfalz. Caso 44/79 (1993).

O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL: EVOLUÇÃO E DESAFIOS

LEANDRO ROCHA DE ARAUJO¹

1. INTRODUÇÃO

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) é uma das iniciativas de integração econômica mais importantes da América Latina. Constituído em 1991, o bloco permitiu aos seus Estados-membros² — Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai³ — estabelecer e ampliar as políticas regionais de liberalização comercial e integração. Nesse sentido, um dos fatores mais relevantes para garantir o respeito às regras estabelecidas para o bloco e o seu efetivo funcionamento foi a criação de um sistema regional de solução de controvérsias.

O presente artigo tem por finalidade examinar o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, a partir do marco normativo estabelecido pelos acordos firmados no âmbito do bloco. Nesse sentido, será feita uma análise da evolução das regras que regem o mecanismo, bem como de algumas das principais disputas por ele solucionadas, o que permitirá avaliar seu funcionamento.

Na segunda seção será realizada uma análise do processo de integração do Mercosul, do ponto de vista de suas estratégias e limitações. Na terceira seção, serão examinados os dois modelos precedentes de solução de

controvérsias adotados pelo bloco, a evolução do sistema normativo e ainda algumas das principais controvérsias solucionadas com base no Protocolo de Brasília. Na quarta e última seção, será analisado o atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul estabelecido pelo Protocolo de Olivos, bem como as suas principais inovações e limitações.

2. PROCESSO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL: ESTRATÉGIAS E LIMITAÇÕES

A integração econômica entre os países da América Latina não é um movimento recente. Embora tenha suas raízes no século XIX, após o movimento de independência dos países da região, foi em 1960, com a criação da Associação de Livre Comércio da América Latina (ALALC), que o processo de integração latino-americano se intensificou. A ideia contida nesse movimento era buscar maior inserção dos países latino-americanos no comércio internacional, por meio da criação de preferências recíprocas rumo a um mercado comum.

Entretanto, em razão das dificuldades enfrentadas para a consolidação da ALALC, foi negociado no âmbito latino-americano um acordo mais abrangente e ao mesmo tempo mais flexível, que viesse a atender os interesses dos diversos países latino-americanos na busca da ampliação dos fluxos comerciais. Tal tratado foi firmado em 1980 (Tratado de Montevideu)⁴ e criou a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), permitindo que os países da região fizessem acordos bilaterais ou plurilaterais, graduais e progressivos.

Foi nesse contexto que surgiu o Mercosul, criado pelo Tratado de Assunção em 26 de março de 1991 e composto por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai⁵ e ⁶. Em 4 de julho de 2006, a Venezuela assinou o Protocolo de Adesão ao bloco, mas ainda aguarda a aprovação do Congresso paraguaio para tal adesão. Além disso, são países associados ao Mercosul a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru⁷.

A efetiva aproximação e a busca pela ampliação dos mercados nacionais por meio da integração econômica trouxe novos desafios para os Estados-membros do Mercosul. Um dos principais deles foi a criação de um mecanismo de solução de controvérsias eficiente e moderno que pudesse

atender às necessidades de solução dos conflitos intrabloco, decorrentes de maior interatividade e intercâmbio entre os Estados-membros⁸.

Ocorre que a adoção desse mecanismo foi condicionada pela própria estrutura estabelecida pelos Estados-membros para o Mercosul. O bloco foi concebido desde o início como uma organização intergovernamental, dirigida por seus membros, tanto que o mecanismo de tomada de decisões foi definido para funcionar por consenso e desde que com a presença de todos eles⁹.

Esta seria uma importante razão para que qualquer mecanismo de solução de controvérsias no Mercosul tivesse autonomia limitada em relação aos seus Estados-membros, impedindo a aplicabilidade direta de suas decisões no território de cada um deles. Havia, contudo, interesse dos Estados-membros em desenvolver um mecanismo que impedisse que as controvérsias comerciais entre os Estados-membros se tornassem um empecilho à evolução gradual do bloco.

Assim, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul desenvolveu-se em três etapas. O mecanismo previsto no Anexo III do Tratado de Assunção vigorou de 29-11-1991 a 21-4-1993, enquanto o mecanismo criado por meio do Protocolo de Brasília vigorou de 22-4-1993 a 31-12-2003. Finalmente, o mecanismo em vigor desde 1º-1-2004 até o presente momento foi aquele estabelecido pelo Protocolo de Olivos.

3. MECANISMOS PRECEDENTES DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

3.1. Anexo III do Tratado de Assunção

O Anexo III do Tratado de Assunção previa somente a fase diplomática para a solução de controvérsias. Assim, eventuais conflitos que viessem a surgir como consequência da aplicação do Tratado de Assunção deveriam ser resolvidos mediante negociação direta e, caso esta fosse infrutífera, mediante recomendação do Grupo Mercado Comum (GMC), no prazo de 60 dias. Em última instância, era previsto recurso ao Conselho do Mercado Comum (CMC), a fim de que este adotasse as recomendações que entendesse pertinentes. Em ambos os casos, as recomendações não eram obrigatórias para os Estados-membros.

Como se verifica, o mecanismo inicial de solução de controvérsias estabelecido para o Mercosul não produzia decisões obrigatórias, mas soluções que dependiam da vontade consensual dos Estados-membros, o que impedia a efetiva definição da disputa quando não houvesse um acordo entre as partes.

3.2. Protocolo de Brasília

O Protocolo de Brasília¹⁰, firmado em 17-12-1991, vigorou por mais de dez anos, de 22-4-1993 a 31-12-2003. Durante esse período, ele regeu o sistema de solução de controvérsias do Mercosul e teve sua efetividade testada nos diversos contenciosos que foram decididos sob a sua égide. Eles foram os seguintes:

Tabela 1. Disputas decididas com base no Protocolo de Brasília¹¹

DISPUTA	DEMANDANTE	DEMANDADO	OBJETO
I	Argentina	Brasil	Aplicação de medidas administrativas supostamente restritivas ao comércio
II	Argentina	Brasil	Subsídios à produção e à exportação da carne de porco
III	Brasil	Argentina	Aplicação de salvaguardas para produtos têxteis importados
IV	Brasil	Argentina	Aplicação de medidas <i>antidumping</i> contra a exportação de frango inteiro
V	Uruguai	Argentina	Restrições à exportação de bicicleta
VI	Uruguai	Brasil	Proibição à importação de pneus remoldados
VII	Uruguai	Brasil	Proibição à importação de pneus remoldados
VIII	Paraguai	Uruguai	Aplicação do Imposto Específico Interno (IMESI) sobre a comercialização de cigarros
IX	Argentina	Uruguai	Regime de estímulo à industrialização de lã
X	Uruguai	Brasil	Medidas restritivas à comercialização de tabaco e produtos derivados do tabaco

~~Embora não fosse ainda o mecanismo definitivo de solução~~ de controvérsias do bloco, foi inovador, pois além de definir o âmbito de aplicação do Protocolo a qualquer controvérsia entre Estados-membros sobre a interpretação, aplicação ou não cumprimento da “legislação do Mercosul”¹² — abrangendo ações ou omissões — e as fontes de direito a serem utilizadas para solucionar eventuais controvérsias¹³, ele introduziu a fase jurisdicional — por meio de procedimentos arbitrais — para a solução de controvérsias entre os Estados-membros¹⁴.

Com base no Protocolo de Brasília, as decisões nos diversos procedimentos arbitrais realizados foram fundadas na regra do direito e não mais em critérios políticos, o que trouxe maior previsibilidade e segurança às partes.

A primeira fase do mecanismo do Protocolo de Brasília era a diplomática, a qual se iniciaria com a busca de solução por meio de negociações diretas entre os países em litígio. Não havendo solução, dever-se-ia passar à segunda etapa, isto é, intervenção do GMC, para que este órgão então formulasse recomendações às partes na controvérsia.

Caso assim não fosse resolvida a disputa, o Protocolo de Brasília previa uma segunda fase — jurisdicional — com o estabelecimento de um procedimento arbitral entre as partes perante o denominado Tribunal *Ad Hoc*¹⁵. Um ponto de grande importância no mecanismo criado pelo Protocolo de Brasília foi a obrigatoriedade da decisão proveniente do procedimento arbitral, a qual não poderia ser rejeitada ou afastada por qualquer um dos Estados-membros.

Ao final do prazo de 60 dias (prorrogáveis por mais 30), o Tribunal deveria emitir o seu laudo decidindo a disputa, o qual era inapelável¹⁶ e obrigatório. Caso o Estado-membro vencido deixasse de implementar integralmente a decisão, poderia sujeitar-se à aplicação de medidas compensatórias por parte do Estado vencedor da demanda.

Entretanto, o Protocolo de Brasília não permitiu aos Tribunais *Ad Hoc* o posterior exame de eventuais medidas retaliatórias adotadas pelo Estado vencedor da demanda, as quais poderiam ser utilizadas em excesso e assim se tornar uma restrição ao comércio intrabloco ainda maior que a que havia dado causa à controvérsia. Esse problema foi resolvido posteriormente, com a adoção do Protocolo de Olivos, como será visto a seguir.

Um ponto importante estabelecido pelo Protocolo de Brasília referiu-se ao fato de os particulares (pessoas físicas ou jurídicas) ficarem autorizados a apresentar reclamações às respectivas Seções Nacionais do GMC, fundadas na aplicação de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação à “legislação do Mercosul”¹⁷. Para que o caso tivesse seguimento, ele deveria ser sustentado pela respectiva Seção Nacional do GMC (fase diplomática) ou mesmo pelo próprio Estado-membro (fase jurisdicional). Foi o que ocorreu no caso exposto a seguir, entre Uruguai e Brasil.

Caso 1. Laudo n. X do Mercosul — “Controvérsia sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e produtos derivados do tabaco”¹⁸

Trata-se de uma disputa entre o Uruguai e o Brasil a respeito de algumas medidas aplicadas por este país ao comércio de tabaco e produtos derivados, consideradas restritivas pelo Uruguai. A demanda iniciou-se por meio dos procedimentos previstos para as “reclamações de particulares”, com base no artigo 25 do Protocolo de Brasília.

Assim, uma empresa com a sede de seus negócios no Uruguai (Companhia Industrial de Tabacos Monte Paz S.A.) formalizou uma reclamação perante a Seção Nacional do GMC do Uruguai alegando a existência de prejuízos atuais e futuros em consequência da edição dos Decretos n. 3.646/00¹⁹ e n. 3.647/00²⁰ pelo Brasil, uma vez que tais decretos estabeleciam elevados impostos para a exportação dos produtos deste país para o Uruguai.

Tendo em vista que a Seção Nacional do GMC do Uruguai entendeu pela veracidade das violações aludidas, ela apresentou, em 16-3-2001, uma reclamação perante o GMC. Este órgão, por sua vez, convocou um grupo de especialistas para emitir parecer sobre a reclamação apresentada, tendo o parecer sido pela procedência da reclamação do Uruguai por unanimidade. Com isso, o Uruguai requereu ao governo brasileiro a adoção de medidas corretivas e/ou a anulação das normas impugnadas, ocasião em que o Brasil, por meio do Decreto n. 4.831, de 5-9-2003, revogou apenas o Decreto n. 3.647/2000.

Entretanto, como o Decreto n. 3.646/2000 ainda continuava em vigor — e segundo alegações uruguaias vinha acarretando prejuízos à empresa supramencionada —, o Uruguai decidiu, em 6-12-2004, recorrer ao

procedimento arbitral previsto no Protocolo de Brasília²¹. O painel realizou sua primeira audiência em 10-5-2005.

Em 20-7-2005, o Tribunal foi informado de uma nota emanada pela Coordenação brasileira no GMC, pela qual informava a publicação do Decreto n. 5.492, de 18 de julho de 2005, que revogara o Decreto n. 3.646/2000, bem como da publicação da Resolução CAMEX n. 20/05, que revogara a Resolução CAMEX 26/03 (a qual onerava as exportações brasileiras de tabaco e insumos para a fabricação de derivados de tabaco).

Desse modo, alegou a parte brasileira que a revogação dos referidos Decreto e Resolução acabara por tornar sem objeto a controvérsia, em razão de não estarem mais em vigor as medidas que lhe deram origem. O Uruguai se manifestou positivamente pelo encerramento da controvérsia. Por fim, estabeleceu o Tribunal:

“(...) o Tribunal conclui que o término da controvérsia se fundamenta no fato de que a reclamação do Uruguai foi satisfeita pelo Brasil através da revogação daquelas normas internas que violavam regras e princípios do Mercosul.

Neste sentido, a revogação do Decreto n. 3.464 de 2000 e da Resolução CAMEX n. 26 de 2003 constituem fiel cumprimento por parte do Brasil de suas obrigações emanadas da normativa do Mercosul. As medidas tomadas pelo Brasil esvaziam o conteúdo do objeto da controvérsia e, portanto a dão por concluída”²².

Como se verifica, a existência de uma fase jurisdicional com caráter obrigatório, introduzida pelo Protocolo de Brasília, reforçou o mecanismo de solução de controvérsias do bloco, o qual teve como base para as suas decisões a regra do direito.

Cumprе ressaltar que o mecanismo de solução de controvérsias trazido pelo Protocolo de Brasília, embora bastante avançado se comparado ao previsto no Anexo III do Tratado de Assunção, ainda não estava completo. Em relação à fase jurisdicional, na qual havia um órgão para decidir a controvérsia (Tribunais *Ad Hoc*), faltava um órgão revisor de tal decisão, não havendo o duplo grau de jurisdição.

Outro desafio decorrente dessa situação era a falta de um mecanismo para uniformização da jurisprudência do bloco, o qual pudesse criar maior

previsibilidade a respeito da interpretação jurídica dos acordos do Mercosul para os diversos atores, públicos e privados.

Além disso, não havia nesse protocolo previsão relacionada ao exame da implementação do laudo pelo órgão que decidiu a disputa, o que deixava a critério das partes definir se as decisões nele contidas haviam sido cumpridas ou não. Isso era uma fonte potencial para novas controvérsias, caso houvesse divergência entre as partes sobre o devido cumprimento (ou não) do laudo.

Deve-se mencionar ainda que a falta de uma cláusula de eleição do foro do mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul permitia a utilização de dois foros diferentes pelas partes para o julgamento de demandas fundadas sobre os mesmos fatos, o que poderia trazer dificuldades para o sistema jurídico.

Assim, embora o Protocolo de Brasília tenha sido um marco importante para o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, ele continha pontos a serem mais bem desenvolvidos. Nesse sentido, o Protocolo de Olivos buscou tocar em parte dessas questões, como se verá a seguir.

4. O PROTOCOLO DE OLIVOS E O ATUAL MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O Protocolo de Olivos²³, criado para substituir o Protocolo de Brasília, foi firmado em 18 de fevereiro de 2002 pelos então quatro Estados-Membros do bloco (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai) e entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004²⁴. Trouxe uma série de inovações ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul²⁵ e ²⁶, embora tenha mantido boa parte das disciplinas contidas em seu antecessor. Com base no Protocolo de Olivos, já foram decididas até o presente momento diversas disputas entre os Estados-membros, as quais se encontram a seguir indicadas:

Tabela 2. Disputas decididas com base no Protocolo de Olivos²⁷

DISPUTA	DEMANDANTE	DEMANDADO	OBJETO
Laudo TPR 01/2005	Uruguai	Argentina	Proibição de importação de pneus remoldados procedentes do Uruguai
Laudo TPR 01/2006	Argentina	Uruguai	Proibição de importação de pneus remoldados procedentes do Uruguai <i>(Laudo complementar)</i>
Laudo TPR 02/2006	Argentina	Uruguai	Impedimentos à livre circulação decorrentes das interrupções das vias de acesso no território argentino
Laudo TPR 01/2007	Argentina	Uruguai	Proibição de importação de pneus remoldados procedentes do Uruguai <i>(Laudo sobre eventual excesso na aplicação de medidas compensatórias)</i>
Laudo TPR 01/2008	Uruguai	Argentina	Divergência sobre o cumprimento do Laudo n. 1/05, iniciada pelo Uruguai (Art. 30, Protocolo de Olivos)
Laudo Tribunal <i>Ad Hoc</i> I	Uruguai	Argentina	Proibição à importação de pneus remoldados <i>(Laudo revogado pelo Laudo do TPR)</i>
Laudo Tribunal <i>Ad Hoc</i>	Uruguai	Argentina	Omissão do Estado argentino em adotar medidas apropriadas para prevenir e/ou fazer cessar os impedimentos à livre circulação decorrentes das

4.1. Âmbito de aplicação e direito aplicável

Em relação ao seu âmbito de aplicação, esse é ~~o mesmo~~ ^{essencialmente idêntico} ao estabelecido pelo Protocolo de Brasília, isto é, aplica-se às controvérsias que surjam sobre a interpretação, aplicação ou não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC e das Diretrizes da CCM (“legislação do Mercosul”)²⁸. Como se verifica, as controvérsias podem estar baseadas em ações ou omissões dos Estados-membros que violem as normas do Mercosul descritas acima.

A inovação foi a inclusão das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) no âmbito de aplicação do acordo, tendo em vista que esse órgão foi estabelecido pelo Protocolo de Ouro Preto, portanto em momento posterior à criação do próprio Protocolo de Brasília.

O direito aplicável é delimitado pelo Protocolo de Olivos como o “Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, Decisões do CMC, Resoluções do GMC e Diretrizes da CCM, bem como os princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria”, além da equidade, desde que as partes assim o estabeleçam²⁹.

4.2. Eleição do foro

Uma novidade trazida pelo Protocolo de Olivos relaciona-se à obrigatoriedade de eleição prévia do foro onde deverá ser apreciada a demanda, de modo que uma vez iniciado o procedimento de solução de controvérsias no âmbito do Mercosul em relação a um determinado objeto, nenhuma das partes poderá recorrer a mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos em outros foros, como os da Organização Mundial do Comércio (OMC) ou de outros esquemas preferenciais de comércio com relação ao mesmo objeto, conforme disposto no artigo 1.2 do referido Protocolo³⁰.

Essa medida visa a conferir maior segurança jurídica às partes na controvérsia, já que fica definido que, após iniciarem a demanda em um dos foros, não poderão recorrer a outro para buscar uma decisão diversa da anteriormente proferida sobre a mesma questão. Com isso, a escolha deve

ser feita previamente ao início da demanda pelo Estado-membro reclamante e será vinculativa para ambos os Estados litigantes.

A escolha de qual o foro mais adequado deverá ser feita em um exame particular para o caso concreto, levando-se em consideração não só as normas reputadas como violadas, mas também aspectos concernentes à implementação da demanda após a decisão.

4.3. Estrutura institucional

Em relação à estrutura institucional do mecanismo de solução de controvérsias previsto pelo Protocolo de Olivos, destaque deve ser conferido aos órgãos que compõem a fase jurisdicional, já que na fase diplomática só participam os Estados-membros e o GMC. Assim, a fase jurisdicional é composta pelos Tribunais *Ad Hoc* e por uma outra inovação trazida pelo Protocolo de Olivos, isto é, o Tribunal Permanente de Revisão (TPR).

O Tribunal *Ad Hoc* será composto por três árbitros, sendo um deles designado por cada um dos Estados na controvérsia e o terceiro, que presidirá o Tribunal Arbitral *Ad Hoc* e não poderá ser nacional de nenhum dos Estados na controvérsia, escolhido em comum acordo pelos Estados-Membros³¹.

Já o TPR é o órgão de segunda instância (embora possa ser também instância única no procedimento jurisdicional, caso as partes desejem levar a demanda diretamente ao TPR) no âmbito do sistema de solução de controvérsias do Mercosul e foi inaugurado em 13 de agosto de 2004, tendo sua sede na cidade de Assunção (Paraguai).

O TPR é composto por cinco árbitros, sendo que cada Estado-membro designará um árbitro e seu suplente por um período de dois anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos. O quinto árbitro será designado por um período de três anos não renovável, salvo acordo em contrário dos Estados-membros, terá a nacionalidade de um dos Estados-membros do Mercosul e será escolhido por unanimidade, pelo menos três meses antes da expiração do mandato do quinto árbitro em exercício³².

Quando a controvérsia envolver dois Estados-membros, o TPR estará integrado por três árbitros. Dois árbitros serão nacionais de cada Estado parte na controvérsia e o terceiro, que exercerá a Presidência, será

designado mediante sorteio (entre os árbitros restantes que não sejam nacionais dos Estados partes na controvérsia). Quando a controvérsia envolver mais de dois Estados-membros, o TPR estará integrado por cinco árbitros³³.

4.4. Procedimentos: a fase diplomática e a fase jurisdicional

4.4.1. A fase diplomática

A fase diplomática divide-se em negociações diretas e intervenção do GMC. Nas negociações diretas, as partes terão 15 dias, a contar da data em que uma delas comunicou à outra a decisão de iniciar a controvérsia, para promover as negociações diretas e buscar uma solução para a disputa³⁴ e ³⁵.

Se por meio das negociações diretas não houver acordo para solucionar a controvérsia ou se ela for solucionada apenas parcialmente, os Estados-membros poderão submetê-la à consideração do GMC, para que este formule recomendações sobre o assunto no prazo de 30 dias, desde que ambos os Estados acordem.

Os Estados-membros poderão ainda iniciar diretamente o procedimento arbitral após as negociações diretas, caso qualquer um deles assim o deseje. Esta é uma inovação trazida pelo Protocolo de Olivos, já que na sistemática anterior havia a necessidade de esgotamento da fase diplomática (com a participação do GMC) antes que fosse possível iniciar a fase jurisdicional, em consonância com o artigo 7º do Protocolo de Brasília.

4.4.2. A fase jurisdicional

Não sendo possível solucionar a demanda por meio da fase diplomática, deverá então ser observada a fase jurisdicional, a qual será obrigatória se vier a ser acionada, sem necessidade de acordo especial³⁶. A fase jurisdicional pode se dividir em duas etapas, sendo a primeira exercida pelo procedimento arbitral *ad hoc* — por meio de Tribunais *Ad Hoc* — e a segunda exercida pelo TPR.

O Protocolo de Olivos estabeleceu, em seu artigo 14, que o objeto da controvérsia levada pelas partes ficará determinado pelos textos de apresentação e de resposta expostos ao Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, não podendo ser ampliado posteriormente³⁷.

O Protocolo de Olivos (como já o fizera o Protocolo de Brasília) permitiu a adoção de medidas provisórias por parte do Tribunal *Ad Hoc*, desde que haja presunção fundamentada de que a manutenção da situação poderá ocasionar danos graves e irreparáveis a uma das partes na controvérsia³⁸. Tais medidas estão regulamentadas pela Decisão do CMC n. 23/04³⁹, que estabelece os requisitos para a sua adoção e também a forma como deverá ser apresentado o requerimento para a aplicação das referidas medidas.

O laudo do Tribunal *Ad Hoc* deverá ser emitido em um prazo de 60 dias, prorrogável por decisão do Tribunal por mais 30 dias, contados a partir da comunicação efetuada pela Secretaria do Mercosul às partes e aos demais árbitros, informando a aceitação pelo árbitro Presidente de sua designação⁴⁰. Tanto os laudos do Tribunal *Ad Hoc* quanto do TPR serão adotados por maioria e serão fundamentados⁴¹.

Do laudo dos Tribunais *Ad Hoc*, caberá recurso de esclarecimento ou recurso de revisão, em ambos os casos em até 15 dias após a sua notificação às partes⁴². No primeiro caso, o esclarecimento versará sobre algum dos pontos do laudo ou ainda sobre como este deverá ser cumprido, enquanto no segundo caso ele remeterá a controvérsia à segunda instância, para que seja apreciada pelo TPR⁴³.

Em relação ao TPR, ele será responsável por (i) julgar os recursos de revisão dos laudos dos Tribunais *Ad Hoc*; (ii) julgar as demandas em única instância, quando os Estados-membros na controvérsia assim o decidirem; e (iii) emitir opiniões consultivas⁴⁴.

Em suma, sua principal função será servir de órgão revisor e uniformizador da jurisprudência do bloco⁴⁵, o que consolida o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul.

O recurso de revisão poderá ser apresentado por qualquer uma das partes e versará somente sobre as questões de direito tratadas na controvérsia, bem como sobre as interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo⁴⁶. Como o recurso de revisão deverá ser interposto em um prazo de 15 dias, a outra parte na controvérsia terá também 15 dias para apresentar a sua contestação⁴⁷.

O TPR deverá pronunciar-se sobre o recurso em um prazo máximo de 30 dias, prorrogáveis por mais 15 dias, contados da apresentação da contestação ou do vencimento do prazo para que ela seja apresentada. Ele poderá confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões do Tribunal *Ad Hoc*, será definitivo e prevalecerá sobre aquelas⁴⁸.

Caso o Estado vencido não cumpra — total ou parcialmente — o determinado pelo laudo final no prazo estipulado⁴⁹, o Estado beneficiado pela decisão terá a faculdade, dentro de um ano do final desse prazo, de iniciar a aplicação de medidas compensatórias temporárias, como a suspensão de concessões ou de outras obrigações equivalentes⁵⁰.

Uma inovação do Protocolo de Olivos consiste em permitir a solicitação ao tribunal que proferiu o laudo final — seja ele o Tribunal *Ad Hoc* ou o TPR — que avalie se as medidas adotadas pelo Estado vencido na demanda foram ou não suficientes para o devido cumprimento do mesmo. Essa alternativa é relevante, sobretudo quando houver divergência por parte dos litigantes a respeito do cumprimento ou não do laudo, o que deverá ser examinado pelo respectivo tribunal em até 30 dias⁵¹.

Poderá o Tribunal avaliar ainda se houve a aplicação de medidas compensatórias em excesso por parte do Estado vencedor da demanda, o que seria também uma restrição indevida ao comércio⁵². Foi exatamente esse o teor do primeiro Laudo do TPR em 2007, na controvérsia entre Uruguai e Argentina sobre a proibição de importação de pneus remoldados procedentes do Uruguai⁵³. Neste caso, a Argentina alegou que as medidas compensatórias adotadas pelo Uruguai eram excessivas e solicitou ao TPR que determinasse ao Uruguai a suspensão de tais medidas. O TPR se pronunciou no sentido de que as medidas uruguaias eram proporcionais e não excessivas em relação ao descumprimento do laudo do TPR pela Argentina⁵⁴.

Os Estados que são parte na controvérsia podem ainda acessar diretamente e levar a disputa em única instância ao TPR, o qual terá então as mesmas atribuições e responsabilidades do Tribunal *Ad Hoc*⁵⁵. Nesse caso, o seu laudo não estará sujeito a recurso de revisão e terá, com relação às partes, força de coisa julgada.

Para ilustrar o funcionamento do mecanismo de solução de controvérsias previsto no Protocolo de Olivos, será apresentada uma disputa envolvendo o Uruguai e a Argentina, julgada em 2006, a respeito de impedimentos à livre circulação em território argentino.

Caso 3. Controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República da Argentina sobre a “omissão do Estado argentino em adotar medidas apropriadas para prevenir e/ou fazer cessar os impedimentos à livre circulação derivados dos bloqueios das vias de acesso em território argentino”⁵⁶

Em 3-7-2006, o Uruguai solicitou a constituição de um Tribunal *Ad Hoc* para examinar os bloqueios, realizados em território argentino, das rotas de acesso a pontes internacionais que se comunicavam com o Uruguai, por movimentos ambientalistas argentinos, especialmente da cidade de Gualeguaychú, em protesto pela construção de fábricas de beneficiamento de celulose sobre o rio Uruguai, limítrofe entre os dois países. Os bloqueios na Rota 136, de acesso à ponte internacional General San Martín, começaram em 19-12-2005 e, com suspensões, estenderam-se até 2-5-2006. Os bloqueios na Rota 135, de acesso à ponte internacional General Artigas, começaram em 30-12-2005 e com suspensões, estenderam-se até 18-4-2006.

Segundo o Uruguai, as autoridades argentinas deixaram de tomar as providências necessárias (medidas adequadas, razoáveis e eficazes) para fazer cessar os bloqueios das vias, com o que foram acarretados danos e prejuízos consideráveis ao país e a setores e agentes econômicos uruguaios relacionados à importação, exportação, turismo e transporte terrestre de passageiros e mercadorias.

Por entender que o Tratado de Assunção (livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos), bem como o Protocolo de Montevideu (livre circulação de serviços, com compromissos assumidos pela Argentina no setor de turismo e transporte)⁵⁷ estavam sendo violados por uma omissão das autoridades argentinas, o Uruguai iniciou essa demanda, a fim de que a suposta conduta omissiva da Argentina fosse considerada uma violação à legislação do Mercosul e com isso este país fosse obrigado a adotar as medidas apropriadas para fazer cessar tais impedimentos e fazer garantir a livre circulação de pessoas e mercadorias em relação ao Uruguai.

Em 6 de setembro de 2006, o Tribunal *Ad Hoc* constituído para examinar esse caso reconheceu a legalidade das alegações uruguaias perante a legislação do Mercosul, declarando que a Argentina deveria ter adotado as diligências devidas para prevenir ou corrigir os bloqueios das vias que unem a Argentina e o Uruguai e não o fez⁵⁸. Entretanto, evitou proceder a qualquer determinação relacionada a condutas futuras por parte do governo argentino por alegar que o Tribunal não possuía capacidade legiferante para regular condutas futuras. Não houve recurso de revisão e, como os bloqueios não mais ocorreram, esse caso foi encerrado.

O mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul demonstrou sua relevância para resolver a disputa em questão, com base na regra do direito.

4.5. Reclamações por particulares

Assim como já previa o Protocolo de Brasília, o Protocolo de Olivos também possui um procedimento específico para as reclamações iniciadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas)⁵⁹, em razão de sanção ou aplicação de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação à “legislação do Mercosul”.

Somente podem ser questionadas por particulares as ações comissivas por parte dos Estados, não sendo possível o questionamento de condutas omissivas que venham a violar a “legislação do Mercosul”. O procedimento é praticamente o mesmo do previsto anteriormente no Protocolo de Brasília, com a formalização das reclamações dos particulares perante a Seção Nacional do GMC do Estado-membro onde tenha sua residência habitual ou a sede de seus negócios⁶⁰.

Embora haja autores que interpretem essa possibilidade conferida aos particulares como uma efetiva disputa entre partes privadas e Estados-membros⁶¹, essa alternativa pode ser entendida como um direito de iniciativa conferido às partes privadas, a fim de que possam começar o processo em nome próprio perante a Seção Nacional do GMC. Não deverá ser entendida, contudo, como a própria legitimidade ativa para participar em todo o procedimento de solução de controvérsias previsto pelo Protocolo de Olivos.

Isso decorre do fato de que a reclamação apresentada pelos particulares somente terá seguimento se for sustentada pela Seção Nacional do GMC do país onde o particular tiver a sua residência habitual ou a sede de seus negócios⁶², já que este é o órgão competente para conduzir a demanda à fase diplomática prevista no Protocolo. Além disso, somente o Estado-membro poderá levar a demanda à fase jurisdicional. Em ambos os casos, o particular não possui legitimidade para atuar, em nome próprio, durante as fases diplomática e jurisdicional previstas no Protocolo de Olivos.

Em relação ao procedimento, caso seja a reclamação admitida pela Seção Nacional do GMC do Estado do particular afetado, esta deverá solicitar consultas bilaterais com a Seção Nacional do GMC do Estado a que se atribui a violação, as quais serão realizadas em 15 dias⁶³. Caso não seja resolvida a questão, ela será encaminhada ao GMC. Não sendo rejeitada a reclamação pelo GMC, ela considerará-se admitida e será apreciada por um grupo de especialistas a fim de que seja emitido um parecer em até 30 dias, contados de sua designação⁶⁴.

Se o parecer considerar, por unanimidade, procedente a reclamação formulada contra um Estado-membro, qualquer outro Estado-membro poderá requerer-lhe a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas⁶⁵. Não havendo unanimidade no parecer, o GMC dará por concluída a reclamação, o que não impede o Estado-membro de recorrer ao procedimento arbitral⁶⁶.

As duas únicas modificações em relação ao sistema anterior resumem-se à necessidade (i) de a Seção Nacional do GMC do Estado do particular estabelecer negociações diretas com a Seção Nacional do GMC do Estado reclamado antes de levar a demanda ao GMC, bem como (ii) de o grupo de especialistas definir o conteúdo do parecer por unanimidade e não mais por maioria.

4.6. Opiniões consultivas

O artigo 3º do Protocolo de Olivos estabelece o mecanismo de opiniões consultivas solicitadas ao TPR, o qual foi regulamentado pela Decisão do CMC n. 37/03⁶⁷.

Segundo a referida Decisão, todos os Estados-membros do Mercosul, desde que atuem conjuntamente, ou ainda os órgãos com capacidade

decisória do Mercosul (CMC, GMC ou CCM) ou os Tribunais Superiores dos Estados-membros com jurisdição nacional poderão solicitar opiniões consultivas ao TPR⁶⁸ sobre qualquer questão jurídica compreendida na “legislação do Mercosul”. Nesse procedimento, o TPR estará integrado por todos os seus membros⁶⁹ e terá 45 dias para se pronunciar por escrito a respeito da solicitação da opinião consultiva⁷⁰.

No caso de pedidos apresentados pelos Tribunais Superiores dos Estados-membros, eles deverão demonstrar a vinculação das normas do Mercosul objeto do pedido com causas que estejam em tramitação no Poder Judiciário do Estado-membro solicitante⁷¹. Embora as opiniões consultivas emitidas pelo TPR não sejam vinculantes nem obrigatórias⁷², um posicionamento do TPR a respeito dos assuntos relativos ao Mercosul possui grande relevância para a elucidação da interpretação da legislação do bloco, com o fim de trazer maior harmonização e segurança jurídica para o sistema⁷³. Nesse contexto, as opiniões consultivas proferidas até o momento são as seguintes:

Tabela 3. Opiniões consultivas proferidas com base no Protocolo de Olivos⁷⁴

OPINIÃO CONSULTIVA	SOLICITANTE	OBJETO
01/2009	Uruguai	Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão. “Juízo de Primeira Instância da 2ª Vara Cível — Autos do Processo: Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobrança de pesos. IUE: 2-43923/2007. Carta Rogatória”
01/2008	Uruguai	Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão constituído com competência para decidir a respeito da petição encaminhada pela Suprema Corte de Justiça da República Oriental do Uruguai a respeito dos autos do processo do Juizado de Direito no Cível da 1ª vara IUE 2-32247/07 “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”
01/2007	Paraguai	Opinião Consultiva do Tribunal Permanente de Revisão constituído com competência para decidir a respeito da petição de Opinião Consultiva apresentada pela Exma. Senhora Juíza de Primeira Instância no Cível e Comercial da Primeira Vara da jurisdição de Assunção, Paraguai, Magistrada Maria Angélica Calvo, no processo denominado: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratórios Northia Sociedade Anônima, Comercial, Industrial, Financeira, Imobiliária e Agropecuária s/ Indenização de Danos e Prejuízos e Lucro Cessante”

5. CONCLUSÃO

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul evoluiu consideravelmente desde a sua criação, pelo Anexo III do Tratado de Assunção, até o atual mecanismo, estabelecido pelo Protocolo de Olivos. Houve um movimento consistente rumo a uma maior jurisdicionalização do sistema, o que trouxe maior previsibilidade e segurança para os atores públicos e privados.

A partir da formação da jurisprudência do bloco, após a criação do Protocolo de Brasília, pôde-se verificar a efetividade do sistema e ainda examinar os principais desafios a serem superados na consolidação do mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul. As decisões dos Tribunais *Ad Hoc* nesse período, tomadas com base na regra do direito, conferiram maior grau de certeza e estabilidade às regras do Mercosul.

As inovações promovidas pelo Protocolo de Olivos foram de grande relevância para o sistema. Se por um lado, estabeleceram a regra da escolha do foro, conferindo grande importância ao mecanismo do Mercosul, por outro, determinaram a criação de um Tribunal Permanente de Revisão, o qual, além de garantir o duplo grau de jurisdição às partes na demanda, garantiu o surgimento de um órgão uniformizador da jurisprudência do Mercosul.

Embora os casos julgados até o momento tenham demonstrado a relevância do sistema para solucionar as controvérsias a ele apresentadas, a sua efetividade depende diretamente da vontade dos Estados-membros em fazer o processo funcionar. Nesse contexto, a avaliação a respeito da utilização do mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul deve ser feita no caso concreto, levando em consideração a legislação aplicável e as especificidades do caso.

Por fim, cumpre mencionar que a celeridade dos procedimentos no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul, tanto na fase diplomática quanto na jurisdicional, bem como a sua maior simplificação e os menores custos em sua utilização, podem ocasionar maior interesse para que os Estados-membros do bloco venham a optar por esse mecanismo para solucionar as suas controvérsias.

1 Doutor em Direito Internacional pela USP. Mestre em Direito Internacional pela UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG. Diplomata. Todas as opiniões apresentadas no presente artigo são expressadas em caráter exclusivamente pessoal pelo autor e não representam, em nenhuma hipótese, as posições do governo brasileiro a respeito da matéria.

2 Embora a legislação do Mercosul designe seus membros como “Estados-Partes”, a designação correta seria “Estados-membros”, em razão de fazerem parte de uma organização internacional com personalidade jurídica de direito internacional, como é o caso do bloco. Por essa razão, ao longo do presente texto será adotada a indicação “Estados-membros” para fazer referência aos países que compõem o Mercosul.

3 A Venezuela encontra-se em processo de acesso ao Mercosul e, atualmente, somente espera a aprovação do Paraguai para a sua entrada definitiva no bloco.

4 O Tratado de Montevideu de 1980 foi firmado em 12-8-1980 por 11 países (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela — posteriormente contou com a entrada de Cuba) e entrou em vigor em 18-3-1981. No Brasil, ele foi promulgado pelo Decreto n. 87.054, de 23-3-1982, e publicado no *Diário Oficial da União (DOU)* de 24-3-1982.

5 O Mercosul passou a fazer parte do marco normativo da ALADI por meio do Acordo de Complementação Econômica n. 18 (ACE-18), firmado em 29-11-1991. De acordo com o artigo 16 do ACE-18, “*o presente Acordo entrará em vigor na data de sua subscrição e terá uma duração indefinida*” (ALADI. *Acordo de Complementação Econômica n. 18*. Disponível em: <http://www.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/inicio2004P?OpenFrameSet&Frame=basefrm&Src=%2Fnsfaladi%2Ftextacdos.nsf%2Ftextacdosport2004%3FOpenPage%26AutoFramed>. Acesso em: 30. jan. 2011). No Brasil, o Tratado de Assunção foi recepcionado pelo Decreto n. 350, de 21-11-1991, e o ACE-18 foi recepcionado pelo Decreto n. 550, de 27-5-1992.

6 De acordo com o artigo 19 do Tratado de Assunção, “*o presente Tratado terá duração indefinida e entrará em vigor 30 dias após a data do depósito do terceiro instrumento de ratificação*” (MERCOSUL. *Tratado de Assunção, Artigo 19*). O depósito da Carta de Ratificação do referido Tratado foi realizado pelo Brasil em 30 de outubro de 1991, tendo sido este o terceiro instrumento a ser depositado. Desse modo, o Tratado de Assunção entrou em vigor justamente no dia 29 de novembro de 1991, dia em que foi firmado o ACE-18.

7 No âmbito da ALADI, os Acordos de Complementação Econômica (ACE) que serviram de base para a associação realizada entre os países do Mercosul e outros Estados-membros da ALADI foram os seguintes: (i) ACE-35 (Mercosul-Chile); (ii) ACE-36 (Mercosul-Bolívia); (iii) ACE-58 (Mercosul-Peru); e (iv) ACE-59 (Mercosul-Colômbia-Ecuador).

8 Embora a ALADI não traga qualquer disposição acerca de um mecanismo de solução de controvérsias entre seus membros, o Tratado de Montevideu de 1980 permite que eles criem tais mecanismos em estratégias de integração subregional, o que ocorreu em relação ao Mercosul. Segundo Christian Leathley, “*ostensibly, ALADI facilitates the process of integration through the generation of positive lists of products for tariff reductions by complementarity agreements, rather than prescribing a preferred method of dispute resolution*” (Leathley, 2007, p. 10).

9 MERCOSUL. Tratado de Assunção, Artigo 16. Protocolo de Ouro Preto, Artigo 37. No Brasil, esses acordos internacionais foram recepcionados, respectivamente, pelos seguintes instrumentos: (i) Decreto n. 350, de 21-11-1991 (Tratado de Assunção); e (ii) Decreto n. 1.901, de 9-5-1996 (Protocolo de Ouro Preto).

10 O Regulamento do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias no Mercosul foi aprovado pela Decisão do CMC n. 17/98. Adotada em 10-12-1998. Ela foi posteriormente revogada pelo Protocolo de Olivos.

11 Fonte: Mercosul — Laudos: Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias no Mercosul. *Site* http://www.mercosur.org.uy/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6.

12 Por “legislação do Mercosul”, para os fins da definição do âmbito de aplicação do Protocolo de Brasília, devem ser entendidos o “*Tratado de Assunção, os acordos celebrados no âmbito do mesmo, as decisões do CMC e as resoluções do GMC*” (MERCOSUL. Protocolo de Brasília, Artigo 1).

13 O artigo 19 do Protocolo de Brasília estabelecia as fontes de direito que deveriam ser utilizadas pelo Tribunal para solucionar eventuais controvérsias trazidas à sua apreciação, as quais consistiam no Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do CMC, nas resoluções do GMC, nos princípios e disposições de direito internacional aplicáveis à matéria e ainda na equidade, mas neste caso somente se as partes assim o conviessem (MERCOSUL. *Ibid.*, Artigo 19).

14 Roberto Luiz Silva destaca a adoção do princípio do devido processo legal na solução das controvérsias nesse modelo, ao afirmar que, ao fracassarem as etapas anteriores, será estabelecido “um Tribunal Arbitral, constituído para conhecer e resolver a controvérsia que, apesar de poder adotar suas próprias normas, inclusive com medidas cautelares e provisórias, deverá respeitar o princípio do devido processo legal” (Silva, 1995, p. 228).

15 O referido painel seria composto por três árbitros, pertencentes à lista de árbitros estipulada pelo Protocolo, sendo um designado por cada um dos Estados-Partes na controvérsia e o terceiro, que seria também o presidente do painel, designado de comum acordo entre as partes na demanda (MERCOSUL. Protocolo de Brasília, Artigo 9).

16 Os únicos pedidos possíveis após a prolação do laudo arbitral eram o esclarecimento do mesmo ou a interpretação sobre a forma como deveria ser cumprido (MERCOSUL. *Ibid.*, Artigo 22).

17 Também neste caso, a expressão “legislação do Mercosul” deve ser interpretada de acordo com a nota n. 17.

[18](#) *Controvérsia sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco*, Laudo do Tribunal Arbitral, 5 de agosto de 2005.

[19](#) Decreto n. 3.646/00, artigo 1º: “*Os produtos classificados nas posições 2401 e 2403 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados — TIPI, aprovada pelo Decreto n. 2.092, de 10 de dezembro de 1996, quando exportados para o Paraguai e o Uruguai, ficam sujeitos à incidência do Imposto de Exportação à alíquota de cento e cinquenta por cento*” (Revogado pelo Decreto n. 5.942, de 18 de julho de 2005). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3646.htm. Acesso em: 11 jan. 2011.

[20](#) Decreto n. 3.647/00, artigo 1º: “*Art. 1º Os produtos classificados na posição 4813 e no código 5601.22.91 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados — TIPI, aprovada pelo Decreto n. 2.092, de 10 de dezembro de 1996, quando exportados para a América do Sul e América Central, inclusive Caribe, ficam sujeitos à incidência do Imposto de Importação à alíquota de cento e cinquenta por cento*” (Revogado pelo Decreto n. 4.831, de 5-9-2003). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3647.htm. Acesso em: 11 jan. 2011.

[21](#) Embora nesta data já estivesse em vigor o Protocolo de Olivos, a demanda se iniciou quando ainda estava em vigor o Protocolo de Brasília e, por essa razão, deveria ser regida exclusivamente por este último. Nos termos do Artigo 50 do Protocolo de Olivos: “*As controvérsias em trâmite iniciadas de acordo com o regime do Protocolo de Brasília continuarão a ser regidas exclusivamente pelo mesmo até sua total conclusão*” (MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 50).

[22](#) *Controvérsia sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco*, Laudo do Tribunal Arbitral, 5 de agosto de 2005, p. 13.

[23](#) No Brasil, o Protocolo de Olivos foi recepcionado pelo Decreto n. 4.982, de 9 de fevereiro de 2004. O Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul foi aprovado pela Decisão do CMC n. 37/03 (MERCOSUL. Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. Decisão do CMC n. 37/03. Adotado em 15 de dezembro de 2003. Entrou em vigor em 15 de dezembro de 2003).

[24](#) O Protocolo de Olivos, em seu artigo 52.1, dispõe que “*o presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, entrará em vigor no trigésimo dia a partir da data em que tenha sido depositado o quarto instrumento de ratificação*” (MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 52.1). Considerando que o Governo brasileiro foi o último a depositar o instrumento de ratificação, fazendo-o em 2 de dezembro de 2003, o Protocolo entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004.

[25](#) Para Wagner Menezes, “o novo mecanismo, porém, trouxe algumas novidades que o diferenciam do sistema anterior, as quais, resumidamente, podem ser assim citadas: a) foi criada uma instância permanente de revisão, que teve a sua sede instalada na cidade de Assunção no dia 13-8-2004; b) o Tribunal Permanente de Revisão pode ter competência consultiva; c) adota um procedimento de discussão mais complexo e mais fechado que o sistema anterior; d) aumentou-se o número de árbitros para doze a serem indicados por

cada Estado-Membro; e e) estabelece a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória” (Menezes, 2006, p. 152).

26 Segundo Eduardo Biacchi Gomes, “com o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias [por meio do Protocolo de Olivos], espera-se um maior desenvolvimento da integração. Sem dúvida, o estabelecimento de procedimentos e regras mais claras contribuirão para o sucesso do sistema e na convergência dos interesses dos Estados-partes. A adoção do Protocolo de Olivos, ainda que provisório, mostra a vontade dos parceiros do bloco em continuar com o processo de integração e os seus objetivos” (Gomes, 2006, p. 196).

27 Fonte: Mercosul — Laudos: Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. *Site* http://www.mercosur.org.uy/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=6.

28 Esses acordos e demais instrumentos jurídicos firmados no âmbito do Mercosul e descritos no Artigo 34.1 do Protocolo de Olivos compõem a “legislação do Mercosul”, para os fins deste Protocolo (MERCOSUL. Ibid., Artigo 34.1).

29 MERCOSUL. Ibid., Artigo 34.2.

30 O Protocolo de Olivos faz menção expressa ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC como mecanismo alternativo, a seguir: “*Artigo 1.2. As controvérsias compreendidas no âmbito de aplicação do presente Protocolo que possam também ser submetidas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte individualmente os Estados Partes do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Sem prejuízo disso, as partes na controvérsia poderão, de comum acordo, definir o foro*” (MERCOSUL. Ibid., Artigo 1.2).

31 MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 10.

32 MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 18.2.

33 MERCOSUL. Ibid., Artigo 20.

34 MERCOSUL. Ibid., Artigos 4 a 8.

35 Segundo Deisy Ventura, “a eficácia do mecanismo reside no fato de que ele oferece um poderoso quadro de conhecimento mútuo. Com efeito, as dúvidas dão origem à maioria das questões colocadas, pois uma controvérsia não é obrigatória para iniciar o mecanismo. As consultas constituem inegavelmente uma forma privilegiada de fazer um Estado-membro entender pacificamente que não está conforme determinada norma” (Ventura, 2003, p. 241).

36 MERCOSUL. Protocolo de Olivos., Artigo 33.

37 MERCOSUL. Ibid., Artigo 14.1.

38 MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 15.1.

39 *Procedimento para atender casos excepcionais de urgência*, Decisão do CMC n. 23/04, adotada em 7 de julho de 2004.

40 MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 16.

41 MERCOSUL. Ibid., Artigo 25.

- [42](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 28.
- [43](#) MERCOSUL. Ibid., Artigos 28 e 17, respectivamente.
- [44](#) MERCOSUL. Ibid., Artigos 17, 23 e 3, respectivamente.
- [45](#) Segundo Christian Leathley, *“beyond the legislative process, the development of Mercosur jurisprudence is institutionally facilitated by the TPR, a conscious step to harmonising Mercosur jurisprudence to the extent arbitral awards rendered would result in legally binding decisions (...)”*. (Leathley, 2007, p. 175).
- [46](#) De acordo com o Protocolo de Olivos, *“os laudos dos Tribunais Ad Hoc emitidos com base nos princípios ex aequo et bono não serão suscetíveis de recurso de revisão”* (MERCOSUL. Protocolo de Olivos. Artigo 17.3).
- [47](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 21.1.
- [48](#) MERCOSUL. Ibid., Artigos 21.2 e 22, respectivamente.
- [49](#) Os laudos do Tribunal *Ad Hoc* ou os do TPR deverão ser cumpridos no prazo de 30 dias, caso os Tribunais não estabeleçam prazo diverso (MERCOSUL. Ibid., Artigo 29.1).
- [50](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 31.2.
- [51](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 30.2.
- [52](#) MERCOSUL. Ibid. Artigo 32.2.
- [53](#) *Prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay*, Laudo n. 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, 8 de junho de 2007.
- [54](#) MERCOSUL. Laudo n. 1/2007, p. 10-11.
- [55](#) MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 23.
- [56](#) *Controvérsia sobre bloqueio das vias de acesso em: território argentino*, Laudo do Tribunal Arbitral, 6 de setembro de 2006, Parágrafos 175 e 176, p. 35-36.
- [57](#) *Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do Mercosul*, Decisão do CMC n. 13/97, 15 de dezembro de 1997.
- [58](#) *Controvérsia sobre bloqueio das vias de acesso em: território argentino*, Laudo do Tribunal Arbitral, 6 de setembro de 2006, Parágrafos 175 e 176, p. 35-36.
- [59](#) MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 39.
- [60](#) MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 40.1.
- [61](#) Nesse sentido, ver Christian Leathley (Leathley, 2003, p. 792) e Thomas Andrew O’Keefe (O’Keefe, 2002, p. 511).
- [62](#) Segundo Cherie O’Neal Taylor, *“the jurisdiction of the mechanism is limited to private party cases a MERCOSUR government wants to support. Consequently a private party complaint about an individual citizen or company’s problem with its own government will reach the MERCOSUR group only if the state is willing to bring a claim against itself. The jurisdictional limitation of the MERCOSUR system suggests that individuals are not perceived as having any rights under the Treaty of Asuncion and its protocols”* (Taylor, 1996/97, p. 879).
- [63](#) MERCOSUL. Protocolo de Olivos, Artigo 41.
- [64](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 42.
- [65](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 44.1(i).
- [66](#) MERCOSUL. Ibid., Artigos 44.1 (iii) e 44.2.

[67](#) Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul, Decisão do CMC n. 37/03, 15 de dezembro de 2003, Artigos 2 a 13.

[68](#) MERCOSUL. Regulamento do Protocolo de Olivos, Artigo 2.

[69](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 6.1.

[70](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 7.1.

[71](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 4.1.

[72](#) MERCOSUL. Ibid., Artigo 11.

[73](#) Segundo Luiz Otávio Pimentel e Adriana Dreyzin de Klor, “pode-se admitir que a realização de consultas constitua um instrumento no processo que implica para as partes contar com maiores possibilidades de predição, tentando desta maneira evitar a promoção de contendas. A natureza preventiva da consulta poderia contribuir para criar um clima de observância do ordenamento do MERCOSUL” (Pimentel e Klor, op. cit., p. 209).

[74](#) Fonte: Mercosul — Opiniões Consultivas emitidas pelo TPR. *Site* <http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=441&channel=secretaria>.

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA TERCEIRA MINUTA DA ÁREA DE LIVRE- COMÉRCIO DAS AMÉRICAS (ALCA)

FABRICIO SANTOS DAMASCENO¹

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de uma área de livre-comércio hemisférica descende de tensões e conflitos muito acima da liberalização comercial. A própria Ciência, em qualquer das suas estratificações, evolui e prospera segundo um movimento de amplitude e retração, numa pendular alternância entre a generalidade e a particularidade. Embora nos referindo apenas à solução de controvérsias da ALCA, é primordial adotarmos uma postura interdisciplinar, diferentemente da multidisciplinar, que reinterpreta uma disciplina através da outra ou da transdisciplinar, que propõe a migração de conceitos já estabelecidos entre as várias seções do conhecimento. Tal postura metodológica pressupõe a fertilização mútua entre algumas disciplinas, a saber: o Direito, a Economia e a Política — todas a serem consideradas de forma estanque, mas convergente.

É de suma importância informar o leitor sobre essas tênues especificidades epistemológicas iniciais, de forma a justificar possíveis falhas de qualquer estudo. O fato de negligenciá-las pode tornar até mesmo célebres teorias em viscerais contradições. Quem não se lembra do grande Karl Marx que, ao renegar toda distinção dualista presente no Trabalho —

como as qualificações de produtivo e improdutivo; de qualificado e inqualificado —, nada mais fez do que, desapercivelmente, usar dos recursos da então inominada transdisciplinaridade? A sua apropriação do conceito de processo vital das ciências naturais, para desmascarar as classes, acabou transformando o glorioso Trabalho em um mero estágio fisiológico do corpo: não mais havendo o artifício da reinvenção, a revolução proletária, de fato, nunca iria ocorrer.

Tentando nos esquivar desses erros da análise pretensiosamente totalitária, nosso objetivo será abordar o conteúdo do Capítulo XXIII da Terceira Minuta da ALCA (TM), atinente às soluções de controvérsias do possível Acordo, considerando o viés jurídico, político e econômico em suas atuais manifestações, geradas pelas relações multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC) e pelos blocos regionais já existentes nas Américas.

2. OS SISTEMAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS VIGENTES NAS AMÉRICAS: PARALELOS JURÍDICOS

2.1. A proposta da ALCA e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

A conexão entre os dois polos é estabelecida ainda no Capítulo II — Disposições Gerais da Terceira Minuta da ALCA², mediante o princípio da congruência dos direitos e obrigações com as regras e disciplinas da OMC (artigo 3º, alínea c). Visando à segurança e à tonificação do sistema multilateral de comércio, o órgão de solução de controvérsias da OMC é gerido por um outro acordo, anexo ao institucionalizador da Organização (Acordo de Marrakesh³): o *Dispute Settlement Understanding (DSU)*⁴. Tal como no Capítulo XXIII da Minuta da ALCA, este acordo prevê todos os entornos procedimentais a serem observados por partes-membros em litígio.

A Minuta é composta por três seções, tangentes aos Aspectos Gerais (A), às Disposições Substantivas (B) e aos Procedimentos e Instituições (C). Em acréscimo, figuram três anexos: Regras de Procedimento (1), Código de Conduta (2) e Procedimentos que regem o tratamento da informação comercial confidencial (3).

SEÇÃO A — DISPOSIÇÕES GERAIS

Disposta nos oito artigos iniciais compreende: as definições utilizadas no capítulo; o âmbito de aplicação do possível Acordo — incidência e tipicidade; procedimentos e princípios relativos à solução de controvérsias — já consagrados na OMC pelo DSU; tratamento diferenciado às economias menores; o acesso efetivo dos membros ao órgão de solução de controvérsias (OSC) como garantia ao direito fundamental de obter um julgamento sobre querelas mercantis; e cláusulas sobre escolha e exclusividade de foro. Sobre a incidência e tipicidade dos procedimentos do Capítulo XXIII (arts. 2º e 3º), vislumbramos o terceiro elo de uma cadeia de recepção normativa. Ainda no *GATT 1947*⁵, eram postas em análise, para fins de solução das controvérsias, medidas que não eram expressamente contrárias às disposições textuais do Acordo, mas que, indiretamente, feriam seus objetivos (trata-se do artigo XXIII: Anulação ou prejuízo). O GATT, instituição *de facto* que por mais de 40 anos geriu as relações multilaterais de comércio, sofreu sucessivas alterações interpretativas até ser, em 1994, substituído por uma nova versão anexada ao Acordo de Marrakesh. Por sua vez, o DSU faz referência direta ao referido dispositivo em seu artigo 26, ressaltando que o Painel ou o Órgão de Apelação (OA) só deverão analisar o pleito na extensão da queixa do demandante. Essa assertiva é de suma importância dentro da Minuta, uma vez que o artigo 3.3 dispõe que, para determinação da amplitude da anulação e prejuízo decorrentes da medida, seja observada a jurisprudência atinente ao artigo XXIII do GATT 1994 e esta só pode ser produzida pelo OSC da OMC⁶.

Os artigos 4º e 5º determinam o norte principiológico a ser buscado na solução de controvérsias na ALCA: princípios de direito internacional⁷, boa-fé, confidencialidade⁸, pronta solução⁹, economia processual¹⁰, acesso efetivo¹¹, tratamento diferenciado¹² e equilíbrio entre as partes sobre seus direitos¹³. A jurisprudência do OSC da OMC já é unânime em exemplificar o primeiro elemento como as disposições contidas na *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*¹⁴, além de outros acordos e tratados das Nações Unidas, por exemplo. Já a boa-fé deve ser tomada dentro do caráter objetivo, sob a análise dos fatos e atos cometidos pelos Estados, principalmente sob a dimensão procedimental¹⁵.

Os artigos 7º e o 8º findam a seção dispondo sobre as condições do direito fundamental do membro em ter seu pedido analisado perante o OSC da possível ALCA. Nada mais são do que cláusulas sobre acesso, escolha e exclusividade de foro¹⁶ para as controvérsias, respectivamente. Assuntos que possam ser submetidos tanto à análise dos OSCs da OMC quanto da ALCA devem ser postos à apreciação de apenas um deles — não é permitido simultaneidade nem sucessividade.

SEÇÃO B — DISPOSIÇÕES SUBSTANTIVAS

Abarca os artigos 9º ao 37º, sequencialmente referentes a: consultas; casos de urgência; estabelecimento de um grupo neutro (*Painel* no OSC da OMC); lista dos integrantes do grupo neutro; composição do grupo neutro; rejeição e remoção dos integrantes; mandato do grupo neutro; regras de procedimento (detalhadas no Anexo 1); procedimentos em casos de pluralidade de partes; terceiros; medidas provisórias; procedimentos preliminares; assessoramento de especialistas; desistência ou acordo; relatório preliminar do grupo neutro; relatório final; órgão de apelação; formação do órgão de apelação; procedimento de apelação; relatórios do órgão de apelação; recurso de esclarecimento; natureza do relatório final; implementação do relatório final; falta de compensação; suspensão de benefícios ou outras obrigações; multas; revisão do cumprimento; revisão quinquenal; e arbitragem. Veja os dispositivos relacionados no DSU:

Quadro 1 — Comparação de Dispositivos	
TERCEIRA MINUTA (TM) — ALCA	DSU — OMC
Artigo 9 — consultas	Artigo 4
Artigo 10 — casos de urgência	Artigos 4:8; 4:9; 11:8; 11:9; 12:12; 15:3; 17:8
Artigo 11 — instalação de um grupo neutro	Artigos 4:3; 4:7; 5:3; 6; 7
Artigos 12-15 — estrutura funcional do grupo	Artigo 8
TERCEIRA MINUTA (TM) — ALCA	DSU — OMC
Artigo 16 — regras de procedimento do grupo	Artigos 6; 7; 12 (<i>Panel Procedures</i>); 13; 18
Artigo 17 — regras para pluralidade de partes	Artigo 9
Artigo 18 — participação de terceiros	Artigo 10
Artigo 19 — medida provisória ante presunção de dano irreparável à parte	Sem correspondência no DSU
Artigo 20 — procedimentos preliminares	Contrário ao DSU e à jurisprudência do OSC da OMC

Artigo 21 — assessoramento de especialistas	Artigos 3:1; 13:2; Apêndice 4
Artigo 22 — desistência ou solução acordada	Artigos 4:1; 4:5; 5:1; 5:5; 5:6; 11
Artigo 23 — relatório preliminar	Artigo 15
Artigo 24 e 30.1 ¹⁷ — relatório final e natureza	Artigos 14:3; 15:3; 16
Artigo 25 e 26 — estrutura funcional do OA	Artigos 17:1-3
Artigo 27 — procedimento de apelação	Artigos 17:4-12
Artigo 28 — relatórios do OA	Artigos 17:13; 17:14
Artigo 29 — esclarecimento das conclusões	Sem correspondência no DSU
Artigo 30.2 ¹⁸ — natureza do relatório do OA	Artigo 17:14
Artigo 31 — implementação do relatório do OA	Artigo 21; 22:3
Artigo 32 — compensação	Artigo 22
Artigo 33 — suspensão de obrigações	Artigo 22
Artigo 34 — multas	Sem correspondência no DSU

Artigo 35 — fiscalização do cumprimento	Artigo 22:8
Artigo 36 — eficácia dos arts. 32, 33, 34	-
Artigo 37 — arbitragem	Artigo 25

Como já dito, os grupos de negociação da ALCA obedecem ao princípio de congruência com as regras disciplinadas pela OMC (artigo 3º, alínea *c* do Capítulo II), daí a utilidade de um mostruário de ligação entre ambos dispositivos. No entanto, e muito em virtude das dificuldades arraigadas na OMC pelas suas próprias prescrições, a ALCA pretende algumas inovações e remanejamentos procedimentais, especialmente quanto a prazos em solução de controvérsias.

Já no artigo 10 (casos de urgência) da TM, temos a dilação do prazo para início de consultas, de 10 dias do artigo 4:8 do DSU, para 15 dias na ALCA.

O artigo 11 da TM, na mesma trilha, difere do DSU (artigo 6.1). Aqui, não temos a possibilidade da instalação de um grupo neutro ser rechaçada por consenso obtido no OSC. O início dos procedimentos é irreversível após a solicitação (artigo 11.4).

Outra peculiaridade da TM resplandece no artigo 12.4, que faz uma ponte normativa ao Anexo 2 (Código de Conduta). Os integrantes do grupo neutro têm de adequar-se a uma lista ampla, mas não taxativa, de comportamentos. Por outro lado, o DSU, no artigo 8º, prevê apenas que os painelistas devem desempenhar suas funções dentro das suas faculdades individuais e não como representativas de seus governos e/ou quaisquer organização (artigo 8.9).

No DSU, os membros têm alternativa entre o número de painelistas a atuarem no caso: três ou cinco, caso solicitem (artigo 8.5). No artigo 13.3.a da TM, o número padrão também é três, embora as partes possam acordar um número qualquer de sua preferência.

Outra inovação aparece no artigo 19 da TM: as medidas provisórias. Trata-se de um mecanismo mais conhecido no âmbito interno. Tais medidas são como as medidas cautelares propostas ao juízo quando estão presentes

as condições do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, podendo converter-se em dano grave e irreparável, principalmente no caso de bens perecíveis que não possam esperar o decorrer usual dos procedimentos.

A TM, também, introduz um interstício novo nos procedimentos de solução de controvérsias não presente no OSC da OMC. Através de procedimentos preliminares do artigo 20, o OSC da ALCA terá o poder de rejeitar tutela sobre pedidos perante ele feitos¹⁹.

Já sabemos que os relatórios emitidos por um painel da OMC só têm caráter vinculante se adotados por este OSC. A fim de fortalecer ainda mais o mecanismo de solução de controvérsias da ALCA, essa característica foi também atribuída aos relatórios dos grupos neutros não apelados (artigo 24.6). Ainda sobre os relatórios, e agora em gênero, remetendo tanto ao grupo neutro quanto ao OA do bloco, temos a possibilidade de interposição de recurso de esclarecimento (artigo 29 da TM) sobre as conclusões contidas na decisão — a interposição de tal agravo suspende a eficácia da decisão, até que as obscuridades sejam dissolvidas. De certa forma, podemos dizer que o DSU, embora não contenha previsão expressa para tanto, confere poderes semelhantes ao painel e ao OA, através do seu artigo 19. Ele prediz que ambos os órgãos podem sugerir e recomendar meios e operação de instrumentos existentes para implementação das suas decisões.

Outra diferença importante reverbera ao prazo para acordo de compensações após um grupo neutro ter chegado à conclusão de que há anulação ou prejuízo dos direitos conferidos pelo Acordo, resultantes de infração ou não (artigo 3 da TM) das suas disposições. No DSU, temos que devem ser exauridos 20 dias após os períodos razoáveis de tempo descritos no artigo 21.3 (artigo 22.2). Já para a ALCA, o prazo será de 45 dias, mais que o dobro.

O artigo 33.6 da TM, embora não apresente nenhuma discrepância de definição em relação ao artigo 22.3:f do DSU, escancara o impasse de negociações. Enquanto este dispositivo define *setor* de serviços e de propriedade intelectual, respectivamente, como: “um setor principal como tal identificado na ‘Lista de Classificação Setorial de Serviços’ a qual identifica tais setores”; e “cada categoria de direitos de propriedade intelectual cobertos na Seção 1, ou Seção 2, ou Seção 3, ou Seção 4, ou Seção 5, ou Seção 6, ou Seção 7 da Parte II, ou das obrigações da Parte III,

ou Parte IV do Acordo TRIPS”²⁰, o artigo 33.6 da TM, impotente, criada revida. Brasil e Estados Unidos, os dois protagonistas da ALCA, têm perspectivas diferentes para ambos os setores a serem liberalizados. O primeiro reclama uma lista fechada, positiva: só serão objeto da ALCA os setores de serviço ali postos. Já os Estados Unidos, apesar de aceitarem essa imposição, apressadamente requerem uma lista flexível, coisa inviável para relações porventura prematuras. Já sobre propriedade intelectual, reconhecendo as várias falhas da OMC e seu Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), o Brasil propõe um reforço e previsibilidade às normas atinentes. Não bastasse isso, os Estados Unidos, um dos maiores demandantes sobre questões patentárias na OMC, sobretudo farmacêuticas, exigem a criação de novas obrigações, além do reforço das já existentes (TRIPS Plus)²¹.

Nesse último ponto, existe uma antinomia jurídica de ordem internacional. Os membros da OMC, ao ratificarem o Acordo de Marrakesh, comprometeram-se a cumprir todas as suas disposições, principalmente dos acordos anexos, que não podem ser selecionados como numa refeição *à la carte*, senão obedecidos na sua totalidade. Portanto, a ALCA só poderia vir a existir sob a permissão concedida no artigo XXIV do GATT 1994, que dispõe o seguinte:

As partes contratantes reconhecem a ânsia de crescente liberdade comercial pelo desenvolvimento, através de acordos voluntários, de integração estreita entre as economias dos países-partes de tal acordo. Elas também reconhecem que *o propósito de uma união aduaneira ou área de livre comércio deve ser facilitar o comércio entre os territórios dela constituintes e não criar barreiras ao comércio de outras partes contratantes com tais territórios*²² (grifos nossos).

Portanto, diante dos atuais textos dos Acordos da OMC, a proposta americana poderia ser, no máximo, mais específica que aqueles. Pelos Princípios Gerais do Direito, uma norma restritiva deve ser interpretada restritivamente; por conseguinte, novas obrigações sobre propriedade intelectual valeriam apenas para Brasil e Estados Unidos, também em virtude das disposições da seção sobre interpretação dos tratados contida na *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*. Porém, o dispositivo que

autoriza a ALCA (art. XXIV do GATT), expressamente veda essa intenção dos membros de se valerem de acordos regionais para dinamizar o comércio entre si em detrimento de outros membros.

Outra novidade da TM está no seu artigo 34 — Multas²³. É uma possível modalidade de compensação a ser acordada entre as partes de uma controvérsia, por manifestação expressa de ambas. Deverá ser paga anualmente e seu valor será mutuamente determinado. Caso tal desiderato não se efetive, a multa será de 50% do prejuízo auferido pelo grupo neutro quando da determinação condizente ao artigo 32.5 (Falta de compensação — discórdia sobre o nível de compensação). Ou então, sobre os termos deste mesmo dispositivo, o montante será de 50% dos benefícios concedidos à outra parte, que a parte ativa pretenderia suspender.

Em virtude da avaliação do cumprimento do Acordo, bem como da compensação ou suspensão de benefícios, o grupo neutro ou OA poderão determinar a eliminação de tais gravames, em virtude do caráter temporário de tais medidas e tão logo os prejuízos cessem.

Por fim, as disposições referentes ao resguardo do Acordo (artigos 32, 33 e 34) sofrerão uma revisão quinquenal para fortalecimento da sua eficácia e otimização do seu funcionamento.

SEÇÃO C — PROCEDIMENTOS E INSTITUIÇÕES

Compreende os artigos 38 a 48, versando sobre questões estruturais e institucionais da ALCA. Replicam a praxe da OMC, com algumas diferenças pontuais. Confira o quadro-resumo:²⁴

Quadro 2 — Questões Procedimentais e Institucionais da Alca

ART.	CONTEÚDO	OBSERVAÇÕES
38	Contagem de prazos	Exclui-se o dia <i>a quo</i> e o dia <i>ad quem</i> não poderá cair em dias não úteis no calendário civil da parte.
39	Participação de quem não seja parte	Um país não membro da ALCA poderá submeter suas considerações em uma controvérsia, embora o grupo neutro não esteja obrigado a tratá-la em seu relatório.
40	Acesso público a documentos	Dispositivo relacionado no DSU: Apêndice 3. Ao contrário do que ocorre na OMC ²³ , a ALCA não permitirá participação de <i>amici curiae</i> nas suas controvérsias (artigo 40.2 da TM).
41	Ac. público a audiências	Dispositivo relacionado no DSU: Apêndice 3
42	Informação comercial confidencial	Dispositivo relacionado no DSU: artigo 14. Outros dispositivos referentes na TM: item VI do Anexo 2 (Código de Conduta) e Anexo 3 (Procedimentos que regem o tratamento da informação comercial confidencial)

43	Remuneração e pagamento de despesas	Na OMC, são pagas pela própria organização (artigo 8:11 do DSU). Na ALCA, serão pagas pelas partes (artigo 43.1 da TM).
44	Bons ofícios, conciliação e mediação	Dispositivo relacionado no DSU: artigo 5º
45	Interpretação do Acordo em instâncias internas	Na OMC, só a Conferência Ministerial tem competência para interpretar os seus Acordos.
46	Direitos de particulares	Assim como na OMC, particulares não têm direito de ação.
47	Meios alternativos para controvérsias entre particulares	Cada membro da ALCA facilitará o recurso à arbitragem e outros meios para solução de controvérsias internacionais entre particulares, como por exemplo ICSID e CCI ²⁵ .
48	Instituições de Solução de Controvérsias	Suporte administrativo e assistência jurídica ao OA da ALCA Dispositivo relacionado no DSU: artigo 27

ANEXO 1 — REGRAS DE PROCEDIMENTO DO ARTIGO 16

Além de formular, paralelamente, regras tais como as dispostas nos artigos 6º, 7º, 12º, 13º e 18º do DSU, e do seu Apêndice 4, a ALCA propõe uma inversão fundamental na alavancagem do procedimento de solução de controvérsias em relação à OMC: o ônus da prova.

Em casos onde houver uma infração das obrigações assumidas através de um acordo coberto²⁶, a ação é considerada, *prima facie*, como um caso de anulação ou prejuízo. Isso significa, normalmente, uma

presunção de que violações das regras têm um impacto adverso nas outras partes-membros de tal acordo coberto e, em tais casos, *deverá o Membro contra quem o reclamante trouxe a acusação, refutá-la (grifos nossos)* — Tradução livre do artigo 3.8 do DSU.

Segundo o item 6 do Anexo, incumbe à parte demandante provar a incompatibilidade de uma medida, expressamente ou não, contrária aos objetivos da ALCA.

ANEXO 2 — CÓDIGO DE CONDUTA

Como já mencionado em outros subtópicos, o Código de Conduta contém normas específicas, mas não taxativas, sobre o comportamento dos membros dos grupos neutros ou do OA. Como regra geral, deverão procurar ser os mais honestos possíveis em suas ações, bem como preocupar-se com a aparência delas a ser capturada pelo público em geral. Apenas dois pontos merecem, aqui, destaque especial: a revelação de quaisquer elementos que findem em suspeição da sua imparcialidade e independência (item IV.10) e a proibição de esforços *ex officio* para soluções mutuamente satisfatórias da controvérsia. Em corrente oposta, a OMC confere ao Diretor-geral da OMC tal poder adicional (artigo 5:6 do DSU).

ANEXO 3 — PROCEDIMENTOS QUE REGEM O TRATAMENTO DA INFORMAÇÃO COMERCIAL CONFIDENCIAL

Finalmente, esta última peça da TM prescreve pormenorizadamente todos os passos a serem executados pelos membros e pelo secretariado do OSC, a fim de assegurarem a confiabilidade e segurança do procedimento de solução de controvérsias. Tendo como molde o artigo 14 e Apêndices 2 e 3 do DSU, a minuta encerra suas considerações referentes à solução de controvérsias discriminando sobre: definições utilizadas; princípios gerais que assegurem a confidencialidade; identificação da informação como tal; qualificação de informações como sendo confidenciais pela parte; pessoas autorizadas a ter acesso às informações sigilosas; regras para uso e armazenamento das mesmas; devolução das informações após findo o processo do grupo neutro ou do OA; e procedimentos adicionais ou alternativos²⁷, aplicados segundo a discricção do grupo neutro para modificar

ou renunciar a qualquer dos procedimentos estabelecidos neste anexo, por impulso da parte ou de ofício.

2.2. A ALCA e outros acordos regionais de livre-comércio

2.2.1. CARICOM

Pouco alardeado pela imprensa, o *Caribbean Community and Common Market*²⁸ entrou em vigor em agosto de 1973, tendo sido notificado ao GATT um ano mais tarde como união aduaneira entre Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, República Dominicana, Granada, Guiana, Haiti, Jamaica, Monserrat, Trinidad e Tobago, Santa Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e as Granadas e Suriname, com base no artigo XXIV do GATT 1947.

A seção pertinente a solução de controvérsias no CARICOM está disposta em 48 artigos, no Protocolo IX (*Disputes Settlement*)²⁹.

O Protocolo contém os mesmos princípios presentes na TM, como, por exemplo: boa-fé na solução das controvérsias, transparência, eficiência e preferência por soluções consensuais. Assim como nos artigos 2º e 3º da TM, o artigo 2º do Protocolo dispõe que serão objeto de controvérsia tanto as medidas contrárias ao Acordo quanto as que obstaculizem os seus objetivos. A Primeira, a Segunda e a Terceira Partes do Protocolo têm os procedimentos de jurisdição não contenciosa como tônica. A grande fragilidade desses processos, inclusive de arbitragem, está no fato de não haver procedimentos pré-estabelecidos, ficando a cargo das comissões elaborá-los quando e como for conveniente, prejudicando a segurança jurídica e a confiabilidade dos seus relatórios.

As grandes anomalias do Protocolo estão nos seus artigos 12(g):3; 12(i):1; e 12(l). Pelo primeiro, a Corte pode realizar julgamentos *ultra petita*, se as partes anuírem. O segundo permite revisão do julgado se um novo e decisivo fato vier a lume, revertendo as conclusões. Por fim, o último permite que pessoas naturais ou jurídicas sejam ouvidas como partes pela Corte, mesmo que ignoradas por seus próprios governos³⁰.

2.2.2. MERCOSUL e NAFTA

O primeiro, união aduaneira do Cone Sul³¹, entrou em vigor em novembro de 1991, tendo sido notificado ao GATT em março de 1992, sob a autorização da Cláusula de Habilitação ou Princípio da Não Reciprocidade ante países de considerável desenvolvimento econômico. Os seus procedimentos de solução de controvérsias estão dispostos no Protocolo de Olivos³².

O NAFTA³³, área de livre-comércio, entrou em vigor em 1994, tendo sido notificado em 1993 sob autorização do artigo XXIV do GATT. Um acordo paralelo entre os mesmos países, também foi feito em relação a Serviços (artigo 5º do GATS³⁴), tendo entrado em vigor em 1994, embora notificado apenas em 2005. As disposições significativas sobre solução de controvérsias encontram-se nos capítulos 19 e 20 do acordo. O grande avanço do NAFTA em procedimentos foi feito no setor de investimentos, no seu capítulo 11. Todavia, as maiores influências que esses blocos exercem sobre as negociações da ALCA, e sobre as relações comerciais entre os membros da OMC, são de natureza política, a serem vistas a seguir³⁵.

3. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA: A DICOTOMIA POLÍTICA ENTRE MULTILATERALISMO E REGIONALISMO

O significado do termo *política* deriva do grego *politiké*, que remontava aos procedimentos relativos à manutenção e progresso da cidade-estado. Analogicamente, considerando as relações coordenadas das soberanias envolvidas no comércio internacional, os Estados precisam operacionalizar medidas referentes às suas aspirações mais próximas, pungentes e regionais e as multilaterais, quando as desigualdades e objetivos imediatos acabam se diluindo na diversidade de fins e de parceiros a serem agraciados.

Sabe-se que o primeiro tratado comercial foi celebrado entre 1280 e 1272 a.C. pelo rei hitita Hatusil III e Ramsés II, faraó egípcio da XIX dinastia³⁶. O que nós, hoje, entendemos por multilateralismo só começou a se desenhar de fato com o GATT 1947, posteriormente englobado pela OMC. Mesmo assim, os acordos multilaterais não suprimiram, simplesmente, os numerosos e bem-sucedidos acordos já existentes. Quando da institucionalização da OMC, reconheceu-se no artigo XXIV do GATT 1994 a importância dessas uniões comerciais, desde muito responsáveis pelo avanço comercial mundial. Esses tratados foram se aperfeiçoando,

gerando mecanismos para solução de controvérsias; até que a convivência da OMC com esses blocos periféricos levou a liberalização comercial ao maior dos desafios: como conciliar obrigações regionais perante parceiros históricos com as assumidas perante um novo e imenso coletivo de soberanias?

Algumas questões³⁷ julgadas pelos tribunais do MERCOSUL e NAFTA foram reclamadas, posteriormente, ao OSC da OMC³⁸. O painel, etapa inicial de um processo usual nessa Organização, nunca se absteve de julgar uma demanda, mesmo as já resolvidas pelos referidos tribunais, constituídos por estes acordos regionais que a própria OMC endossa. Isso porque todo país-membro tem o direito fundamental de ter seu pedido julgado pelo OSC, delimitado unicamente pelas suas próprias concepções soberanas: “(...) um Membro tem ampla discricção para decidir se traz um caso contra outro Membro com base no DSU”³⁹. O painel também já deu a entender que a decisão de declinar ou não da sua jurisdição poderia ter um aspecto mais político do que jurídico⁴⁰.

Um dos notáveis momentos em que o OSC da OMC se viu diante da encruzilhada, entre seus *covered agreements* e obrigações regionais, ocorreu no caso *Argentina-Poultry*⁴¹. O Brasil, após ter desafiado as medidas *antidumping* argentinas no MERCOSUL e perdido a causa, levou a disputa à OMC, desta vez, auferindo um resultado satisfatório. Nessa disputa, o OSC analisou a sua jurisdição sobre o caso baseando-se na resposta argentina de que o Brasil contrariava o princípio da boa-fé e que por isso estaria precluso de levar o processo adiante em razão da aplicabilidade do princípio do *estoppel*. Embora o OA tenha dito: “não vemos razão alguma por que estaríamos obrigados por decisões de órgãos de solução de controvérsias que não o da OMC”⁴², o painel fez ampla análise dos argumentos para certificar-se de que, ainda que aplicáveis os princípios, os fatos não preenchiam os requisitos elencados pela Argentina, numa tentativa de legitimar a negativa em aplicá-los.

Em sentido oposto, o painel do NAFTA insinuou certa primazia da sua jurisdição quando levou em conta disposições multilaterais da OMC no caso *U.S. — Broom Corn Brooms*⁴³, respondendo à colocação estadunidense de que o mesmo estaria ultrapassando suas funções ao tratar de questões

expressamente contidas nos acordos anexos ao Acordo da OMC: “Uma vez que as versões das normas da área de livre-comércio e da OMC são substantivamente idênticas, a aplicação da versão da regra da OMC não teria, em nenhum sentido, alterado a conclusão legal alcançada com base no NAFTA (...)”⁴⁴. Diante dessa conclusão, seria difícil pensar uma saída para o OSC da OMC a fim de justificar um novo e sucessivo julgamento, caso a disputa ganhasse tal dimensão.

Independentemente, vantagens e desvantagens assistem tanto os sistemas regionais quanto o multilateral. Se, por um lado, uma decisão da OMC tem a força de um precedente internacional, com a pressão de um grande número de membros, com a possibilidade de retaliação setorial cruzada, por outro, as decisões dos tribunais regionais são mais transparentes, específicas e, portanto, mais ágeis; pessoas mais próximas dos problemas podem construir soluções mais acertadas do que burocratas anônimos em Genebra⁴⁵.

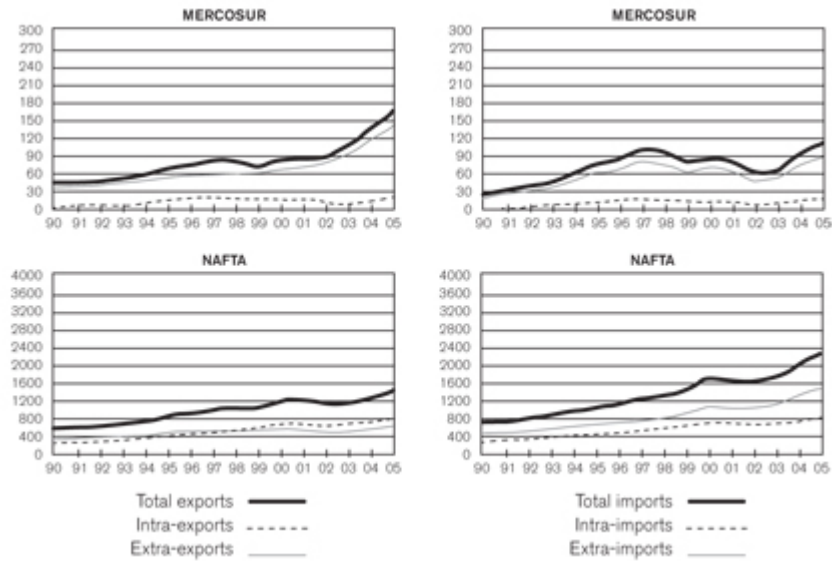
Nenhuma proposta de reforma do DSU, para a aplicação de cláusulas de exclusividade de fórum contidas em acordos regionais, foi feita até hoje. Apesar de a Terceira Minuta expressamente dispor que haverá exclusividade de fórum para disputas entre os membros, o que irá determinar a eficácia desse dispositivo ainda será o bom-senso e a boa-fé dos países⁴⁶.

4. A PROPOSTA DA ALCA E SEUS DESAFIOS PERANTE A ATUAL CONJUNTURA: A ECONOMIA DO HEMISFÉRIO

O que veremos aqui é uma captação estática, um retrato da situação econômica das Américas, sobretudo dos dois maiores expoentes dos interesses contrapostos: Brasil e Estados Unidos⁴⁷.

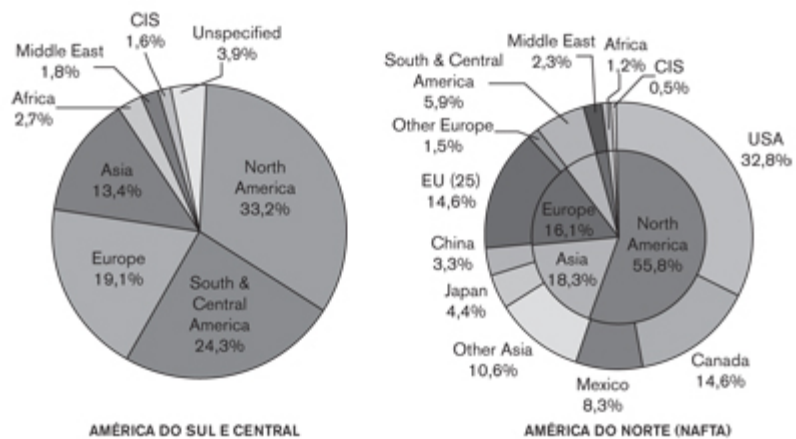
A sina brasileira tem sido, desde o período colonial, fornecer materiais de baixo valor agregado, em especial, *commodities* de origem mineral e siderúrgica⁴⁸. Mesmo assim, embora o Brasil apresente um alto percentual negativo em vantagens comparativas nos setores de alta tecnologia, é justamente em alguns deles que tem ocorrido maior crescimento produtivo para exportação nos últimos anos: máquinas e equipamentos (301,1%); instrumentos de ótica e de precisão (188,7%); e material de transporte (254,5%)⁴⁹. Veja as figuras a seguir:

FIGURA 1: GRÁFICO DE EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE BENS (EM BILHÕES DE DÓLARES)



Fonte: OMC — International Trade Statistics 2006. Disponível no *site* da organização <<http://www.wto.org>> (Seção *Publications*).

FIGURA 2: GRÁFICO DE EXPORTAÇÃO POR REGIÃO*



Fonte: OMC — International Trade Statistics 2006. Disponível no *site* da organização <<http://www.wto.org>> (Seção *Publications*).

*Os gráficos trazem três tipos de informação simultaneamente, exigindo leitura atenta: 1) exportação por região (NAFTA e América do Sul e Central); 2) continente para onde são destinadas as exportações; 3) países específicos. Os gráficos devem ser lidos de dentro para fora — os eixos correspondem às regiões descritas.

Os Estados Unidos têm-se mostrado aversos à proposta de negociação bloco a bloco, muito em razão dos primeiros dados (figura 1), que, não obstante a expressividade do volume superavitário do NAFTA, apresentam prevalência das exportações intrabloco sobre aquelas para outros países, o que contrariamente acontece no MERCOSUL. Nas informações esféricas (figura 2), temos que justamente o maior volume de exportações oriundo do MERCOSUL (e demais países da América Central e do Sul) é destinado ao NAFTA, da ordem de 33,2%. Já a maioria esmagadora das exportações deste é destinada a seus próprios países (55,8%), contra apenas 5,9% àqueles.

Então, de qual influência concreta sobre um possível sistema de solução da ALCA estaríamos tratando? Como exposto, os dois grandes maestros das negociações, MERCOSUL e NAFTA — em especial Brasil e Estados Unidos — apresentam notas diferentes sob o diapasão importação-exportação. Mais ainda, paralelamente ao avanço do MERCOSUL (Brasil) no setor de alta tecnologia, segue crescente o número de notificações sobre novas normas para exportação destinadas ao bloco⁵⁰. Tendo em vista que a ALCA pretende fixar quotas tarifárias máximas, podemos especular que os grandes estopins das controvérsias serão barreiras técnicas aos setores de máquinas e equipamentos; de instrumentos de ótica e de precisão, ou de químicos, por exemplo — setores de maior incidência concorrencial futura.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta da ALCA encontra-se sob uma tríade de complexos assuntos do Direito Internacional contemporâneo. Por um ângulo, tenta estabelecer soluções novas e práticas para os problemas que afligem o arcabouço legal da OMC — como a aplicação das cláusulas de exclusividade de foro — e a prática jurisprudencial sobre seu DSU; por outro, tenta coadunar uma força

política considerável em um continente amplamente plural na sua constituição. Finalmente, a ALCA jungiria a essas duas primeiras características uma nova tendência de distribuição produtiva, quebrando o velho papel sul-americano, mais especificamente brasileiro, de fornecedor de matéria-prima e *commodities*, para produtor e exportador de bens de alta tecnologia e valor agregado. Um resultado dessa equação seria a exponenciação de um sistema de solução de controvérsias apático e empoeirado num turbulento cadinho de interesses concretos da nova ordem panamericana.

1 Bacharel em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestrando em Direito pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Alemanha).

2 A Terceira Minuta (TM), bem como o material completo referentes às negociações da ALCA, está disponível em: <<http://www.ftaa-alca.org>>. Acesso em: jan. 2007.

3 *Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization. The Results of The Uruguay Round*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

4 Todos os acordos da OMC, bem como toda a jurisprudência mencionada, estão disponíveis em <<http://www.wto.org>>, acesso em: jan. 2007. Conf. também *Dispute Settlement Understanding. The Results of The Uruguay Round*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

5 *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT 1947). Celebrado em 10 de abril de 1947. Em vigor desde 1º de janeiro de 1948. *United Nations Treaty Series*, v. 55, p. 187.

6 Aqui, temos uma referência indireta ao art. 3:9 do DSU, já identificado como propulsor de expectativas legítimas geradas pela jurisprudência do OSC. Conf. *India Patents (US)*, Appellate Body Report, 16 January 1998, §§ 41-42.

7 Conf. o *US — Gasoline*, Appellate Body Report, 20 May 1996, § 17; *US — Offset Act*, Panel Report, 27 January 2003, § 7.21; *Japan — Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, 1º November 1996, *ibidem*.

8 Art. 14 do DSU.

9 Arts. 21:1 e 23:1 do DSU.

10 Para uma ampla abordagem sobre casos em que os painéis da OMC se valeram da economia processual, abstenendo-se de examinar todos os pedidos formulados perante ele, veja o *US — Woven Wool Shirts and Blouses*, Appellate Body Report, 23 May 1997, §§ 18-19, *ibidem*.

11 Não existe, no DSU, nenhuma disposição que confira discricionariedade ao OSC para abdicar de exercer jurisdição sobre os casos a ele submetidos. Conf. *Mexico-Soft Drinks*, Panel Report, 24 March 2006, §§ 7.4-9, *ibidem*.

12 Art. 24 do DSU.

13 Art. 3:3 do DSU.

14 *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Viena). Celebrado em 23 de maio de 1969, em vigor desde 27 de janeiro de 1980. *United Nations Treaty Series*, v. 1.155, p. 331.

15 Um estrato deste princípio foi tratado no caso *US-Shrimp*, onde o OA da OMC considerou que o uso sem comedimento dos direitos expressos nos acordos da OMC, fere o princípio da boa-fé. Conf. *US-Shrimp*, Appellate Body Report, 21 November 2001, § 158.

16 Oriundo do princípio *electa una via*. Este é um dos temas mais controversos na OMC hoje em dia, uma vez que nada no DSU confere discricionariedade ao OSC para reconhecimento de cláusulas de outros tratados. Por se tratar de uma consideração nitidamente política, confira o tópico 3, sobre multilateralismo e regionalismo.

17 Diferentemente do que ocorre na TM, os relatórios dos painéis da OMC podem não ser adotados por decisão consensual na reunião do OSC.

18 As disposições da nota de rodapé precedente se aplicam, também, aos relatórios do OA da OMC.

19 “(...) Se o grupo neutro chegar a determinar que, com efeito, a demanda constitui um abuso de processo legal ou que, *prima facie*, carece de fundamento, o grupo neutro deverá abster-se de continuar atuando no caso”, art. 20 da Terceira Minuta (grifo original). Diferentemente do que ocorre na OMC, o membro da ALCA não terá um direito fundamental de obter um julgamento sobre uma questão por ele posta perante o OSC do bloco. Conf. a jurisprudência discrepante dessa disposição na jurisprudência das notas de rodapé de números 4, 8 e 13.

20 Tradução livre.

21 Para uma exposição detalhada dos impasses da ALCA, conf. BASTOS, Pedro Paulo Zahluth. *A ALCA entre a Rodada do desenvolvimento da OMC e o regionalismo unilateral dos EUA*. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

22 Tradução livre. Texto original disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em: 26 ago. 2006.

23 Similarmente, numa decisão atípica do OSC da OMC, uma empresa australiana foi obrigada a devolver os subsídios recebidos ao governo australiano. Conf. *Automotive Leather II*, Panel Report, 16 June 1999, *ibidem*.

24 Conf. EC — Asbestos, Appellate Body Report, 5 April 2001, *ibidem*.

25 Consulte os Capítulos 10 e 11 para informações sobre a ICSID e a CCI, respectivamente.

26 Em inglês, o verbo “*to cover*” significa “cobrir; proteger; abrigar; revestir”. Uma vez que a OMC também estende proteção e guarda a outros instrumentos jurídicos

internacionais fora do seu arcabouço, a expressão “*covered agreement*”, traduzida como “acordo coberto”, englobaria também esses outros instrumentos. Contudo, os *covered agreements* devem ser entendidos como sendo apenas o Acordo de Marrakesh e os demais contidos nos seus Anexos 1 e 2, bem como os acordos plurilaterais contidos no seu Anexo 4.

[27](#) O OSC da OMC também poderá adotar procedimentos especiais, desde que contidos no Apêndice 2 do DSU (artigo 1:2).

[28](#) Treaty Establishing the Caribbean Community (Tratado de Chaguaramas). Celebrado em 4 de julho de 1973, em vigor desde 5 de outubro de 1981. *International Legal Materials*, v. 12, p. 1033.

[29](#) Os acordos referentes ao CARICOM estão disponíveis em: <<http://www.caricom.org>>. Acesso em: jan. 2007.

[30](#) Essa possibilidade foi, inclusive, levantada durante a III Reunião de Ministros Responsáveis por Comércio, durante as negociações da ALCA. Declaração Ministerial de Belo Horizonte. 16 de Maio de 1997. Disponível em: <http://www.ftaa-alca.org/ministerials/Belo/Belo_p.asp>. Acesso em: 27 ago. 2006.

[31](#) MERCOSUL. Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai (Tratado de Assunção), de 26-3-1991. *International Legal Materials*, v. 30, p. 1041, 1991.

[32](#) MERCOSUL. Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias (CMC/DEC 1/91), de 17-2-1991.

[33](#) *North American Free Trade Agreement* (Washington, Ottawa, Cidade do Mexico). Celebrado em 17 de dezembro de 1992, em vigor desde 1^a de janeiro de 1994. *International Legal Materials*, v. 32, 289, 1993; e *International Legal Materials*, v. 32, p. 605, 1993..

[34](#) *General Agreement on Trade in Services*. Celebrado em 15 de abril de 1994. Em vigor desde 1^a de janeiro de 1995. WTO. *The results of the Uruguay Round of Multilateral Negotiations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

[35](#) Para uma comparação jurídica ampla e pormenorizada com a Terceira Minuta da ALCA, conf. os Capítulos 15 e 12 deste livro, respectivamente.

[36](#) REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

[37](#) Uma medida governamental posta em análise na OMC tem aspecto dúplice: a questão de fato e a base legal sob a qual ela é investigada. Esse entendimento já foi consolidado pelo OA. Conf. *Guatemala — Cement I*, Appellate Body Report, 25 November 1998, § 72.

[38](#) *Argentina — Poultry*, Panel Report, 19 de maio de 2003; *Mexico — Soft Drinks*, Panel Report, 24 de março de 2006.

[39](#) *EC — Bananas III*, Appellate Body Report, adotado em 25 de setembro de 1997, § 135.

[40](#) “(...) a decisão de exercer jurisdição [ou não] poderia ter uma natureza mais política que jurídica”. *Mexico — Soft Drinks*, Panel Report, 24 de março de 2006, § 7.17, tradução livre, *ibidem*.

[41](#) *Argentina — Poultry*, Panel Report, 19 de maio de 2003, *ibidem*.

[42](#) *Argentina — Poultry*, Panel Report, 19 de maio de 2003, § 7.41.

[43](#) *U.S. Broom Corn*, USA-97-2008-01, 30 de janeiro de 1998.

[44](#) *U.S. Broom Corn*, USA-97-2008-01, 30 de janeiro de 1998. (tradução livre).

[45](#) LEAL-ARCAS, Rafael. *Choice of Jurisdiction in International — Trade Disputes: going Regional or Global?* Harvard Law School, Paper 1753, 2006. Disponível em: <<http://law.bepress.com>>. Acesso em: fev. 2007.

[46](#) “(...) um Membro tem amplo arbítrio em decidir se qualquer ação seria ‘proveitosa.’” *EC — Bananas III*, Appellate Body Report, adotado em 25 de setembro de 1997, § 135 (tradução livre).

[47](#) Por se tratar de uma análise histórica, o tópico concentrar-se-á nas vantagens comparativas entre os dois países e não entre possíveis estratégias novas de competitividade — modelos propostos por David Ricardo e Michael Porter, respectivamente. Para uma síntese dessas teorias, conf. PEIXOTO *et all.* *Estudo Comparativo das Teorias de Comércio Exterior*. Disponível em <<http://www.anpad.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2007.

[48](#) É sintomático o fato de o Brasil, principalmente o estado de Minas Gerais, ter como mérito o grande volume de exportação nesse setor. Conf. o *site* Minas On-line: <<http://www.mg.gov.br>>. Acesso em: 2 dez. 2006

[49](#) Para uma ampla visão sobre os impactos a serem provocados pela ALCA, conf. KUME, Honório; PIANI, Guida. *Alca: uma estimativa do impacto no comércio bilateral — Brasil — Estados Unidos*. XXXI Encontro Nacional de Economia — ANPEC, Porto Seguro, 2003. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br>>. Acesso em: março 2007.

[50](#) Já em 2002, foram feitas 83 notificações sobre padrões para importação pelo MERCOSUL, contra apenas 76 feitas pelo NAFTA. Dados coletados do site da OMC <<http://www.wto.org>>. Acesso em: jan. 2007.

A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

AMANDA CAROLINA COTA ARANTES¹

KARINA MARZANO FRANCO²

BRUNO BRAZ DE CASTRO³

INTRODUÇÃO

O sistema europeu de proteção dos direitos humanos configura-se em um complexo sistema continental de amparo aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais de milhares de cidadãos do continente europeu. Foi criado após a Segunda Guerra Mundial, tendo refletido, portanto, os anseios por proteção dos direitos humanos dos indivíduos que haviam sofrido as consequências mais gravosas de tal conflito⁴.

Essa proteção é oferecida com o auxílio de três documentos principais: A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, a Carta Social Europeia Revista e a Carta dos Direitos Fundamentais, todos eles objetivando, em linhas gerais, trazer o viés jurídico necessário à concretização da proteção dos direitos humanos. Ademais, visando a alcançar a obrigatoriedade da aplicação de tais documentos, foram criados os seguintes órgãos: A Comissão Europeia de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte) e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Tal sistema, porém, diante da necessidade de adequar-se às demandas da sociedade europeia em evolução,

incorporou importantes protocolos à Convenção, como o Protocolo 11⁵ e o Protocolo 14⁶, que buscam facilitar e desburocratizar o acesso à Corte para os indivíduos vítimas de violações.

O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar como se dá o procedimento de análise e julgamento dos casos perante a Corte.

1. OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO EUROPEU

1.1. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (Convenção)⁷ é um documento primordial na estrutura do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos. Começou a vigorar em setembro de 1953, após as dez ratificações necessárias.

Vale citar que os primeiros direitos protegidos pela Convenção foram os civis e políticos presentes nos artigos 2^a ao 7^a. Posteriormente é que entram em cena os direitos sociais, econômicos e culturais, por exemplo, o direito à educação⁸ e o direito de propriedade⁹.

1.2. A Carta Social Europeia e o Comitê de Especialistas Independentes em prol de sua implementação efetiva

A Carta Social Europeia é mais um instrumento jurídico do Sistema Europeu que busca salvaguardar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, mais especificamente, os direitos econômicos e sociais da população. Concebe-se inspirada nas recomendações da Organização das Nações Unidas, com o intuito de amparar especificamente direitos humanos concernentes a saúde, educação, trabalho e proteção social, mencionando inclusive o direito de greve.

O Comitê de Especialistas Independentes (Parte IV) assume papel de suma importância na implementação efetiva do documento, ao elaborar relatórios concernentes à avaliação das medidas de implementação dos ditames da Carta em todos os Estados-Partes de dois em dois anos e proferir recomendações aos Estados para melhor efetivação dos direitos abrangidos na Carta. A Carta é dividida em seis partes mais um Anexo, sendo que as

duas primeiras tratam especificamente do conteúdo material da Convenção, com destaque para as normas relativas ao direito dos trabalhadores (Parte II), e sua aplicação de acordo com a peculiaridade da demanda de proteção dos diferentes grupos sociais, como idosos, crianças e adolescentes, homens, mulheres gestantes etc. As demais partes são dedicadas especialmente à interpretação e aplicação da própria convenção, ao instituir órgãos de fiscalização e efetivação das normas, como o próprio Comitê, além de regular as regras da entrada em vigor do tratado, suas emendas, a possibilidade de denúncia, dentre outros.

Em 3 de maio de 1996, devido a mudanças culturais e novas necessidades da população, a Carta Social Europeia foi substituída pela chamada Carta Social Europeia Revista. No que tange à reformulação, merece destaque a otimização dos esforços tendentes à igualdade de tratamento dispensado a homens e mulheres que, apesar de ser uma preocupação antiga da sociedade, ainda não acontece de forma suficientemente eficaz e por isso voltou a ser abordada.

1.3. A Carta dos Direitos Fundamentais

O documento intitulado Carta dos Direitos Fundamentais¹⁰ constitui um acordo proclamado conjuntamente pelo Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia¹¹. Tem caráter interinstitucional no que tange ao envolvimento do Conselho da Europa¹², do Parlamento Europeu¹³ e da Comissão com sede em Nice.

Tem-se, de fato, um avanço no rol dos direitos protegidos, uma vez que, além dos direitos civis e políticos que se encontram em consonância com os dispostos na Convenção¹⁴, alcança também os direitos econômicos e sociais, destacando-se, principalmente, em matéria de direito comunitário e dos direitos fundamentais em âmbito internacional.

Em última análise, ressalta-se que a pretensão última da elaboração do supracitado documento for a de formar um sistema regional, concreto e efetivo, de proteção aos direitos humanos correlacionado com o já então existente no continente europeu.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS ÓRGÃOS DE GARANTIA E CONTROLE DA CONVENÇÃO

2.1. A Comissão Europeia de Direitos Humanos

2.1.1. Concepção original e análise da sua atuação ao longo de sua existência

A fim de garantir a implementação da Convenção, foi criada, em 1954, conforme previsto no texto original da Convenção, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, cuja principal atividade era a análise da admissibilidade das denúncias contidas nas petições individuais¹⁵ — incluindo aquelas submetidas por qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de particulares que se considerasse vítima de uma violação da Convenção cometida pelo Estado-Parte —, bem como as petições elaboradas pelas próprias Altas Partes Contratantes, ambas dirigidas ao Secretário-Geral do Conselho da Europa¹⁶. Assim, pode-se defini-la como um órgão quase jurisdicional, pois a Comissão detinha grande poder ao intermediar e restringir o acesso à Corte Europeia de Direitos Humanos (“Corte”), funcionando como órgão auxiliar do Tribunal desde seu primeiro caso¹⁷ (*Lawless*)¹⁸.

2.1.2. O Protocolo 11

Em 1º de novembro de 1998 entrou em vigor o Protocolo 11 à Convenção, fruto da necessidade de reformulação do sistema europeu que já apresentava dificuldades no atendimento ao número crescente de demandas¹⁹. O procedimento duplo — trâmite perante a Comissão e, em seguida, perante a Corte — mostrou-se extremamente demorado. A mudança principal foi a extinção da Comissão Europeia²⁰. Suas antigas funções fundiram-se com as da Corte, tornando-se esta a responsável pela análise da admissibilidade da petição²¹ e pela tentativa de solução amigável e apreciação contraditória²², passando a existir um único órgão jurisdicional permanente. Foi reconhecido o direito de petição individual perante o órgão jurisdicional²³, sendo que esse direito, bem como a jurisdição da Corte sobre os Estados-Membros, passou para a modalidade de aceitação compulsória, ou seja, não mais como uma faculdade dos Estados. Assim, finalmente, o *jus standi* dos indivíduos no sistema europeu foi consagrado.

O resultado do acesso direto do indivíduo foi exatamente o incrível aumento do número de casos apresentados à Corte²⁴. O número de

juízos apresentados em 2005 (1.105) demonstra um impressionante crescimento de 54% em comparação ao ano anterior (718). Não se trata somente dos chamados *casos repetitivos*, sendo que o número de *juízos complexos* também continua a crescer a níveis significantes: 315 juízos foram classificados pela própria Corte nos níveis mais altos de importância (1 e 2) no arquivo de 2005, o que representa um aumento de 25% em relação a 2004 (244)²⁵.

3. A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS – HISTÓRICO

A Corte foi estabelecida em 1959 como parte do mecanismo de proteção aos direitos humanos instituídos pela Convenção (1953)²⁶. Atualmente consiste no tribunal internacional de direitos humanos mais abrangente do mundo, com 46 juizes, trabalhando em tempo integral, e 800 milhões de pessoas de 46 países sob sua jurisdição²⁷.

Um de seus grandes desafios é a implantação de medidas eficazes no escoamento de sua sobrecarga de casos, de modo a preservar a qualidade de sua prestação jurisdicional na proteção dos direitos humanos no continente europeu.

3.1. O funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos

3.1.1. Os juizes

A Corte é composta por tantos juizes quantos são os Estados Contratantes da Convenção. Cada Estado, independentemente do tamanho de seu território ou de sua população, é responsável pela indicação de um dos magistrados²⁸.

O artigo 21 da Convenção preceitua que os juizes devem ser escolhidos tendo-se em vista seu caráter elevado e sua capacidade técnica adequada para o ofício. Além disso, o juiz deve ser fluente em pelo menos uma das línguas oficiais da Corte (inglês e francês)²⁹. Então, o Estado Contratante deve submeter à Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa uma lista tríplice de candidatos ao cargo, para que esta proceda à eleição daquele que se tornará o juiz da Corte³⁰.

O caráter eminentemente político do procedimento de escolha dos juizes da Corte levanta a questão sobre serem os juizes eleitos aqueles realmente

mais qualificados para o ofício ou apenas os politicamente bem relacionados. Em virtude de tal questionamento é que a Assembleia do Conselho da Europa emitiu a Resolução 1366³¹, que reforçou a possibilidade de rejeição pela Assembleia de indicações dos Estados que não considerem devidamente os parâmetros do artigo 21 da Convenção, ou que, por exemplo, não possuam pelo menos um indivíduo de cada sexo, dentre outras exigências.

Uma vez eleito, o juiz não é um representante de seu país. Em consequência, não pode exercer cargo político, administrativo ou qualquer outra atividade que possa comprometer sua imparcialidade, independência ou dedicação em tempo integral ao ofício³². Caso um dos magistrados aja de forma inadequada, o plenário da Corte pode destituí-lo de seu cargo, mediante anuência de pelo menos dois terços dos juízes³³.

O mandato de um juiz é de seis anos e renovável, e o regime de trabalho na Corte é a dedicação em tempo integral ao ofício. Os magistrados devem se aposentar aos 70 anos³⁴.

3.1.2. A organização da Corte Europeia de Direitos Humanos

O Protocolo 11 instituiu um complexo sistema de organização da Corte, conforme doravante se descreve.

O Plenário da Corte, composto por todos os juízes do órgão, tem como uma de suas principais atribuições eleger o Presidente e os dois Vice-Presidentes da Corte³⁵. Além disso, deve instituir as Seções, grupos de juízes com duração de três anos³⁶.

Cada juiz deve ser designado a uma Seção, cuja composição deve ser proposta pelo Presidente da Corte³⁷. Os Vice-Presidentes da Corte são automaticamente designados Presidentes de Seções, devendo o plenário da Corte eleger mais três Presidentes, e cada uma das Seções eleger um Vice-Presidente³⁸.

Cada caso é inicialmente designado a uma das Seções³⁹. As Seções são divididas em três Câmaras, que deverão designar um Comitê de três de seus juízes, com mandato de doze meses. A função dos Comitês é avaliar a admissibilidade das petições individuais submetidas à Corte⁴⁰, remetendo as

demandas consideradas admissíveis à Câmara, para que esta emita decisão sobre sua admissibilidade e mérito.

A Convenção institui, ainda, uma Grande Câmara, que somente deverá ser acionada quando sérias questões sobre a interpretação e aplicação da Convenção, ou qualquer outra de importância geral, sejam levantadas⁴¹. Em especial, a Grande Câmara é acionada nas seguintes situações: em recursos de decisões das Câmaras⁴²; nos casos em que alguma Câmara tenha renunciado à jurisdição em seu favor⁴³; e para formular opiniões consultivas, requeridas conforme o artigo 47 da Convenção⁴⁴. A Grande Câmara é composta de 17 juízes, dentre os quais necessariamente se encontram o Presidente da Corte, os dois Vice-Presidentes e os Presidentes das Seções⁴⁵.

3.1.3. O procedimento perante a Corte Europeia de Direitos Humanos

A Corte é competente para decidir sobre qualquer questão que envolva a aplicação e a interpretação da Convenção e seus Protocolos relacionados⁴⁶. Qualquer indivíduo, organização não governamental ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de uma violação à Convenção são partes legítimas para submeter uma petição à Corte⁴⁷. Além disso, podem os próprios Estados denunciar violações cometidas por outros Estados Contratantes⁴⁸, embora isso não seja comum.

Ademais, a Corte possui competência para emitir opiniões consultivas acerca de questões concernentes à interpretação e aplicação da Convenção⁴⁹, sempre que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa assim solicitar, sob voto da maioria de seus membros.

3.1.3.1. Trâmite de uma petição individual

A Corte possui um vasto corpo de funcionários à sua disposição para prestar-lhe assistência técnica e administrativa em suas funções judiciais. Esse corpo compõe o Secretariado, coordenado pelo Secretário da Corte, que possui como principal função receber e preparar para julgamento as denúncias de violação à Convenção submetidas por indivíduos à Corte.

Quando uma petição individual denunciando uma violação da Convenção é submetida à Corte, é inicialmente encaminhada a uma das Seções por seu Presidente⁵⁰. A petição pode ser formulada em qualquer das línguas dos

Estados Contratantes e deve preencher um mínimo de requisitos materiais, tais como: dados pessoais completos da suposta vítima; dados do representante legal, caso haja; nome do Estado denunciado; um breve relato dos fatos, das violações sofridas e do trâmite do caso no ordenamento interno; e a especificação do pedido⁵¹.

Dentro de uma Seção, o caso é submetido a um juiz Relator, que deverá efetuar uma análise preliminar do caso, solicitando às partes informações factuais, documentos ou outros materiais que considere importantes, e emitir um parecer com recomendações sobre a admissibilidade do caso⁵². Nessa tarefa, o Relator é ajudado pelo Secretariado.

Em geral, o Relator escolhido é aquele indicado pelo Estado alvo da denúncia de violação. A razão para isso é que seu conhecimento sobre o ordenamento jurídico doméstico do Estado-réu desempenha papel de capital importância na compreensão do caso, e no alcance de sua solução⁵³.

O Relator envia o caso e suas recomendações para um dos Comitês de três juízes. Caso este o entenda como provavelmente admissível, pode submetê-lo diretamente a uma das Câmaras de sete juízes⁵⁴. Note-se que o artigo 35 da Convenção dispõe que uma denúncia somente poderá ser submetida à Corte após esgotados os recursos internos, e em até seis meses contados da decisão final obtida no âmbito doméstico. Não são admitidas, outrossim, petições anônimas⁵⁵, manifestamente infundadas, emitidas em abuso do direito de petição ou aquelas cujo conteúdo seja o mesmo de uma questão já submetida à Corte. Um caso pode ser considerado inadmissível em qualquer fase do procedimento.

A decisão do Comitê sobre a admissibilidade de um caso é final, caso seja unânime, e não precisa ser arrazoada⁵⁶. Se a inadmissibilidade não for unânime, o caso segue para uma Câmara, que deverá proferir nova decisão sobre sua admissibilidade, podendo para isso requerer às partes quaisquer informações ou documentos que julgue necessários⁵⁷. A decisão é obtida através da maioria dos votos dos sete juízes⁵⁸ e deve ser fundamentada⁵⁹.

Considerado admissível, a Câmara deverá decidir sobre o mérito do caso, determinando se houve ou não violação da Convenção. Nesse ponto, o Secretariado poderá conduzir negociações entre as partes, tendo em vista a

obtenção de soluções amigáveis para a contenda, de modo a encerrar o caso, sem decisão jurisdicional de mérito⁶⁰.

Ao examinar o mérito de um caso, a Câmara deverá proceder a uma análise mais precisa dos fatos, em conjunto com os representantes das partes litigantes⁶¹. O Regulamento da Corte permite que sejam adotadas quaisquer medidas investigativas que pareçam úteis na solução da controvérsia, como solicitar às partes a produção de provas documentais e recolher depoimento de uma testemunha ou de um perito⁶². O Regulamento permite, ainda, que a Corte envie delegações de juízes para realizarem investigações de campo ou conduzirem inquéritos⁶³, embora isso seja muito incomum na prática, dado o tempo exigido para sua execução e a pouca disponibilidade dos juízes, tendo em vista a enorme sobrecarga processual da Corte.

Ressalta-se que a decisão da Câmara é final, a menos que, após três meses da publicação da decisão de uma Câmara, nenhuma das partes litigantes tenha solicitado, de forma fundamentada, a revisão da sentença pela Grande Câmara. É importante ressaltar que é necessário que uma comissão de cinco juízes deste órgão decida selecionar para análise a solicitação de revisão, caso contrário não haverá novo julgamento⁶⁴.

A Convenção e o Regulamento da Corte preveem o instituto do *amicus curiae* para os julgamentos das Câmaras e da Grande Câmara. Assim, o Presidente da Corte poderá autorizar a submissão de escritos — ou, excepcionalmente, a participação em audiências — por indivíduos, Estados Contratantes ou organizações não governamentais que, não sendo parte dos procedimentos, apresentem motivos razoáveis que justifiquem sua intervenção no caso, ainda que sem interesse direto no julgamento⁶⁵.

3.1.3.2. Mecanismos judiciais disponíveis à Corte Europeia de Direitos Humanos

Diante de uma denúncia de violação à Convenção de Direitos Humanos, poderá a Corte adotar algumas medidas. Entre elas, a principal é a prolação da decisão do caso, declarando se a ação ou omissão de um Estado configura desrespeito aos direitos que a Convenção protege⁶⁶. A Corte não possui poder para impor sanções que garantam o cumprimento de suas decisões. Assim que emitida uma decisão final sobre um caso, esta é submetida ao Comitê de Ministros, que deve acompanhar sua execução.

Diante do não cumprimento adequado da decisão, o Comitê de Ministros tem a possibilidade de requerer a expulsão do Estado infrator do Conselho da Europa, sendo esta a única medida de caráter coercitivo permitida⁶⁷.

Outra medida judicial passível de ser adotada pela Corte são as medidas provisionais, sob a regra 39 do Regulamento da Corte. Uma Câmara ou seu Presidente podem requerer ao Estado que, antes da decisão final, adote medidas eficazes no sentido de impedir que o objeto da petição se perca, o que tornaria sem sentido a continuidade do processo⁶⁸.

A Corte pode, ainda, determinar “reparações razoáveis” à vítima de uma violação de direitos humanos⁶⁹. É importante destacar, nesse ponto, que o alcance das reparações outorgadas pela Corte é francamente inferior, quando comparado ao de outros tribunais internacionais de direitos humanos — *e.g.*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷⁰.

Se o artigo 41 da Convenção permite que a Corte determine compensação financeira, quando necessário, pelos danos inflingidos à vítima de violação — danos morais e materiais, além do pagamento de custas e outros gastos —, não há previsão de que o Tribunal ordene a tomada de medidas mais amplas pelo Estado violador, passíveis de fazer cessar a situação que gerou a ofensa à Convenção — reformas de legislação, punição dos agentes responsáveis, entre outras medidas não pecuniárias⁷¹. A Corte, inclusive, já se pronunciou no sentido de que cabe ao Estado, e não ao Tribunal, a determinação de quais dessas medidas deverão ser adotadas⁷².

4. O COMITÊ DE MINISTROS

4.1. Concepção original

O Comitê de Ministros é uma instituição do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos que congrega os Ministros de Relações Exteriores de cada Estado-Membro do Conselho Europeu, ou os seus respectivos representantes que têm presença permanente na Corte, em Estrasburgo. Configura-se um órgão, ao mesmo tempo, de: a) caráter político: devido à presença de figuras políticas de cada parte convencionada na sua banca permanente, responsável pela geração de debates e acordos; b) intergovernamental: proporcionador de aproximação nacional quanto aos problemas e desafios enfrentados pela sociedade europeia; e c) decisório:

independente quanto às questões internas do Conselho da Europa, podendo decidi-las de maneira definitiva, além de elaborar recomendações não vinculantes para os Estados no que diz respeito às decisões já proferidas pela Corte⁷³.

4.2. A importância do Comitê na efetiva promoção dos Direitos Humanos na Europa

Dentro do acompanhamento e fiscalização do cumprimento pelos Estados das sentenças da Corte, o Conselho investiga a adoção das medidas individuais e gerais determinadas em cada caso e também o pagamento das devidas reparações. Há, concomitantemente, a elaboração de acórdãos intermediários e finais abordando as conclusões do Comitê. Sugestões, avaliações e críticas durante a supervisão também representam um diferencial para todo o sistema, afinal, a publicação dessas análises em nível continental traz a possibilidade de uma pressão popular sobre os governos dos Estados-Parte.

5. A REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA EUROPEU APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO PROTOCOLO 14 À CONVENÇÃO

O crescimento exagerado da apresentação de queixas ao Sistema Europeu demandou um projeto de reestruturação do procedimento perante a Corte de forma a melhorar a sua eficiência, mas sem retirar os avanços alcançados. Nesse sentido, buscando manter o *jus standi judicio*, ou seja, acesso dos indivíduos vítimas de violação à Corte, e o caráter judicial desta, foi elaborado, então, o Protocolo 14⁷⁴. Seu processo de assinatura foi aberto em maio de 2004; o documento, porém, só entrará em vigor com a ratificação de todos os membros.

A proposta para diminuir a pressão do número de demandas à Corte é a inclusão da competência de um juiz singular⁷⁵ para declará-las inadmissíveis ou rejeitá-las, além da possibilidade de implementação de um mecanismo mais simplificado por parte do Comitê de Três Juízes para lidar com os chamados casos repetitivos, ou seja, os que já tiverem uma jurisprudência bem assentada⁷⁶.

Há ainda a mudança no mandato dos magistrados, que passará a durar 9 anos⁷⁷, sem reeleição, de forma a garantir que estes exerçam a sua atividade

com independência⁷⁸. A possibilidade de renomeação do juiz por seu Estado é um instituto que pode exercer influência negativa sobre a independência e imparcialidade de seu ofício, uma vez que é cabível imaginar que um juiz possa vir a sentir-se pressionado a atuar conforme os interesses do Estado que o indicou, com vistas a obter a renovação de seu mandato⁷⁹.

Ainda visando a tornar mais efetiva a resposta da Corte às demandas julgadas, foram inseridos novos mecanismo para que sejam cumpridas as sentenças finais proferidas. Dentre eles, destaca-se o fato de que a supervisão da execução das sentenças por parte do Estados caberá ao Comitê de Ministros, para quem a decisão final da Corte será, portanto, transmitida. Caso o Comitê entenda que o Estado parte se recusa a acatar a sentença, deverá encaminhar notificação formal à parte sobre a sua situação. Se, ainda depois da notificação, entender que a parte continua desrespeitando a sentença da Corte, o Comitê deverá transmitir a questão à Corte, por decisão de dois terços de seus representantes⁸⁰.

A análise da efetividade dessas mudanças fica na dependência da implantação do Protocolo 14 e seus desdobramentos.

6. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

6.1. Alguns princípios jurisprudenciais da Corte Europeia de Direitos Humanos

6.1.1. A Convenção como um “instrumento vivo”

Em várias ocasiões, a Corte asseverou que a Convenção deve ser considerada levando-se em conta o contexto social vigente⁸¹. Assim, a interpretação de seus preceitos é flexível, variando na medida em que se verifiquem alterações relevantes nas condições culturais ou socioeconômicas nos Estados Contratantes.

6.1.2. Os princípios da subsidiariedade

Sendo a Corte uma instituição destinada a assegurar a observância dos compromissos assumidos voluntariamente pelos Estados Contratantes, conforme observa o artigo 19 da Convenção, o mecanismo de proteção dos direitos humanos de que dispõe é considerado subsidiário aos recursos oferecidos pelo ordenamento interno de cada Estado. Apenas na falha destes

em garantir o efetivo respeito à Convenção é que a Corte deverá ser acionada⁸².

6.1.3. O princípio da margem de apreciação

A jurisprudência da Corte desenvolveu, ao longo dos anos, a doutrina da “margem de apreciação”. Segundo esta, as particularidades culturais e socioeconômicas entre Estados Contratantes garantem-lhes certa margem para diferir uns dos outros na aplicação e interpretação da Convenção, o que deve ser levado em consideração pelo tribunal quando da análise de um caso. Assim, uma situação que configure violação a direitos humanos em um país pode ser considerada aceitável em outro, mesmo que ambos tenham ratificado a mesma Convenção⁸³.

O caso típico do reconhecimento de uma “margem de apreciação” aos Estados pela Corte é *Handyside × Inglaterra*, de 1976. A circulação de um livro escolar havia sido impedida pelas cortes inglesas, sob o argumento de que havia conteúdo obsceno. Em outros países europeus, entretanto, a publicação circulava livremente. A Corte, provocada para declarar se houve violação ao artigo 10 — direito à liberdade de expressão —, afirmou que não há um conceito uniforme de moral entre os países europeus. Assim, haveria uma margem para cada Estado analisar o que seria obsceno ou não, de acordo com seu ordenamento jurídico e os valores morais vigentes à época.

6.2. **Jurisprudência da Corte aplicada diretamente a artigos da Convenção**

6.2.1. Artigos 2 (Direito à Vida) e 3 (Proibição da Tortura)

A Corte possui duas formas distintas de atuação quanto aos direitos e liberdades consagrados na Convenção, podendo ser classificadas como atuação *negativa* e atuação *positiva*. A primeira consiste numa atuação *negativa* da Corte em face aos Estados, no sentido de punir toda e qualquer violação pelas autoridades públicas aos direitos assegurados na Convenção. No entanto, para garantir o respeito efetivo daqueles direitos e liberdades, a Corte vai além, impondo, também, obrigações e deveres *positivos*, de forma que sejam obrigados a agir implementando medidas que assegurem a fiel proteção dos direitos humanos.

É nesse sentido que, na análise de casos que envolvem o desrespeito conjugado dos artigos 2 (Direito à Vida) e 3 (Proibição da Tortura), entendidos como direitos substantivos ou essenciais, vem sendo aperfeiçoada a interpretação por parte da Corte.

O artigo 3 estabelece que “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Estabelece, assim, um *direito absoluto*, que não admite exceção em nenhuma circunstância. Trata-se, portanto, de artigo *inviolável*, cujo conteúdo constitui norma de *jus cogens*, isto é, norma de hierarquia superior, que não admite ser derogada pelos Estados, seja por tratados internacionais ou locais, seja por costumes especiais ou gerais⁸⁴.

Já o artigo 2 afirma que o “direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”; no entanto, admite algumas hipóteses de exceção: ao permitir a execução por sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso do crime ser previsto com essa pena por lei; ao admitir a legítima defesa contra violência ilegal; ao efetuar detenção legal ou para impedir evasão de pessoa legalmente detida; e, ainda, para reprimir, em conformidade com a lei, revolta ou insurreição⁸⁵. Tal direito, por admitir limitações, será interpretado segundo o *princípio da proporcionalidade*, consagrado como um dos princípios gerais do direito⁸⁶, quando da aplicação das normas. Aplicando esse princípio, quando da análise das possibilidades de restrição do direito à vida, deve-se primar sempre pela punição de qualquer tentativa de ingerência através de medida excessiva que contrarie os objetivos da Convenção.

De acordo com o aspecto da decisão da Corte que instaura os deveres positivos aos Estados, ao analisar a violação dos artigos mencionados, a Corte já decidiu em vários casos que, quando as autoridades forem informadas de morte violenta ou desaparecimento sem explicações, em condições suspeitas, há a obrigação de ser realizada uma investigação *efetiva*⁸⁷, que seja hábil a identificar e punir os responsáveis⁸⁸. O que significa que a Corte chama os Estados a agirem de maneira eficaz a possibilitar que haja a punição dos culpados.

No entanto, quanto à produção das provas, devido à própria natureza e relevância dos direitos humanos em geral, não é necessário que as regras que governam a sua feitura sejam aplicadas de forma mecânica⁸⁹. Admite-se

certa “maleabilidade” quanto à análise dos meios probatórios, quando for caracterizada a presença de circunstâncias difíceis, ou até mesmo impossíveis, da prova ser realizada, em prol da realização dos ideais da Convenção. Um exemplo dessa maleabilidade é o fato de um indivíduo que era saudável na época em que foi submetido à custódia policial ser encontrado com sua saúde deturpada ao final da prisão. Nesse caso, há o dever do Estado de providenciar uma explicação plausível para a situação, caso contrário estará demonstrada a violação do artigo 3, que proíbe a tortura⁹⁰.

Neste sentido, procedimentos em nível nacional são essenciais para capacitar a produção de repercussões efetivas no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. O Estado tem o dever de realmente posicionar-se como defensor e garantidor desses direitos em nível interno. A atuação da Corte visa a ser bastante significativa na evolução dessa proteção, uma vez que, através de suas decisões, busca não somente proporcionar justiça às vítimas, como também encorajar o Estado-Parte a modificar sua própria legislação, interferindo, assim, no ritmo a ser acompanhado pela sua jurisprudência.

6.2.2. Artigo 8 (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) e Artigo 10 (Liberdade de expressão)

De acordo com a complexa e vasta jurisprudência da Corte, o caso que melhor ilustra a margem atual de aplicação do artigo 8 (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção é o *Goodwin versus United Kingdom*, de julho de 2002⁹¹.

O caso tem como petionário um indivíduo que, após fazer uma cirurgia de mudança de sexo pelo Serviço Nacional de Saúde do seu país, continua a ser considerado um homem pelo ordenamento jurídico interno e encontra empecilhos legais para formalizar um casamento. A Corte, então, pautando-se na ideia inerente ao artigo 8º da Convenção de que todo indivíduo possui autonomia para realizar atos que melhorem a sua qualidade de vida⁹², demonstra, por meio da condenação do Estado pela violação do artigo 8 e do artigo 12 (Direito ao Casamento) da Convenção, o reconhecimento da tendência internacional de aceitação social e incorporação nas legislações

da possibilidade de mudança de gênero das pessoas que realizam cirurgias de mudança de sexo⁹³.

Vale ressaltar a utilização pela Corte do princípio da Convenção como um “instrumento vivo”, no tocante à nova interpretação apresentada no caso *Goodwin versus United Kingdom*. Em tal oportunidade, consagrou-se a proteção de indivíduos que realizam mudança de sexo e não conseguem obter no ordenamento interno dos seus países as condições legais da nova identidade sexual.

Percebe-se, então, uma importante mudança de posicionamento da Corte, que até por volta do ano de 1986, mostrava-se contrária à condenação de Estados em casos semelhantes, visando a tutelar direitos de terceiros à segurança jurídica de dados anteriormente registrados. Tal posição é demonstrada em casos como *Rees versus United Kingdom*⁹⁴, *Sheffield and Horsham versus United Kingdom*⁹⁵, *Cossey versus United Kingdom*⁹⁶ e *X, Y e Z versus United Kingdom*⁹⁷.

Com relação ao artigo 10 (Liberdade de expressão) da Convenção, a questão da suposta difamação de oficiais de Estados contrapondo-se à liberdade de expressão dos indivíduos foi um ponto amplamente analisado pela Corte. O caso mais representativo nesse sentido é o *Pakdemirli v. Turkey*⁹⁸, no qual um Ministro do Parlamento da Turquia faz um discurso com duras críticas ao Senhor Süleyman Demirel, Presidente da República, e é condenado por tribunais internos por difamação deste. O ministro, Senhor Ekrem Pakdemirli, entendendo que o seu direito de liberdade de expressão foi violado pela decisão dos tribunais nacionais turcos, recorre à Corte por tal violação. A Corte, então, profere sua decisão condenando o Estado pela violação do direito requerido pelo nacional, sob argumentos de a decisão interna (i) ter condenado o indivíduo a pagar uma indenização desproporcional — a maior paga até então no país em casos semelhantes àquele — aos danos causados pela declaração ao Presidente da República, (ii) não ter considerado a diferença de status entre as partes, (iii) bem como de a interferência no direito de liberdade de expressão da parte violada, considerando-se a pequena gravidade das declarações, (iv) ter sido desnecessária diante dos parâmetros de uma sociedade democrática.

Assim, cita-se a existência de um grande número de decisões da Corte, casos *Turhan v. Turkey*⁹⁹, *Birol v. Turkey*¹⁰⁰, *Ukrainian Media Group v.*

*Ukraine*¹⁰¹, *Salov v. Ukrain*¹⁰², *Sokolowski v. Poland*¹⁰³, que demonstraram o seguimento de uma linha de interpretação favorável à salvaguarda do direito de liberdade de expressão dos indivíduos em oposição às ingerências dos Estados com relação à expressão de opinião, à transmissão e ao recebimento de informações e ideias.

Percebe-se, por conseguinte, que os direitos de conduzir livremente a vida privada e familiar, e os relativos à liberdade de fala e expressão¹⁰⁴ — consagrados pelo Sistema de Proteção Europeu como um todo — relacionam-se diretamente com o compromisso dos países integrantes do mesmo para com a consolidação de uma democracia para além de formal, concreta e efetiva. Desse modo, a jurisprudência da Corte segue uma interpretação extensiva dos direitos elencados na Convenção, concomitantemente a uma postura de condenação da restrição dos mesmos.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional — GEDI e do Grupo de Estudos de Direito Internacional dos Direitos Humanos — GEDI-DH.

² Mestranda em Direito da Integração Europeia pelo Europa-Institut, Alemanha. Bacharela em Direito pela UFMG. Ganhadora dos prêmios Barão do Rio Branco e Francisco Brant. Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional — GEDI e do Grupo de Estudos de Direito Internacional dos Direitos Humanos — GEDI-DH.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional — GEDI e do Grupo de Estudos de Direito Internacional dos Direitos Humanos — GEDI-DH.

⁴⁴ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 46.

⁵ Protocolo 11 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais introduz *alterações no sistema de controle da Convenção, adotado em Estrasburgo em 13 de maio de 2004*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>. Último acesso em: 4 mar.2011.

[6](#) Protocolo 14 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, Strasbourg, 13.v. 2004.

[7](#) *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais com as modificações introduzidas pelo Protocolo n. 11, acompanhada do Protocolo Adicional e dos Protocolos n. 4, 6, 7 e 13*. Conselho da Europa, Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Setembro 2003. Disponível em: www.echr.coe.int. Último acesso em: 4 mar.2011. Doravante “Convenção”.

[8](#) Artigo 2 do Protocolo 1 — *Protocolo adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: www.echr.coe.int.

[9](#) *Ibidem*, artigo 1.

[10](#) Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. JO n. C 364, de 18/12/2000, p. 0001-0022. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2000/c_364/c_36420001218pt00010022.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[11](#) PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 191.

[12](#) É a organização internacional da “Grande Europa”, cuja sede é em Estrasburgo, tendo sido fundado em 5 de maio de 1949 pelo Estatuto de Londres — Estatuto do Conselho da Europa, de 22 de novembro de 1978.

[13](#) Instituição parlamentar da União Europeia, com sede em Estrasburgo, constituindo uma Assembleia eleita por um período de 5 anos por sufrágio universal dos cidadãos dos Estados-Membros.

[14](#) O art. 52, parágrafo 3, da Carta dos Direitos Fundamentais expressa tal característica, ao dispor que o sentido e o alcance dos direitos dos dois documentos devem ser os mesmos.

[15](#) Artigo 25.1 do texto original da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

[16](#) *Ibidem*, artigo 24.

[17](#) CANÇADO TRINDADE. *Direitos Humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo*, p. 243. In: NEMER, Leonardo (org.). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[18](#) *Case of Lawless v. Ireland* (n. 3). Application n. 332/57 — Judgement — Strasbourg — 1st July 1961.

[19](#) *European Court of Human Rights. The Court — Historical Background*. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3B662702-FFDB-4187-AAC56B926725DF35/0/30012009PresidentCarozzaSeminar_eng_.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[20](#) Artigo 19 da Convenção Europeia de Direitos Humanos atualizada com o protocolo 11.

[21](#) *Ibidem*, artigo 35

[22](#) *Ibidem*, artigo 38

[23](#) *Ibidem*, artigo 34.

[24](#) Ver também KOURY, Luiz Guilherme Costa. *Os indivíduos e o Sistema Interamericano*: Evolução da participação e as perspectivas para o acesso direto das vítimas à Corte Interamericana.

[25](#) Dados retirados do *site* oficial da Corte Europeia de Direitos Humanos — www.echr.coe.int.

[26](#) Convenção, artigo 19.

[27](#) *European Court of Human Rights — Composition of the Sections*. Disponível em: www.echr.coe.int, seção “*The Court*”. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[28](#) Convenção, artigo 20.

[29](#) *European Court of Human Rights. Rules of the Court* (doravante “Regulamento da Corte”). *Registry of the Strasbourg Court, 2006. Rule 34.1*.

[30](#) Convenção, artigo 22.

[31](#) Resolution 1366 (2004) — Candidates for the European Court of Human Rights — Parliamentary Assembly — Assembly debate on 30 January 2004 (8th Sitting) *Parliamentary Assembly, Council of Europe. Resolution 1366 (2004) — Candidates for the European Court of Human Rights*. Disponível em: http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta04/ERES_1366.htm. Último acesso em: 4 mar.2011.

[32](#) Convenção, artigo 21.3.

[33](#) Regulamento da Corte, regra 7.

[34](#) Convenção, artigo 23.

[35](#) Convenção, artigo 26.a.

[36](#) Atualmente, a Corte divide-se em cinco Seções, com nove a dez juízes cada. *European Convention Of Human Rights — Composition of the Sections*. Disponível em: www.echr.coe.int, seção “*The Court*”. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[37](#) Regulamento da Corte, regra 25.b. Deve ser levada em conta a necessidade de balancear os juízes conforme a localização geográfica de seus países e seu gênero sexual, além de buscar refletir em sua estrutura os diferentes sistemas legais apresentados pelos Estados Contratantes da Convenção.

[38](#) *Ibidem*, regras 8.1 e 8.2.

[39](#) *Ibidem*, regra 52.1.

[40](#) *Ibidem*, artigo 28.

[41](#) *Ibidem*, regra 72.

[42](#) Regulamento da Corte, regras 24.5 e 73.

[43](#) Convenção, artigo 30. Regulamento da Corte, regra 72.2.

[44](#) *Ibidem*, artigo 47.1: “The Court may, at the request of the Committee of Ministers, give advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the Convention and the protocols thereto”.

[45](#) Regulamento da Corte, regra 24.2.

[46](#) Convenção, artigo 32.

[47](#) *Ibidem*, artigo 34.

[48](#) Ibidem, artigo 33.

[49](#) Ibidem, artigo 47.

[50](#) Regulamento da Corte, regra 52.

[51](#) Ibidem, regra 47. A Corte também recomenda a observação de alguns poucos requisitos formais, como: a elaboração de um resumo do caso, quando a petição exceder dez páginas; documentos em letra legível ou digitados; a numeração das páginas do documento; a informação, na petição, de se o denunciante já possui outros casos em trâmite na Corte; entre outros. *Vide* European Court of Human Rights — Practice Directions. Disponível em: www.echr.coe.int, seção “Basic Texts”.

[52](#) Regulamento da Corte, regra 49.

[53](#) Three Years’ Work for the Future — Final Report of the Working Methods of the ECHR, 33 — 2002.

[54](#) Regulamento da Corte, regra 49.

[55](#) É possível, entretanto, que o peticionário requeira o sigilo de sua identidade, desde que apresente motivos razoáveis para o pedido. *Vide* a regra 47.3, do Regulamento da Corte.

[56](#) Convenção, artigo 28. Regulamento da Corte, artigo 53.

[57](#) Regulamento da Corte, regra 54.

[58](#) Convenção, artigo 45.

[59](#) Regulamento da Corte, regra 57.

[60](#) Regulamento da Corte, regra 62. Convenção, artigo 39.

[61](#) Convenção, artigo 38.1.a.

[62](#) Regulamento da Corte, regra A.1.

[63](#) Ibidem, regra A1.3.

[64](#) Ibidem, regras 24.5 e 73. Convenção, artigo 44.2.

[65](#) Regulamento da Corte, regras 44.2 e 44.3. Convenção, artigo 36.

[66](#) Ibidem, artigo 46.

[67](#) Convenção, artigo 46.

[68](#) Regulamento da Corte, regra 39.

[69](#) Convenção, artigo 41.

[70](#) PASQUALUCCI, Jo M. Victim Reparations in the Inter-american Human Rights System: a critical assessment of current practice and procedure. *MJIL*.

[71](#) VAN BOVEN, Theo. *Reparations; a requirement of Justice*. Memória do Seminário “El sistema interamericano de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI” — Tomo I. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. Segunda edição. Disponível em: www.corteidh.or.cr/libros.cfm. Último acesso em: 4 mar. 2011. O artigo 63.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em contrapartida, apresenta um extenso rol de medidas reparatórias, como a determinação de adoção de medidas que garantam ao autor o exercício dos direitos e liberdades oprimidos e de ajustes da estrutura social e legal que ensejou a violação da Convenção.

[72](#) *Zanghi v. Italy*, 194-C Eur. Ct. H. R. (ser. A) at 48 (1991).

[73](#) GODINHO, op. cit., p. 73.

[74](#) Relatório Explicativo ao Protocolo 14, disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/204.htm>. Acesso em: 4 mar.2011.

[75](#) Artigo 7 do Protocolo 14.

[76](#) Ibidem, artigo 8.

[77](#) Ibidem, artigo 2.

[78](#) Artigo 23 do texto original da Convenção.

[79](#) International Law Association — The Burgh House Principles On The Independence Of The International Judiciary Disponível em: http://www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/burgh_final_21204.pdf.

[80](#) Artigo 16 do Protocolo 14.

[81](#) Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, artigos 31 e 32. 1155 UNTS 323.

[82](#) COSTA, Jean Paul. *The European Court of Human Rights and Its Recent Case Law*. TILJ. 2003, University of Texas at Austin School of Law Publications.

[83](#) SWEENEY, James A. *Margins of Appreciation: Cultural relativity and the European Court of Human Rights in the Post Cold-war Era*. International & Comparative Law Quarterly. British Institute of International and Comparative Law, 2005.

[84](#) Artigo 2 (2) da Convenção de 10 de dezembro de 1984 contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes: “Em nenhuma circunstância excepcional, seja em estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, pode ser invocada como justificativa para tortura”.

[85](#) Artigo 2º (2) — *a, b e c* da Convenção contra Tortura.

[86](#) Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (26-6-1945, 33 UNTS 993), que dispõe acerca das fontes do direito internacional.

[87](#) *McCann & Others v. United Kingdom*, App. n. 18984/91, 21 Eur. Ct. H. R. (ser.A) 97 (1995);

[88](#) *Assenov v. Bulgaria*, App.n. 24760/94, 28 Eur. Ct. H. R. 652 (1998).

[89](#) BARRETO, Irineu Cabral . *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 3. ed.

[90](#) *Ribitsch v. Austria*, App. n. 18896/91, 21 Eur. Ct. H. R. (ser. A) 573 (1995) (Comm’n Rep.), aff’d, 336 Eur. Ct. H. R. (ser. A) (1995).

[91](#) *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, n. 28957/95, reportado na Corte Europeia de Direitos Humanos 2002-VI, 7/ 2002. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/9AD7F709-0794-4A3A-BF6B-990E2721E71E/0/2002analysisofcaselaw.pdf>. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[92](#) Short survey of cases examined by the court in 2002. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/9AD7F709-0794-4A3A-BF6B-990E2721E71E/0/2002analysisofcaselaw.pdf>. Último acesso em: 4 mar.2011.

[93](#) Idem.

[94](#) *Rees v. the United Kingdom* § 45, Série A n. 106, julgamento na Corte Europeia em 17-10-1986. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9->

41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar.2011.

[95](#) *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, Relatórios de Julgamentos e Decisões 1998-V, julgamento na Corte Europeia em 30-7-1998. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[96](#) *Cossey v. the United Kingdom*, Série A n. 184, julgamento na Corte Europeia em 27-9-1990. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[97](#) *X, Y and Z v. the United Kingdom*, Relatórios de Julgamentos e Decisões 1997-II, julgamento na Corte Europeia em 22-4-1997. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[98](#) *Pakdemirli v. Turkey, Pakdemirli v. Turkey*, n. 35839/97, julgamento na Corte Europeia em 2-2-2005. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[99](#) *Turhan v. Turkey*, n. 48176/99, julgamento na Corte Europeia em 19-5-2005. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[100](#) *Biol v. Turkey*, n. 44104/98, julgamento na Corte Europeia em 1^a-3-2005. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[101](#) *Ukrainian Media Group v. Ukraine*, n. 72713/01, julgamento na Corte Europeia em 29-3-2005. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[102](#) *Salov v. Ukraine*, n. 65518/01, julgamento na Corte Europeia em 2005. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar. 2011.

[103](#) *Sokolowski v. Poland*, n. 75955/01, julgamento na Corte Europeia em 4-3-2011. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 mar 2011.

[104](#) Artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos atualizada com o protocolo 11.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

ISABEL PENIDO DE CAMPOS MACHADO¹

1. DA PROTEÇÃO REGIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os eventos da Segunda Guerra Mundial demonstraram o fracasso do modelo de soberania baseado na coordenação de Estados-Nações independentes, adotado a partir dos Tratados de Paz de Westphalia (1648). Visando a evitar a repetição de acontecimentos como os ocorridos na primeira metade do século XX, foram criados mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais², que buscavam colocar o ser humano em posição mais central no ordenamento jurídico internacional³.

Nesse contexto, dá-se o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, bem como são também criados os Sistemas Interamericano⁴ e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos⁵.

Como ressalta Brownlie⁶, a expressão “direitos humanos” é empregada pela primeira vez na Carta das Nações Unidas, de 1945⁷. Contudo, o instrumento paradigmático para o desenvolvimento dos mecanismos de proteção dos direitos humanos foi, sem a menor dúvida, a Declaração

Universal dos Direitos Humanos⁸, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal pode ser considerada o “ponto de irradiação de esforços em prol da realização do ideal de universalidade dos direitos humanos”⁹.

Trata-se da fonte comum dos mecanismos internacionais de proteção, de diversas naturezas e com funções distintas, tanto no sistema universal quanto nas esferas regionais. Essa multiplicidade de mecanismos de proteção, nas esferas global e regional, reflete a especificidade e autonomia alcançadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, caracterizando especialmente um “direito de proteção”¹⁰.

Além disso, por conta da coexistência desses vários mecanismos internacionais, é possível perceber a importância dada, pelo menos teoricamente, aos indivíduos, verdadeiros sujeitos de tal direito. Os indivíduos têm “a liberdade de escolha do procedimento internacional a ser acionado (na esfera global ou regional)”¹¹. Cançado Trindade aponta para a existência de uma “noção de garantia coletiva dos direitos protegidos — *ordre public* superior”, sendo, portanto, impossível conceber antagonismos entre a proteção regional e a universal, uma vez que entre elas há complementariedade e convergência¹².

Ressalta-se, também, o caráter de universalidade dos direitos humanos, sendo importante destacar que a existência dos sistemas regionais não permite que se compreenda “universalidade como uniformidade total”¹³, o que seria paradoxal em se tratando de direitos humanos. A universalidade é, dessa forma, “enriquecida pelas particularidades regionais. Cada sistema regional vive o seu momento histórico (...) Cada sistema regional tem funcionado em seu próprio ritmo e atento à realidade dos direitos humanos em seu continente respectivo”¹⁴.

Neste contexto, o presente artigo tem por objeto discutir as particularidades, sobretudo as concernentes ao aspecto processual, do mecanismo regional de proteção dos direitos humanos existente no continente americano. Para tanto, serão enfocados dois órgãos principais desse sistema, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos¹⁵.

2. DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTINENTE AMERICANO

Apesar da notável importância histórica da Declaração Universal dos Direitos Humanos também para o desenvolvimento do Sistema Interamericano, é interessante perceber que no âmbito regional já existia anteriormente um instrumento que consagrava a proteção dos direitos humanos. É a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem¹⁶, aprovada pela Resolução XXX, na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948, que cria as bases para a criação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos na forma em que este existe atualmente¹⁷.

Ainda no ano de 1948, na mesma oportunidade em que foi adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, foi assinada a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁸. O art. 104 da Carta da OEA previa a criação de “uma convenção americana sobre direitos humanos”¹⁹.

Dessa forma, seguindo as disposições da Carta da OEA, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José de Costa Rica, é adotada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica²⁰. Tal Convenção, entretanto, somente entrou em vigor em 1978, após o depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação ou adesão à Convenção²¹.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) é, portanto, o principal (mas não o único) instrumento de proteção dos direitos humanos no continente americano²², sendo também responsável por disciplinar as funções da Comissão Interamericana e por criar a Corte Interamericana de Direitos Humanos²³.

3. DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH

Em que pesem as inúmeras reestruturações e questionamentos que vem enfrentando desde o seu surgimento²⁴, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) mantém a sua autonomia²⁵ e sua posição *sui generis* dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos

Humanos. Sediada na cidade de Washington D.C. (Estados Unidos), este órgão é composto por sete membros eleitos²⁶ a título pessoal (CADH, art. 36) e dotados de “alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” (CADH, art. 34).

De acordo com previsão expressa no art. 39 da CADH, à Comissão incumbe elaborar o seu próprio Estatuto²⁷, a ser aprovado pela Assembleia Geral da OEA, bem como expedir o seu Regulamento acerca dos procedimentos a serem adotados no trâmite interno das petições ou comunicações que lhe forem submetidas. Recentemente, no ano de 2009, houve uma alteração substancial no Regulamento da Comissão, com ampla participação da sociedade civil e dos atores interessados no sistema interamericano, de forma a permitir uma clarificação nas normas relativas ao procedimento interamericano, bem como para tentar incorporar os anseios de celeridade e acesso à justiça. Em relação ao seu orçamento, a CIDH elabora um “projeto” denominado Programa Orçamento, que é apresentado ao Secretário-Geral da OEA, que, por sua vez o submete à apreciação da Assembleia Geral da mesma organização internacional (Estatuto da CIDH, art. 18, alínea *h*).

Para garantir uma proteção ampla dos direitos humanos na região, abarcando todas as especificidades de nosso continente, a Comissão tem funções de monitoramento sobre a conduta dos Estados-Membros por meio do sistema de relatórios, a exemplo do que ocorre no sistema universal. Para tanto, divide-se em relatorias especiais ou temáticas, tais como: a relatoria sobre os direitos da mulher, relatoria sobre trabalhadores migratórios e membros de suas famílias, unidade de defensores de direitos humanos, relatoria sobre os direitos dos povos indígenas, relatoria sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade, relatoria sobre direitos dos afrodescendentes e contra a discriminação racial e Relatoria sobre os direitos da criança²⁸. Além do monitoramento, a estrutura das relatorias presta suporte fático-jurídico para a submissão e elaboração dos informes de mérito no sistema de petições individuais.

3.1. Principais atribuições da CIDH

As funções e atribuições da CIDH variam conforme o *status* de cada Estado perante o Sistema Interamericano. Isso porque existe uma dualidade

intrínseca no próprio sistema, dividido entre uma maioria de Estados, que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e uma minoria²⁹, que não é parte do referido tratado.

No último caso, mesmo na ausência da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e tampouco, obviamente, da aceitação da jurisdição da Corte, o Estado sujeita-se ao Sistema Interamericano de Proteção. Nesta hipótese, a Comissão tem a competência de analisar a compatibilidade da conduta do Estado em relação à Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948³⁰. Tal fato é possível graças ao art. 106 da Carta da OEA, que dota a Comissão de prerrogativas de atuação para “promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”³¹.

Os artigos 18 e 20 do Estatuto da CIDH atribuem-lhe as funções em relação a todos os Estados-Membros da OEA, quais sejam: promover e recomendar que os Estados adotem medidas de proteção, respeito e implementação dos direitos consagrados na Declaração; solicitar informações para checar se estas medidas estão sendo progressivamente adotadas; preparar os estudos ou relatórios relacionados com o seu objeto de atuação; atender e assessorar os Estados-Membros a respeito de questões sobre direitos humanos; apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da OEA sobre a situação dos Estados membros; fazer observações *in loco* em um Estado; receber e analisar comunicações; solicitar informações a qualquer Governo a respeito de supostas violações a direitos consagrados na Declaração Americana (independentemente da ratificação da CADH pelo Estado) e formular-lhes recomendações.

Em relação aos Estados que fazem parte da Convenção Americana, além das atribuições já mencionadas, devem ser acrescidas aquelas previstas no artigo 41 da CADH e no art. 19 do mencionado Estatuto. São elas: comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção; solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos a adoção de medidas provisórias em caso de risco de dano grave ou de difícil reparação; consultar a Corte a respeito da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados sobre a matéria³². Nota-se que o Brasil ratificou a CADH em 1992 e aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana em 1998.

3.2. Do sistema de petições

A respeito do sistema de petições, o Regulamento da CIDH (2009) descreve o procedimento a ser adotado. Na hipótese de suspeita da prática de uma provável violação a qualquer obrigação oriunda do Sistema Interamericano, qualquer pessoa, grupo de pessoas, entidade não governamental e o Estado³³ podem submeter uma petição (nos três primeiros casos) ou comunicação (no último caso) para ser analisada pela Comissão, segundo o disposto nos artigos 44 e 45 da CADH.

Em caso de desistência do peticionário em qualquer etapa do trâmite da petição, a Comissão pode prosseguir na tramitação da petição, se constatar a necessidade de proteção de determinado direito humano indisponível ou se, dentro de sua discricionariedade notar que a questão transcende a esfera individual (Regulamento da Comissão, art. 41).

É devido à prerrogativa de realizar a análise da admissibilidade das petições individuais que a Comissão passou a representar um papel *sui generis* no Sistema Interamericano, sendo classificada como uma instância “quase judicial”. Isso significa que, embora a função jurisdicional propriamente dita seja desempenhada pela Corte Interamericana, à Comissão incumbe fazer uma triagem dos casos submetidos ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o que ocorre através da análise de admissibilidade dos casos. Aliás, os casos submetidos passam por duplo juízo de admissibilidade, uma vez que, mesmo se a CIDH considerar que a demanda apresentada preenche os requisitos de admissibilidade, também a Corte Interamericana realiza um reexame de admissibilidade em sede de julgamento das exceções preliminares³⁴.

3.3. Dos pressupostos de admissibilidade das petições ou comunicações

São pressupostos de admissibilidade das petições apresentadas ao conhecimento da CIDH: legitimidade das partes (CADH, arts. 44 e 45), necessidade de esgotamento dos recursos internos (CADH, art. 46.1.a), pressuposto temporal do art. 46.1.b da CADH (determina que a petição seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva); inexistência de duplicação de processos³⁵ no âmbito

internacional, coisa julgada internacional ou outra decisão de um organismo internacional a respeito do caso em comento (CADH, art. 46.1.c e art. 46.1.d respectivamente); correta identificação e qualificação do responsável pela submissão da petição (CADH, art. 46.1.d e Regulamento da Comissão, art. 28); existência de causa de pedir (os fatos narrados devem configurar violação à CADH, de acordo com o seu art. 47.b); e, finalmente, o *fumus boni iuris* (pois serão inadmitidas as petições/comunicações manifestamente infundadas, segundo o art. 47.c da CADH).

Entre os pressupostos de admissibilidade, é o esgotamento dos recursos internos o pressuposto recorrentemente mais discutido do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tanto na Corte Interamericana³⁶ quanto na Comissão. Tal exigência funda-se no fato de que o sistema de proteção internacional é subsidiário³⁷ ao sistema nacional, razão pela qual só deve ser invocado em último caso e depois de exauridas todas as outras possibilidades. Portanto, em regra, é necessário que o peticionário interponha e esgote os recursos jurisdicionais existentes e disponíveis no Direito Interno. Como existem casos em que o peticionário não dispõe de meios para atender a essa exigência, a própria CADH contempla exceções à regra geral.

O art. 46.2 (CADH) contempla as três hipóteses em que não se exige o esgotamento, quais sejam: inexistência de recurso ou remédio processual cabível para tutelar o direito violado na jurisdição interna³⁸ (alínea a); se o Direito Interno contiver causas impeditivas de utilização do recurso ou se o Estado efetivamente impedir que o jurisdicionado invoque os meios impugnatórios existentes³⁹ (alínea b); ou se configurada a demora injustificada em violação ao princípio do prazo razoável de duração do processo (alínea c). *A priori*, a demonstração do esgotamento incumbe ao peticionário. Contudo, tal ônus da prova se inverte se este não detiver meios para a comprovação. Nessa hipótese, o Estado demandado terá o ônus de demonstrar que existiam recursos internos ainda a serem esgotados, a menos que a CIDH consiga deduzir a inobservância do pressuposto de admissibilidade por meio de uma análise superficial do próprio expediente⁴⁰.

3.4. Procedimento perante a CIDH ⁴¹

O procedimento se inicia pela apresentação de comunicação escrita realizada pela suposta vítima ou seu representante legal à CIDH, com os requisitos mínimos geralmente exigidos para uma petição inicial (Regulamento da CIDH, art. 28). Ressaltamos que, nessa etapa, não é necessário constituir um advogado ou representante legal, apesar de desejável. A petição será registrada e iniciará o seu trâmite no órgão, sendo permitida a reunião de pleitos com causa de pedir semelhantes. Apesar de simples, o procedimento perante a CIDH tem sido deveras moroso, seja pela complexidade das questões apresentadas, seja pela sobrecarga atual enfrentada pelo órgão. Oportunizada a defesa do Estado⁴², o órgão pode permitir às partes que apresentem alegações adicionais, e, então, o caso é encaminhado aos grupos de trabalho da CIDH, que, entre os períodos das sessões, elaboram recomendações sobre a admissibilidade da demanda, para submissão à deliberação do plenário do órgão. Feita a deliberação, “os relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade são públicos e a Comissão os inclui no seu Relatório Anual à Assembleia Geral da OEA” (Regulamento da CIDH, art. 36). Se favorável, a CIDH inicia o procedimento quanto ao mérito da causa, concedendo às partes o prazo de três meses para apresentação de considerações adicionais.

Com o novel Regulamento de 2009, houve maior esclarecimento sobre o trâmite procedimental na fase de mérito. Inicialmente, a CIDH pode arquivar a demanda, se os motivos que a deflagraram não mais subsistirem ou por desistência da parte⁴³. Na análise do mérito, a qualquer tempo é permitida, e inclusive encorajada, a solução amistosa do litígio. Se a CIDH entender que não houve violação aos direitos consagrados nos tratados do SIPDH de que o Estado seja parte, consolidará esse posicionamento em seu relatório, a ser publicado na forma do art. 44.1 do seu Regulamento. Por outro lado, se a análise for favorável, será emitido um Relatório Preliminar, contendo recomendações e um prazo para que o Estado as implemente. Então, o art. 47 do instrumento regulamentar impõe que, se o assunto não for solucionado em três meses, “a Comissão poderá emitir, por maioria absoluta de votos, um relatório definitivo que contenha o seu parecer e suas conclusões finais e recomendações”.

Alternativamente ao relatório definitivo, caso o Estado demandado seja parte da CADH e tiver aceitado a competência contenciosa da Corte

Interamericana (CADH, art. 62), a CIDH irá consultar a vítima sobre o seu interesse em submeter o caso à etapa jurisdicional propriamente dita. Feita a consulta, o caso será em regra apresentado à Corte, salvo se houver decisão fundamentada pela maioria absoluta dos membros da CIDH (Regulamento, 45.1). A previsão do novel instrumento regulamentar representa um avanço, pois em certa medida diminui a discricionariedade ampla da CIDH na escolha da submissão do caso à Corte em relação à regra anteriormente adotada. Todavia, críticas devem ser tecidas à possibilidade de a CIDH deliberar pela não submissão, eis que esse é um ponto que pode tornar o órgão vulnerável a pressões meramente políticas, inviabilizando (ou, no mínimo dificultando) o acesso à justiça internacional. Por fim, o Estado pode pedir a suspensão do prazo para o envio do caso à Corte, nas hipóteses previstas forma do art. 46, do referido Regulamento.

4. DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

4.1. Aspectos institucionais

A Corte Interamericana é sediada em San José da Costa Rica (CADH, art. 58.1). É composta por sete juízes⁴⁴, nacionais de Estados que integram a OEA. Estes são eleitos⁴⁵ “(...) a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos” (CADH, art. 52, e Estatuto da Corte, art. 4.1). Os juízes desempenham suas funções com independência e imparcialidade, além de prestarem um juramento, previsto no art. 11 do Estatuto da Corte. A duração do mandato é de seis anos, prorrogável pelo mesmo período, por apenas uma vez (Estatuto da Corte, art. 5.1).

De acordo com o art. 60 da CADH, incumbe à Corte elaborar o seu próprio Estatuto⁴⁶, a ser submetido à aprovação da Assembleia Geral da OEA, bem como expedir o seu próprio Regulamento⁴⁷. Em relação ao seu suporte financeiro, o próprio tribunal elabora o seu projeto de orçamento e o submete à aprovação da Assembleia Geral da OEA (Estatuto da Corte, art. 26).

Ao contrário da Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana ainda não é um tribunal permanente, vale dizer, os julgamentos não ocorrem durante todo o ano de forma contínua. Seu

funcionamento dá-se através de sessões ordinárias e sessões extraordinárias, sendo que estas últimas ocorrem pela convocação do presidente ou da maioria dos juízes, conforme o disposto no art. 22.3 do Estatuto da Corte e o art. 12 do seu respectivo Regulamento. Os idiomas oficiais adotados são português, francês, inglês e espanhol (Regulamento da Corte, art. 20), mas como o continente americano é diverso em línguas e dialetos regionais, como as adotadas pelas populações indígenas que frequentemente invocam tutela jurídica, é possível que o tribunal permita a utilização de idioma não oficial, sendo providenciado tradução simultânea. Geralmente, o idioma de trabalho adotado pela Corte é o espanhol, uma vez que se trata do idioma oficial da maioria dos Estados que aceitam a sua competência contenciosa. Ademais, há previsão de realização de sessões fora da sede (Regulamento da Corte, art. 13), como exemplo do histórico XXVII Período Extraordinário de Sessões, realizado no Brasil em março de 2006, no auditório do Superior Tribunal de Justiça. Essas sessões externas têm a função de divulgar a relevância da jurisdição da Corte, a fim de consolidar o acesso por parte da sociedade civil, aumentar o diálogo entre os atores envolvidos e angariar apoio para fortalecimento e estruturação do sistema.

4.2. Funções e atribuições

A Corte Interamericana é uma instituição judiciária autônoma⁴⁸, cujo objetivo é aplicar e interpretar a CADH e os demais tratados de direitos humanos que integram o sistema interamericano⁴⁹. Exerce suas atribuições no exercício de sua competência contenciosa, na qual julga casos concretos de supostas violações de direitos consagrados nos instrumentos jurídicos do SIPDH, e também no exercício de sua função consultiva, materializada através da emissão de pareceres (CADH, art. 64).

Em relação à natureza jurídica de sua jurisdição, é importante frisar que a Corte Interamericana não tem natureza penal, porquanto os Estados demandados não são julgados na condição de sujeitos de uma ação penal⁵⁰. O objeto de tutela dos tribunais internacionais de direitos humanos não é a imposição de penas aos culpados, mas garantir o amparo às vítimas e fixar as reparações (pecuniárias e não pecuniárias) pelos danos suportados por elas⁵¹.

4.3. Competência contenciosa

No exercício da sua competência contenciosa, a análise da Corte enfoca o caso concreto, que deve ser individualizado, para que, no mínimo, seja possível a identificação de uma vítima ou de um grupo de vítimas. O exercício dessa competência por parte da Corte ainda se sujeita ao voluntarismo dos Estados, uma vez que, para ser demandado, o Estado deve ter assinado e ratificado a CADH, além de ter manifestado expressamente o reconhecimento⁵² da competência contenciosa daquela. De acordo com o art. 62 da CADH, o reconhecimento da competência contenciosa da Corte não se dá pela ratificação pura e simples da Convenção Americana. Depende de declaração específica do Estado a respeito.

A competência da Corte pode ser analisada: em razão da matéria (*ratione materiae*), em razão da pessoa (*ratione personae*), em razão do momento e do lugar da violação (*ratione temporis* e *ratione loci*, respectivamente)⁵³.

Sobre a limitação temporal, a Corte tem competência *ratione temporis* para conhecer de supostas violações à CADH, a partir da data em que o estado ratificou a referida Convenção e aceitou a Competência contenciosa da Corte. Vale enfatizar que a Corte não tem competência retroativa à data de entrada em vigor da CADH ou de outro tratado integrante do SIPDH, mas a partir do momento em que o Estado torna-se vinculado, por ato de vontade próprio, à mencionada jurisdição internacional. Contudo, em relação às violações permanentes, como, por exemplo, nos casos de desaparecimento forçado de pessoas ou no descumprimento do dever de investigar e punir por parte do Estado (garantias judiciais — CADH, art. 26 e art. 2º), a Corte Interamericana consolidou em sua jurisprudência o entendimento de que essas violações se perpetuam no tempo, razão pela qual podem estar abrangidas na competência *ratione temporis*⁵⁴. Não obstante, a análise da questão depende das particularidades do caso concreto⁵⁵.

Quanto à competência *ratione loci* (CADH, art. 62), a delimitação espacial da competência da Corte Interamericana é estabelecida pelas violações perpetradas no território dos Estados-Membros.

Segundo o art. 62.3 da CADH, a competência *ratione materiae* da Corte limita-se ao conhecimento dos casos de violações dos direitos e garantias nela consagrados. Isto é, o objeto da competência da Corte restringe-se aos direitos humanos consagrados regionalmente por meio dos tratados assinados e ratificados pelos Estados-Membros. Vale ressaltar que a Corte

não tem competência, portanto, para aplicar diretamente os tratados do sistema universal de Direitos Humanos ou dos tratados de outros sistemas regionais. No entanto, desde a sua primeira Opinião Consultiva⁵⁶, ficou estabelecida a aplicação da noção de inter-relação e interdependência dos mecanismos internacionais de proteção, sendo que, apesar da limitação *ratione materiae*, de acordo com o art. 29, alínea *b* (CADH), é possível a utilização desses instrumentos como elementos de interpretação sobre o sentido e o alcance da CADH.

Outro ponto importante a ser realçado diz respeito à vinculação das violações de direitos humanos com os direitos consagrados nos tratados que integram o sistema. Nesse sentido, a Corte não deve ser vista como um mero tribunal de apelações⁵⁷, responsável pela reforma de decisões tautológicas ou equivocadas dos Tribunais dos Estados-Membros⁵⁸. Isso porque a jurisdição atribuída ao referido tribunal internacional é para analisar violações aos tratados que os Estados-Partes tenham ratificado. Por isso, apenas as referidas decisões dos tribunais internos que constituam violações diretas à CADH serão analisadas pela Corte, para a análise da possível responsabilização internacional do Estado em questão⁵⁹. Apesar de não se comportar como uma esfera recursal, em várias ocasiões, a Corte determinou de forma indireta, como forma de reparação às vítimas, que o Estado providenciasse uma reformulação de normas do sistema interno, de forma a atender os preceitos contidos nas obrigações internacionalmente assumidas.

Sobre a competência em razão da pessoa, a jurisdição da Corte Interamericana volta-se para a apuração da responsabilidade internacional dos Estados, sendo excluída da sua esfera de atuação a apuração de responsabilidade dos indivíduos, de Organizações Internacionais e atores paraestatais (tais como sociedades empresárias transnacionais).

4.4. Princípios processuais aplicáveis ao processo jurisdicional interamericano

Dentre os diversos princípios processuais que têm sido aplicados pela Corte, destaca-se, inicialmente, o princípio da “competência da competência”⁶⁰, segundo o qual o próprio tribunal internacional tem a prerrogativa de decidir sobre os limites de sua própria jurisdição⁶¹.

Em regra, vige o princípio da publicidade dos atos processuais, porquanto as audiências e as decisões realizadas pela Corte são públicas. Entretanto, as deliberações dos juízes podem ser tomadas em reunião secreta, a ser posteriormente publicada (Regulamento da Corte, art. 15.1). No caso de inércia de uma parte (Regulamento, art. 29.1), ou se houver expressa desistência, solução amistosa ou reconhecimento por parte do Estado dos fatos e violações que lhe são imputadas, a Corte poderá extinguir o processo ou, conforme sua discricionariedade, dar seguimento até a sua finalização (Regulamento da Corte, art. 64).

Também o princípio da preclusão se aplica ao procedimento perante o SIPDH, uma vez que o art. 29.2 do Regulamento prevê que, se a parte comparecer tardiamente, “ingressará no processo na fase em que o mesmo se encontrar”.

Às sentenças da Corte Interamericana aplicam-se os princípios da motivação (CADH, art. 66.1), isto é, a decisão deve ser sempre fundamentada. O quórum de deliberação é de 5 juízes, e as decisões são adotadas por maioria. Os juízes podem manifestar os votos dissidentes, que devem ser expressos em separado (CADH, art. 66.2), bem como podem apresentar votos fundamentados, desde que o conteúdo destes guarde respeito com o objeto da demanda. A sentença proferida é definitiva e inapelável, sendo portanto irrecorríveis (Regulamento da Corte, art. 31.3). Em caso de dúvida ou obscuridade, é possível que o Estado apresente um expediente de interpretação de sentença (CADH, art. 67) que tem o mero escopo de clarificar a decisão proferida, sem qualquer força infringente. O novo regulamento (2009), inclusive, inseriu em seu art. 76, a possibilidade de a Corte, *ex officio*, retificar os erros materiais notórios, de edição ou de cálculo.

4.5. Do ônus da prova para o acerto dos fatos

A Corte Interamericana adota critérios de valoração da prova menos rígidos que os sistemas legais internos. Como meios de provas, admitem-se as provas diretas e indiretas⁶² (tais como as circunstanciais, que ensejam a aplicação de presunções ou inferências)⁶³. Geralmente, as provas colhidas perante a Comissão, e submetidas ao contraditório, são incorporadas à fase judicial perante a Corte.

Sobre o *onus probandi*, a Corte ainda não adota “(...) um princípio universal e rígido a respeito do ônus da prova, que, desta sorte mantém o seu caráter relativo”⁶⁴. Em regra, o ônus da prova a respeito da ocorrência dos fatos incumbe à parte que alega a sua existência. Os primeiros regulamentos da Corte não tinham adotado essa regra de forma expressa, sendo o referido princípio geral de direito processual incorporado paulatinamente na jurisprudência da Corte Interamericana ao longo dos anos⁶⁵. Atualmente, o novel Regulamento da Corte (2009) expressamente adota o princípio do *onus probandi* no seu art. 57, impondo, inclusive, às partes o dever de arcar com as custas da prova que tenham solicitado. Contudo, o juiz Sérgio Garcia Ramírez assevera que a regra comporta exceções, uma vez que “(...) não pode ser aplicada em termos absolutos dentro do processo tutelar dos direitos humanos, como não poderia sê-lo em nenhuma vertente processual dominada pelo princípio de verdade histórica”⁶⁶.

Assim, paralelamente à hipótese geral de aplicação, vige o dever de cooperação entre as partes para a disponibilização de documentos, testemunhas, provas técnicas e quaisquer outros meios de que detenham ou poderiam deter o controle. Se o magistrado depara-se com a hipossuficiência probatória da parte que alega, existe a possibilidade de se inverter o *onus probandi* e, ainda, de se valer da aplicação de presunções judiciais⁶⁷. Por óbvio, tal possibilidade depende das circunstâncias do caso concreto e atualmente é adotada em casos excepcionais, nos quais o Estado se recusa peremptoriamente a apresentar provas em seu poder.

Como os custos com o deslocamento das testemunhas são elevados, especialmente para as partes hipossuficientes, há a possibilidade de o testemunho ser prestado em cartório, perante agente público oficial, o que se denomina *affidavit* (Regulamento da Corte, art. 46.1). Neste caso, as partes podem apresentar perguntas às testemunhas a serem ouvidas por notário, sendo que, posteriormente, as informações coletadas serão enviadas à parte *ex adversa* para a submissão ao contraditório⁶⁸. Consideramos que o instituto deve ser visto com cautela. Apesar de não ser o ideal — eis que a presença e a visualização da testemunha ajudam na formação da convicção do magistrado —, é inegável que em muitos casos ela ampliará o acesso das testemunhas ao sistema interamericano, retirando a onerosidade das partes vulneráveis e reduzindo os custos do processo. Além dessa possibilidade,

há, ainda, a permissão de oitiva por videoconferência, o que demonstra a abertura do sistema às novas tecnologias e ao processo eletrônico.

4.6. Procedimento perante a Corte

O procedimento perante a Corte inicia-se com a apresentação do informe de mérito da Comissão ou por um Estado-Membro, ao fundamento da violação de um direito consagrado na Convenção ou em outros tratados do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, supostamente perpetrada por um Estado que tenha aceitado a competência contenciosa da Corte. A petição deve preencher os requisitos⁶⁹ do art. 35 do Regulamento do tribunal.

Recebido o informe, o Presidente faz uma triagem preliminar com o intuito de verificar se estão preenchidos tais requisitos. Em caso negativo, é dada a oportunidade de emenda, no prazo de vinte dias (Regulamento da Corte, art. 38). Se a petição for considerada apta, o Secretário da Corte notifica os interessados, isto é, os juizes, o demandado, a CIDH⁷⁰ (no caso de esta atuar como *custos legis* nas demandas interestatais), e as supostas vítimas e seus respectivos representantes legais.

Desde 2009, foi criada a figura do Defensor Interamericano, que será um agente designado pela Corte para os casos em que as vítimas não tenham condições financeiras para arcar com os custos do procedimento. Nesse caso, foi criado um fundo de assistência que custeia esse importante ator, geralmente selecionado entre os defensores públicos dos Estados-Membros (Regulamento da Corte, art. 2.11 e art. 37).

Com a notificação das partes, abre-se a possibilidade para que a vítima e seu representante legal⁷¹ apresentem, no prazo de dois meses, memoriais escritos constando: a narrativa dos fatos, os fundamentos jurídicos sobre os direitos violados e o correspondente pedido de reparações e custas, além da listagem de provas e da individualização das testemunhas a serem ouvidas em audiência (Regulamento da Corte, art. 40).

Em seguida, o Estado tem o prazo de dois meses, contados da notificação, para apresentar resposta (Regulamento da Corte, art. 41). Na contestação, o Estado demandado deve manifestar se aceita (reconhece sua responsabilidade internacional) ou se contradiz os fatos narrados⁷². No último caso, aplica-se o princípio da eventualidade, isto é, há a necessidade

de impugnação de todos os pontos suscitados, sob pena de os mesmos se tornarem incontroversos. É também nessa oportunidade que o Estado, sob pena de preclusão, pode reiterar os argumentos relativos às exceções preliminares relativas a questões de jurisdição e admissibilidade invocados perante a CIDH (Regulamento da Corte, art. 42). Ressaltamos que, em reiteradas ocasiões⁷³, a Corte aplicou o princípio do *estoppel*⁷⁴ e considerou que se o Estado não suscita questões de admissibilidade no procedimento perante a CIDH há a renúncia tácita em relação a esta matéria, razão pela qual é vedado, em fase posterior ao processo, que o mesmo adote conduta contrária à anteriormente adotada. A interposição de exceções preliminares não tem efeito suspensivo no processo, sendo que a parte demandante e os demais interessados têm o prazo de trinta dias para se manifestar a respeito (Regulamento da Corte, art 42.4). A Corte pode convocar audiência, ou em aplicação do princípio da economia processual, pode julgar as mencionadas exceções juntamente com a sentença de mérito (essa é a postura que tem sido expediente nos julgados dos últimos 10 anos).

Ultrapassada a etapa dos procedimentos escritos, realizam-se então os procedimentos orais, que ocorrem durante uma (ou mais) audiência de instrução, conforme o previsto nos arts. 45 *et seq.* do Regulamento da Corte. Durante a audiência, os juízes e, posteriormente, as partes poderão fazer perguntas diretamente às testemunhas e peritos, o que amplia a participação em contraditório.

Encerrada a audiência, as partes têm a possibilidade de apresentação das alegações finais escritas, em prazo assinalado pela Presidência. Então, a Corte profere sua sentença em sessão fechada, sendo as partes notificadas a respeito da solução deliberada (Regulamento da Corte, art. 67).

Além das questões mencionadas acima, a sociedade civil tem participado do processo por meio da apresentação de memoriais de *amicus curiae* e intervenções durante a audiência. A Corte já vinha convocando e permitindo a participação de pessoas não envolvidos diretamente na demanda, por considerar que os temas debatidos possuem impacto transcendental para todo ser humano, e, ademais, por reconhecer que a interpretação do conteúdo dos direitos protegidos deve ser feito de forma democrática, vale dizer, por uma “sociedade aberta de intérpretes”⁷⁵. A habilitação na condição de *amicus curiae* pode ser realizada até 15 dias após a realização da audiência

pública, conforme o art. 41 do Regulamento da Corte. Há casos notórios em que a intensa participação da sociedade civil gerou uma verdadeira legitimação do posicionamento adotado pela Corte⁷⁶.

4.7. Reparações

Se a sentença delibera pela configuração da responsabilidade internacional do Estado por violação aos direitos consagrados pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, exsurge o dever de reparar os danos causados, sejam eles de ordem moral ou material. Trata-se de um princípio reconhecido no Direito Internacional, incorporado no artigo 63.1 da CADH. Por esse dispositivo, o Estado deve, além de pagar uma indenização justa à vítima, adotar medidas para impedir ou reparar as consequências da situação violatória. A fixação das reparações cabíveis ao caso pode vir na própria sentença de mérito (princípio da economia processual), ou em momento posterior a ela (Regulamento da Corte, art. 56). As reparações adotadas pela Corte têm surpreendido pela criatividade e pela força simbólica.

4.8. Efetividade da prestação jurisdicional internacional: do cumprimento de sentenças

Os Estados que reconhecem a competência contenciosa da Corte comprometeram-se ao cumprimento integral das sentenças por ela proferidas, segundo o art. 68.1 da CADH. Como a Corte Interamericana não detém meios para a execução de suas sentenças indenizatórias, estas podem ser executadas no país demandado, sendo adotado o procedimento previsto no Direito interno do mesmo (CADH, art. 68.2). Em caso de descumprimento de sentença pelo Estado demandado, a Corte deve incluir esse fato no Relatório a ser apresentado à Assembleia Geral da OEA, conforme previsão do art. 65 da Convenção Americana.

4.9. Da questão da participação do indivíduo no processo interamericano

Embora o direito dos indivíduos de apresentar petições individuais à CIDH esteja previsto no art. 44 da CADH⁷⁷, não há possibilidade de denunciarem uma violação diretamente à Corte Interamericana. Isso porque a

Comissão ainda atua como órgão intermediário até que o caso possa ser submetido à análise da Corte.

Nota-se que a evolução na participação do indivíduo pode ser comprovada nos Regulamentos da Corte. O Regulamento de 2003, por exemplo, já previa a possibilidade de acompanhamento direto pelos indivíduos ou seus representantes dos procedimentos junto à Corte (*locus standi*). Um importante passo foi dado com as reformas regulamentares da Corte e da Comissão realizadas em 2009. Em ambos os casos, buscou-se ampliar a atuação das vítimas, sendo que esta adquiriu um papel primordial desde o início do procedimento, seja pela possibilidade de apresentar os memoriais iniciais, seja pela oportunidade de inquirir diretamente as testemunhas, seja pela pelo fato de os juízes poderem formular perguntas diretamente às vítimas, testemunhas e aos seus representantes legais. Observa-se que a CIDH, na fase jurisdicional, tem recebido, cada vez mais contornos de uma atuação *custos legis*, contudo consideramos dúbio o seu papel no sistema, visto que cumula, ainda que timidamente, a posição de demandante (2ª fase) e julgador (1ª fase) do procedimento interamericano.

Nos últimos anos, houve um significativo aumento da participação dos indivíduos nos procedimentos junto à Corte⁷⁸. Assim, o que se discute atualmente é uma plena participação, o chamado *jus standi*⁷⁹, que possibilitaria aos indivíduos apresentarem casos à Corte diretamente. Para adaptar-se a essa possibilidade de acesso direto, o Sistema Interamericano deverá passar por uma reestruturação semelhante àquela por que passou o Sistema Europeu a partir da entrada em vigor do Protocolo 11 na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸⁰.

A forma pela qual tal dispositivo deverá aparecer na CADH, o papel a ser desempenhado pela Comissão, as mudanças pelas quais a Corte deverá passar para lidar com o aumento na demanda, a necessidade de mais recursos humanos e financeiros são alguns dos aspectos que têm sido debatidos (e sopesados) para que o acesso direto dos indivíduos possa efetivamente cumprir com sua finalidade de garantir maior proteção dos indivíduos no continente americano⁸¹.

4.10. Medidas provisórias

As medidas provisórias (art. 63.2 da CADH) têm por escopo evitar a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação às supostas vítimas de violações de direitos humanos. Geralmente, são adotadas quando o direito à vida (CADH, art. 5º) ou à integridade pessoal (CADH, art. 5.1) restam sobejamente ameaçados. Caso o processo interamericano ainda não tenha se iniciado, a CIDH pode solicitar que a Corte adote as referidas medidas. Se este já tiver sido iniciado, a qualquer tempo, a Corte pode adotar as medidas provisórias de ofício ou a pedido das partes (Regulamento da Corte, art. 27). De acordo com o art. 27, inciso 10, de seu Regulamento, as medidas provisórias determinadas pela Corte hão de ser incluídas no Relatório Anual da Corte à Assembleia Geral, mencionando, em caso de descumprimento, as recomendações pertinentes a serem adotadas pela OEA. Ressalte-se, desde já, que a adoção de tais medidas não implicará o pré-julgamento da causa⁸².

4.11. Competência consultiva

A possibilidade de a Corte exercer sua competência consultiva está prevista no art. 64 da CADH. De acordo com o mesmo, a Corte pode emitir pareceres (ou opiniões consultivas) a respeito da interpretação da Convenção Americana⁸³ ou de “outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos” (CADH, art. 64.1). A indagação sobre quais seriam esses outros tratados foi, aliás, objeto do primeiro parecer emitido pela Corte, no ano de 1982. Ao entender que sua competência consultiva pode ser exercida para toda disposição concernente à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável aos Estados do continente americano, independentemente de o objeto principal deste tratado ser matéria de direitos humanos ou do fato de que possam ser partes deste tratado Estados que não façam parte do sistema interamericano, a Corte deu uma definição bem ampla para a expressão “outros tratados”. Nessa mesma oportunidade a Corte também entendeu que, motivada, pode abster-se de responder a uma consulta caso o trâmite dessa solicitação possa prejudicar de alguma maneira, em detrimento do ser humano, as disposições da CADH⁸⁴.

Ademais, no âmbito de sua competência consultiva, a Corte pode também emitir pareceres cujo objeto é a análise *in abstracto* da compatibilidade entre

determinadas leis internas de um Estado e os tratados internacionais que compõem o sistema interamericano (CADH, art. 64.2). Tal análise pode ocorrer antes ou depois de determinada norma interna entrar em vigor. Foi justamente nesse sentido que a Corte se pronunciou ao analisar a compatibilidade de um projeto de lei com a CADH na Opinião Consultiva 4, sobre “A proposta de modificação da Constituição da Costa Rica relacionada com a Naturalização”⁸⁵.

Ao longo de sua história, foi exercendo sua competência consultiva que a Corte Interamericana proferiu algumas de suas decisões que tiveram maior impacto no desenvolvimento do Direito Internacional e, sobretudo, do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim ocorreu, por exemplo, com a paradigmática Opinião Consultiva 18, de 2003, sobre a “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Nesse parecer histórico, a Corte teceu importantes considerações sobre a questão dos migrantes, além de ter considerado que o respeito aos princípios da igualdade e não discriminação são normas de *jus cogens*⁸⁶.

Da mesma maneira, demonstrando seu caráter pioneiro e sua posição de vanguarda na proteção dos direitos humanos, a Corte Interamericana proferiu pareceres históricos relativos ao direito de Assistência Consular⁸⁷ e ao Direito das Crianças⁸⁸.

5. PERSPECTIVAS E TENDÊNCIAS ATUAIS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Se, por um lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve de esperar oito anos para julgar seu primeiro caso, atualmente a jurisprudência encontra-se em franco desenvolvimento⁸⁹.

O aumento exponencial do trabalho da Corte e também do trabalho da Comissão, que recebeu 1.330 reclamações somente em 2005⁹⁰, mostra o amadurecimento e a solidificação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Em 2011, observamos que os julgamentos da Corte são históricos, além de contribuírem expressivamente para o desenvolvimento dos Direitos Humanos, dentre os quais, ordens de reparação mais completas e mais restauradoras do que as de qualquer outro

tribunal internacional⁹¹. Da mesma forma, opiniões consultivas da Corte tornaram-se paradigmáticas em matéria de igualdade e não discriminação⁹².

Entretanto, o aumento da demanda e do número de casos, ao mesmo tempo que contribui para o desenvolvimento do Sistema Interamericano, também cria outros problemas. O primeiro e o mais grave deles é o aumento das despesas, sem que se aumente também a verba destinada ao sistema. Um segundo problema é a adoção de novos métodos de julgamento, com vistas ao aumento da produtividade dos juízes. No caso *Goiburú et al. v. Paraguay*, por exemplo, a Corte deixou de convocar audiência pública, para que se proferisse a decisão num menor período de tempo, atitude esta extremamente criticada pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade⁹³.

Outra questão a ser analisada é a jurisdição da Corte no continente americano. Se, por um lado, na parte latina do continente, as decisões são vinculantes e até mesmo utilizadas pelos tribunais internos⁹⁴, de um outro, verifica-se a existência de um “sistema frágil e não vinculante” para os Estados Unidos e Canadá, guiado apenas pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A adesão dos dois países ao “sistema rígido” é essencial para a consolidação da regionalização do sistema e para a realização de reformas como a que visa viabilizar ao indivíduo acesso direto à Corte⁹⁵.

É lamentável, portanto, constatar que o aperfeiçoamento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, com a ampliação do conteúdo material de *jus cogens*⁹⁶ e o reconhecimento da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais⁹⁷ acaba dependendo também desses fatores que, de certa forma, são extrínsecos ao seu funcionamento⁹⁸.

Apesar de lidar com grandes desafios, a Corte Interamericana deve sempre manter o papel preponderante na formação de uma verdadeira consciência jurídica de proteção dos direitos humanos no universo latino-americano⁹⁹. Seu destino passa pela cuidadosa preservação, eventual revisão e constante uniformização de sua jurisprudência. Além de manter sua tradição de vanguarda na defesa dos direitos humanos, a Corte há de ser conservadora, no sentido de preservar instintivamente cada conquista pretérita em benefício dos indivíduos do continente americano. Afinal de contas, em face do caráter dinâmico, a interpretação sobre o conteúdo e o

alcance dos direitos humanos deve sempre avançar¹⁰⁰. E, assim, até mesmo o Direito Internacional evolui na medida em que o espaço e o tempo se chocam na tarefa imposta pela intrigante vida em sociedade.

A Corte e também a Comissão, no contexto dos desafios enfrentados pelo Sistema Interamericano e pela própria comunidade internacional, devem se manter firmes diante das tentativas de enfraquecimento dos direitos humanos no continente.

¹ Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela University of Nottingham (Reino Unido) com o apoio do Programa Alban — Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Bacharel em Direito pela UFMG; pesquisadora do GEDI-DH/UFMG. Professora de Direito Internacional Público e Direito Processual Penal das Faculdades Estácio de Sá — Belo Horizonte e FEAD/MG.

²² BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 529.

³ *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Exceções Preliminares, par. 7. Voto Juiz Cançado Trindade, 4 de setembro de 1998 (Cumprir salientar que optamos por fazer uma tradução livre de todas as sentenças da Corte).

⁴ Carta da Organização dos Estados Americanos. 119 U.N.T.S. 3, entrada em vigor em 13 de dezembro de 1951, Capítulo XV, art. 106: “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos”.

⁵ Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, 213 U. N. T. S. 222, entrada em vigor em 3 de setembro de 1953, seção II.

⁶ BROWNLIE, op. cit., p. 531.

⁷ Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945, 59 Stat. 1031, T.S. 993, 3 Bevans 1153, entrada em vigor em 24 de outubro de 1945. Preâmbulo, artigos 1º. 3 (Finalidades e propósitos), 55, c, e 56 (Cooperação Internacional Econômica e Social); 62. 2 e 68 (Conselho Econômico e Social) e 76, c (Sistema de Tutela Internacional).

⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos. G. A. res. 217A (III), U. N. Doc A/810 at 71 (1948).

⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. III, p. 28.

¹⁰ *Ibidem*, p. 28.

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

[12](#) Idem.

[13](#) Ibidem, p. 30.

[14](#) Idem.

[15](#) Segundo o art. 33 da CADH: “São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (...); e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, O. A. S. Treaty Series n. 36, 1144 U. N. T. S. 123, entrada em vigor em 18 de julho 1978.

[16](#) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, O. A. S. Res. XXX, adotada na nona Conferência Internacional dos Estados Americanos (1948), reimpressa como OEA/Ser. L. V/II.82 doc.6 rev.1 at 17 (1992).

[17](#) Considerações da IX Conferência Internacional Americana quando da adoção da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

[18](#) Carta da Organização dos Estados Americanos, *supra* nota 3.

[19](#) Esse artigo, que também prevê a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como órgão da OEA, foi inserido na Carta pelo Protocolo de Buenos Aires, Protocolo de Buenos Aires, 721 U.N.T.S. 324, O. A. S. Treaty Series, n. 1-A, entrada em vigor em 27 de fevereiro de 1970.

[20](#) Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *supra* nota 14.

[21](#) Conforme previsão do art. 74.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[22](#) Percebe-se, no entanto, que a Convenção volta-se mormente para os direitos civis e políticos. Há apenas no Capítulo III, no artigo 26, um artigo relacionado com os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse fato, aliado ao desenvolvimento da própria proteção internacional dos direitos humanos e também, de certa forma, a uma busca pela concretização do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, motivou a elaboração e criação posterior de outros instrumentos e convenções no âmbito do Sistema Interamericano. Dessa forma, com a finalidade de garantir a maior proteção dos direitos humanos no continente americano, foram aprovados o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — Protocolo de San Salvador, O. A. S. Treaty Series n. 69 (1988), assinado em 17 de novembro de 1988, reimpresso como OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 67 (1992).; Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referentes à Abolição da Pena de Morte, O. A. S. Treaty Series n. 73 (1990), adotada em 8 de junho de 1990 reimpresso como OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 80 (1992); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, O. A. S. Treaty Series n. 67, entrada em vigor em 28 de fevereiro de 1987, reimpresso como OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rev.1 at 83 (1992); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher — Convenção de Belém do Pará, 33 I.L.M. 1534 (1994), entrada em vigor em 5 de março 1995; Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, 18 de março de 1994, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/doc.36/94 rev. 5, 79 O. A. S. T. S., 33 I.L.M. 721 (1994); Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação para as Pessoas Portadoras de Deficiência, AG/RES. 1608, 7 de junho de

1999; e Convenção Interamericana Contra a Corrupção, adotada na trigésima sessão plenária, em 29 de março de 1996. Existem, no entanto, muitas discussões acerca da judiciabilidade perante a Corte Interamericana dos direitos garantidos nessas Convenções.

23 Uma importante observação deve ser feita para evitar equívocos que muitas vezes podem ocorrer. A Corte Interamericana de Direitos Humanos não é a “Corte da OEA”. A Carta da OEA não traz qualquer disposição a respeito deste Tribunal. É somente a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos que é possível falar na Corte Interamericana (art. 33 da Convenção). Equívoco semelhante muitas vezes ocorre quando se trata do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. A Corte Europeia de Direitos Humanos, como sede em Estrasburgo, na França, não é um tribunal da União Europeia. A Corte Europeia de Direitos Humanos é “parte” do Conselho da Europa, que é órgão distinto da União Europeia. *Vide* Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, *supra* nota 4.

24 A respeito, Trindade ensina que “(...) a Comissão Interamericana originou-se de uma resolução e não de um tratado: a Resolução VII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores (Santiago, 1959). Tinha, segundo seu estatuto de 1960, um mandato limitado à promoção dos direitos humanos, e desfrutava de posição *sui generis* dentro do sistema regional. Após a Resolução XXII (II Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965) os poderes da CIDH foram ampliados e ela passou a ter competência para receber petições ou comunicações sobre violações de direitos humanos” (TRINDADE, *op. cit.*, p. 35).

25 Art. 1º do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2009).

26 Sobre a eleição dos membros, cf. art. 6º do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O. A. S. Res. 447 (IX-0/79), O. A. S. Off. Rec. OEA/Ser.P/IX.0.2/80, v. 1 em 88, Relatório Annual da CIDH, OEA/Ser.L/V/11.50 doc. 13 rev. 1 at 10 (1980), reimpresso como, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6 rev. 1 at 93 (1992).

27 O atual Estatuto foi aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979, Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *supra* nota 25.

28 CIDH. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/relatorias.esp.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

29 Dentre os Estados que ainda não ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, menciona-se o famoso exemplo do Canadá e dos Estados Unidos. É lamentável que países com dimensão territorial e tamanha importância para o continente americano mantenham-se tão distantes e furtivos de maior aproximação com o Sistema Interamericano. A posição de tais Estados é incoerente, porquanto diz respeito a Estados que muitas vezes se julgam a “terra da liberdade e da democracia”. Ora, não se pode falar em democracia sem direitos humanos, ou vice-versa.

30 Buergenthal ressalta a esse respeito que: “(...) this dual role of the Commission permits it to deal with massive violations of human rights that, though not within its

jurisdiction as a Convention organ, it can address as a Charter organ regardless of whether or not the state in question is a party to the Convention” (BUERGENTHAL, Thomas. Centennial Essay: The Evolving International Human Rights System. In: *AM. J. INT’L L.*, v. 100, n. 4, October 2006. p. 796).

31 Art. 106 da Carta da OEA dispõe: “Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria”.

32 Artigos 41 da CADH e 19 do Estatuto da CIDH.

33 De acordo com o art. 45.1 e 45.2 da CADH, a Comissão admitirá comunicações por parte de um Estado que denunciem possíveis violações de direitos humanos cometidas por outro Estado somente no caso de o Estado que apresentou a comunicação ter feito uma declaração aceitando a competência da Comissão para “receber ou examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações de direitos humanos estabelecidos nesta Convenção”. A respeito, BUERGENTHAL menciona que “(...) interstate complaints can be heard by the Commission only if the applicant and respondent states have each filled a separate declaration accepting the Commission’s jurisdiction to receive such complaints (...)” (BUERGENTHAL, op. cit., p. 796).

34 Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2009), art. 41.

35 Em regra, é vedada a litispendência internacional. Também deve ser inadmitida a petição se esta for meramente a reprodução de petição já existente ou já julgada. Excepcionalmente, o Regulamento da Comissão (2009), em seu art. 33, alíneas *a* e *b*, permite um juízo de admissibilidade favorável nesta situação se: a análise realizada por outro órgão for geral e não se ativer a solução e reparação específicas do caso concreto; ou na hipótese do peticionário perante o outro organismo ser um terceiro, e perante a CIDH tratar-se da própria vítima.

36 A respeito do esgotamento dos recursos internos a Corte já se manifestou no exercício de sua competência consultiva: Corte I. D. H. *Opinião Consultiva n. 11 de 1990. “Exceções ao esgotamento dos recursos internos (artigos 46.1, 46.2.a e 46.2.b da CADH)”*, [doravante *Opinião Consultiva n. 11*] Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie_a_11_esp.pdf. Acesso em: 14 nov. 2007.

37 O princípio da subsidiariedade do sistema internacional de proteção norteia a CADH. A respeito, o preâmbulo deste instrumento normativo reconhece que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de *natureza convencional, coadjuvante ou complementar* da que oferece o direito interno dos Estados americanos” (grifos não constantes no original). Portanto, a proteção internacional dos direitos humanos deve ser conciliada com os mecanismos existentes no Direito Interno, uma vez que objetiva

complementá-los, e não substituí-los. A respeito, cf.: CIDH, Caso 12.367, *Maurício Herrera Ulloa e Fernán Vargas Rohrmoser do Jornal "A Nação"*, Relatório n. 128/01 (Costa Rica), Relatório Anual da CIDH de 2001, § 32.

38 *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Exceções Preliminares, 30 nov. 2005, par. 4. *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Exceções Preliminares, 23 de novembro de 2004, par. 134. *Caso Tibi vs. Ecuador*, 14 de novembro de 2007, par. 50.

39 *Opinião Consultiva n. 11, supra* nota 35, par. 17.

40 Cf. Regulamento da Comissão, *supra* nota 24, art. 31.3. Mencionamos, por exemplo, a hipótese em que o peticionário, antes mesmo de invocar a jurisdição interna, dirige-se diretamente ao sistema interamericano, sem esgotar os recursos internos. Neste caso, a CIDH vislumbraria, sem a necessidade de uma análise aprofundada do Ordenamento Jurídico do Estado, que a regra havia sido inobservada, sendo possível a declaração de inadmissibilidade, mesmo em caso de inércia estatal.

41 Procedimento previsto para os Estados que são partes na CADH. Em relação aos Estados que não são partes da CADH (mas que integram a OEA), o Regulamento da Comissão (2009), nos arts. 51 e 52, prevêem a aplicação do mesmo trâmite, com a diferença de que se analisarão possíveis violações à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

42 Em alguns casos, mesmo na inexistência de provas, se o Estado se mantém inerte, a CIDH pode aplicar da presunção prevista no art. 38 de seu Regulamento. Obviamente, tal fato não enseja o pré-julgamento da causa.

43 Nota-se que, ainda que a parte desista, a CIDH pode, se julgar necessário, continuar o processamento da demanda.

44 É vedada a permanência de dois juízes de mesma nacionalidade (CADH, art. 52 c/c o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, O. A. S. Res. 448 (IX-0/79), O. A. S. Off. Rec. OEA/Ser.P/IX.0.2/80, v. 1 em 98, Annual Report of the Inter-American Court on Human Rights, OEA/Ser.L/V.III.3 doc. 13 corr. 1 em 16 (1980), reimpresso como OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 133 (1992), art. 4.2.

45 Sobre a eleição dos juízes, *vide* art. 53 da CADH e o arts. 6-9 do Estatuto da Corte, *ibidem*.

46 Aprovado pela Res. AG/RES. 448 (IX-O/79), da Assembleia Geral da OEA, em seu 9º Período Ordinário de Sessões, em La Paz (Bolívia), out. de 1979. Em vigor desde 1º-1-1980

47 O atual regulamento, que contém normas de caráter eminentemente processual internacional, foi aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Trata-se do 6º instrumento regulamentar adotado na história da Corte, sendo os anteriores datados de 1980, 1991, 1996, 2000 e 2003. Entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010. Cf.: Corte IDH. Regulamento. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/Regulamento.cfm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

48 Segundo o art. 1º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *supra* nota 42.

[49](#) Corte IDH. Relatório Anual de 2005, San José da Costa Rica, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/inf_anual_05.pdf. Acesso em: 16 nov. 2006.

[50](#) *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, 15 de março de 1989. Ressalte-se, no entanto, o desenvolvimento da noção de crime de Estado realizado recentemente pela Corte (*Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Voto do juiz Cançado Trindade, 22 de setembro de 2006, par. 20-25).

[51](#) *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julho de 1988, par. 134.

[52](#) VALLO, Lorena González. La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento. In: *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: liber amicorum*, Cançado Trindade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 275.

[53](#) VALLO, op. cit., p. 291.

[54](#) Salientamos que, no recente e paradigmático caso da Guerrilha do Araguaia, a Corte entendeu que: “el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no hayan sido esclarecidos. Por tanto, la Corte es competente para analizar las alegadas desapariciones forzadas de las presuntas víctimas a partir del reconocimiento de su competencia contenciosa efectuado por Brasil”. In: Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, n. 219, par. 17-18.

[55](#) A título exemplificativo mencionam-se os casos *Cantos vs. Argentina*, Exceções Preliminares, 7 de setembro de 2001, par. 21, e *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 30 de novembro de 2005, par. 4.

[56](#) *Opinião Consultiva 1ª de 24 de Setembro de 1982. “Outros Tratados” objetos da função consultiva da Corte (art. 64 da CADH)* [doravante Opinião Consultiva 1]. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp.doc. Acesso em: 14 nov. 2007.

[57](#) Sobre o tema, cf. MACHADO, Isabel Penido de Campos. Da “fórmula da quarta instância” como limitação à competência *ratione materiae* dos órgãos de supervisão do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: MENEZES, Wagner. *Estudos de Direito Internacional: anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 470-476.

[58](#) PASQUALLUCI, Jo M. Preliminary objections before the Inter-American Court of Human Rights: legitimate issues and illegitimate tactics. *VJIL*, v. 40, outono de 1999, p. 26.

[59](#) PINZON, Diego Rodríguez. International law proceedings: the victim requirement, the forth instance formula and the notion of person in the individual complaint procedure of

Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, primavera de 2001, p. 369-382.

[60](#) A Corte já aplicou este princípio no seguinte caso: *Cantos vs. Argentina*, par. 21. *Vide*, outrossim: *Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, Exceções Preliminares, 1^o de setembro de 2001, par. 69 e 72. No mesmo sentido: *Tribunal Constitucional vs. Peru*, Competência, par. 35. E, finalmente: *Ivcher Bronstein vs. Peru*, Competência, par. 36.

[61](#) A Corte já aplicou este princípio nos seguintes casos: *Cantos vs. Argentina*, par. 21; *Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, par. 69-2; *Tribunal Constitucional vs. Peru*, par. 35; *Ivcher Bronstein vs. Peru*, par. 36. *Vide*, ainda: PASQUALUCCI, op. cit., p. 24-25.

[62](#) *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, *supra* nota 49, par. 133.

[63](#) MACHADO, Isabel Penido de Campos. *A aplicação do instituto da presunção judicial na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*: monografia de final de curso para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

[64](#) *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentença de Mérito. Voto concorrente do juiz Sérgio Garcia Ramirez, 25 de novembro de 2000, par. 30-33.

[65](#) Cf. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 62, par. 30.

[66](#) *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 66, par. 33.

[67](#) *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, *supra* nota 49; *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra* nota 50; *Godínez Cruz vs. Honduras*, 20 de janeiro de 1989.

[68](#) Essa foi uma alteração trazida pelo novo regulamento. Corte IDH. Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

[69](#) De acordo com o mencionado dispositivo legal, são requisitos da petição: exposição dos fatos, os fundamentos jurídicos, pedidos (inclusive os de reparações e custas); qualificação das partes do caso; as resoluções de abertura do procedimento e de admissibilidade da denúncia pela CIDH, as provas oferecidas, individualização das testemunhas e peritos, relatório de mérito da CIDH, nome e o endereço do denunciante original (se houver), nome e o endereço das supostas vítimas ou de seus representantes, designação do nome dos agentes (se o demandante for um Estado) ou dos delegados (se a demandante for a CIDH).

[70](#) De acordo com o art. 57 (CADH): “A Comissão comparecerá em todos os casos perante a Corte”.

[71](#) Na ausência de advogado constituído, a Corte nomeia um defensor interamericano.

[72](#) O reconhecimento da responsabilidade internacional recebeu o nome de *allanamiento*, termo oriundo do espanhol. Nesta hipótese, a Corte decide então sobre as custas e as reparações cabíveis (art. 52.2 do Regulamento da Corte); *vide*: *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, 2 de fevereiro de 1996, par. 29.

[73](#) *Neira Alegría y otros vs. Peru*, Exceções Preliminares, 11 de dezembro de 1991, par. 29.

[74](#) Segundo Brownlie, *supra* nota 1, o *estoppel* é um princípio geral de direito internacional, de origem anglo-saxã, fundado na vedação constante na expressão latina *venire contra factum proprium* e na exigência da boa-fé.

[75](#) HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

[76](#) Como exemplo, mencionamos o caso da Guerrilha do Araguaia, em sede contenciosa e o Parecer n. 18, sobre os trabalhadores migrantes sem documentos, em sede da competência consultiva.

[77](#) Cançado Trindade afirma que tal direito é pedra angular do Sistema Interamericano e cláusula pétrea da CADH. *Castillo Petruzzi y otros vs. Per*, *supra* nota 2, par. 3.

[78](#) A respeito: ROBLES, Manuel E. Ventura. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia um tribunal permanente. In: *Curso de Derecho Internacional*. Comité Jurídico Interamericano/Secretaria Geral da OEA. Washington: 2001; VENTURA ROBLES, Manuel E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 3. ed., aum. San José, C.R.: ACNUR, 2005.

[79](#) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 116.

[80](#) O Protocolo 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos garantiu o acesso direto dos indivíduos ao Sistema Europeu. (Protocolo 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, CETS, n. 155, aberto para assinaturas em 11 de maio de 1994 e em vigor desde 1º de novembro de 1998). Sobre os efeitos do Protocolo 11: ALSTON Philip; STEINER, Henry J.. *International Human Rights in Context*. 2.ed. New York: Oxford, 2000. p. 798-801.

[81](#) KOURY, Luiz Guilherme Costa. Os indivíduos e o sistema interamericano: evolução da participação e as perspectivas para o acesso direto das vítimas à Corte Interamericana. In: OLIVEIRA, Márcio Luis (org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 293-316.

[82](#) Em relação ao Brasil, a Corte vem lançando mão de medidas provisórias diante de situações de violações extremadas de direitos humanos em presídios, como o ocorrido no *Caso da Penitenciária de Urso Branco*, Medidas Provisórias, 18 de junho de 2002, e no *Caso assunto das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira”, em Araraquara*, Medidas Provisórias, 30 de setembro de 2006. Ainda relacionando com o Brasil, destaca-se o *Caso assunto das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM*, Medidas Provisórias, 4 de julho de 2006.

[83](#) *Opinião Consultiva 8, de 30 de janeiro de 1987. “O habeas corpus em situação de suspensão de garantias” (artigos 27.2, 25.1 e 7.6 da CADH)* [doravante *Opinião Consultiva 8*]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.doc>. Acesso em: 14 nov.

2007. Esta opinião consultiva solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um exemplo do exercício da função consultiva da Corte para interpretação de dispositivos da CADH. Outros exemplos da função consultiva para interpretação da CADH: *Opinião Consultiva 3, de 8 de setembro de 1983. “Restrições à pena de morte (artigos 4.2 e 4.4 da CADH)*, [doravante “Opinião Consultiva 3”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007; *Opinião Consultiva 6, de 9 de maio de 1986. “A expressão ‘leis’ no artigo 30 da CADH”* [doravante “Opinião Consultiva 6”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007; *Opinião Consultiva 7, de 29 de agosto de 1986. “Exigibilidade do direito de retificação ou resposta (artigos. 14.1, 1.1 e 2 da CADH)*, [doravante “Opinião Consultiva 7”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007; *Opinião Consultiva 9, de 6 de outubro de 1987 sobre “Garantias judiciais em estados de emergência (artigos 27.2, 25 e 8 da CADH)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007; *Opinião Consultiva 15, de 14 de novembro de 1997. “Informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos” (Art. 51 da CADH)* [doravante “Opinião Consultiva 15”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007.

84 *Opinião Consultiva 1, supra nota 56.* Seguindo a tendência de entender a expressão “outros tratados” de maneira ampla, foi proferida a Opinião Consultiva 10: *Opinião Consultiva 10, de 14 de julho de 1989. “Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem” no marco do art. 64 da CADH* [doravante “Opinião Consultiva 10”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007. Em sentido semelhante: *Opinião Consultiva 14, 9 de dezembro de 1994. “Responsabilidade Internacional pela expedição e aplicação de leis violatórias à CADH” (artigos 1 e 2 da CADH)*, [doravante “Opinião Consultiva 14”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007.

85 *Opinião Consultiva 4, de 19 de janeiro de 1984. “A proposta de modificação da Constituição da Costa Rica relacionada com a Naturalização”* [doravante “Opinião Consultiva 4”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_4_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007. É interessante ressaltar que Antônio Augusto Cançado Trindade defende que a análise da compatibilidade das normas internas dos Estados com a CADH também pode ser feita pela Corte no exercício de sua competência contenciosa. *El Amparo vs. Venezuela*, Sentença de Reparações, Voto Dissidente do Juiz A. A. Cançado Trindade, par.11.

86 *Opinião Consultiva 18, de 17 de setembro de 2003. “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”* [doravante “Opinião Consultiva 18”]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[87](#) *Opinião Consultiva 16, de 1º de outubro de 1999. “O direito à informação sobre Assistência Consular no marco das garantias do devido processo legal”* [doravante *Opinião Consultiva 16*]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2007. Neste parecer a Corte analisa disposições da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e também do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos. Com relação à matéria dessa opinião é interessante conferir o caso da CIJ: *LaGrand*, julgamento, 27 de junho de 2001.

[88](#) *Opinião Consultiva 17, de 28 de agosto de 2002. “Condição jurídica e Direitos Humanos da Criança”* [doravante *Opinião Consultiva 17*]. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/S-series_A_OC-17.html>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[89](#) *Annual Report 2005, Inter-American Court of Human Rights*. p. 66. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/Annuals/annual-05.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[90](#) *Annual Report 2005, Inter-American Commission of Human Rights*, par. 8. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005eng/toc.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[91](#) CASSEL, Douglass. Book review: *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* by Jo M. Pasqualucci. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2003. *AM. J. INT’L L.*, abril de 2006. p. 505. *Vide também: Caso Loayza Tamayo vs. Peru*, Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), 27 de novembro de 1998; *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*, Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), 3 de dezembro de 2001.

[92](#) *Opinião Consultiva 18, de 17 de Setembro de 2003. “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”* [doravante *Opinião Consultiva 18*]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[93](#) *Goiburú y otros vs. Paraguay, supra nota 49*, par. 21.

[94](#) *Vide caso argentino: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Simon, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc”*.

[95](#) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Current State and Perspectives of the Inter-American System of Human Rights Protection at the Dawn of the New Century*. *TJICL*, primavera de 2000, p. 46.

[96](#) *Goiburú y otros vs. Paraguay, supra nota 49*, par. 62-68.

[97](#) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *supra nota 21*, art. 19.6; ANDRADE, Túlio César Mourthé Alvim. Os direitos econômicos, sociais e culturais sob a ótica das fontes do Direito Internacional. In: OLIVEIRA, Márcio Luis (org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[98](#) Dentre esses fatores há que destacar a necessidade de amadurecimento da política externa norte-americana e o desfecho da chamada “guerra contra o terrorismo”. Também se deve destacar a necessidade de um maior compromisso por parte de determinados Estados do continente americano para com o Sistema de Proteção. Com relação a esta última necessidade, deve-se cobrar inclusive do Brasil uma atitude mais ativa com relação ao Sistema Interamericano. Tanto as autoridades governamentais devem respeitar os parâmetros de proteção dos direitos humanos definidos pela Corte e Comissão Interamericana quanto a própria sociedade civil deve se organizar de forma a utilizar mais os mecanismos do Sistema Interamericano, buscando promover no país um maior respeito aos direitos humanos.

[99](#) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história (prefácio). In: OLIVEIRA, Márcio Luis (org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. XLI.

[100](#) *Opinião Consultiva 16, supra* nota 85, par. 113-115; *Opinião Consultiva 16, supra* nota 85, voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, par. 12-15.

A COMISSÃO E OS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS DO SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS

LUCIANA DINIZ DURÃES PEREIRA¹

MARINANA ANDRADE E BARROS²

1. HISTÓRICO DO SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS

Sem embargo das garantias e direitos assegurados pela normativa universal³ de proteção dos direitos humanos, o Sistema Africano situa-se, à semelhança dos sistemas regionais Europeu⁴ e Interamericano⁵, como polo de fundamental relevância na luta pela construção, promoção e efetivação de *standards* mínimos de proteção à dignidade, às liberdades e ao bem-estar humano na África.

A origem desse sistema encontra-se nos debates ocorridos no seio da XVI sessão ordinária da Assembleia de Chefes de Estado e Governo da antiga Organização da Unidade Africana⁶, doravante denominada OUA. Ao fim dos trabalhos, em julho de 1979, a Assembleia da OUA requisitou ao Secretário-Geral da organização o início formal das atividades de elaboração de um projeto para uma futura Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos⁷. Nesse sentido, em junho de 1981, o projeto da Carta Africana foi votado, aprovado e assinado pelos membros da OUA⁸. Cinco anos mais

tarde, em 21 de outubro de 1986, após atingir o número mínimo de ratificações necessárias, a Carta Africana entrou em vigência.

Conhecida também como Carta de Banjul, a Carta Africana procura espelhar e preservar contornos característicos da cultura e da formação histórica africana. Podem-se, nesse sentido, destacar três principais aspectos: a consagração dos valores tribais como corolário do espírito da Carta⁹; a disposição singular não só de direitos mas também de deveres dos indivíduos africanos para com seus grupos familiares¹⁰ e, finalmente, a afirmação conceitual dos direitos dos povos como direitos humanos¹¹, em especial aqueles concernentes à independência, à autodeterminação e à autonomia dos Estados africanos. Neste mesmo aspecto, inova ao estabelecer a não existência de cláusula derogatória de certos direitos em caso de situações de exceção¹², inclusive os de natureza peculiar à realidade empírica do próprio continente.

A Carta Africana inaugura, ainda, um marcante avanço legislativo no tocante ao tratamento normativo dos direitos humanos. De forma inédita, elenca conjuntamente no rol dos direitos protegidos, tanto os direitos civis e políticos como também os direitos econômicos, sociais e culturais¹³. Opta claramente, portanto, “por uma visão necessariamente integral ou holística dos direitos humanos, tomados todos em seu conjunto, seguindo com fidelidade o legado da Declaração Universal de 1948”¹⁴.

2. AS INSTITUIÇÕES AFRICANAS DE CONTROLE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS

2.1. A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

Na tentativa de melhor resguardar a proteção desses direitos no continente, a Carta Africana estabeleceu, através do disposto em seu artigo 30¹⁵, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, doravante denominada Comissão Africana. Não obstante ser esta um órgão destituído de caráter jurisdicional, devido à natureza não obrigatória de suas decisões¹⁶, a Comissão Africana apresenta-se, até a atualidade, como um órgão de marcada importância na estrutura da UA.

Composta por onze membros eleitos pela Assembleia de Chefes de Estado e Governo da UA¹⁷ para um mandato de seis anos cada um, a

Comissão Africana realiza seus trabalhos através da ocorrência de, pelo menos, duas sessões ordinárias anuais — cada qual com duração de aproximadamente duas semanas¹⁸. Estas, assim como eventuais sessões extraordinárias¹⁹, acontecem normalmente na sede da própria Comissão Africana em Banjul, Gâmbia, e são chefiadas pelo seu Presidente em exercício. Entretanto, a pedido de seus membros e mediante anuência prévia do Secretário administrativo da Comissão Africana, as reuniões podem se dar em locais outros que não em sua sede²⁰.

Na execução dos trabalhos, a Comissão Africana é autônoma para optar por realizá-los em sessões abertas ao público ou a portas fechadas — *in camera*. Destaca-se, porém que, independentemente do modo de condução dos mesmos e, em especial, devido ao crescente intuito de se valorizar a participação da sociedade civil na resolução de conflitos, a Comissão Africana pode convidar, se julgar necessário para a melhor discussão dos temas e casos que compõem sua agenda, Estados, Movimentos de Libertação Nacional, Organizações Não Governamentais e entidades especializadas para, com o *status* de observadoras, terem assento em suas sessões.

De acordo com a Carta Africana²¹, a Comissão Africana exerce diversificadas funções de órgão de supervisão. A análise do histórico de suas decisões²² demonstra que sua principal esfera de atuação se dá no campo da *promoção* dos direitos humanos. Nessa atividade, a competência da Comissão Africana limita-se basicamente às seguintes tarefas: examinar os relatórios periódicos apresentados pelos Estados²³ e investigar, debater e elaborar relatórios conclusivos frente a denúncias de violações aos direitos humanos salvaguardados pela Carta Africana. Ainda, pode a Comissão Africana promover, no âmbito dessa atribuição, estudos, seminários, congressos e convênios com outras instituições africanas ou internacionais que objetivem colocar em evidência a necessidade de proteger tais garantias na África. O resultado desse trabalho, por sua vez, pode ser encaminhado, a título de recomendação e sugestão, tanto aos Estados como à Assembleia da UA para que as cabíveis providências sejam tomadas.

Outra importante competência exercida pela Comissão é a *interpretativa*. A Carta Africana dispõe, em seu artigo 45, III, que compete a esse órgão a responsabilidade de efetuar eventuais interpretações teóricas a respeito de seus dispositivos. Poderá a Comissão Africana fazê-lo, então, mediante

pedido de qualquer um dos Estados-parte da UA, de seus órgãos e, até mesmo, de outras organizações africanas que sejam reconhecidas pela UA. É válido destacar que essa função interpretativa, no cenário internacional, normalmente é de responsabilidade de órgãos jurisdicionais²⁴, o que não é o caso da Comissão Africana.

Logo, na intenção de aperfeiçoar e fortalecer a estrutura e os mecanismos de proteção do sistema africano — cuja ausência de um órgão verdadeiramente jurisdicional sentiu-se necessária ao longo dos anos de atuação da Comissão Africana —, em junho 1994, na 30ª sessão da Assembleia de Chefes de Estado e Governo da OUA, realizada em Túnis, na Tunísia, foi adotada a resolução AHG/230. Esta foi o efetivo marco inaugural do projeto de formação de uma Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, doravante denominada Corte Africana, na medida em que deu início aos trabalhos da Comissão Africana e dos peritos governamentais voltados para a elaboração de um Protocolo Adicional à Carta Africana que versasse sobre a inclusão de uma Corte no quadro institucional da antiga OUA.

2.2. O Protocolo Adicional de 1998 à Carta Africana: A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos

O Protocolo Adicional à Carta Africana foi, então, aprovado e adotado pela Assembleia e pelo Secretário-Geral da OUA em junho de 1998. Em dezembro de 2003, 30 (trinta) dias após atingir a 15ª ratificação necessária²⁵, o Protocolo Adicional entrou em vigor. Destaca-se a intenção do documento em deixar claro, já em seu artigo 2º, que o trabalho da Corte Africana deverá servir de *complemento* ao mandato da Comissão Africana, demonstrando que esses dois órgãos deverão trabalhar juntos na tarefa de proteção e garantia dos direitos humanos no continente.

2.2.1. A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos

2.2.1.1. Composição

De acordo com o artigo 11 do Protocolo Adicional, a Corte Africana é composta por onze juízes²⁶. Para a indicação e respectivo exercício do cargo é necessário que eles sejam nacionais dos Estados que compõem a UA. Além dessa exigência, os juízes devem possuir conduta ilibada e satisfazer

os critérios de alta qualificação jurídica, acadêmica ou prática no campo dos Direitos Humanos.

A eleição²⁷ dar-se-á a partir de uma lista de candidatos²⁸ apresentada pelos países signatários do Protocolo Adicional, respeitando o limite de, no máximo, três candidatos indicados por país²⁹. Com a listagem em mãos, a Assembleia da UA elegerá, em votação secreta³⁰, os componentes da Corte Africana. Estes serão eleitos para um mandato de seis anos, cabendo a reeleição por uma única vez e para mandato de igual período. Para a devida condução dos julgamentos e dos trabalhos desse órgão jurisdicional, deverá ser realizada, após a institucionalização da Corte Africana, a escolha de seu Presidente, assim como a de seu Vice-Presidente. Ambos deverão ser eleitos pelos membros da própria Corte Africana, para um mandato de 2 (dois) anos, sendo possível, também, a reeleição por uma única vez³¹. As funções e competências de tais cargos deverão ser determinadas pelas Regras de Procedimento a serem adotadas no seio da própria Corte Africana³².

No exercício de seus ofícios, aos juízes da Corte Africana será exigido desempenho profissional embasado nas premissas da boa-fé e da imparcialidade³³. Para tanto, a eles é garantida a independência de atuação, bem como as imunidades reconhecidas pelo Direito Internacional aos agentes diplomáticos³⁴.

2.2.1.2. *Competência*

De acordo com os artigos 3 e 4 do Protocolo Adicional, a Corte Africana possui, na análise de denúncias e casos de violação aos direitos humanos na África, *competência contenciosa* e *competência consultiva*. Neste sentido, segue o modelo e a dinâmica jurisdicional de atuação dos demais tribunais regionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, a Corte Europeia de Direitos Humanos³⁵ e a Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁶.

2.2.1.2.a. *Competência contenciosa*

A competência contenciosa da Corte Africana expressa-se nos âmbitos da competência *ratione personae* e da competência *ratione materiae*.

A competência *ratione personae* configura-se na possibilidade de legitimidade subjetiva para apresentar demandas à Corte Africana. Nesse sentido, o Protocolo Adicional é taxativo em estabelecer a Comissão

Africana; o Estado signatário do Protocolo Adicional que tenha apresentado o caso à Corte Africana; o Estado signatário do Protocolo Adicional que tenha sido apontado como polo passivo na demanda; o Estado signatário do Protocolo Adicional cujo cidadão tenha sido vítima de violação e as organizações internacionais africanas, como detentores desta faculdade³⁷. Estados que eventualmente possuam interesse em demandas impetradas na Corte Africana podem requisitar-lhe o direito de destes processos participarem³⁸. De maneira semelhante, a Corte Africana pode estabelecer, se entender conveniente e necessário para uma melhor resolução do caso, a participação de organizações não governamentais, na qualidade de observadoras, em suas sessões³⁹.

Assim como ocorre no sistema regional europeu⁴⁰, os indivíduos podem, no sistema africano, levar suas demandas diretamente até a Corte Africana. Entretanto, esta faculdade não lhes é concedida em sentido pleno, mas somente na medida em que os Estados dos quais sejam nacionais declarem, de maneira expressa, que aceitam a submissão de demandas individuais à Corte Africana. Essa declaração pode se dar no momento da ratificação do Protocolo Adicional ou, como versa o artigo 34, VI, em qualquer momento posterior. Pode ser feita não somente no tocante às demandas individuais, mas também em relação às ONGs que possuam assento na Comissão Africana.

Por sua vez, a competência *ratione materiae* da Corte Africana está disposta no artigo 3º do Protocolo Adicional. Este estabelece que a Corte Africana, na resolução de qualquer caso ou disputa a ela submetido, deverá decidir de acordo com os ditames dos seguintes textos legais: a Carta Africana, o Protocolo Adicional e, ainda, qualquer outro instrumento internacional de importante relevância na área dos direitos humanos e que tenha sido ratificado pelos Estados em litígio. O artigo 3º, II, ressalta, ainda, um importante aspecto a respeito da jurisdição da Corte Africana. Ao estabelecer que é de competência da própria Corte Africana decidir sobre eventuais questões que discutam os limites e a natureza de sua competência, ele estabelece para esse órgão o mesmo princípio de jurisdição utilizado por outros tribunais internacionais, isto é, o *princípio da competência da competência*⁴¹.

2.2.1.2.b. Competência consultiva

A competência consultiva da Corte Africana está prevista no artigo 4º do Protocolo Adicional. Este dispõe que a Corte Africana possui competência para interpretar e emitir parecer sobre qualquer temática jurídica prevista na Carta Africana, assim como sobre toda e qualquer matéria de direitos humanos presente em outros tratados e instrumentos jurídicos internacionais. Para tanto, deverão os juízes justificar e embasar teoricamente suas posições, sendo cabível a existência de opiniões isoladas e divergentes entre os magistrados.

Poderão demandar opiniões consultivas perante a Corte Africana os seguintes entes: os Estados-membros da UA, qualquer um de seus órgãos, bem como organizações africanas que sejam reconhecidas pela Assembleia da UA. Como a Comissão Africana também possui competência consultiva⁴², para que não houvesse conflito de competências ou mesmo dupla análise e interpretação de um mesmo questionamento, estabeleceu-se que a Corte Africana não poderá analisar demandas consultivas que versem sobre conteúdo idêntico e/ou conexo àqueles que já estejam sendo tratados pela Comissão Africana.

2.3. O Protocolo Adicional de 2003 à Carta Africana: a Corte de Justiça da União Africana

O Protocolo Adicional que instituiu a Corte de Justiça da União Africana foi assinado em 11 de julho de 2003, em Maputo, Moçambique, e entrou em vigor muito recentemente, em 2009⁴³.

De acordo com os ditames de seu documento constitutivo, a competência da Corte de Justiça é ampla e abrange a interpretação do Ato Constitutivo da União Africana, a interpretação, aplicação e validade dos tratados concluídos no âmbito da União Africana, assim como dos instrumentos legais a esta relacionados. Também é competência do órgão decidir sobre questões de Direito Internacional, sobre decisões, regulamentos e diretrizes dos órgãos da União, sobre matéria relacionada aos acordos entre Estados-parte ou entre eles e a União, assim como sobre a existência de um fato que constitua quebra de contrato ou surgimento de uma obrigação para um Estado-membro ou para a União Africana. Da mesma forma, a Corte de

Justiça é competente para decidir sobre a natureza ou a extensão da reparação a ser feita no caso de eventual quebra de uma obrigação.

O ponto central para a existência do órgão seria, portanto, garantir a efetividade e a evolução de um sistema judicial no seio da União Africana que sirva como fator de aprofundamento e de amadurecimento tanto da própria União como da defesa dos direitos humanos em seu âmbito. Nesse sentido, por força do artigo 2, 2, do Protocolo Adicional de 2003, a Corte de Justiça seria o principal órgão jurisdicional do Sistema Africano, todavia não o único: passaria a atuar conjuntamente com a Corte Africana, cada qual na medida de suas respectivas competências⁴⁴.

3. MECANISMOS E PROCEDIMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS NO SISTEMA AFRICANO

Com o objetivo de assegurar a promoção e a proteção dos direitos humanos na África e com a intenção de possibilitar tanto à Comissão quanto à Corte Africana (Protocolo de 1998) o exercício de suas competências neste campo, a Carta Africana, em conjunto com seus Protocolos, estabeleceu mecanismos e procedimentos específicos de proteção. Nesse sentido, a seguir serão tratadas as possibilidades de ocorrência de quatro diferentes formas de acionamento do Sistema Africano, a saber: as demandas interestatais, as demandas não estatais, os relatórios estatais e as medidas provisionais.

3.1. Demandas interestatais

No que concerne às demandas interestatais no âmbito do sistema regional africano de proteção aos direitos humanos, são possíveis as seguintes formas de atuação dos Estados: diretamente ante o Estado que tenha aparentemente violado as disposições da Carta Africana, por meio de comunicação à Comissão e por demanda à Corte Africana de Direitos Humanos.

No primeiro caso, um Estado adverte diretamente outro se considerar que há uma violação dos dispositivos da Carta Africana⁴⁵. Para tanto, o requisito a ser cumprido é que haja “boas razões para crer” na violação. Não há, contudo, critérios objetivos definidos pela Carta a serem utilizados para caracterização do que sejam “boas razões”. Deve-se atentar para o fato de que tal comunicação precisará ser formal e escrita, endereçada não somente

ao Estado destinatário como também ao Secretário-Geral da UA e ao Presidente da Comissão. A partir da data de recepção da comunicação, é contado um prazo de três meses, em que o Estado destinatário facultará ao Estado que endereçou a comunicação explicações ou declarações escritas que elucidem a questão em debate. A ideia central desta forma de demanda interestatal é que a questão se resolva entre as partes, por meio de um processo de conciliação. Se isso não ocorrer em um prazo de três meses, contados da data da recepção pelo Estado destinatário da comunicação, qualquer um dos Estados envolvidos tem o direito de submeter a questão à Comissão mediante notificação endereçada ao seu Presidente, ao outro Estado interessado e ao Secretário-Geral da UA⁴⁶.

A segunda possibilidade de demanda interestatal à Comissão em muito se assemelha a mecanismos desenvolvidos nos demais sistemas regionais de proteção aos direitos humanos existentes. Tais demandas podem ser feitas, assim como as anteriores, quando um Estado considera que outro, de alguma forma, violou dispositivo da Carta Africana. Nesse caso, o Estado que denuncia deve fazer uma petição dirigida tanto à Comissão, na figura de seu presidente e ao Secretário-Geral da União Africana, quanto ao Estado denunciado⁴⁷. Para que haja uma deliberação da Comissão acerca da questão levantada, devem ter sido esgotados os recursos internos para a solução da demanda ou deve ter havido um prolongamento anormal no andamento do processo que busque tal solução⁴⁸. Nesse sentido, a Carta Africana vai além da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Enquanto os instrumentos existentes para a proteção dos direitos humanos nos sistemas europeu e americano somente atentam para o esgotamento dos recursos internos, a Carta Africana considera expressamente a possibilidade de a Comissão analisar um caso por protelamento injustificado do processo. É fato que a construção doutrinária e jurisprudencial já vem se posicionando neste sentido⁴⁹, contudo, o fato de a Carta Africana ser clara a esse respeito pode ser considerado um importante avanço.

A Comissão deverá atuar por meio da investigação e da conciliação, buscando uma solução pacífica ao conflito suscitado. Nessa etapa, à Comissão deverá ser concedido amplo acesso às informações relativas ao caso. Para tanto, os Estados-partes devem colaborar prestando as

informações necessárias. Ao fim desse processo, será redigido um relatório pela Comissão, o qual é enviado aos Estados interessados e comunicado à Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo da UA⁵⁰. A Comissão fará à Assembleia as recomendações que considerar necessárias.

Além destes, a partir da criação da Corte Africana de Direitos Humanos, as demandas estatais ganharam um novo âmbito no sistema regional de proteção. A Corte tem competência para julgar tanto os casos levados pelos Estados à Comissão quanto os levados diretamente pelos Estados-Partes.

3.2. Demandas não estatais

A Carta de Banjul traz em seu texto permissão para que atores não estatais demandem a Comissão. O sistema de reclamações particulares de proteção regional do continente africano é baseado na primeira versão da Resolução 1.503 do ECOSOC⁵¹, que regula a admissão das comunicações de violações de direitos humanos e liberdades fundamentais arguidas no âmbito da instituição⁵².

De acordo com a Carta, “antes de cada sessão, o secretário da Comissão estabelece a lista das comunicações que não emanam dos Estados-Partes”⁵³. O dispositivo é, portanto, bastante amplo, e dessa forma tem sido interpretado pela própria Comissão, que permite demandas de indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não governamentais. A partir da comunicação, a Comissão decide, por maioria de votos, se deve apreciar ou não a demanda⁵⁴. Para que sejam examinadas, as comunicações devem preencher alguns requisitos formais, quais sejam: indicar a identidade do autor da demanda; ser compatíveis com a Carta da Organização da Unidade Africana ou com a Carta Africana; não conter insultos ou termos ultrajantes para com o Estado impugnado, suas instituições ou à UA⁵⁵. Além disso, a demanda não pode se limitar a repetir notícias já difundidas pela mídia. Com relação ao seu aspecto temporal, ela deve ser posterior ao esgotamento dos recursos internos, não havendo qualquer referência quanto aos Estados em que não houver sistema judiciário. Deve, ainda, a demanda ser introduzida em um prazo razoável após o esgotamento dos recursos internos, contudo não há especificação do prazo na Carta Africana. Finalmente, não pode a demanda ser relacionada a casos que tenham sido resolvidos em conformidade com os princípios da Carta das Nações Unidas, da Carta da

Unidade Africana ou da Carta Africana⁵⁶. É de extrema importância que o Estado interessado na demanda não estatal seja comunicado acerca da existência desta antes de qualquer apreciação de mérito⁵⁷.

O artigo 58 da Carta Africana traz uma relevante limitação material para as demandas não estatais. De acordo com esse dispositivo, a Comissão deve chamar a atenção da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo sobre situações que revelem a existência de um possível “conjunto de violações graves ou maciças dos direitos humanos e dos povos”. Em tese, portanto, casos apresentados por entes não estatais que não possam ser considerados como violações graves ou maciças dos direitos humanos e dos povos não poderão ser conhecidos pela Comissão. Isso leva a crer que, no âmbito das demandas não estatais, a Carta não se preceitua pela proteção ao indivíduo, colocando como objetivo a necessidade de proteção à coletividade.

Nesses casos, em que há indícios de violações graves ou maciças contra os direitos humanos e dos povos, a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo pode solicitar à Comissão que elabore um estudo acerca da situação⁵⁸. Se for constatada urgência na demanda, a Comissão deve comunicar ao Presidente da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo e este poderá solicitar um estudo aprofundado do caso⁵⁹.

As demandas não estatais são mantidas confidenciais até que a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo decida torná-las públicas⁶⁰. Contudo, após decisão da Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, o relatório é devidamente publicado. Da mesma forma, o relatório de atividades da Comissão é publicado após exame da Conferência.

3.3. Relatórios estatais

Os relatórios estatais são previstos pela Carta Africana em seu artigo 62. De acordo com esse dispositivo, é dever dos Estados signatários da Carta apresentar, a cada dois anos, um relatório que verse sobre as medidas legislativas ou de outra ordem que tenham sido tomadas com o objetivo de proteger direitos e liberdades que sejam reconhecidos e garantidos pelo documento.

A ideia central dos relatórios estatais é garantir que a Comissão esteja sempre a par do que se passa em relação às possíveis violações de direitos humanos no continente, com objetivo de avaliar e aperfeiçoar as práticas

administrativas e os instrumentos legais existentes nesta matéria. Os procedimentos a serem seguidos na apresentação dos relatórios são descritos pelo Regulamento da Comissão Africana. Assim, os relatórios devem ser encaminhados para o Secretariado administrativo da Comissão e este se encarrega da distribuição aos demais membros e às instituições que tratem de questões relativas aos direitos e liberdades dispostos na Carta⁶¹. Após análise dos relatórios, que ocorre em sessão aberta com participação de representantes de Estados, organizações não governamentais e outros convidados, o Estado envolvido na questão é comunicado sobre a avaliação⁶². Duas são as possibilidades de procedimento a partir daí. Caso se entenda que há algum tipo de violação cometida à Carta Africana, a Comissão pode requerer informações adicionais ao Estado, com prazo estabelecido⁶³. Já quando se conclui que o Estado tem cumprido devidamente com suas obrigações em relação aos direitos e liberdades previstos na Carta Africana, a Comissão faz as considerações de ordem geral⁶⁴.

O sistema dos relatórios estatais que objetiva a proteção aos direitos humanos na África padece de um sério problema. Trata-se do fato de nem todos os signatários da Carta Africana perceberem com seriedade a necessidade de concluí-los e entregá-los de acordo com os prazos estabelecidos pela Comissão. A questão tem sido debatida e já houve considerável avanço, apesar de permanecer grave, como mostram os números: em 1991, apenas sete Estados apresentaram os relatórios; em 2003, cerca de vinte Estados, dos cinquenta e três que aderiram à Carta Africana, constavam na lista dos que não tem apresentado relatórios estatais periodicamente.

Além da tentativa de tornar mais constante o envolvimento dos Estados na feitura dos relatórios, também se buscou que a supervisão feita a partir desses relatórios fosse mais eficaz, por meio de visitas *in loco*. Constatada a possibilidade de uma violação grave dos direitos e liberdades assegurados pela Carta Africana, um grupo designado pela Comissão vai até o país em questão para realizar investigações e, a partir dela, redige relatórios sobre a situação em análise, o que busca complementar o procedimento dos relatórios estatais⁶⁵.

3.4. Medidas provisórias

As medidas provisórias são aquelas tomadas quando a vida e a integridade física de um indivíduo podem estar ameaçadas. Nesse caso, busca-se evitar que um mal irreparável possa ocorrer. Tanto a Comissão, por meio de seu Regulamento, quanto o Protocolo que institui a Corte Africana atentam para a necessidade de serem empregadas medidas provisórias em casos de gravidade e urgência⁶⁶.

O fato de o instituto das medidas provisórias ser permitido no sistema africano de proteção aos Direitos Humanos demonstra claramente a função preventiva que tanto a Comissão quanto a Corte devem exercer. Se utilizadas de forma efetiva, as medidas provisórias podem ser um importante instrumento para a consecução da proteção dos Direitos Humanos no continente africano.

4. FUSÃO ENTRE A CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS E A CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO AFRICANA: A CORTE AFRICANA DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS

Apesar de o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos ainda vir se sedimentando, ele já passa por grandes e estruturais transformações. Em julho de 2005, a 5ª Assembleia da União Africana, ocorrida na Etiópia, decidiu pela união dos dois órgãos jurisdicionais da UA, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Corte de Justiça da União Africana, em um novo e singular órgão jurisdicional⁶⁷. Tal órgão produto dessa unificação, a *Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos*⁶⁸, cujo Protocolo Constitutivo foi assinado em Sharm El-Sheikh, Egito, em 1º de julho de 2008⁶⁹, ainda deve levar alguns anos para entrar em vigor efetivamente, visto serem necessárias quinze ratificações de Estados membros da União Africana para tanto⁷⁰. Porém, a partir de sua existência (justificada pela tênue divisão das competências das Cortes Africanas de Direitos Humanos e dos Povos e de Justiça, assim como pelo grande aporte financeiro necessário para mantê-las), podem ser esperadas importantes transformações.

A principal dessas, a título de exemplo, diz respeito, de acordo com o Protocolo de 2008, à dupla competência da nova Corte. Esta deverá contar

com dezesseis juizes e se dividir em duas seções específicas, uma para *Assuntos Gerais*, composta por oito juizes, e outra para cuidar da proteção aos *Direitos Humanos*, também integrada por oito juizes.

Contudo, para que o Sistema Africano não se torne inoperante no tocante a seu escopo jurisdicional até que a *Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos* inicie efetivamente seus trabalhos, o artigo 7 do *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* expressamente dispõe sobre a validade provisória do Protocolo de 1998, isto é, prevê e legaliza a continuidade da vigência e respectivo funcionamento da Corte Africana pelo período de 1 (um) ano — ou qualquer outro período a ser determinado pela Assembleia da UA — após a entrada em vigor do Protocolo de 2008, o qual criou a Corte Africana de Justiça⁷¹.

5. CONCLUSÃO

O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos desenvolveu-se tardiamente em relação aos sistemas Europeu e Americano, como consequência da própria história de colonização e subjugação pela qual passou o continente. Se, por um lado, esse fato pode ser percebido como um vasto caminho a ser percorrido para a efetiva proteção dos direitos e liberdades na África, por outro, é preciso reconhecer que houve, nos últimos anos, avanços significantes nesse âmbito. Avanços estes que levaram em consideração a influência das tradições africanas, buscando equacionar as peculiaridades locais com o que há de efetivo para a proteção de direitos humanos em outros sistemas regionais.

A não existência de uma cláusula derogatória de certos direitos em caso de situações de exceção, como previsto nas Convenções Europeia e Americana, e a possibilidade de que indivíduos recorram diretamente à Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos⁷², mediante aceite prévio expresso dos Estados de origem, tal qual já o podiam fazer perante a Corte Africana, são exemplos importantes que demonstram a preocupação em criar respaldo legal para o fim das atrocidades há muito cometidas contra seres humanos em toda a África, bem como para a punição dos perpetradores dessas violações. Contudo, é fato que as repercussões práticas desses dispositivos legais ainda não estão claras e que o caminho a percorrer parece bastante tortuoso, visto, sobretudo, o ineditismo da recente junção da

Corte Africana e da Corte de Justiça na *Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos*.

1 Mestre em Direito Internacional pela PUC-Minas. Especialista em Direito Internacional pelas Faculdades Milton Campos. Bacharela em Direito pela UFMG; Bacharela em História pela UFMG. Professora do Centro Universitário UNA. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional das Faculdades Milton Campos. Pesquisadora do Programa de Capacitação em Direitos Humanos da Missão Diplomática do Brasil junto à Organização das Nações Unidas em Genebra, Suíça (DELBRASGEN/ONU). Pesquisadora do Centro de Direito Internacional (CEDIN). Membro do Grupo de Análise e Prevenção de Conflitos Internacionais (GAPCon) e do Centro Jurídico Brasileiro (CJB).

2 Mestre em Direito Internacional pela PUC-Minas. Especialista em Direito Internacional pelas Faculdades Milton Campos. Bacharela em Direito pela UFMG. Bacharela em Relações Internacionais pela PUC-Minas. Professora do Centro Universitário UNA e do UNI-BH. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional das Faculdades Milton Campos. Pesquisadora do Centro de Direito Internacional (CEDIN). Membro do Grupo de Análise e Prevenção de Conflitos Internacionais (GAPCon) e do Centro Jurídico Brasileiro (CJB).

3 O sistema de proteção e salvaguarda dos direitos humanos estabelecido no seio da Organização das Nações Unidas, doravante denominada ONU, apresenta-se como o principal, mais antigo e único sistema universal de proteção internacional dos direitos humanos. A saber, já o artigo primeiro da Carta da ONU, que foi assinada em 26 de junho de 1945, entrando em vigência em 24 de outubro do mesmo ano, após ratificação dos cinco membros permanentes que compõem seu Conselho de Segurança, demonstra a vinculação da organização com a proteção destes direitos, dispondo que “desenvolver e encorajar o respeito aos direitos do homem e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” configura-se como um de seus principais objetivos. Neste sentido, é adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, a resolução 217A (III), conhecida como Declaração Universal dos Direitos do Homem. Integram, ainda, esta codificação universal o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos — adotado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966 pela resolução 2200A (XXI), entrando em vigência em 23 de março de 1976 — e seu Protocolo Adicional — adotado pela Assembleia Geral da ONU em 15 de dezembro de 1989 pela resolução 44/128, entrando em vigência em 5 de dezembro de

1991; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — adotado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966 pela resolução 2200A (XXI), entrando em vigência em 23 de março de 1976 —, além de uma série de outros tratados temáticos. O sistema universal é dotado, ainda, de órgãos e mecanismos específicos que visam salvaguardar e proteger efetivamente tais direitos. Tem-se no trabalho da extinta Comissão de Direitos Humanos (atual Conselho de Direitos Humanos), da Assembleia Geral da ONU, do Conselho Econômico e Social da ONU e, até mesmo, em algumas decisões da Corte Internacional de Justiça, exemplos dessa atuação.

4 Neste sentido, tem-se a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, doravante CEDH, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, e que entrou em vigor em setembro de 1953, após atingir o número necessário de 10 ratificações. Também sobre a CEDH: GOMIEN, Donna. *Short Guide to the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 1991; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos direitos humanos; Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991; FAWCETT, James E. S. *The application of European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1987. Ainda, válida a consulta do endereço eletrônico www.echr.coe.int.

5 Anterior ao atual sistema de proteção dos direitos humanos nas Américas, estabelecido pelo Pacto de San José da Costa Rica — assinado em 22 de novembro de 1969 e em vigor a partir de 18 de julho de 1978 —, tem-se também a Declaração Americana dos Direitos Humanos (resolução XXX, aprovada em 2 de maio de 1948, da IX Conferência Internacional Americana) e os artigos 106 a 145 da Carta de Bogotá, que, nesta mesma Conferência, cria a Organização dos Estados Americanos (OEA). Ver, igualmente, VARGAS, D. Uribe. *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*. Madrid: Ed. Cultura Hispânica, 1972. Ainda, <http://www.corteidh.or.cr> e <http://www.oas.org>.

6 A Organização da Unidade Africana—OUA, instituída em 25 de maio de 1963 com sede em Addis Ababa (ou Addis Abeba), na Etiópia, foi substituída, através do Ato Constitutivo de 11 de julho de 2000, pela União Africana, doravante denominada UA. Esta iniciou suas atividades em 2001 e é composta, atualmente, por todos os países do continente africano, exceto Marrocos. Sua sede continua localizada em Addis Ababa, Etiópia. Nesse sentido, vale a consulta ao *website* oficial da organização, <http://www.au.int>.

7 Doravante denominada Carta Africana, a discussão do início dos debates de seu projeto foi aprovada pela Assembleia da OUA pela resolução AHG/Dec. 115 (XVI), de julho de 1979.

8 A XVIII Conferência de Chefes de Estado e Governo da antiga OUA foi realizada em Nairóbi, no Quênia, entre os dias 17 e 26 de junho de 1981.

9 Observar os dizeres do *Preâmbulo* da Carta Africana que ressaltam: “... *the virtues of their historical tradition and the values of African civilization which should inspire and characterize their reflection on the concept of human and peoples’ rights*”.

10 Neste sentido, ver os artigos 27, 28 e 29 da Carta Africana que citam, entre outros, o dever que todo africano possui de respeitar seus pais em toda e qualquer situação.

11 Neste sentido, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. III, p. 199-205; GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Coleção Para Entender: Para Entender a Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

12 Tal inovação jurídica pode ser percebida da leitura dos artigos 1^a a 26 da Carta Africana e, igualmente, da análise de seu Preâmbulo.

13 Ver os artigos 2 a 26 da Carta Africana.

14 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., p. 199.

15 Artigo 30 da Carta Africana: “*é criada junto da Organização da Unidade Africana uma Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, doravante denominada “a Comissão”, encarregada de promover os direitos do homem e dos povos e de assegurar sua respectiva proteção na África*”.

16 As decisões da Comissão Africana possuem natureza estritamente recomendatória e são intituladas *recomendações*. Todos os casos de violações aos direitos humanos a ela submetidos, após a devida análise e elaboração de um relatório, devem, obrigatoriamente, ser levados à discussão no seio da Conferência dos Chefes de Estado e Governo da UA. A estes cabe a decisão final sobre a resolução do caso, inclusive no que tange à publicidade dos mesmos, mediante sua publicação ou não.

17 Em consonância com os ditames dos artigos 30 a 35 da Carta Africana, os membros da Comissão Africana devem ser necessariamente pessoas de reputação ilibada, íntegras, detentoras de alta qualificação moral e de conhecimento jurídico profundo na área dos direitos humanos. Devem servir à Comissão Africana através de suas competências individuais e não na figura de representante de seus respectivos Estados, sendo, vedada a participação simultânea na Comissão Africana por dois cidadãos de um mesmo país. Cada Estado Parte da Carta Africana pode indicar até dois nomes para a eleição. Contudo, a escolha dos onze membros é realizada não só por aqueles Estados signatários da Carta Africana; ao contrário, todos os membros da UA podem votar. Tal fato demonstra a estreita ligação da Comissão Africana com a Assembleia da UA, fato que torna compreensível ser da competência do Secretário-Geral da UA a indicação do Secretário administrativo da Comissão Africana.

18 Para maiores detalhes a respeito do funcionamento interno da Comissão Africana, adoção de sua agenda e ocorrência de suas sessões, válida a consulta ao texto de suas *Regras de Procedimento*, adotado pela Comissão Africana em 6 de outubro de 1995, de acordo com o disposto no artigo 42, II, da Carta Africana. Disponível em: <http://www.achpr.org>. Acesso em: 26 maio 2007.

19 Regra de Procedimento n. 3, que versa sobre a possibilidade de ocorrência de sessões extraordinárias no seio da Comissão Africana.

20 Por exemplo, a 41^a Sessão da Comissão Africana que ocorrerá entre os dias 16 e 30 de maio de 2007, em Accra, Gana.

21 Artigo 45 da Carta Africana.

[22](#) *Civil Liberties Organization versus Nigeria*, 1995/1996; *K. Achuthan versus Malawi*, 1995; *Amnesty International versus Malawi*, 1995; *Comissão Nacional dos Direitos e das Liberdades versus Chade* (n. 74/92); *Alhassan Abubakar versus Gana*, 1996.

[23](#) Segundo o artigo 62 da Carta, os relatórios periódicos dos Estados devem ser apresentados de dois em dois anos ao Secretariado da UA, que os encaminha à Comissão Africana. Estes se configuram como um balanço do trabalho interno desenvolvido por cada Estado na luta pela promoção, proteção e efetivação dos direitos humanos.

[24](#) Nesse sentido, observar as seguintes disposições normativas: artigo 36, III, do Estatuto da CIJ, anexo à Carta da ONU de 1945; artigo 64, I e II, da Convenção Americana de Direitos Humanos — conhecida também por Pacto de San José da Costa Rica —, que estabelece a competência interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, o artigo 32 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que estabelece as competências da Corte Europeia de Direitos Humanos. Ainda, ver notas 2 e 3.

[25](#) Artigo 34, III, do Protocolo Adicional à Carta Africana.

[26](#) Em julho de 2008 foram escolhidos os 11 juízes da Corte durante a XIII Sessão Ordinária do Comitê Executivo da União Africana. Estes são cidadãos dos seguintes países: Ruanda, África do Sul, Gana, Uganda, Quênia, Burundi, Mali, Líbia, Senegal, Lesoto e Argélia. Para maiores detalhes <http://www.au.int>.

[27](#) Para detalhes acerca da composição e eleição dos juízes da Corte Africana ver artigos 11 a 21 do Protocolo Adicional.

[28](#) A listagem deverá ser entregue ao Secretário-Geral da UA, de acordo com o artigo 13, 90 (noventa) dias após a entrada em vigor do Protocolo Adicional.

[29](#) De acordo com o artigo 12 do Protocolo Adicional, pelo menos dois dos três nomes indicados devem necessariamente ser de nacionais do país que efetua a indicação.

[30](#) Artigo 14, I, do Protocolo Adicional.

[31](#) Artigo 21, I, do Protocolo Adicional. Ainda, de acordo com o inciso II, será imperativo ao Presidente em exercício que ele resida na cidade que dará sede à Corte Africana.

[32](#) Artigos 21, III, e 33 do Protocolo Adicional.

[33](#) Artigo 16 do Protocolo Adicional.

[34](#) Artigo 17, III, do Protocolo Adicional. Ver também os textos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, e da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 24 de abril de 1963.

[35](#) Artigo 32 da CEDH. Ver nota 3.

[36](#) Artigo 2º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

[37](#) Artigo 5º do Protocolo Adicional.

[38](#) Artigo 5º, II, do Protocolo Adicional.

[39](#) Artigo 5º, III, do Protocolo Adicional.

[40](#) Artigo 34 da CEDH, emendado pelo Protocolo 11 e com as devidas modificações realizadas pelos Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 e 13. No tocante ao sistema regional interamericano, destaca-se que demandas individuais apenas podem ser propostas perante

a Comissão Interamericana. Na Corte Interamericana, ao contrário, os indivíduos possuem apenas o direito ao chamado *locus standi in judicio*.

[41](#) Para estudo aprofundado, ver BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional*. Belo Horizonte: O Lutador, 2005. p. 179-188.

[42](#) Artigo 45, III, da Carta Africana.

[43](#) Para tanto, seguiu o disposto no artigo 60 do Protocolo Adicional de 2003 que expressamente dispõe que este somente entraria em vigor 30 (trinta) dias após o depósito do instrumento de ratificação por, pelo menos, 15 Estados-membros da UA.

[44](#) As competências da Corte de Justiça estão descritas no artigo 19 do Protocolo Adicional de 2003, qual seja, “*Competence and Jurisdiction*”.

[45](#) Artigo 47 da Carta Africana.

[46](#) Artigo 48 da Carta Africana.

[47](#) Artigo 49 da Carta Africana.

[48](#) Artigo 50 da Carta Africana.

[49](#) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit.

[50](#) Artigo 52 da Carta Africana.

[51](#) Murray, Rachel. Decisions by the African Commission on Individual Communications under the African Charter on Human and Peoples’ Rights. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 46, n. 2 (Apr., 1997), p. 413.

[52](#) Reformado em 2000, durante a 56ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, ocorrida entre os dias 20 e 28 de abril.

[53](#) Artigo 55, 1, da Carta Africana.

[54](#) Artigo 55, 2, da Carta Africana.

[55](#) Artigo 56 da Carta Africana.

[56](#) Artigo 56, 7, da Carta Africana.

[57](#) Artigo 57 da Carta Africana.

[58](#) Artigo 58, 2, da Carta Africana.

[59](#) Artigo 58, 3, da Carta Africana.

[60](#) Artigo 59 da Carta Africana.

[61](#) Artigo 82 do Regulamento da Comissão Africana.

[62](#) Artigo 83 do Regulamento da Comissão Africana.

[63](#) Artigo 85, 2, do Regulamento da Comissão Africana.

[64](#) Artigo 85, 3, do Regulamento da Comissão Africana.

[65](#) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., p. 212.

[66](#) Artigo 111 do Regulamento da Comissão Africana e 27 do Protocolo Adicional.

[67](#) Assembleia/UA/Dec.83 (V).

[68](#) Artigo 2, *Establishment of a Single Court*, do *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*.

[69](#) *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*.

[70](#) Artigo 9, 1, do *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*.

[71](#) Até o dia 2 de março de 2010 apenas 2 Estados entre os 53 que compõem a União Africana haviam ratificado e depositado seu aceite à *Corte Africana de Justiça e Direitos Humanos*, a saber Líbia e Mali, enquanto apenas 21 haviam assinado o Protocolo de sua criação, datado de 1^o de julho de 2008. Ver: http://www.au.int/en/sites/default/files/PROTOCOL_ON_THE_STATUTE_OF_THE_AFRICAN_COURT_OF_JUSTICE_AND_HUMAN_RIGHTS.pdf. Acesso em: 13 fev. 2011.

[72](#) Artigo 30, *f*, do *Statute of the African Court of Justice and Human Rights* e artigo 8, 3, do *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights*.

O CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS: NOVAS PERSPECTIVAS DIANTE DE UMA INTOLERÂNCIA UNIVERSAL CONSOLIDADA¹

EDUARDO RISPOLI²

MARIANA LAEGER³

Como alerta Hannah Arendt (1979), os direitos humanos, em face da sua historicidade, estão em um constante processo de construção e desconstrução, e sua definição aponta para uma pluralidade de significados, dentro dos quais é preciso construir o que ela chama de “concepção contemporânea dos valores”⁴. Essa concepção é fruto de um movimento extremamente recente (a partir do pós-Guerra Fria) de internacionalização desses direitos como um paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

Da mesma forma, ao longo dos últimos 50 anos de história do Direito Internacional dos Direitos Humanos, observou-se a formação de um sistema de proteção dos direitos humanos, produto da Carta das Nações Unidas⁵, dos tribunais militares *ad hoc* de Nuremberg e Tóquio e da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁶. Esse sistema, promovido pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, desenvolveu normas e institutos para gerenciar os vários assuntos relacionados aos direitos humanos, tais

como: os direitos do trabalho, as questões vinculadas à discriminação racial, os direitos das crianças, das mulheres e dos grupos indígenas etc.

Embora vários críticos argumentem que a arena de negociação horizontal — de Estado para Estado — disponibilizada por esse sistema resulte na produção de regras, em sua maioria, apenas de caráter declaratório, ou de tratados carentes de mecanismos de vinculação mais eficientes, frustrando assim os melhores esforços, argumenta-se aqui que alguns importantes avanços foram, de fato, realizados por este sistema ainda frágil em “dentes e garras”⁷.

Mais do que uma visão histórica da Comissão de Direitos Humanos da ONU, portanto, este artigo irá avaliar as contribuições do sistema internacional de proteção aos direitos humanos mantido pela Organização, enfocando na reforma do seu principal órgão. Para tanto, inicialmente serão abordados os processos de formação da Comissão e sua evolução dentro da ONU desde a Conferência de Viena de 1966, a fim de considerar, de forma sucinta, quais os avanços observados na Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, bem como o potencial das estruturas disponibilizadas pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos da Organização. A segunda parte irá examinar os desafios e perspectivas da reforma da Comissão, passando primeiramente pela compreensão de suas funções, seu auxílio na normatização dos direitos humanos, os procedimentos disponíveis para efetivar tais normas e as críticas a ele pertinentes, como exemplo, o problema da politização. Dessa maneira poderemos conceber a reformulação do sistema e da criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Na terceira parte do artigo será analisado objetivamente o que ocasionou de maneira prática as modificações procedimentais implementadas ao Conselho de Direitos Humanos da ONU. Para que, por fim, sejam examinadas tais inovações no sistema internacional de proteção dos direitos humanos pela criação de um novo órgão e seus respectivos impactos.

1. EVOLUÇÃO DA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS PÓS- CONFERÊNCIA DE VIENA DE 1966

Talvez em função da necessidade de encontrar-se uma resposta imediata às aberrações da Segunda Guerra Mundial, as Nações Unidas foram a

primeira organização internacional a outorgar à temática dos direitos humanos um papel basilar entre os pilares de sua fundação. Em 1946, portanto, dotada de um “privilégio de nascença” — pois é o único órgão subsidiário das Nações Unidas que foi diretamente instituído pela Carta das Nações Unidas, em seu artigo 68⁸ —, a Comissão de Direitos Humanos é criada com a função de promover “o progresso dos direitos humanos”⁹ internacionalmente¹⁰.

Embora os entraves políticos do pós-segunda guerra mundial de alguma forma dificultassem a continuidade dos projetos idealizados naquele *momentum* histórico¹¹, coroado pela Declaração de 1948, deve-se lembrar que os progressos realizados em matéria de direitos humanos foram elaborados e adotados entre 1965 e 1989, como exemplo dos pactos internacionais relativos aos Direitos Civis e Políticos¹², e aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³ de 1966, bem como a criação de mecanismos de controle contra violações dos direitos humanos pelos países membros da ONU dentro da própria Comissão.

Em 1989, em resolução apresentada pelo Marrocos (com um grande número de coautores), a Assembleia Geral decidiu pela convocação de uma importante conferência mundial em 1993. O propósito de tal conferência seria avaliar os progressos realizados pela Comissão de Direitos Humanos, os obstáculos para uma melhor efetivação do sistema e, em especial, as perspectivas quanto ao desenvolvimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os civis e políticos¹⁴.

1.1. Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993 e o Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas

Infelizmente, a euforia inicial resultou num efeito contrário, pois a guerra do Golfo de 1991 confirmou a existência de um incômodo desequilíbrio na nova ordem internacional. Preocupações com as violações massivas e flagrantes dos direitos humanos em curso marcaram os debates da Conferência de 1993, realizada em Viena¹⁵, cidade situada a apenas 200 quilômetros da Bósnia, onde acontecia o conflito.

Os resultados dessa conferência, obtidos sob muita pressão, consistem na Declaração de Direitos Humanos de Viena¹⁶ e no seu Programa de Ação¹⁷,

os quais servem, ainda hoje, de referência para os trabalhos das Nações Unidas¹⁸.

Nessa Conferência adotou-se ainda a proposta de criação de um Alto Comissariado de Direitos Humanos, destinado, conforme enfatiza Decaux, *“a ser um generalista, competente por todas as patologias de um caso de fim imprevisível”*¹⁹.

Diante das mudanças no cenário internacional da época, a tarefa primeira do Alto Comissariado seria compreender o novo contexto geopolítico vigente para, então, conseguir promover políticas eficientes na proteção dos direitos humanos²⁰.

Caberia ao Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, portanto, as seguintes missões: promover o direito ao desenvolvimento e, para isso, requerer a cooperação de todas as agências competentes na matéria; fornecer assistência técnica a todo Estado que a requeira; garantir a coordenação das atividades dos departamentos do sistema das Nações Unidas em matéria de educação e informação relativas aos direitos humanos e, de modo mais amplo, assegurar a coordenação das atividades de promoção e proteção dos direitos humanos; estabelecer uma política ativa, a fim de garantir todos os direitos e prevenir suas respectivas violações pelo mundo²¹. Em síntese, por ser parte do Secretariado da ONU, o Alto Comissariado deveria implementar as decisões relacionadas ao regime de direitos humanos, tomadas pelos órgãos políticos da Organização. Para tanto, o escritório possuiria significativa flexibilidade na condução do seu mandato, que vai desde a disponibilização de material operacional para missões de investigação até a mobilização da opinião da comunidade internacional sobre um determinado problema²². Tais condições de trabalho evidenciam o enorme potencial da estrutura para movimentar o sistema de proteção dos direitos humanos idealizado.

2. OS DESAFIOS E PERSPECTIVAS DE UMA REFORMA NA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Observou-se, na exposição anterior, a crescente consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos como referencial ético conformador e inspirador da ordem internacional nas últimas décadas. No entanto, era preciso que tais princípios fossem igualmente observados no âmbito

doméstico dos Estados. Motivo pelo qual, paralelamente aos avanços recém-analisados, ocorreram também esforços para garantir maior acesso ao principal órgão do sistema de proteção dos direitos humanos da ONU, bem como maior efetivação dos mecanismos nele disponíveis.

2.1. As atividades da Comissão na direção do sistema de proteção dos direitos humanos da ONU

Caracterizada como uma instituição não convencional, uma vez que foi criada no interior do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), a Comissão de Direitos Humanos da ONU era o principal órgão da ONU com objetivos específicos de proteção dos direitos e liberdades humanas. Composta de 53 Estados-membros²³, eleitos por um mandato de três anos, passíveis de ser renováveis todos os anos em função da repartição geográfica²⁴, a Comissão reunia-se anualmente em Genebra, na Suíça, por um período contínuo de seis semanas, com os objetivos de: elaborar e dirigir ao ECOSOC proposições, recomendações e relatórios acerca da proteção dos direitos do homem²⁵; prestar assistência ao ECOSOC na coordenação das atividades de proteção desses direitos, dentro do Sistema das Nações Unidas²⁶; exercer diretamente a proteção dos direitos do homem mediante o recebimento de testemunho das vítimas ou de seus familiares²⁷ e ²⁸. Para exercer o seu mandato, a Comissão realiza diversos trabalhos, tais como: atividades promocionais gerais, ciclos de estudo, promoção de cooperação técnica e de serviços de consulta a especialistas, análise de reclamações individuais e, em especial, visitas a Estados com natureza investigativa²⁹.

Em março de 2006, no entanto, a Comissão foi substituída pelo Conselho de Direitos Humanos, criado pela Resolução 60/251 da Assembleia Geral³⁰, a qual dispõe ainda que todos os mandatos e responsabilidades assumidas pela Comissão sejam transferidos para o novo órgão³¹, de forma a assegurar que não haja lacunas na transição. Uma revisão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos utilizados pela Comissão deveria ser completada um ano após o início dos trabalhos pelo Conselho³², de forma que ainda não se sabe com certeza qual a direção que será dada ao órgão e sistema de proteção dos direitos humanos da ONU, nem quais os benefícios que advirão da reforma.

A Comissão foi alvo de duras críticas nos últimos anos de seu funcionamento, relacionadas à excessiva politização e à alta seletividade dos casos por ela tratados. Cabe, no entanto, ressaltar seu significativo impacto na normatização dos variados instrumentos que deram vida à Carta Internacional dos Direitos Humanos³³, e os diversos esforços por ela empreendidos para adequar os mecanismos de proteção disponíveis à eficácia desejada.

2.1.1. O papel normativo da Comissão

Para atingir os objetivos previstos no artigo 1 (3) da Carta da ONU e promover e proteger o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, diferentes estratégias são implementadas pelos diversos órgãos da Organização. Um primeiro passo nesse caminho, entretanto, é necessário para sustentar todas as políticas elaboradas: a definição de conceitos internacionais para uma interpretação padronizada do que são os “direitos humanos” e qual é a visão comum para o seu desenvolvimento. Sem uma concepção uniforme dos direitos humanos, as Nações Unidas seriam criticadas por agir inconsistentemente ao aplicar diferentes critérios valorativos³⁴.

Coube à Comissão de Direitos Humanos, portanto, a importante tarefa de invocar o consenso internacional acerca dos conceitos e práticas centrais dos direitos humanos³⁵. Tais atividades de “promoção” dos direitos humanos sustentam-se em estudos elaborados por subgrupos de trabalho da Comissão³⁶, na divulgação das conclusões observadas na Assembleia e nas frequentes discussões por ele organizadas para avaliação da possibilidade de reconhecer, dentre várias importantes questões, quais direitos deveriam ser universalmente garantidos.

Para avaliar o sucesso do sistema dirigido pela Comissão, portanto, deve-se observar o alto nível de adesão dos Estados a importantes tratados e declarações internacionais: até junho de 2000, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 142 Estados-partes, a Convenção contra a Tortura contava com 119 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 155 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher

contava com 165 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes³⁷.

2.1.2. As Resoluções 1.235 (XLII) e 1.503 (XLVIII): uma progressão à promoção e proteção dos direitos humanos

Segundo René Cassin, a principal competência da Comissão consiste na sua função normativa, embora a sua atribuição lhe permita expressamente trabalhar com “*toda e qualquer questão relativa aos direitos humanos*”³⁸. Um passo mais decisivo na promoção dos direitos humanos, portanto, seria o monitoramento do comportamento dos Estados em relação às obrigações assumidas e, particularmente, a investigação de casos específicos de violação dos direitos humanos nesses Estados.

A tarefa de identificar fraquezas na conduta de um dado Estado é, entretanto, potencialmente mais controversa que atividades que visam à verificação do respeito a regras gerais, já que nenhum governo gosta de ser investigado e exposto a críticas.

Por tais motivos, inicialmente, adotou-se uma interpretação muito restritiva das competências da Comissão. Ela própria começou suas tarefas se autointitulando incompetente para agir concretamente diante das comunicações de violações que alcançavam seu conhecimento³⁹. Tal concepção foi progressivamente abandonada⁴⁰ através das Resoluções 1.235 (XLII), de 6 de junho de 1967, e a 1.503 (XLVIII), de 27 de maio de 1970, adotadas pelo ECOSOC, que instituem, respectivamente: *o procedimento público*, que lida com questões gerais vinculadas aos princípios de direitos humanos (o que permite à Comissão lidar diretamente com as informações recebidas sem precisar passar por uma série de procedimentos preliminares); e *o procedimento especial*. Por *procedimentos especiais* compreendem-se os mecanismos elaborados para investigar denúncias de violações dos direitos humanos ocorridas em Estados determinados (*mecanismos geográficos*⁴¹) ou questões temáticas de violação dos direitos humanos ocorridas em qualquer parte do mundo (*mecanismos temáticos*⁴²)⁴³.

Para a coordenação dessas atividades, o Secretário-Geral indicava mandatários individuais que podiam assumir diversas designações (“relatores especiais”, “representantes da Comissão”, “representantes do

Secretário-Geral”, “enviados especiais”), ou eram formados grupos de trabalhos, normalmente compostos de cinco membros. Esses mandatários teriam competência para examinar e monitorar o comportamento de países ou a situação de temáticas universais específicas, bem como elaborar relatórios com suas conclusões e recomendações. A natureza dessas atividades e o alcance material dos mandatos de investigação eram estabelecidos em resoluções da Comissão específicas para a questão analisada.

Um destaque deve ser dado às missões de natureza investigativa, *ou fact-finding missions*. As visitas aos países acontecem a convite do Estado envolvido ou a requerimento do responsável pelo procedimento especial, mas sempre com a autorização desse Estado. Os mandatários analisam aspectos institucionais, legais, judiciais, administrativos e práticos necessários à proteção dos direitos humanos, conforme orientações de seus mandatos. As informações são obtidas com o auxílio de autoridades nacionais e locais, organizações da sociedade civil e com as próprias vítimas de violações de direitos humanos. A garantia da independência, da liberdade e da segurança desses agentes é ainda fundamental para que eles executem suas atividades com a imparcialidade, o profissionalismo e a eficácia necessários⁴⁴.

2.1.2.1. As reclamações individuais em procedimentos especiais

Durante as missões de investigação promovidas por procedimentos especiais, os agentes das Nações Unidas usualmente recebem diversas queixas de violações dos direitos humanos. Mas a decisão de intervir ou não é discricionariamente tomada pelo mandatário, que analisa principalmente o alcance material do seu mandato. Caso decida intervir, o agente poderá requerer informações ao Estado denunciado e ainda sugerir que medidas mais específicas sejam implementadas⁴⁵.

2.1.2.2. O procedimento 1.503

De maneira positiva, as mudanças na posição da Comissão em assumir ações mais concretas contra violações aos direitos humanos evoluíram, ainda que de forma gradativa. Inicialmente, a Resolução 75 (V) de 1947, do ECOSOC, confirmava que a Comissão não tinha poder para tomar *nenhuma* ação em relação a reclamações sobre violações a direitos humanos

recebidas por ela. Em 1959, entretanto, o ECOSOC adotou nova orientação (Resolução 728F (XXVIII)), dando uma destinação às tais comunicações: duas listas seriam elaboradas: uma pública, que lidava com questões gerais vinculadas aos princípios de direitos humanos, e uma confidencial, que continha denúncias de violações específicas. A segunda era transmitida para todos os membros da Comissão numa sessão privada, bem como era levada até o conhecimento do Estado onde ocorreram os fatos, que poderia responder ou não a reclamação do interessado. O procedimento, entretanto, acabava aí; os autores das comunicações enviadas à Comissão precisavam satisfazer-se com a simples confirmação do registro da denúncia pelas Nações Unidas.

Somente com a Resolução 1.503 (XLVIII), adotada pelo ECOSOC em 1970, a Comissão adquiriu poderes para agir em favor daquelas comunicações destinadas à lista confidencial. O procedimento 1.503⁴⁶ consiste num mecanismo especial de exame de comunicações ou demandas individuais de violações de direitos humanos quando estas revelem a existência de um *quadro flagrante e sistemático* de violações em um determinado país.

Demandas encaminhadas por indivíduos e organizações não governamentais⁴⁷ à Comissão seriam agora examinadas pela Subcomissão para Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias a fim de descobrir se havia nelas indícios que revelassem um padrão consistente de violações graves e sistemáticas dos direitos do homem e das liberdades fundamentais⁴⁸. Caso tais evidências existissem, a Subcomissão levaria as comunicações até a Comissão, a qual, por sua vez, iria conduzir um estudo minucioso com o auxílio do seu Grupo de Trabalho das Comunicações. Esse Grupo poderia estabelecer um comitê *ad hoc* para que fossem realizadas investigações mais profundas, e as conclusões alcançadas seriam sintetizadas num relatório, com possíveis recomendações, para ser discutido na Comissão. Por fim, tais comunicações poderiam ser levadas ao ECOSOC, e somente nesse momento elas se tornariam públicas⁴⁹.

Desde 1978, entretanto, diante da inércia dos Estados acusados, algumas comunicações passaram a ser levadas diretamente ao ECOSOC, na tentativa de alertar a comunidade internacional e conseguir provocar pressão política favorável. Em 2001, esse procedimento tornou-se um pouco mais público; o

Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos passou a publicar, na internet, a listagem dos Estados sob investigação⁵⁰.

Desde os anos 1980, entretanto, em situações que demandem respostas mais céleres, a Comissão tem dado preferência à utilização de outro procedimento, previsto na Resolução 1.235 (XLII)⁵¹, de 1967, em detrimento do procedimento 1.503. O procedimento 1.235 foca igualmente *graves e sistemáticas* violações de direitos humanos; a diferença é que ele permite à Comissão lidar diretamente com as informações recebidas, sem precisar passar por uma série de procedimentos preliminares, tais como a existência de um número específico de comunicações, para começar a agir⁵², flexibilizando o processo.

O mérito desses procedimentos (denominados públicos) está no fato de que alguma ação é tomada para averiguar as denúncias, já que as resoluções que poderão ser elaboradas subsequentemente pelo ECOSOC ou pela Assembleia Geral, mesmo que sem possuírem natureza obrigatória ou condenatória, implicam, necessariamente, o reconhecimento dos acontecimentos denunciados.

2.1.3. A eficácia do sistema de proteção dos Direitos Humanos da ONU

Conforme foi ressaltado, o principal sucesso da Comissão consiste na adesão da comunidade internacional a inúmeros tratados de proteção dos direitos humanos, os quais envolvem quatro dimensões, como expõe Piovesan⁵³:

o consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos para se garantir a dignidade humana; [a imposição] de deveres jurídicos aos Estados (prestações positivas e/ou negativas); [a criação] de órgãos de proteção, competentes para monitorar os direitos que o tratado enuncia; e [a criação] de mecanismos de monitoramento voltados para a implementação dos direitos internacionalmente assegurados (ex: relatórios, as comunicações interestatais e as petições individuais).

Dessa forma, percebe-se que as atividades da Comissão colocaram em movimento alguns processos decisivos para a eficácia do sistema de

proteção aos direitos humanos⁵⁴.

Destaca-se, como o primeiro deles, a ampliação da agenda internacional de direitos humanos⁵⁵. Somando-se ao processo de expansão dos direitos humanos, vislumbra-se o processo de identificação de novos sujeitos de direito, bem como a criação de tutela específica para tais entes⁵⁶ no plano internacional. Diante de tais preocupações, observou-se a formação de sistemas especiais complementares ao sistema geral de proteção; enquanto este último era endereçado a toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade, nos primeiros, o sujeito de direito passa a ser visto em sua especificidade, dando lugar, ao lado do direito à igualdade, ao direito à diferença⁵⁷.

Outro processo paralelo importante refere-se ao reconhecimento de novos atores na ordem internacional, com a conseqüente democratização dos instrumentos internacionais de acesso ao sistema de defesa aos direitos humanos⁵⁸. Embora os Estados ainda sejam os protagonistas centrais, observa-se atualmente a influência que a sociedade civil internacional, em especial as organizações não governamentais internacionais⁵⁹, possui dentro do sistema de proteção aos direitos humanos da ONU⁶⁰.

Ao longo dos anos, a Comissão passou a contar com os relatórios das ONGs para monitorar o comportamento dos governos, uma vez que somente por intermédio delas se conseguiam as informações necessárias para agir em casos específicos. São elas também que levantam novas preocupações e propõem questões para debate, as quais muitas vezes envolvem comunidades marginalizadas que não têm outra representação senão os organismos articulados da sociedade civil internacional⁶¹. Cabe a elas, ainda, importante papel na pressão feita aos Estados, por meio de *lobbies* no âmbito interno e no cenário internacional, para que as recomendações da Assembleia Geral sejam adotadas nacionalmente na forma de leis⁶². As ONGs funcionam, portanto, como um braço da Organização e de vários tratados firmados no cenário internacional; sua participação é, “*em síntese, o motor que movimenta os mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas*”⁶³, o que justifica a democratização do sistema.

É fundamental ressaltar como ponto-chave para a eficácia do sistema, as atividades de monitoramento desenvolvidas pela Comissão e os

procedimentos para investigações *in loco*. Estudos⁶⁴ demonstram que o risco do constrangimento político e moral do Estado violador (*the power of embarrassment*) no fórum da opinião pública internacional adiciona custos à manutenção do comportamento ilícito dos Estados. Ao enfrentar a publicidade e a pressão da comunidade internacional, os Estados veem-se compelidos a, no mínimo, apresentar justificativas a respeito de sua prática. A ação internacional pode assim contribuir para transformar uma prática governamental específica, referente aos direitos humanos, conferindo até mesmo estímulo e legitimidade política para reformas na regulamentação interna desses Estados⁶⁵.

2.2. Críticas e reformas no sistema de proteção dos Direitos Humanos da ONU

Há uma sensação generalizada entre as ONGs de que a Comissão não foi capaz de acompanhar as rápidas mudanças do mundo contemporâneo⁶⁶. De fato, a Comissão — criada para monitorar e prevenir as violações de direitos humanos — falhou em condenar ou mesmo criticar graves violações estatais contra direitos humanos já formalmente assegurados em tratados internacionais⁶⁷.

Entre as críticas comumente endereçadas à Comissão estão: a sua baixa eficiência, o não comprometimento dos seus Estados-membros com o fortalecimento dos padrões de direitos humanos, e a incapacidade de igualar, em termos de importância, as questões de direitos humanos, segurança e desenvolvimento — como proposto pela Carta da ONU⁶⁸.

Segundo Callejon⁶⁹, apesar de a Comissão ter aliado a função de proteção à de promoção dos direitos humanos, a sua politização apresenta-se como um dos principais problemas da Comissão, desacelerando a sua efetividade⁷⁰. Seus membros⁷¹, apropriando-se do espaço disponível, começaram a agir em favor dos seus interesses nacionais, em detrimento de uma desejável independência lógica do órgão. De tempos em tempos, as considerações políticas assumiam o controle dos mecanismos disponíveis, dando espaço para manipulações, seletividade no tratamento de situações, alianças regionais que bloqueavam a votação de avanços, o uso de procedimentos para prevenir o debate e as ações contra Estados violadores; todas elas, situações que impediam o órgão de cumprir eficazmente o seu

mandato⁷². A conferência anual em Genebra, nos últimos anos, estava sendo desvirtuada, perdendo as características de um espaço de qualidade, para tornar-se um ambiente competitivo, visto como uma oportunidade, pelos Estados, para defender suas baixas avaliações⁷³.

Sabe-se, no entanto, que tal politização não se limita apenas à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, visto que a vida internacional é, por natureza, política. Embora não se possa negar que órgãos políticos têm grande dificuldade em satisfazer os requisitos para agir de forma objetiva e justa, sobretudo quando são chamados para avaliar a situação em um determinado país⁷⁴, dever-se-ia considerar também que suas declarações, no cenário internacional, tendem a possuir maior peso do que aquelas emitidas por órgãos técnicos (formados por especialistas e não por políticos). Dessa forma, ressalta-se que diante das características da arena internacional anárquica é necessário que órgãos políticos estejam envolvidos com tarefas no sistema de proteção dos direitos humanos; é inegável que esse sistema seria deficitário de poder se fosse composto apenas de organismos técnicos.

Uma tarefa delicada, portanto, é o equilíbrio entre o apoio político e os requisitos de imparcialidade e objetividade que dão credibilidade às atividades internacionais da proteção dos direitos humanos. Este, de certa forma, foi o principal desafio na reforma do sistema da ONU, cuja solução foi vislumbrada, em 2005, por seu então Secretário-Geral, Kofi Annan, na criação de um novo órgão: o Conselho de Direitos Humanos da ONU.

2.2.1. O novo Conselho de Direitos Humanos da ONU

Coube ao novo Conselho a tarefa de revitalizar o atual sistema de direitos humanos da ONU. Para alcançar esse objetivo, foram propostas mudanças na estrutura e nos procedimentos do sistema, as quais resultaram em cinco principais diferenças entre a Comissão e o novo órgão⁷⁵, formalmente criado em março de 2006.

Primeiramente, com a reforma, o Conselho passou a estar diretamente vinculado à Assembleia Geral, saindo da supervisão do ECOSOC e se promovendo dentro da estrutura hierárquica da ONU, o que resultou na ampliação de sua autoridade política. Há ainda a previsão de que ele possa adquirir *status* de órgão principal⁷⁶, ganhando significativa autonomia dentro da Organização.

Um segundo aspecto consiste na sua composição. Após intenso debate sobre quantos membros deveriam compor o Conselho e quais os critérios de sua seleção⁷⁷, decidiu-se que ele seria integrado por 47 Estados⁷⁸ — isto é, 7 membros a menos que a antiga Comissão — e os candidatos deverão declarar formalmente assumir iniciativas em prol dos direitos humanos, se eleitos; há possibilidade de suspender os membros do Conselho por violações aos direitos humanos; impõe-se sobre os membros a obrigação de se submeterem ao sistema de *Peer Review* para avaliação periódica de seu comportamento⁷⁹.

Um terceiro ponto refere-se ao fato de que, ao contrário da Comissão, que só se reunia uma vez ao ano, o Conselho seria formado como um órgão permanente, localizado em Genebra, cujas reuniões deverão totalizar um mínimo de dez semanas por ano, podendo ser realizadas sempre que surgir uma situação que exija exame imediato⁸⁰.

Um quarto e importante ponto está no periódico sistema de Universal *Peer Review* (UPR) implementado. Por meio desse novo procedimento, ainda não muito bem definido, os membros do Conselho teriam, durante seus mandatos, seus históricos de respeito aos direitos humanos periodicamente avaliados com base em critérios objetivos.

Por fim, a quinta alteração no sistema se deve ao fato de que, agora, o Conselho poderá fazer recomendações à Assembleia Geral, o que lhe confere maior capacidade para implementar suas decisões, punir os Estados que violem os direitos humanos e promover uma benéfica relação entre os órgãos da ONU⁸¹.

A eleição dos novos membros, realizada em maio de 2006, foi o primeiro grande desafio do Conselho⁸². Novos critérios foram adotados a fim de evitar dificuldades anteriores; além da distribuição geográfica equitativa dos acentos, os relatórios de avaliação dos direitos humanos de cada candidato também foram considerados⁸³. No entanto, o novo conselho ainda precisará encarar os eternos embates fundados na obrigatoriedade, executoriedade, universalismo⁸⁴ e relativismo dos direitos humanos, através de valores comuns fundados pela técnica contemporânea do direito⁸⁵.

2.2.2. Agenda, forma de trabalho e regras do procedimento

A agenda do Conselho consiste no compromisso com a antiga agenda da Comissão de Direitos Humanos e a transição para a nova agenda, a qual prevê maior flexibilidade ao Conselho.

O procedimento dentro do novo Conselho não diverge muito da antiga Comissão. O Conselho organiza informes dentro de resoluções prospectivas, decisões e relatórios institucionais destinados aos seguimentos superiores, senão aos demais seguimentos do departamento. O Conselho também provém de algumas inovações, como novas formas de trabalho, *panels*, seminários, mesas redondas, e outras maneiras distintas de resoluções e decisões. Ou seja, os métodos de trabalho concentram-se nas modalidades de trabalho que permitam a ele realizar sessões especiais.

Em relação às regras de procedimento, uma questão controversa foi a proposta chinesa de que uma resolução de um país específico poderia ser arquivada com o suporte de um terço dos membros do Conselho, e adotada por dois terços da maioria dos membros, o que restringiu enormemente a adoção de resoluções.

2.2.3. Processo de trabalho substantivo do Conselho

Ao lado do longo processo de construção do novo Conselho, em 2007, podemos visualizar concretamente o seu processo de trabalho. O Conselho colocou as situações dos países na base de seus procedimentos especiais e dentro das sessões especiais e respectivas continuações.

Como usualmente, o Conselho considerou relatórios apresentados sob vários mandatos de país específico⁸⁶. Depois de uma prática estabelecida na segunda sessão, as ONGs participaram também no diálogo de maneira interativa, fornecendo assim seus comentários nos relatórios. Durante o diálogo, alguns Estados, inclusive os interessados, criticaram a legitimidade dos mandatos e/ou o trabalho dos especialistas. Os relatórios concernentes aos mandatos mais controversos, como, por exemplo, a situação dos direitos humanos em Cuba e *Belarus*, foram considerados na quinta sessão. Os países interessados e seus aliados fizeram, tipicamente, duras críticas não somente aos relatórios mas também aos mandatos (procedimentos especiais em questão). Ambos terminaram em resultado da construção do novo Conselho. Por outro lado, deve-se ressaltar que os governos do Burundi e do Haiti

expressaram apoio aos mandatos realizados em seus países e serão foco de reformulações durante a sexta sessão do Conselho.

O Conselho instituiu uma nova prática, o *related debate*, proporcionando diálogos interativos nos procedimentos especiais, o que leva também à interação de todas as situações relacionadas a todos os mandatos, incluindo os temáticos. Por exemplo, na quarta sessão do Conselho, durante os debates sobre o desaparecimento forçado que aconteceu após o relatório de um grupo de especialistas, Estados e ONGs mencionaram países onde tal evento está ocorrendo. O debate geral de item por item da agenda não mais acontece desde a sexta sessão, parecendo uma extensão da ideia do *related debate*. Tal prática resultou em maior flexibilidade e deu mais oportunidades para a discussão de pontos relevantes, outros assuntos e novas situações encaminhadas ao Conselho.

Na sexta sessão do Conselho⁸⁷, foi seguida a nova agenda pela primeira vez. Enquanto Darfur era o assunto mais discutido, outras situações foram também mencionadas. Foram estas: *Belarus*, Burundi, China, Colômbia, Cuba, Estados Unidos, Filipinas, Gabão, Haiti, Iran, Iraque, *Jammu e Kashmit*, Burma, territórios ocupados da Palestina, Paquistão, Federação Russa, Saara Oriental, Sri Lanka, Sudão, Uzbequistão e Zimbábue. No entanto, a flexibilidade empregada à nova agenda não se resume a situações de países. A Anistia Internacional, por exemplo, apontou a “erosão” dos direitos humanos e a não apreensão dos direitos humanitários e humanos em razão da chamada “luta contra o terror”⁸⁸.

Em 2007, o Conselho organizou também a quinta sessão especial dando continuidade ao debate sobre a situação dos direitos humanos no Oriente Médio e em Darfur. A apresentação do relatório da missão especial à Darfur na quarta sessão apresentou-se certamente como ponto alto no Conselho no último ano. A reação do Conselho era esperada, visto que um grande número de Estados opôs-se ao relatório devido ao fato de a missão ter efetuado visita *in situ*⁸⁹. Em sua declaração conclusiva em relação à missão, Jody Williams constatou que ela cumpriu seus objetivos e que, se o Conselho ignorasse o relatório e não o discutisse substancialmente, a credibilidade do novo Conselho estaria em jogo. Não obstante, a Resolução adotada incluiu um compromisso de instruir um grupo para monitorar a situação dos direitos humanos em campo⁹⁰. O novo grupo de especialistas apresentou três

relatórios⁹¹ de acordo com os seus objetivos e respectivas recomendações. E, finalmente, o governo sudanês foi chamado a cooperar totalmente com o trabalho dos especialistas e a implementar de maneira global suas recomendações⁹².

A quinta sessão especial em relação à Burma (*Myanmar*) ocorreu em 2 de outubro de 2007, em reação à violenta repressão dos militares perante as demonstrações de paz do grupo adversário. Como resultado da Resolução do Conselho, o especialista no caso dos direitos humanos em Myanmar foi finalmente convidado a visitar o país pela primeira vez desde 2003. Paulo Pinheiro apresentou seu relatório ao Conselho em dezembro de 2007, no qual constatou o uso excessivo de força contra movimentos pacifistas e pediu ao governo burmês que o informasse sobre pessoas detidas e desaparecidas⁹³. Foi solicitado posteriormente pelo Conselho, *inter alia*, que o especialista desse prosseguimento à visita ao país⁹⁴.

Quanto aos mandatos temáticos do Conselho, em sua maioria são submetidos aos procedimentos especiais em consonância aos seus respectivos mandatos (objetivos). Dois terços dos relatórios dos procedimentos especiais foram abordados na quarta sessão, outros relatórios foram abordados na sexta sessão do Conselho. Os “diálogos relacionados” e debates foram requisitados para os mandatos geográficos. À parte dos procedimentos especiais, os mandatos temáticos foram considerados o cerne das atividades padrões. Um novo tópico, “difamação da religião”, constitui nova prioridade a qual demonstra a dinâmica emergente observada no Conselho.

Tal prioridade, “difamação da religião”, foi trazida à tona pela Organização Islâmica na primeira sessão do Conselho, em função da publicação de charges representando o profeta Maomé em jornais e foi, então, adotada pelo Conselho. Foi solicitado que um especialista em racismo preparasse um relatório focando a difamação da religião e a islamofobia⁹⁵. Similarmente, o Alto Comissariado foi acionado a apresentar um relatório sobre o mesmo tema⁹⁶. Tal discussão dividiu o tema em dois blocos: o da Organização Islâmica e África de um lado, e a União Europeia e países ocidentais do outro. O segundo alegou a diferença entre difamação religiosa e discriminação baseada na religião, sendo que aquela não seria uma violação aos direitos humanos. Cuba, por sua vez, anunciou sua intenção de

elaborar uma provável convenção em relação à intolerância religiosa, o que resolveria de vez esse tema tão sensível⁹⁷.

Os temas discutidos no Conselho de Direitos Humanos após 2007 até os dias de hoje, tanto nas sessões regulares quanto nas sessões especiais podem ser consultados no *site* do Conselho⁹⁸. A análise dos temas e das respectivas resoluções alinhavadas a um estudo da conjuntura internacional permite ao pesquisador uma grande reflexão sobre a questão da juridicização e da politização dos Direitos Humanos, assim como uma maior compreensão do estado da construção do direito internacional e do tratamento propriamente dito da proteção e promoção dos Direitos Humanos. Penso que poderíamos chamar tais resoluções de um embate terminológico e ideológico em um mundo cada vez menor.

3. CONCLUSÃO

O interesse pelos Direitos Humanos e pelo meio ambiente está desenvolvendo um campo propício ao surgimento de uma nova ideia de vida, isto é, associada à ideia de uma sintonia existencial, em que busquemos o paradigma da igualdade da raça humana, apoiado na harmonia existencial⁹⁹.

Como se percebe, existem grandes expectativas em torno do Conselho de Direitos Humanos da ONU. Há percepções divergentes sobre os benefícios da reforma do órgão, em grande parte devido à falta de consenso sobre quais funções ele deveria assumir no cenário internacional. O Conselho, por enquanto, dedica-se mais à sua construção institucional do que aos seus processos substantivos. No entanto o novo Conselho e a nova dinâmica de seus procedimentos demonstram uma maior flexibilidade em relação à antiga Comissão de Direitos Humanos.

Por pertencer a um sistema de nuances explicitamente políticas, como ressaltado, sabe-se que qualquer mudança real só poderá ocorrer gradualmente. Antes disso, será preciso encontrar a consonância entre, de um lado, a aceitação da validade e obrigatoriedade das normas de direitos humanos e, de outro, uma estruturação da executoriedade ainda não consistente e de uma real observância das garantias dos direitos humanos¹⁰⁰. Até lá, os esforços para garantir respeito aos direitos fundamentais e

“universais” do homem continuarão sobre o terreno de uma intolerância universal milenarmente consolidada.

Não obstante, acreditamos ainda que o direito em si mostra-se ainda como uma das mais sensíveis ferramentas para a promoção, proteção e construção de dias menos miseráveis e, sabidamente, indignos e dolorosos para uma enorme parte da população mundial que vive ainda, e sobretudo nos dias de hoje, sob um céu opressor de futuros intranquilos, e, quem ousaria dizer, belos.

1 Agradecemos e dedicamos este artigo a Claire Calejon, especialista e estudiosa do assunto, cuja ajuda foi imprescindível para a elaboração deste capítulo.

2 Doutorando em Direito pela Université Panthéon-ASSAS (PARIS II), Centre de Recherche sur les droits de l’homme et le droit humanitaire (CRDH). Mestre em Direito Internacional Público pela Université Panthéon-ASSAS (PARIS II) — Bourse d’excellence EIFFEL.

3 Graduada em Direito (UFMG) e Relações Internacionais (PUC-Minas). Mestre em Relações Internacionais pela Jacobs University Bremen & Bremen Universität. Membro do Grupo de Análise de Prevenção de Conflitos Internacionais (GAPCon).

4 ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Roberto Raposo (trad). Rio de Janeiro: Editora Companhia, 1989.

5 Carta das Nações Unidas, 26 de junho de 1945, 59 Stat. 1031, T.S. 993, 3 Bevans 1153, entrada em vigor em 24 de outubro de 1945.

6 PIOVESAN, Flávia. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: Inovações, Avanços e Desafios Contemporâneos. In: BRANT, Leonardo. *O Brasil e os novos desafios do direito internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

7 DELMAS-MARTY, Mireille. *La refondation des pouvoirs*. Paris: Seuil, 2007.

8 As “Comissões para as questões econômicas e sociais” não são qualificadas de uma maneira específica. As “outras comissões” também não estão precisas nos trabalhos preparatórios, em que se mostra claramente a vontade de se criar uma comissão específica para os Direitos Humanos. Ver: J.-B. MARIE, *La Commission des droits de l’homme de l’ONU*, Pedone, Paris, 1975, p. 352.

9 Nos termos do artigo 68 da Carta das Nações Unidas: “O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e para a proteção dos direitos do homem, assim como outras comissões necessárias ao desempenho das suas funções”.

- [10](#) Criada pela Resolução 5 (1) do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) em 1946.
- [11](#) HESSEL, Stéphane. L'évolution du cadre général depuis la conférence mondiale des droits de l'homme de Vienne (1993). In: *Les Nations Unies et les droits de l'homme*. Paris: Pedone 2006.
- [12](#) Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução n. 2200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Entrada em vigor: 3 de janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27.
- [13](#) Ibidem.
- [14](#) Declaração de Viena e Programa de Ação, Nota do Secretariado: Adotados a 25 de junho de 1993 pela Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos.
- [15](#) Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, Viena, 14-25 de junho de 1993
- [16](#) A Declaração reafirmou o caráter universal e indivisível dos direitos humanos, bem como o respeito às particularidades nacionais e regionais de cada Estado em sua efetivação. Como expõe Flávia Piovesan (2004), o caráter universal se instaura sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos, indicando a extensão universal de suas garantias. Já a indivisibilidade ressalta a vinculação e interdependência da garantia efetiva destes direitos, uma vez que assegurar os direitos civis e políticos é condição para a existência real dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Dessa forma, quando um deles é violado, os demais também o são. Sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, por exemplo, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação.
- [17](#) Declaração de Viena e Programa de Ação, Nota do Secretariado: adotados a 25 de junho de 1993 pela Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos.
- [18](#) WARZAZI, Halima. "Les enjeux de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme". In : *Les Nations Unies et les droits de l'homme*. Paris: Pedone, 2006.
- [19](#) DECAUX, Emmanuel. *Droit International Public*. Dalloz, 4. ed. Paris: Pedone, 2004.
- [20](#) GAHAM, Hamid. "L'évolution des structures du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme depuis dix ans". In: *Les Nations Unies et les droits de l'homme*. Paris: Pedone, 2006.
- [21](#) Idem.
- [22](#) Idem.
- [23](#) A composição da Comissão, na verdade, veio se alargando: eram 18 Estados em 1946, 21 Estados em 1962, 32 Estados em 1967, 43 Estados em 1979 e, somente em 1992, alcançou o número de 53 Estados-membros.
- [24](#) A repartição atual segue os seguintes critérios (região e número de acentos ocupados na Comissão): África: 15 lugares; Ásia-Pacífico: 12 lugares; América Latina e Caribe: 11 lugares; Europa Ocidental, Estados Unidos e Canadá: 10 lugares e Europa Oriental: 5 lugares.
- [25](#) GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Para entender a proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- [26](#) Idem.
- [27](#) Idem.

[28](#) As funções da Comissão nem sempre foram tão abrangentes. Somente em 1959, a Resolução 72F (XXVIII) do ECOSOC codifica o procedimento de recebimento de demandas de violações de direitos humanos, estabelecendo igualmente os limites da competência da Comissão no seu exame e a confidencialidade do processo.

[29](#) GODINHO, op. cit., 2006.

[30](#) General Assembly Resolution 60/251. Human Rights Council. 3 de Abril de 2006. Disponível em: www.ohchr.org/english/press/hrc/kit/garesolution.pdf . Acesso em: 20 fev. 2007.

[31](#) O dispositivo requer que o Conselho: “assume, review and, where necessary, improve and rationalize all mandates, mechanisms, functions and responsibilities of the Commission on Human Rights in order to maintain a system of special procedures, expert advice and a complaint procedure; the Council shall complete this review within one year after the holding of its first session”.

[32](#) A primeira sessão do Conselho aconteceu no dia 19 de junho de 2006.

[33](#) Por Carta Internacional dos Direitos Humanos compreende-se o conjunto dos dispositivos contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos, nos Pactos Internacionais e nos Protocolos opcionais ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (GODINHO, 2006).

[34](#) ALSTON, Philip. *Reconceiving the UN Human Rights Regime: Challenges confronting the new UN Human Rights Council*. Disponível em: http://goliath.ecnext.com/coms2/gi_0199-5830267/Reconceiving-the-UN-Human-Rights.html. Acesso em: 20 fev. 2007.

[35](#) Idem.

[36](#) Ressalte-se, entretanto, que um texto criado por um grupo de trabalho da Comissão, para ser adotado pela Assembleia Geral, para codificar as regras existentes ou desenvolver outras novas (ver artigo 13 (1) (a) da Carta das Nações Unidas), deveria passar antes pela Terceira Comissão da Assembleia Geral, encarregada das questões sociais, humanitárias, e culturais.

[37](#) PNUD. *Human Development Report 2000*. Nova York: Oxford University Press, 2000.

[38](#) CASSIN, Réne. *La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*. Paris: RCADI, 1951.

[39](#) Em 1947, na sua primeira sessão, a Comissão declara “não ser habilitada a tomar nenhuma medida concernente às reclamações relativas aos direitos humanos” (Documento E/259, Capítulo V, parágrafo segundo, da ONU).

[40](#) FROUVILLE, Olivier. *Les procédures thématiques: une contribution efficace des Nations Unies à la protection des droits de l'homme*. Paris: Pedone, 1996, p. 36.

[41](#) Para saber quais os procedimentos desta natureza que estão em vigência, ver o *site* <http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/special/countries.htm>.

[42](#) Para saber quais os procedimentos desta natureza que estão em vigência, ver o *site* <http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/special/themes.htm>.

[43](#) Idem 25.

[44](#) Para maiores informações sobre tais missões, veja o *Termo de Referência para Missões de Fact-finding* (E/CN.4/1998/45). Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/special/invitations.htm> . Acesso em: 21 fev. 2007.

[45](#) Idem 25. Ressalta-se, entretanto, que as providências cabíveis se limitam às possibilidades previstas nos procedimentos especiais, isto é, só poderão contar com a força política da Comissão, que poderá discutir a questão, divulgar os fatos para os Estados-membros e elaborar resoluções com recomendações.

[46](#) Esse procedimento foi reformado pela Resolução 2.000, mas continua identificado com o mesmo nome. As reformas introduzidas em 2000 preveem orientações para a resolução de disputas que surgem com o Governo durante a investigação de campo e garantem o princípio do devido processo legal nas investigações; a partir dessa data, portanto, o país sob investigação seria convidado a prestar declarações e a debater a questão sob exame com os membros da Comissão.

[47](#) De acordo com a alínea 2, *a*, da Resolução 1 (XXIV) de 14 de agosto de 1971, da Subcomissão, não é necessário que o autor da demanda seja a vítima da violação dos direitos humanos de que reclama. Existem, entretanto, condições de admissibilidade das demandas individuais. São algumas: elas não podem contrariar os princípios da Carta das Nações Unidas ou ser politicamente motivadas; não podem ser comunicações anônimas ou baseadas em notícias dos meios de comunicação (isto é, os demandantes devem ter conhecimento direto e confiável dos fatos ocorridos); não podem apresentar linguagem abusiva ou insultos aos Estados; e, principalmente, os recursos internos para solução dos problemas devem ter sido esgotados.

[48](#) Atente-se, portanto, que a Comissão não tem competência para examinar violações concernentes a um indivíduo isoladamente, a menos que elas se insiram num quadro abrangente e sistemático de violações.

[49](#) OFFICE OF THE UN HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Enhancing and strengthening the effectiveness of the special procedures of the Commission on Human Rights*. CHR Dec. 2005/113. Disponível em: www.ohchr.org/english/bodies/chr/special/DEC-2005-113.doc . Acesso em: 20 fev. 2007.

[50](#) Para mais informações, ver OFFICE OF THE UN HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/stat1.htm>.

[51](#) A Resolução 1.235 (XLII) foi elaborada para investigar acontecimentos específicos do contexto do *apartheid*, na África do Sul, e a discriminação racial na Rhodésia do Sul. Com a Resolução 1 (XXIV), de 14 de agosto de 1971, que estende o papel da Comissão na luta contra a discriminação em qualquer país, seus limites legais ganharam independência e ela passou a ser aplicada sempre que a Comissão precisasse examinar qualquer situação suspeita.

[52](#) Ressalta-se, entretanto, que a escolha dos países que serão examinados sob o procedimento 1.235 permanece uma decisão política. Nesse ponto, o mecanismo de

iniciação autônoma previsto pela Resolução 1.503 apresenta maior objetividade e legitimação.

[53](#) PIOVESAN, op. cit., 2004, p. 294.

[54](#) Idem.

[55](#) Incorporando-se a esse processo o acesso a certos medicamentos, direito ao desenvolvimento sustentável, os direitos reprodutivos, direitos de acesso à tecnologia, entre outros garantidos em tratados e declarações inovadoras.

[56](#) Tal percepção levou à transição do paradigma de sujeito de direito, daquele homem ocidental, adulto, heterossexual e dono de um patrimônio, para a visibilidade de novos sujeitos, como as mulheres, as crianças, a população de afrodescendentes, os migrantes, as pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias.

[57](#) Idem 55.

[58](#) Idem.

[59](#) As ONGs são organizações sem fins lucrativos que agem fora dos limites das estruturas políticas institucionalizadas, várias delas em âmbito internacional. Atuam em diferentes áreas e defendem os interesses ou ideias de seus membros através de *lobby*, convencimento ou por meio de ações diretas. As Organizações Não Governamentais foram consolidadas com a Carta da ONU, no Capítulo X, artigo 71, dispositivo que garante a elas um papel de consultoria no sistema. As ONGs, no entanto, não são consideradas sujeitos de direito perante o Direito Internacional. Tem-se como exceção a esta regra o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que foi considerado uma entidade legal perante o ordenamento jurídico internacional na Convenção de Genebra.

[60](#) KLEIN, Benjamin; CHOW, Pau-y. *A new start or more of the same? The United Nation Human Rights Council and the response of international NGOs in Germany*. 2006. Disponível em: www.humanityinaction.org/docs/Pau-y__Ben.doc. Acesso em: 20 fev. 2007.

[61](#) É imperioso ressaltar que mais de 2.000 ONGs possuem *status* consultivo no ECOSOC, sob o qual estava, até a reforma, a jurisdição de assuntos relacionados aos Direitos Humanos na ONU; posição essa que lhes conferia o direito de “participar” com intervenções na discussão corrente por meio de apresentações orais e de declarações escritas, quando formalmente convidados a prestar consultoria. Ver: MCDOUGALL, Gay. Declaração feita para a Assembleia Geral da ONU, no dia 24 de junho de 2005. *Strengthening the United Nations’ Human Rights mechanisms*. Disponível em: <http://www.hrw.org/>. Acesso em: 30 de maio de 2006.

[62](#) Idem 62.

[63](#) Tradução do inglês: “in short, the engine that drives the human rights mechanisms at the United Nations” (McDougall, 2005, p. 4).

[64](#) Ver, em especial, o trabalho de Harold Hongju Koh na palestra intitulada “*How is International Human Rights Enforced?*”, de 1998, sobre como um “processo legal transnacional”, promovido pela participação de ONGs, terminaria por promover obediência às normas internacionais por meio da interação, interpretação e internacionalização dos direitos assegurados nos tratados.

[65](#) Idem 62.

[66](#) Idem.

[67](#) Ver HUMAN RIGHTS WATCH. Disponível em: www.hrw.org. Acesso em: 30 maio 2006.

[68](#) Ver UNITED NATIONS. *A more secure world: our shared responsibility*. Relatório do High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (Documento A/59/565), New York, 29 de novembro de 2004. UNITED NATIONS. *In Larger Freedom: towards development, security and human rights for all*. Relatório do Secretário-Geral da ONU (Documento A/59/2005), 21 de março de 2005.

[69](#) CALLEJON, Claire. “La reforme de la Commission de droit de l’homme”. In: *Les droit de l’homme au seuil du troisième millénaire, mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruxelles: Bruylant, 2000.

[70](#) O conceito de politização descreve a “captura política pelos Estados da agenda da Comissão para defender seus próprios interesses” (conceito proposto pela organização *International Service for Human Rights* (ISHR) e disponível no documento “*Overview of the 60th session 2004*”). Para maiores informações, ver: SCHAEFER, Brett. *The Human Rights Council is not enough: time for a new approach to Human Rights*. 2006. Disponível em: www.heritage.org/Research/InternationalOrganizations/bg1910.cfm#_ftnref13. Acesso em: 20 fev. 2007.

[71](#) Aponta-se para o fato de que a comissão se enfraquece através de seus próprios membros, já que muitos Estados compreenderam que a melhor forma de burlar o sistema de proteção aos direitos humanos é fazer parte do seu principal órgão na ONU. Daí as críticas persistentes à sua composição: Estados com um negro histórico de violações dos direitos humanos frequentemente assumiam a direção dos trabalhos, diminuindo sua credibilidade. Logo antes da sua dissolvença, por exemplo, seis de seus 53 países-membros se caracterizavam como os governos mais repressivos no mundo (China, Cuba, Eritreia, Arábia Saudita, Sudão e Zimbábue). Por outro lado, observe-se ainda que esse fenômeno, de certa forma, reafirma o importante papel que o sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas possui no jogo de poder internacional no que concerne, inclusive, a questões vinculadas à soberania dos Estados. Ver: SASSEN, Saskia. *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*. Disponível em: <http://www.cc.columbia.edu/dic/ciao/book/sassen/book.html>. Acesso em: 7 set. 2000.

[72](#) GLOBAL POLICY FORUM. *UN Human Rights Council: a new beginning for Human Rights*. 2006. Disponível em: www.globalpolicy.org/reform/topics/hrc/2006/0510newbeg.htm. Acesso em: 20 fev. 2007. GLOBAL POLICY FORUM. *Human Rights: A needed UN reform*. Disponível em: www.globalpolicy.org/reform/topics/hrc/2006/0302robinson.htm. Acesso em: 20 fev. 2007.

[73](#) Idem 62.

[74](#) Idem 32.

[75](#) UNHRC Res. 5/1, 18 de junho 2007, art. 60.

[76](#) Os seis órgãos principais da ONU são o Conselho de Segurança, a Assembleia Geral, a Corte Internacional de Justiça, o ECOSOC, o Conselho de Tutela (que, embora tenha suspenso suas atividades em 1994, ainda não foi retirado da Carta) e o Secretariado.

[77](#) Nos últimos anos, a escolha de critérios de seleção foi um dos pontos mais polêmicos da reforma. Argumenta-se que tais Estados membros do Conselho teriam um “passe livre” e suas “atrocidades ficariam invisíveis”, uma vez que seria ilógico exigir de um país que critique ou condene a si mesmo. Tentou-se, por esses motivos, estabelecer critérios mais rígidos, tais como a eleição de Estados que nunca houvessem sido condenados pela Comissão, Estados que houvessem ratificado certos tratados de direitos humanos, ou Estados que tivessem atendido a todas as suas obrigações perante o sistema. Nenhuma dessas propostas, entretanto, foi viável, optando-se por adotar critérios procedimentais, como verificados, para filtrar a seleção dos Estados membros do Conselho.

[78](#) Os Estados-membros agora cumprirão mandatos que variam de um a três anos, bem como serão escolhidos por meio dos seguintes procedimentos: a eleição direta e secreta dos membros seria por Estado, individualmente; o Estado deveria ser eleito pela Maioria da Assembleia Geral; eliminou-se a figura do membro permanente, impondo a necessidade de rotação.

[79](#) Human Rights Council, GA Res 60/251, UM GAOR, 60th sess, 72nd plen mtg, Annex, Agenda Items 46 and 120, UN Doc A/RES/60/251 (15 March 2006).

[80](#) Além da possibilidade de maior acompanhamento de avanços e retrocessos dos trabalhos realizados, essa mudança também permite a adoção de uma agenda mais ampla, viabilizando a maior utilidade da organização para a comunidade internacional.

[81](#) SCANLON, Helen. *The UN Human Rights Council: From Rights to Responsibility?* Disponível em: www.ccr.uct.ac.za/fileadmin/template/ccr/Staff_Publications/Helen/Microsoft_Word_-_scanlon_chap_8.pdf. Acesso em: 10 fev. 2007.

[82](#) HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Human Rights Council Begins to Take Shape as First Session Convenes in Geneva*. Press Release. Genebra, 16 de junho de 2006. Disponível em: www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/10E8BAE10151DB09C125718E00363A94?opendocument. Acesso em: 20 fev. 2007.

[83](#) Estados notoriamente conhecidos por suas violações aos direitos humanos, entre eles China, Cuba, Paquistão e a Arábia Saudita, conseguiram manter seus assentos na direção do novo órgão, o que indica o tamanho dos obstáculos que deverão ser superados para provocar mudanças nesse sistema.

[84](#) O pluralismo dos direitos humanos dentro de um universalismo segundo Delmas-Marty conduz a um risco de fragmentação dos mesmos, em contraponto a uma ideia de caráter inicial hegemônica.

[85](#) DELMAS-MARTY, op. cit., 2007.

[86](#) Relatórios concernentes aos respectivos países foram admitidos na quarta sessão do Conselho: Territórios ocupados da Palestina, República Democrática da Coreia, Burma

(*Myanmar*), Burundi, Libéria; e na quinta sessão: Belarus, Cuba, Camboja, Somália e Haiti.

[87](#) ISHR, *Council Monitor, Human Rights Council, 6th Session, Daily Update, 14 de dezembro 2007* (Geneva: ISHR, 2007) 9. Disponível em: www.ishr.ch. Último acesso em: 2 mar. 2008.

[88](#) Intervenção oral da Anistia Internacional de 24 de setembro de 2007. Disponível em: <http://portal.ohchr.org/>. Último acesso em: 2 mar. 2008.

[89](#) Devido a uma série de eventos, o governo do Sudão negou o visto aos membros da missão.

[90](#) UNHRC Res. 4/8, 30 de março de 2007.

[91](#) UNHRC Doc. A/HRC/5/6, 8 de junho 2007; A/HRC/6/7, 22 de setembro de 2007 e A/HRC/6/19, 28 de novembro 2007.

[92](#) UNHRC Res. 6/34, 14 de dezembro de 2007.

[93](#) UNHRC Doc. A/HRC/6/14, 7 de dezembro de 2007.

[94](#) UNHRC Res. 6/33, 14 de dezembro de 2007.

[95](#) UNHRC Res. 4/9, 30 de março de 2007, art. 12.

[96](#) *Ibidem*, art. 13.

[97](#) ISHR, *Council Monitor, Human Rights Council, 6th Session, Daily Update, 14 de Dezembro 2007* (Geneva: ISHR, 2007) 9. Disponível em: www.ishr.ch. Último acesso em: 2 mar. 2008.

[98](#) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil>. Último acesso em: 14 fev. 2011.

[99](#) DINIZ, Arthur Almeida. *Novos Paradigmas em Direito Internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, 1995. p. 29.

[100](#) COMBACAU, Jean. Le droit international: bric-à-brac ou système ? : Le système juridique, *Archives de philosophie du droit 1986*, t. 31. Paris: Sirey, p. 85-105.

COMITÊS EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

HENRIQUE NAPOLEÃO ALVES¹

1. INTRODUÇÃO

Com a positivação do direito internacional dos direitos humanos a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948², foram adotados diversos tratados internacionais no âmbito da ONU³, e cada um deles estabeleceu um comitê para implementação das normas e responsabilização dos Estados por eventuais violações. Analisaremos neste capítulo os procedimentos de solução de controvérsias desses comitês, com o objetivo de dar ao leitor uma introdução aos principais aspectos do tema⁴.

Tabela 1: Tratados, Comitês e Regras procedimentais.

TRATADO	COMITÊ	REGRAS PROCEDIMENTAIS RELEVANTES
<p>Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR)⁵</p>	<p>Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (CtDR)</p>	<p><i>Rules of Procedure of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/35/ Rev. 3 (1989) (doravante RCDR)</i></p>
<p>Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁶</p>	<p>Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CtDESC)</p>	<p>Ainda não foram adotadas regras procedimentais para reclamações interestatais e comunicações individuais⁷.</p>
<p>Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PF do PIDESC)⁸</p>		

Pacto		
<p>Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT)¹³</p>	<p>Comitê contra a Tortura (CtCT)</p>	<p><i>Rules of Procedure, CAT/C/3/Rev. 4 (2002) (doravante RCtCT)</i></p>
<p>Convenção sobre os Direitos das Crianças (CDC)¹⁴</p>	<p>Comitê dos Direitos da Criança (CtDC)</p>	<p>Ainda não foram adotadas regras procedimentais para reclamações interestatais e comunicações individuais.</p>
<p>Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias (CTM)¹⁵</p>	<p>Comitê dos Trabalhadores Migrantes (CtTM)</p>	<p><i>Provisional Rules of Procedure, HRI/GEN/3/Rev. 1/Add. 1 (2004)(doravante RCtTM)</i></p>
<p>Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CPD)¹⁶</p>	<p>Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência</p>	<p>Não foram encontradas regras procedimentais</p>
<p>Protocolo Facultativo</p>		

2. OS COMITÊS

Via de regra, os comitês são compostos por expertos em direitos humanos, em um número que varia entre 10 e 23 membros¹⁸, nomeados por um Estado parte do tratado e posteriormente eleitos em votação secreta, com quórum mínimo de 2/3 dos Estados partes e por maioria absoluta dos votos representados dos Estados presentes e votantes para um mandato de quatro anos, prorrogável se o membro for novamente nomeado e eleito.

As eleições são feitas de dois em dois anos, de modo a renovar metade dos membros a cada sessão. Os expertos exercem suas funções a título pessoal, de maneira independente ao Estado de origem¹⁹, e devem ser pessoas “de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos”. Na escolha dos membros, os Estados devem levar em conta “uma distribuição geográfica equitativa e a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica”²⁰. Membros do CtDH também podem compor o CtCT, segundo o § 2 do art. 17 da CCT.

Dentre as principais atividades de monitoramento e implementação dos direitos humanos realizadas pelos comitês estão: (i) a análise de relatórios submetidos pelos Estados-partes e publicação de observações e recomendações²¹; (ii) a publicação de “comentários gerais”; (iii) os procedimentos de investigação confidencial (no CtCT e do CDM); (iv) o exame de reclamações interestatais; e (v) a análise de comunicações individuais²².

A competência material dos comitês nos procedimentos de comunicações está restrita aos direitos materiais expressos nos tratados respectivos, brevemente descritos a seguir:

Tabela 2: Síntese dos direitos materiais presentes nos tratados de direitos humanos em epígrafe

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

A parte material está focada nos deveres do Estado de combater todas as formas de discriminação racial no seu alcance (ver os arts. 1 a 7). A ênfase está principalmente na possibilidade de todos exercerem direitos e liberdades que estão também afirmados nos Pactos de 1966, além da condenação do *apartheid* e da proibição de propagandas e apologias a qualquer tipo de discriminação.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Em suma, os seguintes direitos (arts. 1, 6 ao 27): direito à autodeterminação, direito à vida; proibição de tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; proibição de escravidão e servidão; direito à liberdade e à segurança pessoais; direito a tratamento digno quando privado de liberdade; proibição da prisão civil; direito de livre circulação e residência; proibição de expulsão de estrangeiros sem motivo legalmente justificado; direito à presunção de inocência e garantias mínimas no processo penal; anterioridade da lei penal; direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; direito à proteção da lei contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência; direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; direito à liberdade de expressão; proibição legal de propaganda em favor da guerra ou apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência; direito de reunião pacífica; direito de livre associação; direito à família; direito à proteção da infância; direito à participação política; igualdade perante a lei; direitos das minorias.

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Em resumo (arts. 1, 6 e 15): direito à autodeterminação; direito de escolher

Em resumo (arts. 1, 6 a 15): direito a autodeterminação; direito de ganhar

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

Assim como na CEDR, aqui a parte material também tem como pontos principais o combate de todas as formas de discriminação contra a mulher, os deveres do Estado de promoção da igualdade de gênero e a correlação entre discriminação e exercício dos demais direitos humanos por parte das mulheres. Ademais, a Convenção cuidou de expressar direitos específicos — releituras e desdobramentos de outros direitos humanos no contexto da mulher —, como direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com o livre e pleno consentimento, igualdade do homem e da mulher perante a lei, direitos da mulher nas zonas rurais etc. (ver arts. 1 a 16).

Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

A parte material deste tratado (arts. 1 a 16) foca os deveres do Estado: de tomar medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição; de não extraditar pessoa para Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura; de assegurar que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal; de investigar e, quando necessário, deter ou mesmo extraditar suspeitos de terem cometido tortura em qualquer outro lugar; direito dos suspeitos a um tratamento justo; de divulgar a proibição de tortura no treinamento civil e militar dos que se envolvam de alguma forma com o tratamento de pessoas submetidas a alguma forma de privação de liberdade; de garantir uma investigação imparcial de crimes de tortura; de garantir direito da vítima à reparação e a à indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível etc. Além disso, destacam-se entre os demais dispositivos os que estabelecem a universalização da jurisdição para crimes de tortura e a invalidade de

qualquer prova obtida por tortura

Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias

Os trabalhadores migrantes são aqueles que estão desempenhando atividades remuneradas em um país do qual não são nacionais, salvaguardadas as exceções do art. 3. Eles e suas famílias têm, em suma: direito a tratamento não discriminatório; liberdade de sair do país e de retornar ao país de origem; proteção pela lei do direito à vida e proibição de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante; vedação de escravidão, servidão e trabalhos forçados; direitos à liberdade de pensamento, consciência, religião e opinião; direitos à privacidade, família, inviolabilidade da correspondência e outras comunicações; direito à propriedade privada e coletiva; direito à liberdade e segurança; tratamento digno e humano se privado de sua liberdade; direitos iguais relativos ao devido processo legal; direito de não ser condenado por lei posterior ao fato; direito de não serem vítimas de medidas coletivas de extradição ou expulsão; direito à personalidade jurídica; tratamento igualitário em relação a direitos trabalhistas (condições de trabalho, remuneração etc.); direitos à proteção e assistência consulares ou diplomáticas se violados quaisquer dos demais direitos presentes na Convenção; etc. (ver arts. 1-71).

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A parte material da CPD estabelece uma série de direitos das pessoas com deficiência e deveres respectivos oponíveis aos Estados, em temas como: igualdade e não discriminação; mulheres e crianças com deficiência; conscientização da sociedade em relação aos direitos e à dignidade das pessoas com deficiência; acessibilidade e igualdade de oportunidades; direito à vida; situações de risco e emergências humanitárias; igualdade jurídica; acesso à justiça; liberdade e segurança individual; prevenção contra tortura ou tratamento degradante; prevenção contra a exploração, abuso ou violência; proteção da integridade da pessoa; liberdade de movimentação e nacionalidade; independência e

3. RECLAMAÇÕES INTERESTATAIS

inclusão na sociedade, mobilidade pessoal; liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação; respeito à privacidade; respeito ao lar e à família; educação; saúde; habilitação e reabilitação; trabalho e emprego; padrão de vida e proteção social; participação política e cultural etc. Alguns dos comitês indicados na tabela I são competentes para receber reclamações interestatais, e dizer, petições submetidas por um Estado-parte alegando violações de direitos humanos de um outro Estado-parte. Para tanto, ambos, Estado-autor e Estado-réu, deverão ter reconhecido por declaração positiva a competência do comitê para analisar reclamações interestatais²³.

Há ainda um procedimento interestatal distinto no regime da CDM (art. 29), da CCT (art. 30) e da CTM (art. 92), que trata de eventuais dúvidas dos Estados *vis-à-vis* a interpretação ou a aplicação de normas, que, em não sendo resolvidas por meio de negociações, poderão ser submetidas à arbitragem a pedido de um dos Estados atinentes. Caso estes não cheguem a um acordo sobre os termos da arbitragem dentro de seis meses, contados da data do pedido de arbitragem, qualquer dos Estados poderá levar a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mediante requerimento elaborado em conformidade com o estatuto da Corte²⁴.

Em um sistema jurídico fragmentado, é louvável o incentivo — dado pelo procedimento das reclamações interestatais — à mútua fiscalização dos atores. Entretanto, desde seu surgimento nenhum dos procedimentos interestatais foi utilizado, o que abre margem para reflexão sobre sua eficácia.

4. OS PROCEDIMENTOS DAS COMUNICAÇÕES INDIVIDUAIS

Nos procedimentos de comunicações individuais, indivíduos sujeitos à jurisdição de um Estado-parte enviam ao comitê concernente uma petição alegando violações de direitos humanos de responsabilidade do Estado²⁵. A partir das regras de procedimento e dos dispositivos dos tratados e das decisões dos comitês em casos contenciosos, cuidaremos de traçar um panorama de como se dão os procedimentos, da petição ao exame de admissibilidade e decisão do mérito.

4.1. O exercício do direito de petição

O direito de petição ou de comunicação é o direito do indivíduo de levar uma denúncia de violação de um tratado de direitos humanos ao comitê competente, preenchidos os requisitos exigidos. Inexiste um modelo

compulsório de petição, mas algumas informações essenciais devem constar do texto enviado, como: data, nome, nacionalidade, endereço, data de nascimento e demais dados pessoais do autor²⁶; o Estado denunciado; descrição cronológica dos fatos que ensejaram a violação e o direito violado (não sendo necessário indicar os artigos específicos dos tratados relativos à violação, apesar de recomendável); argumentos relacionados ao requisito de exaustão dos recursos internos e demais condições de admissibilidade; pedidos perante o comitê (mérito). Se o autor não for o indivíduo que sofreu a violação alegada, mas alguém agindo em nome ou benefício dele, deverá também juntar na petição provas do consentimento desse indivíduo, ou expressar claramente as razões da falta do consentimento²⁷.

O procedimento de comunicação individual é gratuito, mas podem surgir outros gastos, como os relativos à contratação de advogado²⁸ ou de tradução de documentos para uma das línguas de trabalho dos comitês (inglês, francês, espanhol ou russo), que não são cobertos pela ONU²⁹.

No procedimento perante o CtDR, há previsão expressa de prazo decadencial de seis meses para exercício do direito de petição, contado a partir da decisão final do órgão de direito interno. Já o PF do PIDESC estabelece prazo de um ano, contado a partir da data de esgotamento dos recursos internos (art. 3, § 2), a não ser que o autor consiga demonstrar que de fato não foi possível apresentar a comunicação dentro desse prazo.

No procedimento do CtCT não há prazo expresso, mas suas regras de procedimento ditam que, havendo um período de tempo injustificadamente prolongado entre a exaustão dos recursos locais e o envio da comunicação ao comitê, o caso deve ser declarado inadmissível³⁰. Não há nada sobre tal prazo nos procedimentos do CtDH e do CDM³¹.

No caso de a petição não conter todas as informações esperadas ou necessárias, o secretariado do próprio comitê entra em contato com o autor, a fim de sanar os problemas. Com estes sanados, o caso é registrado³².

4.2. Medidas interinas

A partir do momento em que a petição é aceita e o caso é registrado, e antes de uma decisão de mérito, os comitês podem, a pedido da parte autora e se julgarem necessário, requerer que o Estado se abstenha de realizar atos

ou tome medidas específicas para prevenir danos irreparáveis ao bem jurídico em disputa; são as chamadas “medidas interinas” (que equivalem às medidas provisionais e às medidas cautelares de outros procedimentos jurisdicionais de solução de controvérsias). Essas medidas são temporárias, e sua duração é determinada pelo comitê de acordo com a necessidade *in casu* (normalmente, até o comitê emitir decisão de mérito ou preliminar de inadmissibilidade)³³.

Para Pasqualucci³⁴, o desrespeito às medidas interinas equivale à violação do próprio direito de petição. Qualquer indivíduo envolvido na lide pode enviar ao comitê um pedido de medida interina, e não há requisitos formais rígidos: segundo a urgência da medida, o pedido deve ser enviado da maneira mais rápida possível (comumente por correio eletrônico, seguido de cópia impressa)³⁵.

Vale lembrar que, apesar de os procedimentos de comunicação individual serem “quase judiciais”, as medidas interinas não são meras recomendações, e a inobservância destas pelo Estado gera uma violação de direito internacional³⁶, pois estes reconheceram via consentimento em tratado internacional a competência do comitê para examinar petições.

4.3. Admissibilidade

Para uma comunicação atingir a fase do exame do mérito, ela deve satisfazer os requisitos de admissibilidade previstos nos tratados, que são muito semelhantes entre si. Abordaremos as regras de admissibilidade à luz da jurisprudência dos comitês.

4.3.1. Regras de competência ou jurisdição

Em outros procedimentos, há uma diferenciação mais clara entre admissibilidade (mais voltada ao pedido em si) e jurisdição, mas nos procedimentos de comunicação individual as regras que tradicionalmente compõem a competência ou jurisdição das instâncias internacionais (*ratione temporis*, *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*) fazem parte da análise de admissibilidade do caso como um todo.

4.3.1.a. *Ratione temporis*

Em todos os procedimentos dos comitês, uma comunicação será admissível se tiver sido apresentada por um indivíduo contra um Estado-

parte do tratado em voga e que tenha reconhecido a competência do comitê para tanto³⁷. Assim, com fulcro no princípio da irretroatividade dos tratados³⁸, violações ocorridas antes da entrada em vigor dos tratados não podem ser conhecidas pelo comitê. A jurisprudência do CtDH é uniforme no entendimento de que, nessa situação, os pedidos baseados em uma violação anterior ao reconhecimento de competência não podem ser admissíveis *ratione temporis*³⁹.

Há uma exceção à regra *ratione temporis*: quando a violação anterior à vigência do procedimento continuou a ocorrer ou produziu efeitos posteriores que possam ser considerados, em si, violações do pacto, o comitê respectivo poderá examinar a questão⁴⁰. A jurisprudência sobre o tema, entretanto, é altamente contraditória⁴¹.

4.3.1.b. *Ratione materiae*

Os pedidos formulados nas comunicações devem apresentar fatos que possam corresponder a violações de normas substantivas expressas nos tratados respectivos, sob pena de inadmissibilidade *ratione materiae*. Regras semelhantes foram adotadas pela processualística civil de direito interno em países de *common law*⁴² e de *civil law*⁴³. Em sede de direito internacional dos direitos humanos, o CtDH já declarou a inadmissibilidade *ratione materiae* porquanto o direito à propriedade privada não estava contemplado pelo PIDCP⁴⁴.

O juízo sobre a admissibilidade *ratione materiae* não pode levar em consideração a veracidade dos fatos, mas apenas as possibilidades jurídicas de forma abstrata, sob pena de antecipar o mérito⁴⁵.

4.3.1.c. *Ratione loci*

Uma comunicação individual poderá responsabilizar um Estado mesmo se a violação tiver ocorrido em colônias, protetorados e afins⁴⁶, bem como em qualquer território sobre o qual o Estado exerça controle efetivo⁴⁷. Ademais, violações feitas por agentes estatais em territórios alheios também podem ser apuradas⁴⁸.

O indivíduo que estiver de alguma forma sob a jurisdição do Estado tem direito à comunicação perante os comitês independentemente de sua

cidadania ou nacionalidade⁴⁹ (o que inclui apátridas, refugiados, os que buscam asilo político, trabalhadores migrantes etc.).

4.3.1.d. *Ratione personae*

A jurisdição *ratione personae* dos comitês, a exemplo de outras instâncias internacionais, como a Corte Internacional de Justiça⁵⁰, trata da capacidade das partes de estar em juízo. Sendo assim, os comitês apenas podem receber comunicações de indivíduos que aleguem ser vítimas de uma violação de direitos humanos por um Estado-parte (o polo passivo da demanda)⁵¹.

a) Sobre a vítima da violação

A vítima deve ser identificada como pessoa natural; ONGs⁵², empresas⁵³ ou partidos políticos⁵⁴ não têm direito de petição perante os comitês. É possível que um grupo de indivíduos integre o polo ativo⁵⁵ se cada um deles se identificar individualmente como vítima⁵⁶. Direitos coletivos, como o da autodeterminação dos povos, foram tidos como inadmissíveis porquanto somente violações individuais seriam passíveis de reclamação⁵⁷.

O indivíduo não precisa ser nacional do Estado acusado, bastando apenas que tenha sido vítima de uma violação de direitos humanos sob a jurisdição daquele⁵⁸. A vítima deve demonstrar que foi concreta e diretamente afetada pela ação ou omissão estatal, sendo vedada denúncia contra ato do Estado ou lei em abstrato⁵⁹, o que não impede o questionamento de leis que incorram em violações materiais de direitos individuais⁶⁰.

Outros podem enviar comunicação em nome das vítimas, mesmo sem o consentimento expresso delas quando este não for possível, bastando que provem que as vítimas aceitariam a representação⁶¹. Em caso de morte do autor com o processo em andamento, um herdeiro pode dar prosseguimento à comunicação⁶². Não havendo herdeiros, encerra-se o caso⁶³.

O PF do PIDESC, além de prever a “regra da vítima”, inovou ao dar ao comitê capacidade de rejeitar *a priori* uma comunicação se ela não revelar que o autor sofreu uma “desvantagem clara”, a não ser que o caso verse sobre uma questão séria que tenha “importância geral”⁶⁴ — o que é bem complicado, pois não só aumenta sobremaneira a discricionariedade do

julgador, como também potencialmente provoca a antecipação da análise do mérito da lide.

b) Sobre o Estado

Uma comunicação só pode ser aceita contra um Estado que tenha reconhecido a competência do comitê respectivo. Os Estados são responsáveis pelos atos realizados por um agente estatal, mesmo tendo este excedido a autoridade concedida ou desobedecido instruções⁶⁵. Apesar de a jurisprudência dos comitês ainda não fornecer subsídios sobre a responsabilização de um Estado por atos de particulares cometidos fora da jurisdição estatal, tal possibilidade parece remota⁶⁶. Entretanto, os Estados podem ser responsabilizados por atos de particulares (pessoas naturais ou jurídicas) dentro de sua jurisdição⁶⁷ ou sob sua autoridade⁶⁸.

Entendem os comitês que os Estados não são responsáveis por violações cometidas por organizações internacionais das quais façam parte⁶⁹. Por fim, Estados podem ser responsabilizados por ações que ponham alguém em risco de violação de direitos humanos por parte de outro Estado⁷⁰.

4.3.2. Esgotamento de recursos internos

Segundo a regra do esgotamento dos recursos disponibilizados pelo direito interno, a parte deve tentar resolver a lide através dos recursos oferecidos pela legislação interna do Estado *antes de procurar a prestação jurisdicional internacional*. Essa regra faz-se presente em inúmeros procedimentos de solução de controvérsias⁷¹, e se justifica na medida em que o esgotamento dos recursos internos permite ao Estado conhecer a lide e resolvê-la sem necessidade de litigância internacional⁷².

Para esgotar os recursos internos, a parte deverá ter apresentado suas reclamações perante as autoridades locais do Estado, bastando que tenha tratado em suas reclamações da essência da lide (i.e., não é necessário especificar normas internacionais de direitos humanos)⁷³. Os recursos a serem esgotados são normalmente judiciais, mas podem ser administrativos. Para os últimos serem considerados, duas coisas são observadas: a natureza da lide⁷⁴ e a discricionariedade dos recursos administrativos a serem esgotados⁷⁵.

A parte deve respeitar os requisitos formais e materiais dispostos no direito interno. Se a parte não cumpriu um prazo processual para recurso, por exemplo, a comunicação será inadmissível, ainda que a falha tenha sido provocada exclusivamente pelo advogado da parte⁷⁶. Entretanto, se a parte tiver feito um esforço razoável e genuíno para esgotar os recursos permitidos pelo direito interno, não logrando êxito devido a ambiguidades ou falta de clareza nas leis processuais, presume-se cumprido o esgotamento dos recursos internos⁷⁷.

Outrossim, presume-se seu cumprimento quando os recursos internos estiverem sendo protelados para além do razoável⁷⁸, se a protelação não tiver sido causada pela parte, mas pelo Estado⁷⁹; e se a parte tiver feito esforço razoável para esgotar os recursos internos⁸⁰. A protelação não se caracteriza se o atraso é justificado pela complexidade da lide⁸¹.

Quando a vítima não pode arcar com os custos do recurso, este se presume esgotado não pela falta de dinheiro da parte, mas pela ausência de assistência por parte do Estado⁸².

Por fim, quando for evidente que o recurso interno não trará melhorias à situação da vítima, ele não precisa ser esgotado⁸³. Não basta uma desconfiança subjetiva da parte de que o recurso será inútil; ele o deve ser objetivamente⁸⁴. Assim, não é necessário esgotar os recursos internos se isso for perigoso para a parte⁸⁵, ou se houver precedente de instância mais alta sobre caso similar que elimine qualquer chance de sucesso do recurso por parte da vítima⁸⁶.

4.3.3. Inadmissibilidade relativa a conflitos de competência

Não raro, tratados diferentes de direitos humanos abordam os mesmos temas, gerando obrigações semelhantes para as partes respectivas. Por isso, os responsáveis pela feitura dos instrumentos que instituíram os procedimentos de solução de controvérsias de direitos humanos tentaram reduzir ao máximo o risco de decisões conflitantes e inconsistentes entre si. Veremos a seguir os dois tipos de normas encontrados nos procedimentos dos comitês com este fim⁸⁷: as regras *lis alibi pendens* e *electa una via*.

a) Conflito de competência no CtDH e no CtDESC (*lis alibi pendens*)

De acordo com os arts. 5, § 2 do PF do PIDCP e 3, § 2, *c*, do PF do PIDESC, se a “mesma questão” referente à comunicação enviada ao comitê estiver sendo examinada por outra instância internacional de inquérito ou de decisão, a petição deverá ser declarada inadmissível. Segundo a jurisprudência do CtDH, a questão tem que estar sendo *simultaneamente* apreciada pelo comitê e por alguma outra instância⁸⁸, não se aplicando a regra caso o outro procedimento esteja temporariamente inativo⁸⁹.

Ademais, só seriam instâncias internacionais de inquérito ou de decisão aquelas análogas ao procedimento do CtDH⁹⁰. Sobre o que seria “mesma questão”, o CtDH estabeleceu em *Duilio Fanali v. Itália*⁹¹ que os casos devem versar sobre o mesmo pedido e a mesma vítima⁹².

b) Reservas *electa una via* no procedimento do CtDH

Alguns Estados europeus, ao ratificarem o Protocolo Facultativo do PIDCP, fizeram reservas quanto à regra do art. 5º, § 2, *a*, impedindo o CtDH de analisar casos que já tenham sido examinados anteriormente por outro procedimento internacional de solução de controvérsias, de modo a evitar que os indivíduos usem o procedimento do CtDH como uma espécie de instância de apelação para casos previamente analisados pelo sistema europeu de proteção aos direitos humanos⁹³.

Em sua jurisprudência, o CtDH interpretou as reservas de maneira restritiva, diferenciando os casos cujo mérito havia sido examinado pela instância europeia daqueles rejeitados preliminarmente⁹⁴. Ademais, o comitê entendeu que diferenças de direito material entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o PIDCP podem afastar a aplicação da reserva⁹⁵. O CtDH diferenciou, ainda, as reservas feitas em virtude de casos que já tinham sido “examinados” pela Comissão ou Corte europeias dos casos que tinham sido “submetidos” ao sistema europeu. Enquanto no primeiro tipo temos que somente os casos que tiveram o mérito analisado não podem ser julgados pelo CtDH, no segundo o comitê está impedido de analisar todos os casos anteriores, incluindo os que não atingiram a fase do mérito⁹⁶.

Apesar de o CtDH ter interpretado as reservas restritivamente, estas alcançaram seu objetivo em boa parte dos casos⁹⁷.

c) Conflitos de competência nos demais procedimentos (*electa una via*)

A regra de inadmissibilidade relativa a outras instâncias internacionais é ainda mais estrita para os procedimentos do CtCT, do CtDM, do CtTM e do CtPD⁹⁸. De forma semelhante às reservas ao art. 5, § 2, *a*, do PIDCP, a regra geral desses comitês é a de que, além dos casos que estiverem sendo examinados por outra instância internacional de inquérito ou de decisão, são inadmissíveis aqueles que tiverem sido analisados previamente.

Apesar da diferença de regras entre estes e o procedimento do CtDH, os demais comitês provavelmente seguirão a jurisprudência do CtDH já exposta em relação aos demais pontos controversos que lhes são comuns (como a definição de “mesma questão”).

5. ANÁLISE DE MÉRITO

O processo perante os comitês é analisado de portas fechadas, o que o diferencia de outros procedimentos judiciais de solução de controvérsias internacionais. A partir do exame da admissibilidade, o comitê respectivo decide preliminarmente se o caso é admissível ou não. Essa decisão é tomada por maioria de votos, e os representantes do comitê podem dar seus votos individuais, seja para concordar, seja para discordar do entendimento prevalente. Quando o caso é julgado inadmissível e a decisão é comunicada às partes, finda-se o processo. Se o caso é declarado admissível, o comitê passa então à análise do mérito.

Durante a fase do mérito, à luz de novos fatos e argumentos o comitê pode optar por reformar sua decisão de admissibilidade e declarar o caso inadmissível⁹⁹. Caso isso não ocorra, o processo corre naturalmente até a posição final do comitê sobre a existência ou não de violações de direitos humanos. Assim que a decisão é tomada, o texto da mesma é transmitido às partes simultaneamente, dando fim ao processo. Todas as decisões de mérito e de inadmissibilidade são posteriormente publicadas no sítio virtual do Escritório do Alto Comissário para Direitos Humanos das Nações Unidas. Vale ressaltar que não há possibilidade de recurso da decisão de mérito do comitê.

Nas decisões em que o comitê decidir que houve violação, esse mesmo órgão intima o Estado a enviar, dentro de um determinado prazo¹⁰⁰, informações sobre as medidas tomadas para dar efetividade à decisão. O comitê normalmente indica ao Estado qual é o remédio apropriado para o

caso (pagamento de compensação, soltura da prisão etc.)¹⁰¹. O comitê também escolhe um de seus membros para ser um “relator especial”, que cuida de acompanhar as ações a serem tomadas pelo Estado em respeito à decisão tomada no caso (o chamado *follow-up* das decisões). Pode-se apontar para a mesma função também, em vez de um relator, um “grupo de trabalho” específico, a critério do comitê. O relator ou o grupo de trabalho examina as medidas cabíveis, podendo enviar pedidos específicos ao Estado ou se reunir com representantes do Estado e discutir as ações a serem tomadas. Como regra geral, tais medidas são descritas e publicizadas pelo relator/grupo de trabalho no relatório anual sobre cumprimento de decisões¹⁰².

Os comitês têm interpretado os tratados de forma a aproximar o procedimento das comunicações de um procedimento tipicamente judicial, decidindo, por exemplo, que a ausência de provisão expressa afirmando que suas decisões são “vinculantes” não significa que um Estado pode livremente decidir se as acata ou não¹⁰³; em outras palavras, implementar as decisões e os remédios indicados é respeitar as obrigações assumidas no momento da ratificação dos tratados¹⁰⁴. Entretanto, os tratados e regras de procedimento são todos comedidos sobre os efeitos legais das decisões dos comitês, os remédios determinados para reparar a violação, a natureza jurídica destes em relação aos Estados e as possíveis sanções por descumprimento de decisão. E mais: se em outras instâncias de direitos humanos o acompanhamento da aplicação das decisões não é feito pelo órgão que as emitiu, mas por um órgão político à parte (como no sistema europeu de direitos humanos), no sistema ONU os próprios comitês, na ausência de tal órgão, ficam responsáveis pelo *follow-up* supramencionado, o que contribui para que Estados simplesmente ignorem as decisões dos comitês¹⁰⁵.

6. OS LIMITES DA ATUAÇÃO DOS COMITÊS

James Crawford¹⁰⁶ faz um balanço positivo, mas ponderado, dos trabalhos dos comitês e órgãos do sistema ONU de proteção dos direitos humanos:

... os órgãos dos tratados desenvolveram e consolidaram métodos de análise de relatórios; criaram e desenvolveram a instituição de comentários gerais; desenvolveram formas de coordenação entre eles e (de forma reduzida) com outras instituições de direitos humanos, especialmente o Alto Comissário para Direitos Humanos da ONU; envolveram cada vez mais organizações não governamentais em seus trabalhos; e, de uma forma geral, souberam manter em dia uma carga de trabalho cada vez maior. Se o sistema está em dificuldade, é em grande parte devido ao seu sucesso em atrair a participação e o envolvimento dos Estados e de outros órgãos. Mas o fato é que o sistema está em dificuldade, uma dificuldade caracterizada por alguns como crise.

Os trabalhos dos comitês sem dúvida contribuíram para mudar uma certa percepção de soberania: se há cinquenta anos os Estados viam as atividades do CtDH como absurdas e impraticáveis, verdadeiras ameaças à soberania dos países, hoje elas passaram a ser, até certo ponto, parte da rotina das burocracias estatais. Por outro lado, as atividades dos comitês não contribuíram tanto para a eficácia e implementação dos tratados nem deram fim às violações sistemáticas de direitos humanos¹⁰⁷.

Essa “crise” e suas implicações em relação à eficácia dos direitos humanos pode ser constatada, por exemplo, pelo fato de o número de casos analisados pelos comitês ser absolutamente irrisório em face da totalidade de violações de direitos humanos¹⁰⁸, ou ainda em face da baixa eficácia das decisões de mérito dos comitês, mais bem explicitada no gráfico a seguir:

Fonte: OSJI, 2010, p. 27, 121. Elaboração própria.

Quanto ao número pequeno de casos, parte disso ocorre porque os procedimentos de comunicações individuais são pouco conhecidos, o que poderia ser resolvido com maior divulgação da existência dos mecanismos internacionais de tutela dos direitos humanos. Todavia, mesmo se houvesse êxito em atingir as bases nacionais dos Estados-partes, um outro problema inviabilizaria as atividades dos comitês: em sua atual estrutura e configuração, eles não são capazes de analisar um número de casos minimamente relevante, e não dariam conta das demandas¹⁰⁹. Esse mesmo problema de limitações estruturais é tido como uma das principais causas

também para a baixa eficácia das decisões demonstrada no gráfico, ao lado da natureza “quase judicial” dos procedimentos¹¹⁰.

Em relação a esse último ponto, como já colocado, diferentemente dos sistemas interamericano e europeu, não há no sistema da ONU decisões de natureza judicial¹¹¹. A própria linguagem usada nas normas dos tratados e protocolos facultativos não é própria de órgãos judiciais: os comitês fazem “recomendações” e “comentários” e dão “sugestões” aos Estados no procedimento de análise dos relatórios dos Estados-parte dos tratados¹¹². As decisões das comunicações são chamadas de *ditames* (como no caso do CtDH), e não *sentenças* ou *decisões* judiciais¹¹³. Somam-se às críticas apontadas por Crawford as que fizemos em relação às decisões de mérito dos comitês e a fragilidade dos procedimentos de implementação destas decisões (*follow-up*)¹¹⁴.

A consolidação das instituições de proteção dos direitos humanos, sobretudo no sistema europeu, deu-se pela ênfase no fortalecimento dos procedimentos de solução de controvérsias acessíveis por indivíduos. Além disso, as instituições mantiveram certa posição centralizadora, ao passo que no âmbito da ONU, com a proliferação de tratados, comitês e procedimentos, a fragmentação enfraqueceu o sistema e ocasionou problemas enormes de coordenação entre os trabalhos dos diferentes órgãos¹¹⁵.

Diante desse quadro, Manfred Nowak afirma ser necessária a revisão do caráter “quase judicial” do sistema de petições como ponto de partida para a resolução dos problemas apontados¹¹⁶, propondo sua substituição por uma Corte Internacional de Direitos Humanos, a ser criada através de um estatuto facultativo, o que evitaria a necessidade de alterações em cada um dos tratados sobre os procedimentos de comunicações individuais.

Dessa maneira, os Estados poderiam, no momento da ratificação, optar pelos tratados que desejassem vincular à jurisdição da Corte. Dessa forma, a Corte assumiria gradativamente o papel dos comitês no julgamento de violações dos tratados.

Nos tratados de direitos humanos as normas são comumente descritas de forma geral, cabendo à função de adjudicação dos comitês dar sentido e limites a elas, além de expandir as obrigações dos estados de respeitá-las,

protegê-las e promovê-las¹¹⁷. Com a função jurisdicional sendo desempenhada por uma Corte, os comitês poderiam focar suas atividades mais na análise de relatórios estatais e na publicação de comentários gerais, contribuindo para maior efetividade do sistema como um todo¹¹⁸.

Mais afeitos à realidade local, os sistemas regionais criaram novas gramáticas de direitos humanos, o que cumpre um papel importante na tensão existente entre valores culturais particulares e os direitos humanos universais. Em vez de suplantá-los, uma Corte Mundial como a proposta por Nowak trabalharia em complementaridade com os sistemas regionais e criaria a possibilidade de reclamações internacionais em porções do globo que não contam com sistemas regionais judiciais ou quase judiciais existentes ou mesmo incipientes, como na Ásia.

Ainda é incerto, porém, se a proposta de Nowak avançará na realidade prática e ideológica dos direitos humanos internacionais. De todo modo, considerando que o grau limitado de “eficácia reforçada”¹¹⁹ dos comitês de fato acarreta uma redução de eficácia social dos direitos humanos, uma maior efetivação desses direitos certamente dependerá, *também*, de novos arranjos institucionais que aumentem esse grau.

¹ Bacharel em Direito pela UFMG. Mestrando em Direito pela UFMG.

² Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A(III), *U.N. Doc.A/810* (1948), p. 71-79.

³ “O resultado desse processo legiferante é um maciço código internacional de direitos humanos (...) [que] tem humanizado o direito internacional contemporâneo...”. BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. In: CANÇADO TRINDADE, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI. Sobre o processo de humanização do direito internacional contemporâneo, ver, *passim*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴ Para aprofundamento sobre o tema, recomendamos as obras que serviram de base para o presente estudo: BENNINGER-BUDEL, Carin; GYORKI, Linda; JOSEPH, Sarah;

MITCHELL, Katie. *Seeking Remedies for Torture Victims: A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies*. OMCT Handbook Series v. 4. Geneva: World Organisation Against Torture, 2006; e JOSEPH, Sarah; SCHULTZ, Jenny; CASTAN, Melissa. *The International Covenant On Civil And Political Rights: Cases, Materials, And Commentaries*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.

[5](#) Adotado em 21-12-1965. Entrada em vigor em 21-1-1969. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, G.A. res. 2106 (XX), Annex, 20 UN GAOR Supp. (Nº 14), p. 47, U.N. Doc. A/6014 (1966), 660 U.N.T.S. 195.

[6](#) Adotado em 16-12-1966. Entrada em vigor em -3-1-1976. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N.GAOR Supp. (Nº 16), p. 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3.

[7](#) O PF do PIDESC foi adotado pela Res. A/RES/63/117 da Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 2008, e aberto à assinatura e ratificação em 2009, devendo entrar em vigor apenas após a décima ratificação, nos termos do seu art. 18, § 1º (no momento, houve apenas três ratificações).

[8](#) Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. res.A/RES/63/117. Disponível em: http://www2.ohchr.org/english/law/docs/A.RES.63.117_en.pdf. Último acesso em: 5 maio 2009.

[9](#) Adotado em 16-12-1966. Entrada em vigor em 23-3-1976. International Covenant on Civil and Political Rights, G. A. res. 2200A (XXI), 21 U. N. GAOR Supp. (Nº 16), p. 52, U. N. Doc.A/6316 (1966), 999 U. N. T. S. 171.

[10](#) Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, G. A. res. 2200A (XXI), 21 U. N. GAOR Supp. (Nº 16), p. 59, U. N. Doc. A/6316 (1966), 999 U. N. T. S. 302.

[11](#) Adotado em 18-12-1979. Entrada em vigor em 3-9-1981. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, G. A. res. 34/180, 34 U. N. GAOR Supp. (Nº 46) at 193, U. N. Doc.A/34/46.

[12](#) Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women, G. A. res. 54/4, annex, 54 U. N. GAOR Supp. (Nº 49), p. 5, U. N. Doc. A/54/49 (Vol. I) (2000).

[13](#) Adotado em 10-12-1984. Entrada em vigor em 26-7-1987. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G. A. res. 39/46, annex, 39 U. N. GAOR Supp. (Nº 51), p. 197, U. N. Doc. A/39/51 (1984).

[14](#) Adotado em 20-11-1989. Entrada em vigor em 2-9-1990. Convention on the Rights of the Child, G. A. res. 44/25, annex, 44 U. N. GAOR Supp. (Nº 49), p. 167, U. N. Doc. A/44/49 (1989).

[15](#) Adotado em 18-12-1990. Entrada em vigor em 1º-7-2003. G. A. res. 45/158, annex, 45 U. N. GAOR Supp. (Nº 49A), p. 262, U. N. Doc. A/45/49 (1990).

[16](#) Adotado em 13-12-2006. Entrada em vigor em 3-5-2008. G. A. Res. A/RES/61/106, U. N. Doc. A/61/611 (2008).

17 Adotado em 13-12-2006. Entrada em vigor em 3-5-2008. G. A. Res. A/RES/61/106, U. N. Doc. A/61/611 (2008).

18 CtDR, CtDH, CtDESC e CtDC têm 18 membros cada; CtCT e CtTM, 10 membros; CtDM, 23 membros; e, finalmente, o CtPD, inicialmente com 12 membros, com previsão de aumento para 18 membros após a sexagésima ratificação.

19 Apesar disso, muitos membros na história do comitê desempenhavam simultaneamente cargos em seus próprios Estados. Cf. STEINER, Henry J. Individual claims in a world of massive violations: what role for the Human Rights Committee? In: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James (eds.). *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 28.

20 CCT, art. 17, §§ 1 a 5; CEDR, art. 8, §§ 1 a 5; CEDM, art. 17, §§ 1 a 5; CDC, art. 43, §§ 1 a 6; PIDCP, arts. 28 a 32; CTM, art. 72 § 2 a, b, §§ 3, 4, 5, a, c; CPD, art. 34. O PIDESC arrolou algumas responsabilidades de monitoramento ao Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC) na sua parte IV. Posteriormente, o ECOSOC — na Resolução 1985/17 de 28-5-1985 — Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/E/ECOSOC/resolutions/E-RES-1985-17.doc> — criou o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com regras semelhantes de composição de membros.

21 Para breves considerações sobre a função de análise dos relatórios dos comitês, ver: O'FLAHERTY, Michael. The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies. *Human Rights Law Review*, v. 6, 2006, p.27-52.

22 Nem todos os comitês possuem competência para realizar todas essas atividades. Por razões de oportunidade e delimitação do tema, somente os procedimentos de reclamações interestatais e de comunicações individuais serão abordados neste estudo, com clara ênfase nos segundos, pelas razões colocadas ao final do tópico 3.

23 PIDCP, art.41, § 1; CCT, art. 21, § 1; CTM, art.76, § 1; PF do PIDESC, art. 10, § 1. O regime da CEDR prescinde de reconhecimento de competência (ver art. 11, §§ 1-5).

24 CEDM, art. 29, § 1; CCT, art. 30, § 1; CTM, art. 92, § 1.

25 Dos comitês arrolados na tabela 1, somente o CtDC não tem competência para receber e analisar petições enviadas por indivíduos. Já o CtDESC passou a ter, em tese, competência para tanto apenas em dezembro de 2008, com a aprovação pela Assembleia Geral da ONU do PF do PIDESC — que, por outro lado, ainda não entrou em vigor (ver, também, a nota 6 *supra*).

26 Se houver motivos reais para a supressão de quaisquer dados pessoais ou outras informações, pode o comitê, de ofício ou a pedido do indivíduo, optar por não publicizá-los, por exemplo, os casos do CtDH *H. C. M. A. v. Países Baixos e R.A.V.N. e outros v. Argentina*, respectivamente, Comunicação n. 213/1986, CCPR/C/35/D/213/1986 (1989) e Comunicação n. 343/1988, CCPR/C/38/D/344/1988 (1990). Isso não quer dizer que o autor possa manter-se no anonimato; o Estado acusado sempre terá acesso aos dados pessoais da parte autora, já que não poderia investigar as alegações se desconhecesse a(s) vítima(s). Cf. BENNINGER-BUDEL, Carin; et al., op. cit., p. 55.

27 Vide item “a” do tópico 4.3.1. (d) do presente texto.

[28](#) O indivíduo não é obrigado a ter um advogado, mas pode contar com ajuda de profissionais do Direito e até mesmo escolher um advogado como seu representante perante o comitê, através de autorização por escrito. Cf. o caso do CtDH, *Sr. Singarasa v. Sri Lanka*, Comunicação n. 1033/2001, CCPR/C/81/D/1033/2001.

[29](#) Árabe e chinês, apesar de serem idiomas oficiais da ONU, não são línguas de trabalho dos comitês (com exceção do CtDM e do CtTM). RCDH, Rule 26; RCtCT, Rule 28; RCDM, Rule 26.

[30](#) RCtCT, Rule 107 (f).

[31](#) Contudo, em *Vishwadeo Gobin v. Ilhas Maurício*, Comunicação n. 787/1997, CCPR/C/72/D/787/1997 (2001), o CtDH decidiu que a comunicação era inadmissível por terem decorrido cinco anos após a violação alegada, constituindo, pois, abuso do direito de petição. Cinco membros do CtDH tiveram entendimento dissidente contrário à decisão, arguindo que ela estabelecia um limite de preclusão temporal ao Protocolo Facultativo.

[32](#) Cf. RCDH, Rule 86; RCtCT, Rule 99; RCDR, Rule 84.

[33](#) Cf. RCDH, Rule 92; RCtCT, Rule 108; RCDR, Rule 94, § 3; art. 5 do PF do PIDESC; art. 4 do PF à CPD. No regime do PF do PIDESC, além das medidas interinas há, ainda, a previsão de “medidas de proteção”, que devem ser tomadas para garantir que o autor de uma comunicação não seja maltratado ou intimidado por ter acionado o comitê (cf. art. 13).

[34](#) PASQUALUCCI, Jo M. Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization. 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1, 2005, p. 48-49.

[35](#) BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 97-98.

[36](#) Decisão do CtDH em *Piandong v. Filipinas*, Comunicação n. 869/1999, CCPR/70/D/869/1999.

[37](#) PF do PIDCP, art. 1; PF da CEDM, art. 2; CEDR, art. 14, § 1; CCT, art. 22, § 1; CTM, art. 77, § 1; art. 1, § 2 do PF do PIDESC; art. 1 do PF à CPD. O reconhecimento da competência do comitê para recebimento de petições individuais se dá pela ratificação de um protocolo facultativo, como nos casos referentes ao PIDCP, à CEDM, ao PIDESC e à CPD, e por declaração positiva em relação aos demais.

[38](#) JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p.55-63.

[39](#) Dentre outros: *Edith Könye e Arpad Könye v. Hungria*, Comunicação n. 520/1992, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994); *K.L.B.W. v. Australia*, Comunicação n. 499/1992, CCPR/C/47/D/499/1992/Rev. 1 (1993); *A.S. e L.S. v. Australia*, Comunicação n. 490/1992, CCPR/C/47/D/490/1992 (1993); *Perera v. Australia*, Comunicação n. 536/1993, CCPR/C/53/D/536/1993 (1995); *Kurowski v. Polónia*, Comunicação n. 872/1999, CCPR/C/77/D/872/1999 (2003). Este entendimento foi questionado uma única vez em toda a jurisprudência dos comitês, pela voz dissidente do Senhor Pokar, então membro do CtDH, no caso *Aduayom e outros v. Togo*, Comunicações n. 422/1990, 423/1990 e 424/1990, CCPR/C/51/D/422/1990, CCPR/C/51/D/423/1990 e CCPR/C/51/D/424/1996. Pokar argumentou basicamente que o CtDH seria competente para examinar comunicações desde que o PF do PIDCP estivesse em vigor,

independentemente de a violação alegada ter ocorrido no intervalo entre a entrada em vigor do Pacto e a entrada em vigor do PF.

[40](#) *Lovelace v. Canadá* (24/77), Comunicação n. 24/1977, CCPR/C/OP/1, p. 10 (1984); *Gueye e outros v. França*, Comunicação n. 196/1983, Supp. n. 40 (A/44/40), p. 189 (1989); *Kulomin v. Hungria*, Comunicação n. 521/1992, CCPR/C/50/D/521/1992. Ver, também, a previsão expressa no art. 3, § 2, *b*, do PF do PIDESC.

[41](#) No caso *Edith Könye e Arpad Könye vs. Hungria*, já citado, o CtDH entendeu que violação continuada pressupõe uma “reafirmação (...) das violações anteriores” (§ 6.4), o que é deveras subjetivo. A Sra. Chirstine Chanet discordou do entendimento do comitê no caso e, além disso, lançou graves questionamentos sobre as reais razões dos votos dos colegas de comitê: “... ao examinar uma comunicação (...), o Comitê deve somente basear suas decisões nos princípios jurídicos contidos nas disposições do Pacto e não em considerações de ordem política, (...) nem com o temor de receber um número infinito de comunicações provenientes dos países que tenham mudado de sistema de governo”. De fato, a questão da violação continuada é nebulosa na jurisprudência do CtDH. Em *J. L. v. Austrália*, Comunicação n. 491/1992, U. N. Doc. CCPR/C/45/D/491/1992 (1992), o autor não pagou a anuidade cobrada para renovar sua habilitação de advogado e posteriormente teve sua licença cassada por decisão em processo judicial, que, contudo, correu antes da entrada em vigor do PF para a Austrália. J. L. alegou violação do artigo 14 do Pacto — pois não teve acesso a um tribunal independente e imparcial —, e que a petição seria admissível *ratione temporis* porque a sentença, apesar de dada antes da entrada em vigor do PF, produzia efeitos contra ele até o presente momento, o que foi acatado pelo CtDH. Lado outro, em *Kurowski v. Polônia*, Comunicação n. 872/1999, U. N. Doc. CCPR/C/77/D/872/1999 (2003), o autor foi demitido de seu emprego público e alegou ter sido vítima de perseguição política; o CtDH julgou o caso inadmissível, pois a demissão foi anterior à entrada em vigor do PF do PIDCP e os efeitos continuados no tempo não teriam sido suficientemente demonstrados. Para explicitar ainda mais a ausência de padrão na jurisprudência do CtDH, em *Aduayom e outros v. Togo* (*supra* cit., nota 34), um caso de fatos praticamente idênticos a *Kurowski v. Polônia*, o CtDH decidiu pela condenação do Estado. Cf. JOSEPH, Sarah et al., *op. cit.*, p.58-64.

[42](#) Ver, por exemplo, a *Rule 12(b)(6)* do *United States’ Federal Rules of Civil Procedure*. FURROW, Timothy G. Canada Challenged As A Human Rights Leader: The Human Rights Committee’s Decision. In Waldman. *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 11, primavera de 2001, p. 238.

[43](#) No Brasil, temos a chamada “possibilidade jurídica do pedido”, concebida como uma das “condições da ação” pelo processualista italiano Enrico Tulio Liebman. Alfredo Buzaid, seu seguidor e autor do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, tratou de introduzir o instituto no nosso direito. Sobre o assunto, nos diz Marinoni que, “quando o ordenamento jurídico exclui a possibilidade do pedido, não há como o juiz apreciar o pedido formulado pela parte”, mencionando o exemplo de praxe da “hipótese de alguém pedir divórcio em país cujo ordenamento jurídico não o contemple”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz (colaborador). *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68. O autor nos lembra

que o próprio Liebman, a partir da 3ª edição de seu *Manuale*, abandonou a possibilidade jurídica do pedido. Id., p. 69.

[44](#) *O. J. v. Finlândia*, Comunicação n. 419/1990, CCPR/C/40/D/419/1990.

[45](#) GANDHI, P. R. *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication* — law and procedure. Ashgate: Dartmouth, 1998. p. 173; FURROW, Timothy G., op. cit., p. 238.

[46](#) No caso *Kuok Koi v. Portugal*, Comunicação n. 925/2000, CCPR/C/73/D/925/2000, o CtDH decidiu que a ratificação do PIDCP e de seu PF por parte do Estado português abarcaria também o território de Macau, enquanto estivesse sob administração portuguesa (§ 6.3). Macau foi devolvido à China em 1999.

[47](#) HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment n. 31 on Article 2 of the Covenant: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (2004), CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6, § 10.

[48](#) O CtCT, por exemplo, expressou que atividades de inteligência (como, por exemplo, investigações ou interrogatórios), independente do local em que são empreendidas, ensejam responsabilidade internacional do Estado-parte. Cf. Concluding Observations on the U.S., UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 (2006), § 17. No mesmo sentido, o CtDH em *Montero v. Uruguay*, Comunicação n. 106/1981, Supp. n. 40 (A/38/40), p. 186.

[49](#) *Massiotti e Baristussio v. Uruguai*, Comunicação n. 25/1978, Supp. n. 40 (A/37/40), p. 187. A violação pode ocorrer mesmo estando a vítima fora do país, como em *Daniel Munguya Mbenge v. Zaire*, Comunicação n. 16/1977, Supp. n. 40 (A/38/40), p. 134 (réu julgado *in absentia*).

[50](#) Cf. Registry of the ICJ. *The International Court of Justice*. 5th ed. The Hague: ICJ, 2004, p. 36.

[51](#) PF do PIDCP, art. 1; PF da CEDM, art. 1; CEDR, art. 14, § 1; CCT, art. 22, § 1; CTM, art. 77, § 1; PF do PIDESC, art. 2; PF à CPD, arst. 1 e 2.

[52](#) Cf. *Coordinamento v. Itália*, Comunicação n. 163/1984, CCPR/C/OP/2, p. 47. Contudo, é possível que ONGs prestem assistência ou auxiliem os autores nos processos, como ocorrido em *Acuña Inostroza e outros v. Chile*, Comunicação n. 717/1996, CCPR/C/66/D/717/1996. Diferentemente do procedimento do CtDH, a CEDR estabelece, em seu artigo 14, § 1, que “indivíduos e grupos de indivíduos sob sua jurisdição” (*grifos nossos*) podem enviar comunicações.

[53](#) *Eduardo Mariategui e outros v. Argentina*, Comunicação n. 1371/2005, CCPR/C/84/D/1371/2005, § 4.3.

[54](#) *J. R. T. e o partido W. G. v. Canadá*, Comunicação n. 104/1981, Supp. n. 40 (A/38/40), p. 231; JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 68. Mesmo não sendo um partido formalmente constituído, a exemplo do Partido Comunista Revolucionário (PCR) no Brasil, o W. G. não poderia ser considerado um indivíduo perante o CtDH.

[55](#) É ver, e.g., o art. 2 do PF do PIDESC.

[56](#) *Bernard Ominayak e outros v. Canadá*, Comunicação n. 167/1984, CPR/C/38/D/167/1984, § 32.1. Em *E.W. e outros v. Países Baixos*, Comunicação n. 429/1990, CCPR/C/47/D/429/1990 (1993), o CtDH decidiu que não há

limite para o número de peticionários em um mesmo caso (§ 6.3). JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 70.

[57](#) Decisões do CtDH em: *Bernard Ominayak e outros v. Canadá*, supra cit.; *Antonio Hom v. Filipinas*, Comunicação n. 1169/2003, CCPR/C/78/D/1169/2003.

[58](#) HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment 15, The position of aliens under the Covenant (1986), *U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1* (1994), p. 18.

[59](#) No caso *Ponsamy Poongavanam v. Ilhas Maurício*, Comunicação n. 567/1993, CCPR/C/51/D/567/1993, o autor, que havia sido julgado e sentenciado à morte por uma corte nacional composta de nove juízes, por unanimidade, alegou que a legislação interna que determinava que a corte seria composta por “nove homens” era discriminatória com as mulheres, sendo, pois, uma violação de assertivas do Pacto. O Comitê decidiu que o caso era inadmissível, pois o autor não demonstrou como o fato de as mulheres estarem excluídas da magistratura poderia prejudicá-lo no gozo dos seus direitos individuais, não sendo considerado “vítima” no sentido do artigo primeiro do PF.

[60](#) *Toonen v. Austrália*, Comunicação n. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.

[61](#) Uma relação de parentesco próxima geralmente é o suficiente. Em *Daniel Munguya Mbenge v. Zaire*, supra cit. nota 44, o CtDH aceitou que o autor representasse seus parentes, mas não o seu motorista ou o seu farmacêutico. BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 57. Ao saírem de tal situação, as vítimas devem expressar seu consentimento em seguida para o prosseguimento do processo. V. caso do CtDH, *Mpandanjila et al v. Zaire*, Comunicação n. 138/1983, Supp. n. 40 (A/41/40), p. 121. BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 57; JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 73.

[62](#) Decisão do CtDH em *Arenz v. Alemanha*, Comunicação n. 1138/2002, CCPR/C/80/D/1138/2002; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 57.

[63](#) *Wallen v. Trinidad e Tobago*(576/94), Comunicações n. 576/1994, CCPR/C/53/D/576/1994, § 6.2; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 57.

[64](#) PF do PIDESC, art. 4.

[65](#) Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001), *A/CN.4/L.602/Rev.1*, Art. 7; *Sarma v. Sri Lanka*, Comunicação n. 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000, § 9.2; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 63-64.

[66](#) JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 92.

[67](#) BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 64.

[68](#) Por exemplo, no caso de particulares que servem ao Estado através de contratos para serviços militares. Cf. Concluding Observations on the U.S.(2006), *CCPR/C/USA/CO/3*, § 13; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 64.

[69](#) Caso *H.d.P v. Países Baixos*, Comunicação n. 217/1986 (24 March 1988), CCPR/C/OP/1 p. 70, § 3.2; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 64.

[70](#) Exemplo disso é o chamado *non-refoulement*, segundo o qual deportar alguém, colocando-o em risco evidente de tortura ou tratamento cruel etc., configura violação dos artigos 7 do PIDCP e 3 da CCT.

[71](#) E também nos procedimentos de comunicação individual que estudamos: CEDR, art. 14, § 7; PF do PIDCP, art. 5, § 2; CCT, art. 22, § 5; PF da CEDM, art. 4, § 1; CTM, art. 77, § 3, *b*; PF do PIDESC, art. 3, § 1; PF à CPD, art. 2.

[72](#) ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 148-149.

[73](#) *B.d.B v. Países Baixos*, Comunicação n. 273/1988, CCPR/C/35/D/273/1988, § 6.3; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 66.

[74](#) Se a violação alegada é demasiado grave, como, por exemplo, uma violação do direito à vida, medidas administrativas ou disciplinares são inadequadas ou ineficazes. Cf. *Vicente e outros v. Colômbia*, Comunicação n. 612/1995, CCPR/C/56/D/612/1995.

[75](#) Em *Singarasa v. Sri Lanka* (*supra* cit., nota 23) o CtDH entendeu que o fato de a parte não ter buscado o recurso administrativo de perdão presidencial não impedia a admissibilidade do caso. BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 65.

[76](#) Decisão do CtDR no caso *C. P. e seu filho M. P. v. Dinamarca*, Comunicação n. 5/1994, CERD/C/46/D/5/1994. A única exceção aceita é no caso de o advogado ter sido altamente negligente com o seu cliente, não o informando sobre o andamento do processo ou sobre possíveis recursos, como decidido pelo CtDH em *Griffin v. Espanha*, Comunicação n. 493/1992, CCPR/C/53/D/493/1992. Alegações de desconhecimento do prazo ou da lei também não são aceitas (ver *Dusan Soltés v. República Tcheca*, Comunicações n. 1034/2001 e 1035/2001, CCPR/C/85/D/1034/2001 e CCPR/C/85/D/1035/2001). Ver, também, BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 67.

[77](#) *J.R.T. e o Partido W. G. v. Canadá*, *supra* cit., nota 50; *Mpandanjila e outros v. Zaire*, *supra* cit., nota 56. BENNINGER-BUDEL, Carin; et al., op. cit., p. 67.

[78](#) É ver, *e.g.*, o art. 3, § 1, do PF do PIDESC.

[79](#) *H. S. v. França*, Comunicação n. 184/1984, CCPR/C/OP/1, p. 56. BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 70.

[80](#) *R.L. e outros v. Canadá*, Comunicação n. 358/1989, CCPR/C/43/D/358/1989. BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 70.

[81](#) Decisão do CtDH em *Fillastre e Bizoarn v. Bolívia*, Comunicação n. 336/1988, CCPR/C/43/D/336/1988, § 5.2. Na mesma linha, entendimento do CtCT em *V. N. I. M. v. Canadá*, CAT/C/29/D/119/1998 (2002), § 6.2. Ver, também: BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 70.

[82](#) *Henry v. Jamaica*, Comunicação n. 230/1987, CCPR/C/43/D/230/1987 (1991), § 7.3. A vítima deve, contudo, ter buscado sem sucesso a assistência judicial (*G.T. v. Canadá*, Comunicação n. 420/1990, CCPR/C/46/D/420/1990, § 6.3). No mesmo esqueleto, se as despesas com os recursos internos forem muito altas, mas a parte puder arcar com elas, deve fazê-lo, sob pena de inadmissibilidade da comunicação (*R.W. v. Jamaica*, Comunicação n. 340/1988, CCPR/C/45/D/340/1988, § 6.2). BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 68-70.

[83](#) CCT, art. 22, § 5; PF da CEDM, art. 4, § 1; CTM, art. 7, § 3, *b*. Esta exceção foi recepcionada jurisprudencialmente pelos demais comitês (CtDH e CtDR). Ver os casos

citados nas notas seguintes.

[84](#) *Kaaber v. Islândia*, Comunicação n. 674/1995, CCPR/C/58/D/674/1995. Esta ausência objetiva de possibilidade de sucesso ou amparo com o recurso de direito interno é muito difícil de ser apurada no caso concreto, estando sempre sob o risco de ser encarada de maneira subjetiva pelos comitês: no caso *P. M. P. K v. Suécia*, Comunicação n. 30/1995, CAT/C/15/D/30/1995 (1995), a autora havia tentado asilo político na Suécia por duas vezes, e considerou que uma terceira tentativa seria inútil. Somente 5% dos pedidos eram aceitos. Ainda assim, o CtCT decidiu que não poderia concluir que uma terceira tentativa seria inútil. BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 67-69.

[85](#) BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 68.

[86](#) JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p.1 20-122; *Pratt e Morgan v. Jamaica*, Comunicações n. 210/1986 e 225/1987, U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/44/40) (1989) p. 222; *Robert Faurisson v. França*, Comunicação n. 550/1993, CCPR/C/58/D/550/1993. Se o precedente da instância superior for considerado um precedente fraco, i.e., que tenha sido decidido por maioria com número considerável de votos contrários ou que não represente posição consolidada sobre a aplicação da lei, a regra do esgotamento dos recursos permitidos pelo direito interno se mantém. Ver decisão do CtDR em *Barbaro v. Austrália*, Comunicação n. 7/1995, CERD/C/51/D/7/1995 (1997), § 10.5; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 67-69.

[87](#) Com exceção do procedimento perante o CtDR, que não tem nenhuma regra restritiva nesse sentido.

[88](#) Casos *L. E. S. K. v. Países Baixos*, Comunicação n. 381/1989, CCPR/C/45/D/381/1989, e *Wright v. Jamaica*, Comunicação n. 459/1991, CCPR/C/55/D/459/1991. JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 97.

[89](#) Caso *Víctor Alfredo Polay Campos, cônjuge da autora (Rosa Espinoza de Polay) v. Peru*, Comunicação n. 577/1994, CCPR/C/61/D/577/1994. JOSEPH, p. 98-99.

[90](#) Como os procedimentos dos órgãos dos sistemas regionais de direitos humanos (europeu, africano ou interamericano) e dos demais comitês da ONU. Cf. BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 72. Nowak apregoa ainda que procedimentos perante o artigo 26 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ou ainda o procedimento especial do Comitê de Livre Associação da OIT (*International Labour Organisation's Committee on Freedom of Association* — CLA), podem ensejar inadmissibilidade. NOWAK, Manfred. *U. N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. 2nd ver. ed. Kehl am. Rhein: Engel, 2005, p. 879. Neste espeque, ver o caso da CLA, *Canadian Labor Congress v. Canadá*, n. 893/1980, e o caso análogo (do CtDH), *JB v. Canadá*, Comunicação n. 118/1982, U. N. Doc. Supp. n. 40 (A/41/40) (1986), p. 151. Cf. SHANY, *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. New York: Oxford University Press Inc., 2003. p. 49. Não são considerados análogos: o extinto procedimento da Resolução 1.503 da ECOSOC (ver caso *A v. S*, Comunicação n. 1/1976, CCPR/C/OP/I, p. 3) e estudos ou investigações feitas por organizações intergovernamentais ou ONGs (ver casos *Baboeram e outros v. Suriname*,

Comunicações n. 146/1983 e 148 a 154/1983, *Supp. n. 40 (A/40/40)*, p. 187; BENNINGER-BUDEL, Carin et al., op. cit., p. 72).

[91](#) Comunicação n. 75/1980, *Supp. n. 40 (A/38/40)*, p. 160.

[92](#) Decisões do CtDH em *Blom v. Suécia*, Comunicação n. 191/1985, U. N. Doc. *Supp. n. 40 (A/43/40)*(1988) p. 211, § 7.2; *Sánchez López v. Espanha*, Comunicação n. 777/1997, CCPR/C/67/D/777/1997 (1999); JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 99-100.

[93](#) GANDHI, op. cit., p. 228. Citado por JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 100. É possível que o mesmo ocorra com o PF do PIDESC, que deverá ser aberto para assinaturas e ratificações neste ano.

[94](#) Caso *Weiss v. Áustria*, Comunicação n. 1086/2002, CCPR/C/77/D/1086/2002 (2003), § 8.3.

[95](#) Decisões do CtDH em *Casanovas v. França*, Comunicação n. 441/1990, CCPR/C/51/D/441/1990 (1994); *Karakurt v. Áustria*, Comunicação n. 965/2000, CCPR/C/74/D/965/2000 (2002); JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 101-102.

[96](#) Daí a diferença dos ditames do comitê nos casos *Casanovas v. França* (*supra* cit.) e *V. E. M. v. Espanha*, Comunicação n. 467/1991, CCPR/C/48/D/467/1991 (1993). Cf. JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 104.

[97](#) *V.o. v. Noruega*, Comunicação n. 168/1984, CCPR/C/OP/1 (1984), p. 48; *Linderholm v. Croácia*, Comunicação n. 744/1997, CCPR/C/66/C/744/1997 (1999); JOSEPH, Sarah et al., op. cit., p. 100-101.

[98](#) CCT, art. 22, § 5, *a*, PF da CEDM, art. 4, § 2, *a*, CTM: 77, § 3, *a*; PF à CPD, e art. 2, *c*. O dispositivo do PF da CEDM e do PF à CPD traz ainda uma regra adicional que veda o exame de assunto que já tiver sido examinado anteriormente pelo CtDM.

[99](#) RCDH, Rule 99, § 4.

[100](#) Seis meses para o procedimento do CtDM (Regra 73, § 1, das Regras de Procedimento do CtDM; art. 7 do PF da CEDM), para o procedimento do CtDH (PF do PIDCP, art. 4, § 2), para o procedimento do CtTM (art. 77, § 4, da CTM) e para o procedimento do CtDESC (PF do PIDESC, art. 9, § 2); 90 dias para o procedimento do CCT (Regra 112, § 5, das Regras de Procedimento do CCT). O CtTM, é importante lembrar, ainda não adotou regras de procedimento porque seu procedimento de comunicações individuais não entrou em vigor e aguarda o número mínimo de ratificações.

[101](#) Essas medidas são apontadas diretamente para o Estado-parte, e não para órgãos específicos deste Estado, o que contribui para não se criar uma ligação orgânica entre o Estado e o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Cf. STEINER, Henry J., op. cit., p. 28, 30.

[102](#) R CtDH, Rule 101; RCtCT, Rule 114; RCDM, Rule 73; RDCR, Rule 95, § 5.

[103](#) STEINER, Henry J., op. cit., p. 28, 30.

[104](#) POCAR, F. Legal Value of the Human Rights Committee. *Canadian Human Rights Yearbook*, 1991-1992, p. 119. Citado por STEINER, Henry J., op. cit., p. 30.

[105](#) Até mesmo Estados tidos como defensores ferrenhos dos direitos humanos, como Nova Zelândia, Áustria e Holanda. Cfr. NOWAK, Manfred. The need for a World Court of

Human Rights, *Human Rights Law Review* — *Special Issue: Reform of the UN Human Rights Machinery*, v. 7, Issue 1, 2007, p. 254.

[106](#) CRAWFORD, James. The UN Human Rights Treaty System: a system in a crisis? In: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James (eds.). *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 3.

[107](#) STEINER, Henry J., op. cit., p. 18-19.

[108](#) Desde a década de 1970 até janeiro/fevereiro de 2008, o CtDH, o CtCT, o CtDR e o CtDM analisaram, em conjunto, 1996 casos, com apenas 777 decisões de mérito. Em comparação, como Nowak aponta (*Introduction to the International Human Rights Regime*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003. p. 100), a Corte Europeia de Direitos Humanos decide aproximadamente mil casos por ano, sendo que somente 46 Estados são parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e o regime universal de proteção dos direitos humanos conta com mais de 100 Estados-parte (cuja população somada ultrapassa largamente um bilhão de pessoas)!

[109](#) Em estimativa feita em 2000, a capacidade máxima de casos por ano que o CtDH pode analisar não ultrapassou o número de 30 (e este é o comitê que mais recebe e julga casos e o que tem Maior estrutura!). Se todos os Estados-parte tivessem um caso de violação de normas dos tratados por ano, o sistema não daria conta. CRAWFORD, James, op. cit., p. 8-9; STEINER, Henry J., op. cit., p. 33-34. Esta última assertiva continua válida para o momento atual. Sinal disso é o fato de a equipe do Escritório do Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos que cuida das petições (“Petitions Team”), em Genebra, ser absurdamente reduzida, sem comparação com a equipe de “Registry” da Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo, por exemplo. Cf. NOWAK, Manfred. The need for a World Court of Human Rights, *Human Rights Law Review* — *Special Issue: Reform of the UN Human Rights Machinery*, v. 7, Issue 1, 2007. Os limites estruturais dos comitês e dos procedimentos de solução de controvérsias a eles relacionados foram recentemente confirmados por estudo da Open Society Justice Initiative: cf. OSJI (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE). *From Judgment to Justice* — Implementing International and Regional Human Rights Decisions. New York: Open Society Foundations, 2010.

[110](#) Cf. OSJI (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE). *From Judgment to Justice* — Implementing International and Regional Human Rights Decisions. New York: Open Society Foundations, 2010.

[111](#) CRAWFORD, James, op. cit., p. 2-3.

[112](#) CEDR, art. 9 (2); PIDCP, art. 40 (4); CEDM, art. 21 (1); CCT, art. 20 (4); CEDR, art. 45 (d). Para uma crítica desta linguagem e elucidação sobre as razões políticas que motivaram seu estabelecimento, ver STEINER, Henry J., op. cit., p. 24-25.

[113](#) A Corte de Apelação da Nova Zelândia resumiu, no caso *Wellington District Legal Services Committee v. Tangiora* (1998), as razões pelas quais o CtDH não poderia ser considerado um tribunal administrativo ou instância judicial de solução de controvérsias: (a) não é chamado de Corte (como a CIJ) ou tribunal (como o Tribunal Administrativo da ONU); (b) o processo perante o comitê, demasiado exíguo, não preenche as expectativas

de um processo realmente judicial; (c) as palavras usadas no PF não são as de uma linguagem que revele uma obrigação vinculante, como é o caso de outras instâncias de solução de controvérsias internacionais. Cf. CRAWFORD, James, op. cit., p. 2-3.

[114](#) Cf. OSJI (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE). *From Judgment to Justice — Implementing International and Regional Human Rights Decisions*. New York: Open Society Foundations, 2010.

[115](#) Ibid. Sobre o problema da repetição ou duplicação dos trabalhos dos comitês (o chamado *overlapping*) em suas diferentes funções, ver: TISTOUNET, Eric. The problem of overlapping among different treaty bodies. In: ALSTON, Philip; CRAWFORD, James (eds.), op. cit., p. 383-401.

[116](#) Ibid., p. 253. Para um posicionamento distinto, ver: STEINER, Henry J., op. cit., p. 30.

[117](#) STEINER, Henry J., op. cit., p. 26-27.

[118](#) NOWAK, op. cit., p. 251-259. A proposta de Nowak prevê também a possibilidade de ratificação do estatuto por atores não estatais, como organizações internacionais (ONU, Banco Mundial, OTAN etc.) e empresas multinacionais.

[119](#) Bobbio, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

O ESTATUTO DE ROMA E A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

LUCIANA NUNES¹

RODRIGO BARBOSA PITHON²

1. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: BREVE HISTÓRIA

O Tribunal Penal Internacional (doravante *TPI*) foi criado pelo Estatuto de Roma de 1998 (doravante *Estatuto*), tratado internacional multilateral em vigor desde 1^o de julho de 2002. Embora criado recentemente, a ideia de um tribunal internacional competente para a apreciação dos crimes de maior gravidade e com jurisdição sobre indivíduos é antiga no Direito Internacional Público³.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial e dos trabalhos mais importantes dos Tribunais Militares de Nuremberg e do Extremo Oriente, a Assembleia Geral da ONU (doravante *A.G./ONU*) encarregou a Comissão de Direito Internacional da ONU (doravante *CDI/ONU*)⁴ de elaborar o Estatuto de um tribunal penal internacional (com a finalidade de materializar a norma contida no artigo VI da *Convenção sobre Genocídio*⁵), bem como de realizar estudos teóricos sobre Direito Penal Internacional, os quais resultaram nos *Princípios de Nuremberg* (considerado o primeiro estudo principiológico do Direito Penal Internacional) e num primeiro “código penal internacional”, o *Código dos Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade*. A A.G./ONU também estabeleceu uma comissão de dezessete países para

trabalhar em paralelo na criação do Estatuto de um tribunal penal internacional.

Somente em 1954, a CDI/ONU apresentou um esboço de Estatuto — fato diretamente ligado à Guerra Fria, que causou impactos políticos e diplomáticos também na ONU e na condução de diversas iniciativas⁶. Os trabalhos foram retomados apenas em 1989, após monção iniciada por Trinidad e Tobago⁷. Em 1991, esse documento foi adotado preliminarmente pela CDI/ONU e apresentado aos países da A.G./ONU. Em 1994, depois de seguidos trabalhos de revisão, a proposta concreta para a criação do Tribunal Penal Internacional foi apresentada pela CDI/ONU⁸.

No mesmo ano, a proposta foi enviada para a Assembleia Geral, que criou o *Comitê Ad Hoc para a Criação de um Tribunal Penal Internacional*⁹. Após quatro anos de discussões em diversas comissões, a Assembleia Geral decidiu reunir-se, marcando a *Conferência Diplomática das Nações Unidas para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional*, ocorrida entre 15 de junho e 17 de julho de 1998¹⁰. Foi, então, elaborado o Estatuto de Roma (doravante *Estatuto*) — instrumento fundador do Tribunal Penal Internacional.

Com sede em Haia, o Tribunal Penal Internacional é um órgão com personalidade jurídica internacional e jurisdição sobre pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, que age em complemento às jurisdições nacionais¹¹. No que tange aos seus poderes e funções, o TPI pode exercê-los no território de qualquer Estado-Parte e, nos casos de acordos especiais, no território de qualquer outro Estado¹². De forma geral, as bases processuais do Tribunal seguem os consolidados Princípios de Nuremberg¹³. Reconhece-se a responsabilidade criminal individual (de acordo com o direito internacional) para autores de crimes internacionais — como nos casos do *Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia* e do *Tribunal Penal para Ruanda* — aplicando tipos penais específicos, extraídos de normas costumeiras e de outras normas convencionais, e reconhecem-se princípios gerais de Direito Penal como reguladores de suas atividades¹⁴.

O presente estudo tem como objetivo apresentar de forma clara e sucinta: i) os elementos de jurisdição e admissibilidade adotados pelo TPI; ii) a

organização interna do Tribunal; iii) a participação ativa das vítimas e do Fundo de Amparo às Vítimas; e, finalmente, iv) o resumo do andamento dos principais casos.

2. PROCESSUALISMO E PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL

2.1. Das condições para o exercício da jurisdição

O TPI não é o primeiro tribunal penal internacional já formado, mas o primeiro criado por Estados soberanos que, por meio de um acordo internacional, aceitam submeter-se a uma jurisdição internacional. Embora sua jurisdição seja reduzida e especializada, esse órgão sinaliza uma mudança no conceito de soberania, que poderá passar a ser exercida “por procuração” por entes internacionais.

O Estatuto estabelece os parâmetros legais para o exercício da jurisdição em razão da matéria (*ratione materiae*), tempo (*ratione temporis*), lugar (*ratione loci*) e pessoal (*ratione personae*). Tais competências são reguladas pelos artigos 12 e 13 do Estatuto que dispõem, respectivamente, sobre as condições prévias e as bases para o exercício da jurisdição.

O artigo 12 (1) do Estatuto estabelece a competência *ratione materiae* do TPI, que é competente para apreciar os “crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”¹⁵. Os tipos penais estão elencados nos artigos 5 a 8, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão¹⁶. Embora os artigos apresentem definição do tipo, é sempre importante consultar o documento *Elementos dos Crimes*¹⁷, para averiguar os limites, requisitos e demais elementos constitutivos do tipo.

O Estatuto define “genocídio” como atos específicos que têm a intenção de destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Da leitura da definição do tipo e de seus atos deduzem-se dois importantes elementos: i) o autor é motivado por um *dolus specialis*, a intenção de destruir, em todo ou em parte, qualquer dos grupos supramencionados; e ii) a destruição do grupo não precisa ser consumada por meio da eliminação dos seus membros, mas pode se dar pela destruição dos diferentes elementos (éticos, morais, culturais etc.) que definem o grupo. Para fins de análise de jurisdição, o Promotor não precisa provar que os atos cometidos contra o grupo fazem

parte de um ataque generalizado, sistemático ou que sejam parte de um plano de destruição geral — embora a existência de um plano ou política nacional contribua decisivamente para a confirmação do tipo na maioria dos casos¹⁸ —, mas sim evidenciar que os autores contribuíram decisivamente nos ataques contra um dos grupos protegidos e com a intenção direta de destruí-lo.

O artigo 7 do Estatuto define como crime contra a humanidade atos cometidos como parte de um ataque generalizado e sistemático contra qualquer população civil. A leitura do *caput* do artigo apresenta limites específicos que devem ser observados pelo Promotor no momento do oferecimento da denúncia de crime contra a humanidade: o ato apreciado deve fazer parte de um conjunto de ataques sistemáticos ou generalizados (motivo) contra civis (vítimas específicas). Os ataques sistemáticos e generalizados devem ser realizados de acordo com a política de Estado ou organizacional, o que sugere que o Estatuto entende ser possível atores não estatais cometerem crimes contra a humanidade — tema de grande relevância nos dias atuais, quando células terroristas possuem aparato militar suficiente para a implementação de sua orientação ideológica. O Estatuto estabelece onze atos que são considerados crimes contra a humanidade, desenvolvimento que se deu em virtude dos avanços nos ramos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, percebe-se claramente a preocupação de tipificar como crime internacional práticas como tortura, *apartheid*, desaparecimento forçado, perseguição e diversos crimes sexuais, tais como estupro e gravidez forçada.

Uma das mais longas previsões legais do Estatuto, o artigo 8 estabelece a competência do TPI para apreciar “crimes de guerra”, quer aconteçam em conflitos armados internacionais ou não, particularmente quando cometidos como parte integrante de um plano, de uma política, ou de uma prática em larga escala desse tipo de crime. A separação entre conflitos armados internacionais e não internacionais é explícita: os artigos 8 (2) (a) e 8 (2) (b) tratam exclusivamente dos crimes de guerra cometidos em conflitos armados internacionais — criminalizando dispositivos do Direito de Genebra [artigo 8 (2) (a)] e do Direito de Haia e costumeiro [artigo 8 (2) (b)] —, enquanto os artigos 8 (2) (c) e 8 (2) (d) referem-se aos conflitos armados não internacionais. Essa separação é muito criticada, visto que os conflitos

armados pós-1990 raramente se enquadram em tais classificações. Uma vez determinada a natureza do conflito armado, o Promotor deve apresentar provas que sustentem o nexo entre o ato delituoso e o conflito armado, já que nem todos os atos listados no artigo 8 e cometidos em um país em guerra serão crimes puníveis perante o TPI, como fica evidenciado no *caput* do dispositivo legal.

No que tange à competência *ratione temporis*, o Estatuto estabelece dois diferentes mecanismos, dispostos nos artigos 11 (1) e 11 (2). O artigo 11 (1) estabelece o critério absoluto da competência do TPI, referente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, de acordo com o artigo 126 (1ª de julho de 2002), não sendo possível qualquer atividade jurisdicional retroativa. Enquanto isso, o parágrafo 2 estabelece o critério relativo, determinando que o Tribunal só atuará nos casos em que o Estado se torna parte do Estatuto após a sua entrada em vigor, com relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto relativamente ao Estado, a não ser que o mesmo tenha feito uma declaração nos termos do artigo 12, parágrafo 3, que prevê a possibilidade de, mediante declaração depositada junto ao Secretariado, consentir que o Tribunal exerça sua competência em relação ao crime em questão.

Além dos elementos relativos ao tempo e à matéria, dois outros critérios, fortemente interligados, devem ser observados: as competências *ratione loci* e *ratione personae*. Esses dois elementos encontram-se expostos no artigo 12 (2) (a) e 12 (2) (b). O TPI é competente para apreciar causas que tenham acontecido no território de pelo menos um Estado-Parte [artigo 12 (2) (a)] ou nos casos em que o agente do crime seja nacional de um Estado-Parte [artigo 12 (2) (b)].

Afora os elementos prévios para o exercício da jurisdição, o artigo 13 do Estatuto estabelece as formas como o TPI recebe a denúncia, a qual deve ser feita: (a) por qualquer Estado-Parte; (b) pelo Conselho de Segurança (doravante, *C.S./ONU*), agindo nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU; (c) pelo Promotor, nos moldes do artigo 15. Nesse momento é assegurada a participação das vítimas, que podem fazer representações perante a Câmara de Pré-Julgamento.

2.2. Do exame de admissibilidade

Após averiguada a competência jurisdicional, ocorre o exame de admissibilidade, que visa estabelecer se o caso deve ser conduzido pelo TPI. Uma vez que o TPI foi idealizado como uma corte com competência complementar à jurisdição dos Estados-Partes¹⁹ no que concerne à investigação, ao indiciamento e à punição dos autores de crimes já descritos no artigo 5 do Estatuto, ainda que o caso concreto apresente os elementos jurisdicionais supra-apresentados, o TPI deve realizar o exame de admissibilidade do caso. Os elementos deste exame encontram-se elencados nos artigos 17 e 18 do Estatuto, que tratam, respectivamente, dos elementos de admissibilidade e das decisões preliminares de admissibilidade de um caso.

O artigo 17 apresenta os elementos que tornam um caso inadmissível: a) quando o mesmo estiver sendo objeto de investigação ou processo em Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, exceto quando não esteja disposto a realizar a investigação ou não seja capaz de fazê-la; b) quando um Estado que tenha jurisdição sobre um caso já tenha realizado a investigação e decidido não promover ação penal contra o indivíduo, exceto quando o Estado não oferecer a denúncia por falta de disposição de seguir com o processo ou por impossibilidade de fazê-lo; c) quando o acusado já tiver sido processado pela conduta delituosa (princípio *non bis in idem*), salvo se comprovado que o procedimento da corte nacional foi conduzido com o intuito de livrar o acusado da responsabilidade penal por crimes de jurisdição do Tribunal ou o processo não for conduzido de forma independente ou imparcial, sem a intenção de submeter o acusado à justiça²⁰; d) quando o caso não for suficientemente grave para justificar a intervenção do Tribunal. Levando em consideração os princípios do devido processo legal reconhecidos pelo direito internacional, o TPI iniciará suas atividades caso o processo: a) seja conduzido com o propósito de subtrair o indivíduo em questão de sua responsabilidade penal; b) apresentar atraso injustificado; c) não seja conduzido de forma independente ou imparcial, e seja conduzido de forma que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de submeter o indivíduo à ação da justiça²¹.

Quando um fato for comunicado ao Tribunal por um Estado-Parte²² ou o Promotor encontrar razões para iniciar uma investigação *proprio motu*²³, este deverá notificar todos os Estados-Partes e, em especial, os Estados com

jurisdição sobre o caso. Uma vez iniciada a investigação, o Estado poderá requerer que o Promotor se abstenha de realizar uma outra investigação em favor do Estado, em consonância com o princípio da complementaridade. Caso fique comprovado que o Estado não promoveu investigações significativas, no final do prazo de seis meses, por falta de disposição ou por não poder fazê-las, poderá o Promotor rever sua posição e iniciar as suas investigações²⁴.

3. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

De acordo com o artigo 34 do Estatuto, o Tribunal Penal Internacional é composto por quatro órgãos: Presidência, Divisão Judicial (Câmaras de Julgamento), Gabinete do Promotor e Secretaria.

3.1. A Presidência e a divisão judicial

A Presidência do TPI é composta por Presidente, Primeiro e Segundo Vice-Presidentes, eleitos pela maioria absoluta dos 18 juízes que compõem o Tribunal. Cada um exercerá o respectivo cargo por três anos, podendo ser reeleitos uma vez. A Presidência é responsável pela administração do Tribunal, não se responsabilizando pelo Gabinete do Promotor.

As funções jurisdicionais do TPI são divididas em três Câmaras: Câmara de Pré-Julgamento, Câmara de Primeira Instância e Câmara de Apelação.

A Câmara de Pré-Julgamento é composta por um ou três juízes²⁵. É o órgão competente para: i) decidir se autoriza ou não qualquer investigação quando o Promotor atua *proprio motu* [artigo 15 (3)]; ii) decidir quanto à impugnação da jurisdição e admissibilidade de um caso perante o Tribunal antes da confirmação das acusações [artigo 19 (6)]; e iii) revisar a decisão do Promotor de não iniciar uma investigação ou não processar [artigo 53]. Desempenha, também, um papel importante durante as investigações preliminares quando o Promotor considera ser essa a única oportunidade de coletar evidências possivelmente indisponíveis no futuro²⁶. Cabe a ela tomar todas as medidas necessárias, mediante iniciativa do Promotor ou *ex officio*, para garantir a eficiência e a integridade dos procedimentos e proteger os direitos da Defesa [artigo 56 (1) (b) e (3) (a)]. É de sua competência, ainda, emitir ao Promotor ordens necessárias à investigação e

autorizá-lo a atuar no território de um Estado-Parte (artigo 57 (3) (a) do Estatuto).

A Câmara de Pré-Julgamento também ajuda os acusados detidos na preparação de suas defesas, além de preservar evidências, proteger vítimas, testemunhas e presos²⁷. É nessa câmara que ocorre a confirmação das acusações, depois de determinada a existência de elementos significativos da autoria dos crimes alegados. Caso os elementos apresentados sejam insuficientes, compete à Câmara de Pré-Julgamento adiar a audiência e pedir ao Promotor que apresente mais evidências, realize investigação adicional ou emende a acusação inicial (artigo 61 do Estatuto).

A Câmara de Julgamento, por sua vez, é constituída pela Presidência do TPI. Seu funcionamento se dá após decisão quanto à admissibilidade de um caso e suas atividades são realizadas por três juízes, de acordo com o artigo 39 (2) (b) (ii) do Estatuto.

É nesse momento processual que o Tribunal faz uma análise do mérito relativo à inocência ou à culpa de um acusado. Para tanto, essa Câmara deve tomar todas as medidas preventivas que assegurem o respeito aos princípios internacionais relativos ao processo penal, assim como para proteger as vítimas e as testemunhas²⁸.

Declarada a culpa de um acusado, a Câmara pode impor pena de prisão que não ultrapasse o máximo de trinta anos ou, dependendo da gravidade do delito, impor prisão perpétua²⁹. Esse órgão é também competente para determinar penas pecuniárias ou a apreensão dos produtos, bens e haveres provenientes direta ou indiretamente do crime³⁰.

Finalmente, de acordo com o artigo 39 (2) (b) (i) do Estatuto de Roma, a Câmara de Apelação é composta por todos os juízes da divisão de apelação. É o órgão especializado para receber recursos interpostos tanto pelo réu quando pelo Promotor contra decisões das Câmaras de Pré-Julgamento e de Julgamento. A interposição de recurso por uma das partes deve ser feita levando-se em consideração erros procedimentais, erros de fatos e de direito ou qualquer outro elemento que atente contra a imparcialidade ou justiça dos procedimentos ou decisões³¹.

3.2. Secretariado

O Secretariado é responsável pela administração e gerenciamento do Tribunal, sendo encarregado das finanças, dos serviços de tradução, traslado das vítimas e testemunhas, dentre outros serviços. Cabe exclusivamente ao Secretariado a responsabilidade de receber e enviar informações, visando estabelecer comunicação com os Estados e agentes da comunidade internacional.

3.3. Gabinete do Promotor

O último órgão da estrutura do TPI é chefiado por um Promotor eleito pela Assembleia de Estados-Parte.

O Promotor investigará situações que apontem indícios de consumação ou atual andamento de crimes da competência do TPI. Essa investigação pode iniciar-se tanto a pedido de um Estado-Parte, quanto a pedido do C.S./ONU ou *proprio motu*, após o recebimento de informações sobre a ocorrência de crimes de diversas fontes. Após análise detalhada das informações prestadas, o Promotor poderá pedir à Câmara de Pré-Julgamento autorização para que se inicie uma investigação³².

O Gabinete do Promotor é estruturado em três divisões, quais sejam: a Divisão de Investigações — responsável pela condução das investigações, como a coleta e exame das evidências, oitiva de acusados, vítimas e testemunhas, entre outros; a Divisão de Acusação — que exerce papel no processo investigativo, sendo responsável principalmente pela apresentação dos casos perante as Câmaras; e a Divisão de Jurisdição, Complementaridade e Cooperação, que analisa as comunicações entre os Estados e o TPI, assegurando a legalidade e legitimidade dos atos desempenhados pelo Gabinete do Promotor.

4. O PAPEL DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS

A participação das vítimas perante o TPI é uma grande inovação do Estatuto³³. Nos tribunais penais *ad hoc* criados, as vítimas eram o objeto dos procedimentos e, em muitos casos, não tinham qualquer instrumento para clamar por compensação ou restituição pelo que sofreram nas mãos dos perpetradores.

O reconhecimento do direito de participação das vítimas tem diferentes fundamentos: i) a noção ampla da importância do acesso à Justiça,

reconhecida pela ONU em documentos como os “Princípios Básicos e Diretrizes para o Direito a Remédios e Reparações para Vítimas de Violações de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário”³⁴; ii) a noção de que o interesse das vítimas pode ser diferente do interesse do Promotor ou do Estado no que tange aos procedimentos de jurisdição e admissibilidade. A participação de vítimas nos procedimentos do Tribunal pode ser vista como o reconhecimento da importância da contribuição de indivíduos que tiveram conhecimento de primeira mão da comissão dos crimes e que podem oferecer uma perspectiva humana dos eventos descritos ao longo dos procedimentos³⁵. Evidencia, também, a importância que tanto o Tribunal quanto a comunidade internacional dão ao sofrimento das vítimas, o que pode contribuir para a reconciliação de uma comunidade ou nação³⁶.

Segundo a Regra n. 85 das Regras e Procedimentos do TPI, “vítimas” são pessoas naturais que sofreram dano como resultado de qualquer crime cometido dentro da jurisdição do Tribunal, ou ainda organizações ou instituições que tenham sofrido danos diretos a alguns de seus bens que sejam dedicados à religião, educação, arte, ciência ou caridade etc. O Estatuto e as Regras e Procedimentos estabelecem três formas de participação das vítimas perante a Câmara de Pré-Julgamento: i) como representantes ou observadores, de acordo com o artigo 15 (3) e 19; ii) como participantes diretos, segundo o artigo 53 (3) e 61 do Estatuto; e, finalmente, de acordo com a Regra n. 93, iii) quando uma Câmara procura conhecer o ponto de vista das vítimas.

Os três regimes distintos conferem às vítimas participação em momentos processuais diferentes. O artigo 15 (3) do Estatuto e as Regras n. 50 (1) e (3), 92 (2) e 107 (5) das Regras e Procedimentos permitem a participação antes do início das investigações, enquanto o artigo 19 do Estatuto permite o envolvimento das vítimas quando um caso houver sido apresentado perante o Tribunal; já o artigo 61 do Estatuto confere às vítimas o direito de colaborarem no momento de confirmação das acusações. A cooperação de vítimas por meio do regime das Regras 89-91 é direcionada para os atos realizados perante a Câmara de Pré-Julgamento, diferentemente do que ocorre perante a Câmara de Julgamento, quando as vítimas têm o direito

assegurado de participarem, independentemente da existência de afetação de direito pessoal (artigo 68 (3) do Estatuto).

5. ESTUDO DE CASOS PERANTE O TPI

Atualmente, o TPI investiga situações em cinco países africanos, a saber, República Democrática do Congo, Uganda, República Central da África, Sudão (Darfur) e República do Quênia. Após autorizado pelo TPI a realizar investigações nesses países, o Promotor oferece a denúncia contra os possíveis perpetradores. No momento, o TPI já passou da fase de Pré-Julgamento e iniciou os trabalhos de julgamento dos quatro primeiros casos — apenas o referente à República do Quênia encontra-se na fase de pré-julgamento.

A presente seção apresentará brevemente os casos mais importantes dos países investigados, primando por uma análise de questões procedimentais.

5.1. República Democrática do Congo

Em 19 de abril de 2004, o Presidente da República Democrática do Congo (RDC), *Kabila*, submeteu ao Promotor do TPI pedido oficial para o início de investigações de possíveis crimes ocorridos na RDC desde a entrada em vigor do Estatuto de Roma, em 1^a de julho de 2002. Até o momento, o Promotor já ofereceu denúncia contra cinco pessoas: Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), Bosco Ntaganda (ICC-01/04-02/06) e Callixte Mbarushimana³⁷ (ICC-01/04-01/10).

O primeiro inquérito do TPI foi iniciado em 23 de junho de 2004 contra Thomas Lubanga Dyilo, acusado de crimes de guerra por recrutar crianças como soldados para seu exército. O acusado era presidente da *Union des Patriotes Congolais* (UPC) e fundador do seu braço armado, a *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC) durante o conflito étnico entre os Hema e Lendu na região de Ituri — RDC, um dos maiores produtores mundiais de ouro. Após ser derrotado por tropas de Uganda e retirar-se de Bunia (capital de Ituri), Dyilo foi preso em Kinshasa, por forças congoleesas, pelo seu envolvimento na morte de nove soldados de Bangladesh, os quais compunham as tropas de paz da ONU. Em 10 de fevereiro de 2006, a 1^a Câmara de Pré-Julgamento expediu mandado de

prisão contra Dyilo, que foi transferido para o centro de detenção do TPI em 17 de março de 2006³⁸. Em 29 de janeiro de 2007, a 1ª Câmara de Pré-Julgamento confirmou as acusações³⁹ feitas pelo Promotor, transferindo o caso para a Câmara de Julgamento, que iniciaria o julgamento em 23 de junho de 2008.

Em 13 junho de 2008, a Câmara de Julgamento interrompeu os procedimentos alegando impossibilidade de assegurar um julgamento justo, visto que o Promotor, com base no artigo 54 (3) (e), teve acesso a documentos confidenciais, que não foram apresentados para a defesa apreciar. Em julho de 2008, a Câmara ordenou a libertação de Dyilo, decisão atacada pela Câmara de Apelação que atendeu parcialmente ao pedido do Promotor, mantendo a suspensão do processo e revertendo a decisão de libertar o acusado.

O julgamento iniciou-se em 26 de janeiro de 2009. Depois de ouvidas as testemunhas e vítimas, e concluídos os trabalhos do Promotor, em 13 de julho de 2009, a Câmara suspendeu novamente o caso, considerando não ser possível garantir um julgamento justo em razão do não cumprimento das ordens do juízo pelo Promotor no que se refere à apresentação das suas fontes e informações, em caráter confidencial, para a defesa. Novamente a Câmara decidiu libertar Dyilo, fundamentada na impossibilidade de mantê-lo sob custódia preventiva, baseada na especulação de que em algum momento no futuro o processo seria reaberto. Em 16 de julho, o Promotor apelou para a Câmara de Apelação contra a decisão da Câmara de Julgamento de libertar o acusado, a qual deu provimento ao pedido, em 8 de outubro de 2010.

5.2. Uganda (ICC-02/04)

Em 16 de dezembro de 2003, o Governo de Uganda remeteu ao Promotor o caso da guerrilha *Lord's Resistance Army* (LRA)⁴⁰. Depois de minucioso exame, o Promotor iniciou investigações. Em 13 de outubro de 2005⁴¹, o Juízo de Instrução II expediu mandado de prisão contra os cinco mais importantes comandantes da LRA: Joseph Kony, Vincetn Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen. Importante salientar que nenhum dos mandados foi ainda executado.

Joseph Kony⁴², comandante da LRA, é acusado de crimes contra a humanidade (12 acusações⁴³) e crimes de guerra (21 acusações⁴⁴). Vincent Otti⁴⁵, segundo comandante e supervisor de confiança de Kony, promoveu pessoalmente ataques contra civis, no Norte de Uganda. Ele é acusado por 11 crimes contra a humanidade⁴⁶ e 21 crimes de guerra⁴⁷. Raska Lukwiya⁴⁸ era comandante das forças armadas da LRA e foi responsável pelos ataques mais violentos cometidos pela LRA durante o período investigado. Contudo, exames e testes forenses conduzidos pelo Governo de Uganda, com assistência do Gabinete do Promotor, demonstraram que Lukwiya foi morto em 12 de agosto de 2006 em um conflito armado entre a *Uganda Peoples Defense Forces* (UPDF) e a LRA. Okot Odhiambo⁴⁹ foi responsável pelo comando do mais violento dos quatro ataques da LRA e enfrenta três acusações por crimes contra a humanidade⁵⁰ e oito por crimes de guerra⁵¹. Por fim, Dominic Ongwen⁵² foi comandante de alto escalão da brigada da LRA. Ele é acusado de três crimes contra a humanidade⁵³ e quatro crimes de guerra⁵⁴. Nos relatórios elaborados no ano de 2005, reportou-se que Ongwen fora morto em combate, após um ataque contra um campo de deslocados internos. Todavia, testes de DNA comprovaram que o corpo encontrado não era o de Ongwen⁵⁵.

Em 1º de junho de 2006, a Interpol expediu as chamadas *Red Notices*⁵⁶, que incluem um requerimento para prisão e detenção dos quatro ugandeses, a fim de que estas fossem transmitidas aos Escritórios Centrais Nacionais (*National Central Bureaus*), em 184 países, facilitando a busca e apreensão dos fugitivos. As investigações continuam e ainda se espera que os mandados sejam cumpridos. A dificuldade em encontrar os acusados determina a vagarosa progressão do caso, e a cooperação internacional se torna, assim, o principal instrumento da Corte.

5.3. República Centro-Africana (ICC-01/05)

Em 7 de janeiro de 2005, o Governo da República Centro-Africana (RCA) submeteu pedido de investigação ao Promotor do TPI para vários crimes ocorridos no território do país desde 1º de julho de 2002. O pedido de investigação ganha enorme respaldo uma vez que a Corte de Cassação, o mais importante órgão judicial do país, confirmou a incapacidade do sistema

nacional de justiça em conduzir a investigação e o julgamento dos crimes alegados, reforçando, assim, a admissibilidade do caso perante o TPI. Em 22 de maio de 2007, o Promotor anunciou sua decisão em abrir investigação na RCA. Segundo análises preliminares, a situação revela que, durante o conflito entre as forças do governo e as forças rebeldes, ocorreu uma grande quantidade de crimes sexuais associados a crimes contra a vida e destruição de propriedade⁵⁷, o que pode tornar os casos paradigmáticos, visto a possibilidade de desenvolvimento jurisprudencial na punição dos crimes sexuais.

A 3ª Câmara de Pré-Julgamento foi indicada pela Presidência do TPI para acompanhar o caso da RCA. Em 24 de maio de 2008, Jean-Pierre Bemba Gombo, suposto Presidente e Comandante-chefe do *Mouvement de Libération du Congo* (Movimento de Libertação do Congo — MLC), foi provisoriamente detido pelas autoridades competentes da Bélgica. Adiante, em 10 de junho de 2008, um novo mandado de prisão⁵⁸ foi expedido e dois novos homicídios foram incluídos à lista de crimes já enumerados no primeiro mandado de prisão⁵⁹. A Bélgica decide entregar o acusado em 2 de julho de 2008. Ele é acusado de três crimes contra a humanidade⁶⁰ e cinco crimes de guerra⁶¹.

Em junho de 2009, a 3ª Câmara de Pré-Julgamento confirmou cinco acusações apresentadas pelo Promotor, julgando haver elementos substanciais para acreditar que o acusado é criminalmente responsável como comandante [conforme artigo 28 (a)] na execução de crimes contra a humanidade (assassinato e estupro) e crimes de guerra (assassinato, estupro e pilhagem). O julgamento teve início em 22 novembro de 2010.

5.4. Darfur, Sudão (ICC-02/05)

Após sérias denúncias de violações sistemáticas de direitos humanos e direito humanitário na região de Darfur, Sudão, o C.S./ONU, por meio da Resolução 1.564⁶², encarregou uma Comissão Internacional de Investigação (doravante, *CII/ONU*) de analisar a situação do país. A CII/ONU constatou a ocorrência de um conflito armado interno entre as autoridades governamentais e grupos armados⁶³. Evidências coletadas pela CII/ONU apontaram que dois grupos rebeldes, *Sudan Liberation Movement/Army* (SLM/A) e *Justice and Equality Movement* (JEM), organizaram-se em

oposição ao Governo de Khartoum⁶⁴, entre os anos de 2001 e 2002, com manifestações de cunho econômico-social. Ambos os movimentos insurgiram-se contra as autoridades centrais, em 2002. Contudo, a escala de ataques rebeldes cresceu notoriamente a partir de fevereiro de 2003.

A Justiça Sudanesa, adiante, não se demonstrou nem apta nem interessada em investigar os abusos ocorridos em Darfur⁶⁵. Em março de 2005, o C.S./ONU, através da Resolução 1.593⁶⁶, seguindo orientação da CII/ONU, submeteu a situação de Darfur ao Promotor do TPI, que decidiu abrir inquérito, em junho de 2005. Darfur consta como o primeiro caso em que o C.S./ONU intervém. Em 27 de fevereiro de 2007, o Promotor apresentou evidências que apontavam o envolvimento de Ahmad Muhammad Harun, Ministro de Estado do Governo sudanês, bem como Ali Kushayb, líder dos *Janjaweed*⁶⁷, nos crimes contra a população civil em Darfur⁶⁸.

Em 27 de fevereiro de 2007, o Promotor submeteu ao Juízo de Instrução documentação contendo a lista de evidências, bem como requereu emissão de notificação para comparecimento contra Ahmad Muhammad Harun e Ali Kushayd. Em 2 de maio de 2007, o Juízo decidiu pela expedição de *mandados de prisão*⁶⁹ contra os dois sudaneses⁷⁰. O mandado de prisão contra Harun⁷¹ lista 42 crimes: 20 crimes contra a humanidade⁷² e 22 crimes de guerra⁷³. Contra Kushayab⁷⁴, por sua vez, enumeram-se 50 crimes: 22 crimes contra a humanidade⁷⁵ e 28 crimes de guerra⁷⁶.

Paralelamente, em 4 e 5 de junho de 2007, o Juízo emitiu solicitação para *detenção e entrega da pessoa*⁷⁷ aos seguintes países: República Árabe do Egito, Estado da Eritreia, República Federativa Democrática da Etiópia, República Árabe da Líbia, aos membros do C.S./ONU que não são Estados-Partes do Estatuto de Roma e àqueles que são Estados Partes do Estatuto, bem como ao Sudão. Em 20 de novembro de 2008, o Promotor também solicitou um mandado de detenção para três comandantes rebeldes de crimes de guerra supostamente cometidos contra as tropas de paz da União Africana, na base de Haskanita (Darfur), em 29 de setembro de 2007. Os nomes das pessoas contra quem os mandados de detenção foram expedidos não foram revelados.

Ademais, em 4 de março de 2009, foi expedido mandado de prisão contra o Presidente da República do Sudão, Omar Hassan Ahmad Al Bashir⁷⁸,

ocupante desse cargo desde o ano de 1993. Al Bashir é acusado de cinco crimes contra a humanidade⁷⁹ e dois crimes de guerra⁸⁰. Em julho de 2010, após reconsideração da Câmara de Pré-Julgamento, um novo mandado de prisão foi emitido contra Al Bashir, acusando-o de três crimes de genocídio: homicídio, ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo e sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial. Sua possível prisão pode trazer importantes repercussões internacionais, vez que este é o primeiro caso da Corte contra um Chefe de Estado⁸¹.

A submissão do caso Darfur pode ser vista sobre dois diferentes aspectos. Se por um lado demonstra importante desenvolvimento na relação entre o C.S./ONU e o TPI — já que os Estados Unidos, que inicialmente demonstraram forte antagonismo à jurisdição da Corte, não vetaram a Resolução 1.593 e permitiram a intervenção do Tribunal na persecução de crimes internacionais⁸² —, por outro, suscita questões jurídicas de grande relevância, uma vez que o Sudão não é Estado-membro do Estatuto e nega a competência do TPI para julgar seus nacionais. O Sudão como Estado soberano e não Parte do Estatuto, de fato, não tem obrigação alguma de entregar seus nacionais. Todavia, ressalva-se que a ordem de cooperação não provém da Corte e de seu Estatuto, mas sim do próprio C.S./ONU, através de Resolução, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O Sudão, como signatário da Carta obriga-se às determinações expedidas pelo Conselho. Dessa forma, o referido Estado deve cooperar e, adiante, prender e entregar seus nacionais, em virtude de Resolução⁸³.

Conclui-se que a resistência de Khartoum é ilegítima e contra a Carta, nos termos do artigo 56, o qual determina o compromisso de todos os membros da Organização em cooperar para, dentre outros objetivos dispostos no artigo 55, o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. As ordens provindas do Conselho são, portanto, vinculantes e Khartoum deve acatar as determinações expostas na Resolução de forma a garantir a persecução criminal de seus nacionais, responsáveis por diversos crimes internacionais.

5.5. República do Quênia (ICC-01/09)

A República do Quênia, desde sua independência, estrutura-se politicamente em um regime presidencialista. Embora multipartidarista, o KANU (*Kenya African National Union*) sempre se manteve no poder, até as eleições de 2002, quando o candidato do partido da oposição, Mwai Kibaki, tornou-se presidente. Sua inabilidade em cumprir as promessa de divisão do poder entre as tribos majoritárias culminou em diversos confrontos. Essa situação agravou-se após as eleições de 2007, quando o Movimento Laranja, encabeçado por Raila Odinga, ganhou a maior quantidade de assentos no Parlamento, embora as autoridades eleitorais não tenham confirmado sua vitória como Presidente. Kibaki negou todas as alegações de fraudes eleitorais e nomeou um novo gabinete — Odinga convocou manifestações que resultaram em confrontos de grande magnitude, com milhares de mortos. A situação foi pacificada em 2008 com o *National Accord and Reconciliation Act*, que resultou na formação de um governo de coalização e em várias reformas políticas e constitucionais.

A República do Quênia é signatária do Estatuto desde 11 de agosto de 1999. As alegações de violações foram apresentadas pelo Promotor à Presidência do TPI, que encaminhou o caso para a 2ª Câmara de Pré-Julgamento⁸⁴. Em 31 de março de 2010, essa Câmara autorizou o início das investigações dos supostos crimes cometidos entre 1º de junho de 2005 e 26 de novembro de 2009⁸⁵. Em 15 de dezembro, o Promotor apresentou dois pedidos, em conformidade com o artigo 58 do Estatuto, para que a Câmara emitisse notificações para comparecimento de William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey e Joshua Arap Sang — líderes do Movimento Democrático Laranja (*Orange Democratic Movement-ODM*), além de Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatte e Mohamed Hussein Ali — líderes e representantes do Partido da Unidade Nacional (*Party of National Unity-PNU*).

Ruto e Kosgey eram proeminentes líderes do Movimento Laranja e envolveram-se diretamente no planejamento de ataque contra partidários do PNU. Sang usou seu programa de rádio para agregar apoiadores e forneceu o sinal para o início dos ataques. Juntos, os três acusados teriam coordenado uma série de atores e instituições para estabelecer uma rede usada na implementação de uma política organizacional para a comissão de crimes⁸⁶. Os ataques dessa rede foram iniciados imediatamente após o anúncio oficial

do resultado eleitoral, em 30 de dezembro de 2007, e dirigidos contra os partidários do PNU com incêndio de propriedades, assassinatos e desaparecimentos forçados. Em resposta aos ataques da ODM, Muthara, Kenyatta e Ali⁸⁷, proeminentes integrantes da PNU e do governo central, iniciaram um contra-ataque: Muthara e Ali, respectivamente presidente e membro do Comitê Consultivo de Segurança Nacional, em operação conjunta com as forças policiais do Quênia, organizaram ataques aos enclaves da ODM, usando força excessiva e letal contra civis. Em conjunto, buscaram o apoio dos Mungiki (organização criminal queniana) para realizar ataques de retaliação contra civis partidários da ODM. Estima-se que a violência do período tenha sido responsável por 1.100 mortos, 3.500 feridos e pelo menos 600 mil deslocados internos.

O Promotor fundamenta seu pedido acusando i) Ruto, Kosgey e Sang por crimes contra a humanidade nas modalidades assassinato, deportação ou transferência forçada de população civil, tortura e perseguição; ii) Muthara, Kenyatta e Ali por crimes contra a humanidade nas modalidades assassinato, deportação ou transferência forçada de população civil, estupro e outras formas de violência sexual, outros atos inumanos e perseguição. Até o presente momento a Câmara ainda não decidiu sobre o mérito do pedido.

6. CONCLUSÃO

Antes da criação do TPI, todas as tentativas de uma justiça criminal internacional deram-se em moldes bastante criticados, tendo em vista que as iniciativas nesse sentido, quais sejam, o Tribunal de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio e, mais recentemente, o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal para Ruanda, deram-se por meio de atos *ex post facto*. Entretanto, o TPI apresenta-se estruturado diferentemente — em todas as transcrições dos atos perante a Câmara de Pré-Julgamento do TPI, apenas para ilustrar, percebe-se a preocupação dos juízes e demais envolvidos com a mais efetiva aplicação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Mas, ainda assim, o Tribunal é alvo de críticas que se revelam cada vez mais infundadas. A preocupação do TPI em gerenciar interesses tão distintos (punir exemplarmente os crimes de maior gravidade e fazer isso com base no direito e no interesse da justiça) é constantemente vista como morosidade e falta de diligência. Certamente, tais críticas ainda tomam como paradigma

dominante as decisões dos Tribunais *ad hoc* da ONU, também alvo de críticas no que tange à dificuldade de apresentar defesas consistentes.

Independentemente da posição adotada, hoje a comunidade internacional tem um instrumento útil no combate aos perpetradores de atrocidades. Resta saber até que ponto a política irá afetar a sua imparcialidade.

1 Graduada em Direito pela UFMG. Membro do GEDI. Mestre em Direito Econômico pela UFMG.

2 Graduado em Direito pela UFMG e graduando em Filosofia pela UFMG.

3³ Gustav Monnier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, propôs que violações às Convenções de Genebra de 1864 deveriam ser apreciadas por um órgão internacional especializado, uma proposta considerada inovadora e muito radical para sua época. Entretanto, propostas semelhantes surgiram durante o fim do século XIX e início do XX, em virtude das Convenções de Haia de 1899 e 1907. Embora esses tratados impusessem obrigações e deveres aos Estados signatários e às suas forças armadas sem, no entanto, estabelecer responsabilidade criminal individual — uma vez que estabeleceram a ilegalidade de atos e não sua criminalização, evidenciada pela ausência de sanção —, eles passaram a ser apresentados como “fontes das leis de crimes de guerra” (*source of the law of war crimes*). Importantes desdobramentos dessa nova tendência podem ser encontrados nos Julgamentos de Leipzig após a Primeira Guerra Mundial — efeito direto do Tratado de Versalhes e no Tratado de Sèvres de 1920 assinado pela Turquia, também derrotada na Primeira Guerra Mundial, e que tinha também como finalidade o julgamento de soldados aliados ou civis nos territórios ocupados, além de súditos do Império Otomano, em especial as vítimas do genocídio armênio. Ver SCHABBAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press.

4 A Comissão de Direito Internacional (International Law Commission) é composta por especialistas nomeados pela Assembleia Geral da ONU e tem como função primeira desenvolver estudos para a codificação e desenvolvimento do Direito Internacional. Ver *Rome Statute of the International Criminal Court Overview* em <http://untreaty.un.org/cod/icc/general/overview.htm>. Acesso em: 8 fev. 2011; ‘*Study by the International Law Commission of the Question of an International Criminal Jurisdiction*’, Resolução da A.G. ONU n. 216 B (III).

5 “Em 1948, a Assembleia Geral da ONU adotou a *Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio*, na qual entendia que criminosos dessa natureza deveriam ser julgados por um tribunal penal internacional. Ver *Coalition for the International Criminal Court History of the ICC* em <http://www.iccnw.org/?mod=icchistory>. Acesso em: 8 fev. 2011; SCHABBAS, William A., op. cit., p. 8.

6 A Guerra Fria também contribuiu negativamente no desenvolvimento de diversos ramos do Direito Internacional Público, especialmente temas relativos a crimes de guerra, crimes contra a humanidade e agressão. Ver SCHABBAS, William A., op. cit.

7 Trinidad e Tobago enfrentava séria crise interna em virtude de lutas abertas entre o governo central e cartéis de drogas. A ideia inicial desse país caribenho era que o tribunal a ser criado sob os auspícios da ONU tivesse competência material ampla que abrangesse o narcotráfico. Ver Resolução da A.G./ONU n. 44/89.

8 BENEDETTI, Fany. *A Report on the Negotiations for the Creation of an International Criminal Court* em <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/v5i1/html/icc2.html>. Acesso em; 1^o fev. 2011.

9 Resolução da A.G./ONU n. 49/53 (1994).

10 Para mais informações sobre a Conferência Diplomática das Nações Unidas para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional consultar o *site* <http://www.un.org/icc/index.htm>. Acesso em: 29 jan. 2011.

11 Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 2187 U.N.T.S. 90, em vigor desde 1^o de julho de 2002: artigo 1 parag. 1 (“É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (‘o Tribunal’). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar das jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal rege-se pelo presente Estatuto”). Importante ressaltar o princípio da complementaridade do TPI, sendo este um dos elementos utilizados nos testes de admissibilidade da causa. Disponível em: <http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/5TNDHA>. Acesso em: 9 fev. 2011.

12 O C.S./ONU pode enviar denúncia ao Promotor, como o caso da situação em Darfur. O instrumento que regulamenta tal atividade é o artigo 13 (b) do Estatuto.

13 Para informações sobre os Princípios de Nuremberg ver “The Commission of Inquiry for the International War Crimes Tribunal”, *Principles of the Nuremberg Tribunal, 1950* em <http://deoxy.org/wc/wc-nurem.htm>. Acesso em: 1^o fev. 2011.

14 Os artigos 22, 23 e 24 do Estatuto dispõem sobre os princípios do *nullum crime sine lege*, *nulla poena sine lege* e não retroatividade penal respectivamente, princípios fundadores da tradição penalista ocidental.

15 O Estatuto, em seu artigo 17 (1) (d), introduz como cláusula de admissibilidade a gravidade do ato delitivo investigado. Prof. Schabbas entende que o TPI, além de ter competência apenas para os crimes de maior gravidade, deve exercer esse poder contra os mais graves criminosos — líderes políticos, seus ministros, altas patentes das forças armadas etc. Seu entendimento se funda na leitura do artigo 53 (2) (c), que determina que o Promotor, ao avaliar se sua investigação serve aos interesses da justiça, deve considerar

todas as circunstâncias do crime, tais como sua gravidade, interesse das vítimas, idade do acusado, assim como sua participação no crime em conjunto com o motivo do TPI, expresso em seu preâmbulo.

16 O crime de agressão, até a presente data, não se encontra regulamentado, tendo ficado acertado na data da criação do Estatuto que ato posterior definiria o conceito de agressão aplicável às situações a serem apreciadas pelo Tribunal. A Resolução n. 3.315 da Assembleia Geral conceituou a agressão como violação de Direito Internacional, no entanto esse tema é controvertido.

17 Ver Tribunal Penal Internacional — Documentos Elements of Crimes <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm> ICC-ASP/1/3(part II-B) em vigor desde 9 de setembro de 2002. Última consulta em: 9 fev. 2011.

18 Ver Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, *Prosecutor v. Jelusic* (Caso n. IT-95-10-A), julgamento 5 de julho de 2001, parágrafo 48.

19 Preâmbulo do Estatuto de Roma, parágrafo 10: “Enfatizando que o Tribunal Penal Internacional estabelecido por meio do presente Estatuto deverá ser complementar às jurisdições penais nacionais”.

20 Estatuto de Roma artigo 20 (3) (a) e (b).

21 Ibid. artigo 19 (1) (3) (b).

22 Ibid. artigo 13 (a).

23 Ibid. artigo 13 (c) e artigo 15.

24 Ibid. artigo 18 (3).

25 Ibid. artigo 39 (2) (b) (iii).

26 Ibid. artigo 18 (6).

27 Ibid. artigo 18 (1).

28 Ibid. artigo 53 (1).

29 Ibid. artigo 77 (1) (a) e (b).

30 Ibid. artigo 77 (2) (a) e (b).

31 Ibid., artigo 81 (1) (b).

32 Ibid., artigo 19 (8) (a).

33 BITTI, G. e FRIMAN, H. “*Participation of Victims in the Proceedings*”. *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* Transnational Publishers. New York: Ardsely, 2001.

34 “(...) reafirma os princípios ... incluindo às vítimas ... os seus direitos de terem acesso a justiça(...)” em *Princípios Básicos e Diretrizes para o Direito a Remédios e Reparações para Vítimas de Violações de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário* (UN doc. E/CN.4/2000/62, 18 de janeiro de 2000, Annex). O mesmo estudo afirma que “A obrigação de respeitar e promover o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Humanitário inclui, entre outros, o dever estatal de: ... (c) Promover às vítimas com igual e efetivo acesso à justiça, não importando quem será considerado responsável pela violação”. Além desse estudo, *vide Proposta de Diretrizes e Princípios para o Combate à Impunidade em Crimes*

Internacionais, em M. Cherif Bassiouni (ed.), “*Post-Conflict Justice*. New York: Transnational Publishers, 2002. p. 255”, em particular o Princípio 8 (“*A victim’s right of access to justice includes all available judicial, administrative, or other public processes under existing domestic laws as well as under international law*”).

[35](#) STAHN, Carsten, OLÁSULO, Héctor e GIBSON, Kate em Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC. *Oxford Journal of International Criminal Justice*, maio 2006, 4(2), p. 219-238 em <http://jicj.oxfordjournals.org/content/4/2/219.full>. Acesso em: 1^o fev. 2011

[36](#) A ligação entre a reconciliação e a participação das vítimas é evidenciada pelos trabalhos da South African Truth and Reconciliation Commission, que juntou declarações de aproximadamente 24.000 vítimas de abuso de direitos humanos durante seu mandato. *Vide* G. Simpson, A Brief Evaluation of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission: Some Lessons for Societies in Transition, Occasional Paper, *Johannesburg Centre for the Study of Violence and Reconciliation*, 1998.

[37](#) A Câmara de Pré-Julgamento emitiu um mandado de prisão do acusado em 11 de outubro de 2010, prontamente cumprido por autoridades francesas.

[38](#) Ver Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo — Warrant of Arrest* (Documento ICC-01/04-01/06-02) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc191959.PDF>. Acesso em: 1^o fev. 2011.

[39](#) Ver Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo — Decision on the confirmation of charges* (Documento ICC-01/04-01/06-803) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc266175.PDF>. Acesso em: 1^o fev. 2011.

[40](#) As hostilidades em Uganda tiveram início após a tomada de poder do Presidente Yoweri Museveni, em 1996. O *Lord’s Resistance Army* (LRA), grupo rebelde constituído principalmente por membros do Ugandan People’s Democratic Army, iniciou uma série de ofensivas contra o governo central com o objetivo de libertar o povo Acholi, no norte de Uganda. Os ataques promovidos pela LRA nos anos 90 forçaram aproximadamente três quartos da população Acholi a fugir de suas casas nos distritos de Gulu e Kingum/Pader, localizados ao norte do país. Ver *Background information on the situation in Uganda* em http://www.icc-cpi.int/library/press/pressreleases/Uganda_200401_EN.doc. Acesso em: 31 jan. 2011.

[41](#) Ver *Facts and procedures regarding the situation in Uganda* em http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC_20051410-056-1_English.pdf. Acesso em: 20 jan. 2011.

[42](#) Ver Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-02/04-01/05, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen — Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8th July 2005 as amended on 27th September 2005* (Documento ICC-02/04-01/05-53) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97185.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.

[43](#) Estatuto de Roma artigo 7 (1) (a); (c); (g) e (k).

[44](#) *Ibid.*, artigo 8 (2) (c) (i); (e) (i); (e) (v); (e) (vi) e (e) (vii).

- [45](#) Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-02/04-01/05, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen — Warrant of Arrest for Vincent OTTI* (Documento ICC-02/04-01/05-54) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97189.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.
- [46](#) Estatuto, artigos 7 (1) (a), (g) e (k).
- [47](#) Ibid., artigos 8 (2) (e) (vi), (e) (i), (e) (vii), (c) (i) e (e) (v).
- [48](#) Ver Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-02/04-01/05, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen — Warrant of Arrest for Raska Lukwiya* (Documento ICC-02/04-01/05-55) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97193.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.
- [49](#) Ver Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-02/04-01/05, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen — Warrant of Arrest for Okot Odhiambo* (Documento ICC-02/04-01/05-56) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97197.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.
- [50](#) Estatuto artigos 7 (1) (a) e 7 (1) (c).
- [51](#) Ibid., artigos 8 (2) (c) (i), 8 (2) (e) (i), 8 (2) (e) (v) e 8 (2) (e) (vii).
- [52](#) Ver Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-02/04-01/05, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen — Warrant of Arrest for Dominic Ongwen* (Documento ICC-02/04-01/05-57) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97201.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.
- [53](#) Estatuto, artigos 7 (1) (a), 7 (1) (c) e 7 (1) (k).
- [54](#) Ibid. artigo 8 (2) (c) (i), 8 (2) (e) (i) e 8 (2) (e) (v).
- [55](#) Ver *ICC Unseals Results of Dominic Ongwen DNA Tests* em http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=165&l=en.html. Acesso em: 13 fev. 2011.
- [56](#) Ver *Interpol issues first ICC Red Notices* em http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=151&l=en.html. Acesso em: 7 fev. 2011.
- [57](#) Ver *Background: Situation in the Central African Republic, Office of the Prosecutor* em http://www.icc-cpi.int/library/press/pressreleases/ICC-OTP-BN-20070522-220_A_EN.pdf. Acesso em: 31 jan. 2011.
- [58](#) Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-01/05 -01/08, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo — Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo* (Documento ICC-01/05-01/08-1) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc504390.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.
- [59](#) Tribunal Penal Internacional, Caso n. ICC-01/05 -01/08, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo — Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo Replacing the Warrant of Arrest Issued on 23 MAY 2008* (Documento ICC-01/05-01/08-15) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc535163.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2011.
- [60](#) Estatuto, artigo 7 (1) (g);(f) e (a).
- [61](#) Estatuto, artigo 8 (2) (e) (vi), (c) (i), (c) (ii) e (e) (v).
- [62](#) Resolução do C.S/ONU n. 1564 [S/RES/1564 (2004)] em [http://www.undemocracy.com/S-RES-1564\(2004\).pdf](http://www.undemocracy.com/S-RES-1564(2004).pdf). Acesso em: 25 jan. 2011.

[63](#) Ver UN Documents ‘*Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General — Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*’ em http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf. Acesso em: 7 fev. 2011.

[64](#) Um terceiro grupo rebelde, denominado *National Movement for Reform and Development* (NMRD), também emergiu em 2004. Ataques a quatro vilas, perto de Kulbu, foram atribuídos a esse grupo. *Ibid.*, p. 26.

[65](#) A Comissão ressaltou que o sistema legal sudanês ainda é regido por leis que contrariam os Direitos Humanos e que fortalecem o Executivo em detrimento do Judiciário. *Ibid.*, p. 148, par. 586.

[66](#) Resolução do C. S/ONU n. 1.593 [S/RES/1593 (2005)] em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/292/73/PDF/N0529273.pdf?OpenElement>. Acesso em: 25 jan. 2011.

[67](#) Na prática, o termo *Janjaweed* é utilizado juntamente com outros termos para descrever milícias que trabalham em parceria com o Governo. Grande parte das vítimas denomina os suspeitos como *Janjaweed*, que normalmente pertencem a alguma milícia árabe, ao Popular Defense Forces (PDF), ou a alguma outra entidade. UN Documents “*Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*”, p. 32 em http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf. Acesso em: 7 fev. 2011.

[68](#) *Tribunal Penal Internacional* “Press Release: ICC Prosecutor Presents Evidence on Darfur Crimes”, em <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Press+and+Media/Press+Releases/2007/ICC+Prosecutor+Presents+Evidence+on+Darfur+Crimes.htm>; “Fact Sheet on the OTP’s work to investigate and prosecute crimes in Darfur” em <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0205/Press+releases/Prosecutor+to+Present+Evidence+of+Crimes+in+Darfur.htm>. Acesso em: 25 jan. 2011.

[69](#) De acordo com o Juízo, as condições dispostas pelo artigo 58 (7) não estariam atendidas no presente caso. Assim, a única forma de garantir a aparição dos acusados seria através da expedição de mandados de prisão. Ver Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-02/05-01/07, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”) — Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7)* (Documento ICC-02/05-01/07-1) em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc279807.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.

[70](#) Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-02/05-01/07, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)– “Q and A on Warrant of Arrest”* (Documento ICC-PIDS-PR-20070502-214B_En) em http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6447EE09-4E8B-4A5D-8C8A-6ADB900798F6/279829/ICCPIDSPR20070502214B_En2.pdf. Acesso em: 7 fev. 2007; Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-02/05-01/07 *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali*

Kushayb) — *Course of action and procedure following the issue of warrant of arrest* (Documento ICC-PIDS-PR-20070502-214C_En) em http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/453F4AC0-C193-4859-B6D0-FC11736130FB/279799/ICCPIDSPR20070502214C_En1ED.pdf. Acesso em: 7 fev. 2011.

[71](#) Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-02/05-01/07, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”) — Warrant of arrest for Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”)* (Documento ICC-02/05-01/07-2). em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc279813.PDF>. Acesso em: 7 fev. 2011.

[72](#) Estatuto, artigo 7 (1) (a);(d); (e); (f);(g); (h) e (k)

[73](#) Ibid., artigo 8 (2) (c) (i); (c) (ii);(e) (i); (e) (v); (e) (vi);(e) (xii)

[74](#) Warrant of arrest for Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”) (27 de Abril de 2007). Disponível em: http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-01-07-3-Corr_English.pdf. Acesso em: 7 ago. 2007.

[75](#) Estatuto, artigo 7 (1) (a); (d); (e); (f); (h) e (k).

[76](#) Ibid., artigo 8 (2) (c) (i); (c) (ii); (e) (i); (e) (v); (e) (vi) e (e) (xii).

[77](#) Ibid., artigo 58 (5).

[78](#) Tribunal Penal Internacional, Caso *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (ICC-02/05-01/09), em <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109>. Acesso em: 7 fev. 2011.

[79](#) Estatuto, artigo 7 (1) (a); (b); (d); (f) e (g).

[80](#) Ibid., artigo 8 (2) (e) (i) e (v).

[81](#) A União Africana manifestou-se em sentido contrário à prisão do Presidente e requereu a suspensão do mandado de prisão, visto que, segundo ela, as acusações podem não só desestabilizar o Sudão, como também colocar em perigo as vidas dos estrangeiros que trabalham na região. A prisão e o indiciamento de Al Bashir levantam uma série de problemas, especialmente relacionados a possíveis imunidades como chefe de estado. GAETA, Paola. Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?, *Oxford Journal of International Criminal Justice* (2009) 7 (2) p. 315-332; SLUITER, Göran. Using the Genocide Convention to Strengthen Cooperation with the ICC in the Al Bashir Case, *Oxford Journal of International Criminal Justice*, (2010) 8 (2), p. 365-382; CAYLEY, Andrew N. The Prosecutor’s Strategy in Seeking the Arrest of Sudanese President Al Bashir on Charges of Genocide, *Oxford Journal of International Criminal Justice*, (2008) 6 (5), p. 829-840.

[82](#) “*O Conselho desenhou um significativa laço entre justiça e paz, demonstrando que a paz pode também ser alcançada pela imposição de responsabilidade criminal sobre suspeitos de crimes internacionais*”. CASSESE, Antonio. Is the ICC Still Having Teething Problems? Disponível em: <http://jicj.oxfordjournals.org/cgi/content/full/4/3/434>. Acesso em: 31 jan. 2011.

[83](#) “(...) o Governo do Sudão e todas as outras Partes envolvidas no conflito de Darfur devem cooperar inteiramente e prover toda a assistência necessária à Corte e ao Promotor, de acordo com esta Resolução e, reconhecendo que Estados não Parte ao Estatuto não possuem qualquer obrigação provinda do Estatuto, urge a todos os Estados e regiões relacionadas e a todas organizações internacionais a cooperar inteiramente.” Resolução do C.S/ONU 1.593 [S/RES/1593 (2005)] em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/292/73/PDF/N0529273.pdf?OpenElement>. Acesso em: 25 jan. 2011.

[84](#) Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-01/09– *Situation in the Republic of Kenya — Decision Assigning the Situation in the Republic of Kenya to Pre-Trial Chamber II*, em <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc778243.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2011.

[85](#) Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-01/09– *Situation in the Republic of Kenya — Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, em <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/422F24A9-5A0F-4FD0-BC3E-9FFB24EC7436.htm>. Acesso em: 11 fev. 2011.

[86](#) Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-01/09 — *Situation in the Republic of Kenya — Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, em <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/F16C164E-268C-4A53-9DE4-33BF7F479DEC.htm>. Acesso em: 11 fev. 2011

[87](#) Tribunal Penal Internacional, Caso ICC-01/09 — *Situation in the Republic of Kenya — Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali* em <http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/1B6A58D1-926D-4AFF-B0C3-756636CB33DD.htm>. Acesso em: 11 fev. 2011.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA

THIAGO BRAZ JARDIM OLIVEIRA¹

1. INTRODUÇÃO

O colapso da Ex-Iugoslávia em 1991, então República Socialista Federal da Iugoslávia, foi, sem perder de vista a complexidade do conflito, resultado de um histórico de profundas tensões étnicas e religiosas agravadas por correspondentes reivindicações políticas². Hostilidades se estenderam por todo o território iugoslavo e violações do direito dos conflitos armados foram cometidas em larga escala³. Dentro de um contexto de guerra civil, as disputas armadas, conformadas a uma política de limpeza étnica que se tornou comum às diferentes partes do conflito, distanciaram-se de um objetivo militar no sentido estrito e, como consequência, deram causa ao cometimento de crimes violentos contra a população civil⁴.

Em maio de 1993, consoante o relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas⁵, o Conselho de Segurança determinou a criação de um tribunal penal internacional *ad hoc* com o propósito de investigar e punir os responsáveis pelas violações do direito humanitário cometidas no território da Ex-Iugoslávia a partir de 1991⁶. Na forma do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas⁷, o Conselho considerou o estabelecimento do tribunal uma medida adequada para restauração e manutenção da paz na região⁸. O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, instituído então como medida *ex post-*

facto, continuou a exercer suas atividades com respeito a fatos posteriores àqueles que culminaram na sua criação, notadamente a crise de Kosovo no final da década 1990, e permanece ativo com processos ainda pendentes⁹.

No presente capítulo, procurar-se-á tratar, primeiro, da legalidade do estabelecimento do tribunal, tendo em consideração a natureza subsidiária do órgão ao Conselho de Segurança e sua característica de corte jurisdicional independente, bem como no que respeita sua capacidade de adjudicação de fatos anteriores à sua criação. As partes 3 e 4 oferecerão fundamentalmente uma visão procedimental do tribunal, delineando a estrutura organizacional da corte criminal, a composição de seus órgãos e as regras de procedimento aqui consideradas relevantes. Mais adiante, questões relativas à competência serão objeto de discussão, assim como a relação concorrente da jurisdição e a primazia do tribunal sobre cortes domésticas. Por fim, propõe-se prover um estudo da contribuição jurisprudencial da primeira corte especial criada pelas Nações Unidas no desenvolvimento do direito aplicável às situações de conflito armado.

2. ESTABELECIMENTO DO TRIBUNAL

As violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário, perpetradas em larga escala em território iugoslavo, exigiram das Nações Unidas uma reação que este órgão não pôde dar antes do fim da Guerra Fria¹⁰. A pressão da opinião pública mundial, por sua vez, foi um fator importante na resposta da comunidade internacional¹¹. O Conselho de Segurança, num primeiro momento, estabeleceu uma Comissão para investigar as alegadas violações e reportar suas conclusões ao Secretário-Geral¹². O mandato da Comissão não incluía propriamente uma investigação criminal individual, sendo seu propósito meramente político, com vistas ao fornecimento de bases à adoção de futuras medidas pela Organização¹³. De fato, o agravamento do conflito exigiu uma reação firme do Conselho de Segurança. O Conselho solicitou então ao Secretário-Geral a elaboração de um relatório sobre o estabelecimento de um tribunal *ad hoc* para persecução de crimes no território da Ex-Iugoslávia¹⁴. Anexo ao mencionado relatório¹⁵ resultou o texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-

Iugoslávia¹⁶, aprovado pelo Conselho de Segurança por meio da resolução que determinou em definitivo o estabelecimento do tribunal¹⁷.

O Tribunal foi estabelecido na forma do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, isto é, com fundamento nos poderes do Conselho de Segurança de recomendar ou decidir a adoção de uma medida obrigatória¹⁸. O artigo 39 da Carta abre o Capítulo e determina as condições de aplicação de suas provisões. Na verdade, ao próprio Conselho de Segurança cabe determinar a existência dessas condições, gozando o órgão de um amplo poder discricionário¹⁹; discricionariedade que não se limita a em que momento invocar o Capítulo VII como suporte legal para sua ação, mas que se desenvolve também na determinação e escolha de quais medidas adotar²⁰. O Conselho, então, reconheceu a existência de uma ameaça à paz internacional e decidiu, nos termos dos artigos 29 e 41, pelo estabelecimento de um órgão subsidiário com funções judiciais. Todavia, a adequação da medida resta a ser discutida, pois que reconhecer a ampla discricionariedade nas decisões do Conselho de Segurança não significa alegar que seus poderes são ilimitados²¹.

Com efeito, a legitimidade de se invocar o Capítulo VII não parece aqui ser disputada²². A prática do Conselho de Segurança revela que este, em situações de menor porte ou gravidade, eventualmente circunscritas a conflitos internos, determinou a existência de uma ameaça à paz e atuou em conformidade com os poderes subjacentes a tal determinação, com a aceitação da Assembleia Geral ou mesmo sob sua influência²³. Entretanto, o estabelecimento de um órgão subsidiário, mas independente, e com características judiciais compõe o questionamento acerca da adequação da medida. No primeiro caso submetido à apreciação da corte, em sede preliminar examinando a tese da defesa, o próprio Tribunal se manifestou a esse respeito repetindo o que já antes se entendia, vale dizer, que o Conselho de Segurança goza de ampla discricionariedade e julga qual medida adequada para a consecução de suas funções, dentro dos limites e propósitos delineados na Carta das Nações Unidas²⁴. Todavia, a medida, que desde a origem suscitou preocupações sobre a extensão dos poderes do Conselho de Segurança, permanece controvertida. Durante o debate que originou a Resolução 808 do Conselho de Segurança²⁵, representantes de Brasil e da

China mostraram certo ceticismo em relação à medida, relevando a possibilidade de esta exceder os poderes do Conselho²⁶. Discussões subsequentes desenvolvem raciocínio semelhante e evocam ao debate a natureza política da decisão, o vínculo político entre o órgão e o Conselho, o pano de fundo político de funcionamento do tribunal e a necessária independência na condição de órgão judicial²⁷.

O Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, de fato, liga-se, de algum modo, a uma apreciação política em diferentes níveis²⁸. Com respeito propriamente à medida que determinou o estabelecimento da corte criminal, não nos parece convincente limitar seu significado, como o faz Ivan Simonovic²⁹, a uma mera imposição sobre todos os membros da comunidade internacional, fundada no caráter coercivo de uma decisão do Conselho de Segurança na forma do Capítulo VII. De fato, é uma conclusão lógica e pertinente, mas o propósito da medida também repercute no sentido da ação, alargando seu conteúdo. Desse modo, a medida coerciva que, naquele momento, foi considerada método adequado para atender à necessidade de urgência³⁰, dadas sua natureza e implicações políticas, contribui para a manutenção de um vínculo político, ademais na relação entre órgão principal e subsidiário, na maneira de funcionamento deste último. Contudo, a natureza judicial requer do tribunal o desempenho de suas funções de maneira independente de considerações políticas e do controle do Conselho de Segurança. A composição do órgão cumpre importante papel nesse sentido e a análise da estrutura do tribunal será objeto de estudo adiante. Vale mencionar, desde já, que a elaboração das regras de procedimento e evidência da corte foi deixada a cargo dos juízes destacados para compor o tribunal³¹.

3. ORGANIZAÇÃO DO TRIBUNAL

A organização é delineada no artigo 11 do Estatuto. O Tribunal é composto por três órgãos: as Câmaras, o *Bureau* do Procurador e a Secretaria³².

O órgão de adjudicação do Tribunal era originalmente composto por duas Câmaras Julgadoras de, por assim dizer, primeira instância³³, com três juízes cada, e uma Câmara de Apelação, com cinco magistrados. Todavia, resoluções subsequentes elevaram o número de Câmaras e estabeleceram a

presença de juízes *ad litem*, apontados para acompanhar casos específicos, a fim de lidar com o crescente número de casos pendentes³⁴. Atualmente há três Câmaras de Julgamento de primeira instância compostas por três juízes permanentes e um máximo de nove juízes *ad litem* por vez³⁵. A Câmara de Apelação consiste em sete juízes permanentes, embora cada caso levado à sua apreciação seja avaliado e decidido por cinco dos juízes³⁶. Quatorze dos juízes permanentes do Tribunal são eleitos pela Assembleia Geral das Nações Unidas por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos³⁷. Os juízes *ad litem* são nomeados pelo Secretário-Geral, para um ou mais julgamentos, a partir de uma lista de vinte e sete juízes já eleitos³⁸, com mandato de quatro anos renovável por igual período³⁹.

O Procurador, por sua vez, opera (e, como mencionado, tem de operar) de modo independente ao Conselho de Segurança e de qualquer outra organização ou Estado⁴⁰. O *Bureau* do Procurador é o órgão responsável pela investigação criminal⁴¹, o que inclui a busca de evidências, identificação de testemunhas e persecução penal dos acusados dos crimes estabelecidos pelo Estatuto do Tribunal. Procuradores são designados através de nomeação do Secretário-Geral e eleição pelos membros do Conselho de Segurança. O mandato é de quatro anos renovável por igual período⁴².

A necessária e indissociável relação política do órgão, por sua vez, marcada desde o momento do estabelecimento do Tribunal e igualmente presente no processo de escolha dos procuradores⁴³, parece fazer a principal responsabilidade funcional da corte, a persecução penal, suportar uma influência, inconsciente no menor grau, também nas tomadas de decisão correspondentes. Nesse sentido, de destacar a controvertida decisão da Procuradora Carla Del Ponte de não iniciar uma investigação criminal com respeito à campanha aérea da OTAN de 1999 contra a República Federal da Iugoslávia⁴⁴, não obstante numerosos relatórios e acusações submetidos ao *Bureau* por entidades governamentais e organismos independentes⁴⁵. A competência material e temporal da Corte é abrangente o suficiente para cobrir as alegações contra as forças daquela Organização pelos atos cometidos no território da Ex-Iugoslávia⁴⁶. O Procurador, a seu turno, tem o dever de iniciar investigações *ex-officio* ou sob o fundamento de

informações obtidas de qualquer fonte⁴⁷. Com efeito, o *Bureau* do Procurador, presidido à época por Louise Arbour, optou por dar início a uma investigação das alegações contra a OTAN, estabelecendo para tanto — ainda em curso o correspondente conflito no Kosovo — uma comissão especial dentro do próprio órgão⁴⁸. Todavia, menos de um ano depois, Del Ponte, a nova Procuradora, reportando-se ao Conselho de Segurança, anunciou sua decisão de não dar início à investigação criminal definitiva. É claro que toda decisão do *Bureau* envolve uma avaliação de oportunidade. Ocorre que, diante das evidências, a discricionariedade do Procurador no exercício de sua função, que é dever, tem de se conformar ao dado objetivo. As recomendações finais da comissão especial foram ambivalentes, pois que apresentaram como dificuldade à persecução penal não a existência de fato de violações, mas a obscuridade da lei ou uma pretendida improbabilidade de aquisição de evidências⁴⁹. Ora, e assim se manifestou o Tribunal em seus julgados, a determinação do direito e o estabelecimento das condenações é o resultado natural do labor jurisdicional que se desenvolve durante o procedimento⁵⁰. A decisão do *Bureau* de não iniciar a investigação é, não obstante, válida — porque dentro dos poderes de discricionariedade ao órgão conferido —, mas a razão não pareceu a todos justificada⁵¹. Enfim, ainda que a posição do órgão não tenha sido fundamentalmente resultado de considerações políticas, a natureza da relação de poder político, no quadro político em que opera o Tribunal, parece ir contra a necessidade de independência de operação e o correlato resultado de justiça.

Finalmente, a Secretaria serve à administração e fornece serviços de suporte judicial ao Tribunal⁵². Dentre suas funções estão incluídas a tradução de documentos e procedimentos da Corte, a organização de audiências, a assistência e proteção de testemunhas e a coordenação de todas as comunicações do Tribunal e aquelas dirigidas a este. Estruturalmente situado dentro da Secretaria, sob sua autoridade, está a Unidade de Suporte a Vítimas e Testemunhas⁵³, que auxilia e oferece suporte a testemunhas de defesa e acusação enquanto testemunham diante do Tribunal. A seção de apoio também assiste as testemunhas em seu próprio país, antes e depois do julgamento, podendo contar com a colaboração de autoridades locais e agências não governamentais especializadas.

4. PROCESSO E PROCEDIMENTO

Os artigos 18 a 28 do Estatuto do Tribunal delineiam as fases do processo legal desde a investigação criminal, os modos e bases de estabelecimento de uma acusação formal até o momento posterior à decisão final, tal como implementação, revisão ou mesmo perdão de uma sentença definitiva. Descrever aqui, portanto, os diversos estágios e seus procedimentos seria nada mais que uma reprodução do Estatuto. Importa, entretanto, estabelecer com clareza as funções que incumbem aos órgãos do Tribunal e as respectivas contribuições no desenvolvimento e percurso do processo. A título de exemplo, a instauração de um inquérito criminal se assenta na apreciação do Procurador que, na condição de órgão independente⁵⁴, julga necessário prosseguir com uma acusação formal a partir de uma investigação iniciada pelo *Bureau* em bases próprias ou de informações recebidas de outras fontes⁵⁵. A acusação será transmitida, então, a um juiz componente das Câmaras de primeira instância que, a seu passo, poderá confirmar o indiciamento e terá de, à requisição do Procurador, emitir uma ordem de busca, detenção ou transferência de pessoa⁵⁶, conforme demande o caso.

De outra parte, é pertinente uma nota com respeito aos temas subjacentes ao processo penal incorporado no Estatuto do Tribunal, isto é, os direitos do acusado, a proteção de vítimas e testemunhas e o correspondente aspecto da pena. Artigo 21 do Estatuto reconhece os direitos do indiciado em um longo rol de disposições, dentre as quais estão incluídos a igualdade perante a corte, o direito de que a causa seja apreciada imparcial e publicamente, a presunção de inocência até estabelecimento da culpabilidade, o uso de língua com a qual o acusado possa compreender detalhadamente o desenvolver do processo, o acesso a suporte legal gratuito caso não possa arcar com as despesas, ser julgado sem injustificada demora e não ser compelido a testemunhar contra si próprio ou a confessar culpa. Estes direitos refletem o universalmente reconhecido princípio do devido processo legal, conforme consagrado no artigo 14 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁵⁷. O artigo 22, o qual especifica os direitos de vítimas e testemunhas, articula-se com as Regras de Procedimento e Evidências⁵⁸ posteriormente adotadas e, portanto, muito brevemente menciona a proteção da identidade da vítima bem como a

possibilidade de os procedimentos correspondentes se darem mediante gravação. Trata-se, na verdade, de referência a medida protetiva, de confidencialidade, com vistas a evitar a confrontação de testemunhas e vítimas com o acusado⁵⁹. O artigo 24 estabelece a modalidade da pena a ser imposta. Notadamente, em acordo com a política de Direitos Humanos liderada pela Organização das Nações Unidas, há uma proibição geral a qualquer outra pena que não a de prisão, o que afasta em definitivo a possibilidade de pena de morte. Curiosamente, 132 dos 181 Estados-membros da ONU empregam em suas leis domésticas a condenação capital⁶⁰.

O referido conjunto de regras procedimentais, as Regras de Procedimento e Evidências⁶¹, finalmente, não detalha somente a proteção dispensada a vítimas e testemunhas, mas pormenoriza todo o processo de funcionamento do Tribunal que encontra no Estatuto apenas uma moldura. As normas procedimentais originalmente elaboradas, em razão das emendas sofridas⁶², tornaram única a maneira de o Tribunal conduzir os julgamentos. A influência americana aportada pelo Juiz McDonald, primeiro presidente do Tribunal, na redação das regras procedimentais, somada a elementos de *civil law* posteriormente incluídos ao procedimento da corte, fê-la combinar características de processo criminal *adversarial* e *inquisitorial* simultaneamente⁶³; *inquisitorial* na medida em que o juiz passou a desempenhar um papel mais ativo no processo, participando na produção de evidências, convocando e interrogando testemunhas em bases próprias⁶⁴. Todavia, não obstante a introdução de aspectos próprios aos sistemas de *civil law* — cuja adoção se deu em virtude de uma necessidade de prover o juiz com maior controle e, portanto, agilidade na apreciação dos feitos —, o impacto da novidade não representou a absorção de todo o procedimento, vez que o Procurador, contrariamente, não passou a ter o dever de investigar as circunstâncias de incriminação e de defesa de modo igual⁶⁵, e à parte da Defesa ainda compete a condução de sua própria investigação e produção de provas, não se podendo vislumbrar o *Bureau* do Procurador coletando evidências em favor da parte adversa⁶⁶. Portanto, tem-se ainda procedimentos marcadamente fundados num sistema *adversarial*, embora o juiz, particularmente na formação do conjunto probatório, não esteja em posição tão inerte.

5. JURISDIÇÃO

No que diz respeito à jurisdição do Tribunal, o Estatuto apresenta, em seu artigo introdutório, os elementos pessoal, material, espacial e temporal da competência do órgão⁶⁷. Percebe-se, de início, uma intenção de síntese e clareza na designação do objeto de trabalho e dos propósitos da corte. A fórmula geral constituída na redação do dispositivo estabelece, então, o poder do Tribunal de processar pessoas responsáveis por sérias violações do Direito Internacional Humanitário cometidas no território da Ex-Iugoslávia desde 1991.

O significado do termo *pessoas* é posteriormente esclarecido no artigo 6, no qual se define expressamente a jurisdição do Tribunal sobre pessoas naturais, e no artigo 7, o qual consagra, pelo caminho do Direito Penal Internacional, a responsabilidade penal do indivíduo e, portanto, sua qualidade de sujeito de direitos e obrigações internacionais⁶⁸. As sérias violações do Direito Internacional Humanitário, a competência material a que se refere o dispositivo primeiro, são detalhadas nos artigos 2 a 5 do Estatuto. São estes os crimes previstos: (i) graves violações das Convenções de Genebra⁶⁹; (ii) violações das leis ou costumes de guerra; (iii) genocídio; e (iv) crimes contra a humanidade. O posterior labor jurisprudencial do Tribunal tratou de desvelar dúvidas e assentar conceitos em torno da caracterização de cada uma dessas figuras penais⁷⁰. Uma análise pontual do que se julgou pertinente será apresentada mais adiante. Todavia, os crimes definidos dentro do poder jurisdicional do Tribunal, para comporem a real competência do órgão, têm de haver sido perpetrados no território da antiga República Socialista Federal da Iugoslávia — e aí o aspecto espacial de limitação —, a partir de 1^a de janeiro de 1991, conforme reafirma o artigo 8 do Estatuto que, portanto, demarca com precisão a competência temporal já entrevista no artigo primeiro. É pertinente, porém, lembrar que a data de início coberta pela jurisdição do Tribunal é anterior ao seu estabelecimento. O raciocínio desenvolvido em suporte da legalidade e adequação da jurisdição da corte é, curiosamente, a própria afirmação da observância do princípio *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei anterior que o defina): de acordo com a declaração⁷¹ acompanhada ao Estatuto do Tribunal, o Secretário-Geral das Nações Unidas afirmou a estrita competência *ratione*

materiae como fundada no direito humanitário indubitavelmente parte do costume internacional, de onde decorre a irrelevância imediata da crítica ao elemento temporal, porque já consolidado à época do conflito armado o direito costumeiro.

A jurisdição do Tribunal é, em tese, concorrente às cortes domésticas com respeito ao processamento de supostos autores dos crimes relacionados no Estatuto⁷², é dizer, órgãos judiciais nacionais podem ou continuam a deter — simultaneamente — a competência de julgar atos da também jurisdição do Tribunal internacional, observado o princípio do *non bis in idem* (ninguém será punido ou julgado duas vezes pelo mesmo crime)⁷³. Na prática, a concorrência de jurisdição tem-se manifestado na forma de cooperação judicial⁷⁴, em virtude da qual, em inúmeras ocasiões, casos diante do Tribunal pendendo apreciação foram remetidos a jurisdições nacionais⁷⁵. Por outro lado, embora a experiência tenha precisado e permitido tal estratégia, e não obstante o caráter concorrente da jurisdição, o Tribunal para a Ex-Iugoslávia goza de primariedade sobre cortes nacionais⁷⁶, de modo que, nas condições definidas no Estatuto e em acordo com as Regras de Procedimento e Evidência, pode interromper o curso processual interno e requerer que cortes domésticas remetam um dado caso à sua competência⁷⁷.

6. JURISPRUDÊNCIA

O intenso trabalho jurisprudencial, sobretudo no que se refere à construção e esclarecimento de conceitos nos primeiros casos submetidos à sua apreciação, tornou o Tribunal e sua correspondente produção um marco do desenvolvimento do Direito dos Conflitos Armados. Com efeito, o Direito Internacional Humanitário, não obstante os reiterados esforços da comunidade internacional no sentido de elaborar e codificar normas aplicáveis a situações de conflito, tem permanecido assentado em conceitos abertos, a depender de um julgamento subjetivo confrontado às circunstâncias fáticas de aplicação⁷⁸. O mais elementar questionamento — e ao mesmo tempo o mais fundamental —, a caracterização da situação de aplicabilidade não encontra em instrumentos internacionais, tampouco em prática estatal, um critério objetivo. O Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, então, cujo mandato se funda na existência desse conjunto normativo aplicável aos conflitos armados, tratou de firmar interpretações necessárias,

deu sentido — em especial — ao texto das Convenções de Genebra em aspectos basilares mas de difícil consenso⁷⁹.

Como mencionado, a caracterização de um conflito armado constitui momento necessário para a aplicação do corpo de normas do Direito Internacional Humanitário e de quais de seus conjuntos de normas, sejam referentes a disputas armadas internas ou internacionais. A correspondente qualificação, todavia, enfrenta importante dificuldade, pois que extensão e sentido da expressão *conflito armado* não foi objeto de detalhamento nos respectivos tratados internacionais que, no entanto, dela fazem depender sua aplicação. Em face do problema, o Tribunal estabeleceu, em uma elaboração quase doutrinária, critérios para aferir o momento de aplicação do direito humanitário, lidando ao mesmo tempo com o aspecto material e o temporal⁸⁰.

Nesse sentido, a natureza das partes apareceu como elemento essencial para a averiguação da existência e a qualificação do conflito. Fundamentalmente, reconheceu-se que a definição mesma de conflito armado pode variar, dependendo de as hostilidades serem internas ou internacionais⁸¹. E, pois, que são as partes de uma disputa armada que definem o teor de um ato hostil, a verificação da natureza dos atores envolvidos foi o que se julgou ser o primeiro passo para o estabelecimento da existência de um conflito, ao mesmo tempo que se determina seu caráter. O Tribunal, no caso *Tadi*⁸², consolidou o entendimento de que um conflito armado existe quando há recurso à força armada entre Estados — e tem-se então um conflito armado internacional — ou quando há violência armada prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre tais grupos dentro do território de um Estado — eis que interno. É verdade que os Comentários às Convenções de Genebra já excluía, em relação à caracterização de um conflito armado internacional, a aplicação de alguns critérios como o reconhecimento do estado de guerra por uma das partes, a duração do conflito ou o número de vítimas⁸³. Particularmente, no entanto, com respeito à aferição do conflito armado não internacional, o critério adotado pela Corte primeiramente naquele caso, mas reiterado em decisões subsequentes⁸⁴, consubstanciou um novo dado na matéria⁸⁵. O aspecto temporal, a duração prolongada das hostilidades, aliado à natureza da parte envolvida, apareceu então como teste mínimo para a distinção entre

um conflito armado interno e distúrbios interiores ou estado de emergência — situações estas em que o Direito Internacional Humanitário não se aplica⁸⁶. Não sem crítica, porém, passou a posição do Tribunal: a depender a aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário de uma extensão do conflito que perdure no tempo, o início das hostilidades — que desde já envolvem operações armadas — pode inevitavelmente sofrer da ausência de regulamentação, já que estaria fora do escopo de aplicação das leis da guerra⁸⁷.

A jurisprudência do Tribunal, ademais, constituiu uma interpretação fundada em uma experiência real, concreta e em que, especificamente nos casos em que adjudicou inicialmente, teve de lidar com a dificuldade da definição de um conflito armado complexo, de realidades múltiplas. Nesse aspecto, a intervenção de um Estado estrangeiro numa disputa que, em condições normais, invocaria a aplicação das normas relativas a um conflito não internacional integrou as bases de julgamento da corte em diversos casos⁸⁸. A resposta jurisdicional do Tribunal representou um passo à frente no desenvolvimento do direito internacional, na aferição mesma de regras de responsabilidade Estatal, quando remodela o critério de controle delineado pela Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua*⁸⁹. O interesse da Corte criminal na noção de controle diz respeito, sobretudo, à possibilidade de qualificação de grupos armados como agentes *de facto* de uma Potência estrangeira em um conflito *prima facie* interno⁹⁰ e a respectiva submissão às normas relativas aos conflitos interestatais. No caso levado ao órgão judicial primário das Nações Unidas, a seu turno, reconheceu-se, com efeito, a participação dos Estados Unidos no financiamento de atividades militares e paramilitares, organização e treinamento do grupo armado *contras*⁹¹. A natureza do conflito opondo o grupo e o governo da Nicarágua, no entanto, não foi objeto de maior enfrentamento, tendo sido o foco da decisão apenas a atribuição de responsabilidade⁹². A Corte Internacional de Justiça decidiu então que, a despeito da influência material norte-americana sobre o *contras* — e mesmo o fornecimento de manual que encoraja a prática de atos contrários ao Direito Internacional Humanitário —, não poderia imputar aos Estados Unidos as violações cometidas pelo grupo⁹³. Disse, pois, que todas as formas de participação reconhecidas, e mesmo o controle geral pelo Estado sobre uma força com alto grau de dependência, não poderia por si só

significar, sem maiores evidências, que o Estado dirigiu ou perpetrou os atos conduzidos pelo grupo⁹⁴. Ora, o nível de controle requerido pela Corte naquele caso parece inviabilizar o reconhecimento de responsabilidade estatal em toda e qualquer situação, tornando improvável a aplicação da figura do agente *de facto* do Estado⁹⁵. Na verdade, o próprio Tribunal para a Ex-Iugoslávia considerou o critério da Corte pouco convincente⁹⁶, contrário à lógica da responsabilidade de Estado e em desacordo com a prática estatal⁹⁷. O Tribunal, entendendo que o critério necessário para a atribuição de responsabilidade e, como resultado, para o que se convencionou denominar *internacionalização* do conflito, afirmou que, diante da responsabilização de um organismo militar, suficiente é o controle geral (*overall control*) exercido por um Estado estrangeiro para imputar-lhe os atos cometidos por aquele ator genuinamente não estatal⁹⁸. Fundamentou a Câmara de Apelação que, para atos de grupos militares ou paramilitares serem atribuídos a um Estado, tem de ser provado que este exerce um controle geral sobre o grupo, não apenas financiando-o ou provendo-lhe equipamento, mas também coordenando ou colaborando com o planejamento geral das suas atividades militares; todavia, não é preciso que, ademais, o Estado tenha emitido, aos dirigentes ou a qualquer outro membro da organização, instruções específicas para a prática de atos contrários ao direito internacional⁹⁹.

Com respeito ao escopo temporal das normas do Direito Internacional Humanitário, particularmente das Convenções de Genebra de 1949, o Tribunal, na sua decisão de outubro de 1995¹⁰⁰, procurou esclarecer o momento em que cessa a incidência do direito dos conflitos armados. Conforme já visto, o início de sua aplicação se dá do momento em que irrompe um conflito armado, é dizer, quando os atos de violência armada são suficientes para caracterizar a situação de aplicabilidade¹⁰¹. De outra parte, o Direito de Genebra diz do fim de todas as operações militares — *general close of military operations*¹⁰² — como o marco final da aplicabilidade das Convenções. O Tribunal acabou por rejeitar um critério factual que significaria o fim das hostilidades, um cessar-fogo temporário ou mesmo conclusivo, de vez que decidiu que o Direito Internacional Humanitário aplica-se do início de um conflito armado e se estende além da cessação das

hostilidades, até que uma conclusão definitiva de paz seja alcançada¹⁰³. O significado, todavia, de uma conclusão definitiva de paz, *general conclusion of peace*, é da mesma forma vago e impreciso como *general close of military operations*. Ademais, o direito convencional pontualmente pode apresentar provisões que ainda encontram campo de aplicação mesmo após o fim de um conflito¹⁰⁴. De toda forma, houve um esforço da corte na delimitação do momento de incidência das normas de sua competência, de todo modo importante num contexto criminal em que àqueles que suportam as consequências penais de uma violação tem de ser dado a entender o quadro legal em que se inseriu a ilegalidade de suas condutas.

As violações do direito humanitário previstas no Estatuto como parte da competência material da corte, evidentemente, também foram objeto, ao seu turno, de labor jurisprudencial. O Tribunal, por meio de suas decisões¹⁰⁵, desenvolveu consideravelmente a lei dos conflitos armados no que concerne a aplicação do sistema de violações graves às Convenções de Genebra de 1949, o escopo do conceito de violações das leis e costumes de guerra, particularmente em conflitos internos, o escopo da responsabilidade criminal individual, incluindo a doutrina da responsabilidade de comando, e potenciais defesas, incluindo estado de necessidade e a doutrina de represálias¹⁰⁶. Limitemos-nos a rápidas incursões em alguns desses temas.

Com respeito às graves violações das Convenções de Genebra, o desenvolvimento jurisprudencial ora identificado na qualificação do conflito exerceu importante papel, embora a resposta mesma à questão não tenha representado um avanço na proteção do Direito Internacional Humanitário: afirmou-se que tal figura só encontra aplicabilidade em conflitos armados internacionais, não obstante alguma resistência¹⁰⁷; entretanto, diante da argumentação norte-americana — incidental no procedimento — de que as violações graves previstas no artigo 2 do Estatuto também se aplicam aos conflitos de caráter não internacional, o Tribunal, considerando a posição legal de um membro permanente do Conselho de Segurança, apenas sugeriu poder ser esta uma primeira indicação na mudança de *opinio juris* dos Estados¹⁰⁸. Importante, então, ressaltar que os aspectos de internacionalização do conflito no território da Ex-Iugoslávia conduziram Procurador e defesa a ligarem seus argumentos ao questionamento da extensão e dos efeitos da dita internacionalização. O Tribunal optou por

entender a existência simultânea de conflitos interno, internacional e internacionalizado, e limitou a aplicação do sistema das violações graves às Convenções de Genebra a fatos cometidos num contexto de conflito internacional ou internacionalizado¹⁰⁹. O critério de controle geral avançado pelo Tribunal permitiu que a conduta de atores não estatais, envolvidos numa disputa opondo outros grupos ou autoridades governamentais, pudesse ser enquadrada em provisões do Estatuto¹¹⁰ que dependem de existência e nexos com um conflito armado internacional¹¹¹. No âmbito da exigibilidade e criminalização das condutas, todavia, permanece no verdadeiro desenrolar das hostilidades a dificuldade de determinação do direito aplicável, porquanto a alegada concomitância de realidades diversas — próprias a regimes relativos a disputas internas ou internacionais — não apresenta factualmente os limites claros da separação¹¹².

Tendo em mente, portanto, a natureza mista do conflito, ou melhor, a existência simultânea de várias disputas dentro de um só quadro mais amplo, o estabelecimento de um nexo entre os atos criminosos e algum dos conflitos se mostrou ainda mais necessária, com vistas à caracterização das violações previstas no Estatuto diante dos requerimentos estritos dependentes da natureza do conflito armado. O critério estabelecido no caso *Tadi* com esse propósito serviu de base para julgamentos seguintes¹¹³ e informa que, para uma ofensa ser tida como uma violação do Direito Internacional Humanitário, cada ato alegado tem de estar intimamente relacionado às hostilidades. Mas, e nesse aspecto a decisão destaca o significado da responsabilização criminal do indivíduo, o Tribunal afirma que não é necessário mostrar que um conflito armado estava ocorrendo no momento e lugar exatos em que os atos proscritos alegadamente ocorreram, tampouco é necessário que o alegado crime tenha ocorrido durante combate, tenha sido parte de uma política ou prática oficialmente endossada ou tolerada por uma das partes do conflito, ou que o ato tenha sido em favor de uma política associada com uma conduta de guerra ou no interesse de uma parte na disputa, mas as obrigações dos indivíduos no Direito Internacional Humanitário são independentes e aplicam-se sem prejuízo a questões de responsabilidade de Estados do direito internacional¹¹⁴. Reforça, portanto, que a única questão relevante a ser determinada caso a caso é se, de fato, os atos que constituem uma ofensa ao direito estavam de algum modo ligados a

um conflito armado, dele se valendo o indivíduo para a determinação de sua conduta¹¹⁵.

Finalmente, um último ponto a ser aqui visualizado, dentre os vários para cuja respectiva consolidação a jurisprudência do Tribunal contribuiu, é o que envolve o recurso à represália não propriamente como medida de implementação da responsabilidade estatal, mas com o primeiro propósito de causa excludente da ilegalidade de um ato. Represálias, ou modernamente chamadas de contramedida¹¹⁶, contra várias categorias de pessoas e objetos são proibidas pelo direito convencional aplicável aos conflitos armados, em particular a população e os objetos civis. Relembrem-se aqui as regras de responsabilidade estatal pertinentes ao assunto¹¹⁷. Para todos os efeitos práticos, os únicos alvos legítimos de represália em um conflito armado internacional são combatentes e alguns outros objetivos militares¹¹⁸. Por outro lado, na lei relativa a conflitos internos não há qualquer menção à proibição. O Tribunal, como resultado do argumento de acusação do *Bureau* do Procurador, regrou que há na verdade uma interdição geral de represálias contra a população civil como tal e em todas as circunstâncias, produto integral do direito costumeiro¹¹⁹, como refletido por uma Resolução da Assembleia Geral datada de 1970¹²⁰. De notar que o reconhecimento da extensão da proibição, bem como demais entendimentos da Corte no que diz respeito à proteção genérica do direito dos conflitos armados internos — exceção feita à interpretação da provisão das graves violações¹²¹ —, parece apontar para uma uniformização de tratamento dos diferentes quadros de conflito, internacional ou não¹²².

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia tenha tido um início bastante controverso, posicionamentos duros e contrários à sua forma de estabelecimento e ceticismo em torno de seu funcionamento, houve e há de fato um trabalho em curso no órgão. Um trabalho, senão veladamente planejado quando dos esforços de sua criação, que supera o primeiro objetivo da paz na região da Ex-Iugoslávia. Talvez a paz mesmo não tenha relação com o estabelecimento do Tribunal, e diga-se que após sua instauração os conflitos na região continuaram na mesma intensidade. É

igualmente possível que a real intenção da criação da corte fosse amenizar a inabilidade da comunidade internacional de impedir as atrocidades que tomaram aquele território. O fato é que, a despeito de qualquer objetivo não revelado por parte dos que originalmente conceberam o Tribunal, a permanência na inação poderia conduzir a resultados perigosos, particularmente para a paz e segurança internacionais, como efeito de um endosso tácito a um conflito multiétnico cujos limites não resistem às fronteiras do antigo território iugoslavo.

Em conversa com o atual Conselheiro Jurídico da Presidência do Tribunal Penal Internacional¹²³, que também desempenhou função semelhante no Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia, Hírad Abtahi mencionou a grande carga de tarefas ainda pendentes no órgão *ad hoc* ao mesmo tempo que reconheceu na produção jurisprudencial da corte um empenho importante daqueles envolvidos. Comprometimento, segundo ele, em virtude do entendimento de serem parte e causa do desenvolvimento do direito internacional humanitário, ou do direito simplesmente. Com efeito, qualquer que seja a crítica direcionada ao Tribunal, razoável ou não, a prática da corte nas questões procedimentais, a criação de todo um código de funcionamento do órgão, as decisões de aspecto conservador e inovador, resultado de um quadro complexo de conflito armado sob sua jurisdição, constituem uma referência para a futura *performance* de outros tribunais internacionais. É claro, porém, que os elementos positivos da experiência do Tribunal não necessariamente legitimam a prática do órgão ou mesmo sua criação, embora, assim como os dados negativos, também componham o aprendizado.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional e Direito Internacional Humanitário.

²² BENNET, Christopher. *Yugoslavia's bloody collapse: causes, course and consequences*. New York: New York University Press, 1995. p. 1-5.

3 Interim Report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), UN Doc. S/25274 (1993); Final Report, UN Doc. S/1994/674, (May 27, 1994).

4 CALDWELL, Amanda. Causes, consequences, and the international impact of the war in the Former Yugoslavia. *RJLR*, 2003, v. 3, p. 2 e 14.

5 Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808; UN Doc. S/25704 (May 3, 1993).

6 UN Doc. S/RES/827 (May 25, 1993).

7 United Nations Charter, San Francisco, 26 June 1945, *em vigor* 24 October 1945, 1 U. N. T. S. XVI.

8 UN Doc. S/RES/827, par. 6.

9 Até a presente data, o Tribunal concluiu procedimentos contra 106 acusados de um total de 161 indiciados. As Câmaras de Julgamento emitiram 300 decisões em matérias preliminares em 20 casos e 5 decisões de remessa de caso à jurisdição Estatal foram proferidas. A Câmara de Apelação emitiu 156 decisões compreendendo 11 apelações de julgamento, 25 apelos interlocutórios, 3 decisões de remessa de caso, 94 decisões preliminares e 23 revisões, reconsiderações ou outros tipos de decisão; Fourteen Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, UN Doc. A/62/172 (August 1, 2007). Disponível em: <http://www.un.org/icty/rappannu-e/2007/AR07.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2007.

10 MALONE, David M. Security Council in the Post-Cold War Era: A Study in the Creative Interpretation of the UN Charter. *NYUJILP*, 2003, v. 35, p. 487-90.

11 SIMONOVIC, Ivan. The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication. *Fordham Int'L L. J.*, 1999, v. 23, p. 442.

12 UN Doc. S/RES/780 (October 6, 1992).

13 ZACKLIN, Ralph. Bosnia and Beyond. *VJIL*, 2003, v. 34, p. 277-78.

14 UN Doc. S/RES/808 (February 22, 1993).

15 Report of the Secretary-General, *supra* nota 4.

16 Estatuto do ICTY, Nova York, 25 maio 1993, Reimpresso em 32 I.L.M. (International Legal Materials) 1159 (1993); Última emenda data de 2006 pela Resolução 1.660. Disponível em <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/basic/statut/statute-feb06-e.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2007.

17 *Supra* nota 5.

18 Cf. ROMANO, Cesare P. R. The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. *NYUJILP*, 2007, v. 39.

19 REISMAN, Michael W. The Constitutional Crisis in the United Nations. *AM. J. INT'L L.*, 1993, v. 87, p. 93.

20 Carta das Nações Unidas, *supra* nota 6, artigo 39.

21 CARON, David D. The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council. *AM. J. INT'L L.*, 1993, v. 87, p. 554-57; *Tadi*, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995,

par. 29.

[22](#) ZACKLIN, op. cit., p. 279.

[23](#) U.N. Doc. S/RES/788 (November 19, 1992) (Libéria); UN Doc. S/RES/733 (January 23, 1992) (Somália).

[24](#) *Tadić*, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 39.

[25](#) *Supra* nota 13.

[26](#) Security Council 3175th Meeting Record, Press Release SC/5558 (February 22, 1993). Disponível em: <http://www.haverford.edu/relg/sells/reports/808.html>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[27](#) SIMONOVIC, op. cit., p. 445-48.

[28](#) Cf. PENNY, Christopher K. “No Justice, No Peace?”: A political and legal analysis of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *OLR*, 1998, v. 30.

[29](#) *Idem*, p. 444.

[30](#) CISSE, Catherine. International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda: Some Elements of Comparison. *TLCP*, 1997, v. 7, p. 106-7.

[31](#) Annex to the Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), *supra* nota 4; Estatuto, *supra* nota 15, art. 15.

[32](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 11.

[33](#) *Cámara de Primera Instancia* é a denominação dada à *Trial Chamber* na versão espanhola do Estatuto.

[34](#) De se observar que uma alteração do Estatuto se fez necessária para acomodar a autorização do Conselho de Segurança com respeito aos juízes *ad litem* e sua função de auxiliar o Tribunal com a carga de trabalho, e para especificar as atribuições e deveres desses juízes. Cf. Estatuto, *supra* nota 15, artigo 12 (2); e UN Doc. S/RES/1329 (November 30, 2000).

[35](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 12 (2).

[36](#) *Idem*, art. 12 (3).

[37](#) *Idem*, art. 13 *bis* (1) (a-d) e (3).

[38](#) Os juízes *ad litem* são eleitos pela Assembleia Geral a partir de uma lista submetida pelo Conselho de Segurança. O processo de chegada à lista de vinte e sete juízes *ad litem* está disposto no artigo 13 *ter* (1) (a-d) do Estatuto.

[39](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 13 *ter* (1) (e) e (2).

[40](#) *Idem*, art. 16 (2).

[41](#) *Idem*, art. 16 (1).

[42](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 16 (4).

[43](#) Note-se que os processos de escolha de procuradores e juízes, de modo similar, baseiam-se numa relação igualmente política, implicados estão em alguma medida os membros do Conselho de Segurança.

[44](#) Press Release, ICTY Office of the Prosecutor, Prosecutor’s Report on the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor, The Hague, PR/P.I.S./510-e (June 13, 2000). Disponível em: <http://www.un.org/icty/pressreal/p510-e.htm>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[45](#) SCHWABACH, Aaron. NATO's War in Kosovo and the Final Report to the Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *TJICL*, 2001, v. 9, p. 168.

[46](#) Veja *infra* item 5.

[47](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 18.

[48](#) *Supra* nota 43.

[49](#) The Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor, 39 I.L.M. 1257, 1272 (June 8, 2000) par. 1283.

[50](#) Veja *infra* item 6.

[51](#) Para uma abordagem dos aspectos legais, políticos e as correspondentes implicações da decisão, cf. COLANGELO, Anthony J. Manipulating International Criminal Procedure: The decision of the ICTY Office of the Independent Prosecutor not to investigate NATO bombing in the Former Yugoslavia. *NULR*, 2002-2003, v. 97.

[52](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 17 (1).

[53](#) A criação da seção de suporte a vítimas e testemunhas tem sua direção dada na regra 34 das Normas de Procedimento e Evidência do Tribunal; UN Doc. IT/32 (1994), amended by UN Doc. IT/32/Rev. 40 (2007).

[54](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 16 (2).

[55](#) *Idem*, art. 18 (1).

[56](#) *Idem*, art. 19.

[57](#) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, G. A. res. 2200A (XXI), UN Doc. A/6316 (1966), 999 U. N. T. S. 302, *em vigor* 23 mar. 1976; SHRAGA, D., ZACKLIN, R. ICTY. *EJIL*, 1994, v. 5.

[58](#) Conforme o Estatuto, *supra* nota 15, art. 15.

[59](#) Particularmente em casos que envolveram violência sexual, a Corte determinou a adoção de medidas como o testemunho por circuito fechado de televisão, a alteração multimídia de imagem e voz de vítimas e testemunhas, o uso de pseudônimos; Third Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, UN Doc. A/51/292 (August 16, 1996).

[60](#) WILLIAMS, Paul R.; SCHARF, Michael P. *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the former Yugoslavia*. Oxford: Rowan and Littlefield Publishers Inc., 2002.

[61](#) *Supra* nota 52.

[62](#) Em especial, UN Doc. IT/32/Rev. 1 (1994), UN Doc. IT/32/Rev. 2 (1994), UN Doc. IT/32/Rev. 3 (1995). Data de 2007 a adoção da última emenda; UN Doc. IT/32/Rev. 40 (2007).

[63](#) TOCHILOVSKY, Vladimir. Proceedings in the International Criminal Court: Some Lessons to Learn from ICTY Experience. *EJCLJ*, 2002, v. 10/4, p. 269-70.

[64](#) Regras 73*bis* e 73*ter*, consolidadas na regra 65*ter*, Regras de Procedimento e Evidência.

[65](#) O que há, na verdade, é o dever de se permitir à Defesa, mediante requerimento, a análise de documentos e objetos destinados à preparação da defesa ou a serem utilizadas pelo Procurador como evidência no julgamento. O “disclosure to the defence” é procedimento próprio do sistema de *common law*, assentado aqui na Regra 66 (B), Regras de Procedimento e Evidência, *supra* nota 52.

[66](#) TOCHILOVSKY, op. cit., p. 270.

[67](#) “The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute”; Estatuto, *supra* nota 15, art. 1.

[68](#) AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional*: bases para una elaboración dogmática. Trad. Ezequial Malarino. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p.34-35.

[69](#) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em Campanha, Genebra, 12 ago. 1949, *em vigor* 21 out. 1950, 75 U. N. T. S. 31; Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar, Genebra, 12 ago. 1949, *em vigor* 21 out. 1950, 75 U. N. T. S. 85; Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, Genebra, 12 ago. 1949, *em vigor* 21 out. 1950, 75 U. N. T. S. 135; Convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, Genebra, 12 ago. 1949, *em vigor* 21 out. 1950, 75 U. N. T. S. 287.

[70](#) ROBERGE, Marie-Claude. Jurisdiction of the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda over crimes against humanity and genocide. *IRRC*, 1997, n. 321, p. 651-664.

[71](#) Report of the Secretary-General, *supra* nota 4, par. 33-35.

[72](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 9 (1).

[73](#) *Idem*, art. 10.

[74](#) UN Doc. S/RES/1503 (August 28, 2003); O Conselho de Segurança fez um chamado à adoção de *Completion Strategies* na relação entre cortes domésticas e os Tribunais internacionais para Ex-Iugoslávia e Ruanda; de acordo com o sistema de cooperação adotado pelo Tribunal para a Ex-Iugoslávia, a Corte tem se concentrado na persecução e julgamento de altos dirigentes, enquanto casos envolvendo acusados de médio ou baixo escalão têm sido remetidos a cortes nacionais; ICTY Completion Strategy. Disponível em: <http://www.un.org/icty/cases-e/factsheets/partnership-e.htm>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[75](#) Press Release, UN ICTY, Address by Ms. Carla Del Ponte, Chief Prosecutor of the ICTY to the UN Security Council, The Hague, FH/P.I.S./791-e (October 10, 2003). Disponível em: <http://www.un.org/icty/pressreal/2003/p791-e.htm>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[76](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 9 (2).

[77](#) Press Release, UN ICTY, “Vukovar Hospital” Case: The Prosecutor seeks the deferral to the ICTY of proceedings instituted in Serbia against M. Mrksic, V. Slijvancanin and M.

Radic. The Hague, CC/PIU/370-E (December 7, 1998). Disponível em: <http://www.un.org/icty/pressreal/p370-e.htm>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[78](#) De atual relevância, logo após os ataques de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos classificaram a guerra contra o terrorismo como um único e global conflito armado e, portanto, sujeito às leis e costumes de guerra; Cf. White House, Memorandum of February 7, 2002, Appendix C to Independent Panel to Review DoD Detention Operations, Chairman the Honorable James R. Schlesinger to US Secretary of Defense Donald Rumsfeld, August 24, 2004. Disponível em: <http://www.defenselink.mil/news/Aug2004/d20040824finalreport.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2007. Para uma análise crítica da posição norte-americana, cf. SASSÒLI, Marco. Use and Abuse of the Laws of War in the “War on Terrorism”. *LIJ*, v. 22, 2004, pp. 198-203; O’CONNELL, Mary Ellen. When is a War not a War? The Myth of the Global War on Terror. *IJICL*, 2006, v. 12, p. 536-37.

[79](#) A título ilustrativo, mencione-se, ademais do próprio sentido da expressão *conflito armado*, o alcance do *status* de pessoa protegida de acordo com as Convenções de Genebra, de que faz depender o conceito de violações graves daqueles instrumentos; cf. arts. 50, 51, 130 e 147 respectivamente das quatro Convenções.

[80](#) *Tadi*, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995; *Tadi’*, Trial Chamber II, 7 May 1997; *Tadi*, Appeals Chamber, 15 July 1999; *Blaški’*, Trial Chamber, 3 March 2000; *Kunarac et al.*, Appeals Chamber, 12 June 2002.

[81](#) *Tadi*, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 67.

[82](#) *Ibidem*, par. 70.

[83](#) Commentary on the Fourth Geneva Convention, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, p. 20-21 (Common Article 2).

[84](#) *Krnjelac*, Trial Chamber II, 15 March 2002, par. 51; *Kunarac et al.*, Appeals Chamber, 12 June 2002, par. 56; *Limaj et al.*, Trial Chamber, 31 May 2004, par. 13; *Strugar*, Trial Chamber, 31 January 2005, par. 215.

[85](#) Cf. art. 3 comum às quatro Convenções de Genebra.

[86](#) Artigo 1 (2), Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e relativo à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados sem Caráter Internacional (Protocolo II), 8 jun. 1977, *em vigor* 7 dez. 1978, 1125 U.N.T.S. 609.

[87](#) Para uma discussão detalhada, cf. CULLEN, Anthony. Key Developments Affecting the Scope of Internal Armed Conflict in International Humanitarian Law. *MLR*, 2005, v. 183.

[88](#) *Raji’c*, Trial Chamber, 13 September 1996; *Aleksovski*, Trial Chamber, 25 June 1999; *Tadi’c*, Appeals Chamber, 15 July 1999.

[89](#) *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Judgement, 27 June 1986. A Corte Internacional de Justiça estabeleceu, na oportunidade, a necessidade de os Estados Unidos exercerem um controle efetivo (*effective control*) — critério por ela desenvolvido — sobre o grupo armado nicaraguense *contras* para o reconhecimento deste como agente *de facto* do Estado norte-americano.

[90](#) *Tadi*, Appeals Chamber, 15 July 1999, par. 98.

[91](#) *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, par. 115, 242.

- [92](#) Ibidem, par. 254.
- [93](#) Ibidem, par. 292.
- [94](#) *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, par. 115.
- [95](#) Artigo 8, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YILC*, 2001, v. 2, parte II; UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev. 1 (July 26, 2001).
- [96](#) *Tadi*, Appeals Chamber, 15 July 1999, par. 115-124.
- [97](#) SASSÒLI, Marco. State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law. *IRRC*, 2002, v. 84, n. 46, p. 408.
- [98](#) *Tadi*, Appeals Chamber, 15 July 1999, par. 124-145.
- [99](#) Ibidem, par. 131.
- [100](#) *Tadi*, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.
- [101](#) Relevância dada à natureza das partes envolvidas e à intensidade ou nível das hostilidades; *supra* notas 80, 84.
- [102](#) Convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, *supra* nota 68, art. 6 (2).
- [103](#) *Tadi*, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 70.
- [104](#) Algumas normas relativas a prisioneiros de guerra, a civis detentos em virtude de um conflito armado, para citar apenas uns poucos exemplos, continuam aplicáveis até o momento em que estes são finalmente liberados; cf. Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, *supra* nota 68, art. 5; Convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra, *supra* nota 68, art. 6.
- [105](#) *Tadi*, Trial Chamber II, 7 May 1997; *Raji'*, Trial Chamber, 13 September 1996; *Blaški*, Trial Chamber, 3 March 2000; *Kupreški et al.*, Trial Chamber, 14 January 2000.
- [106](#) FENRICK, W. J. The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the ICTY. *JCSL*, 1998, n. 3, p. 199.
- [107](#) ICTY, Amicus Curiae Brief Presented by the Government of the United States of America, IT-94-I, 25 July 1995, par. 35
- [108](#) *Tadi*, Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 83
- [109](#) Ibidem, par. 84.
- [110](#) Estatuto, *supra* nota 15, art. 2.
- [111](#) *Raji*, Trial Chamber, 13 September 1996, par. 22-31.
- [112](#) Cf. STEWART, James G. Towards a single definition of armed conflict in International Humanitarian Law: a critique of internationalized armed conflict. *IRRC*, 2003, v. 85, n. 850.
- [113](#) *Strugar*, Trial Chamber, 31 January 2005, par. 215; *Gali*, Trial Chamber, 5 December 2003.
- [114](#) *Tadi*, Trial Chamber II, 7 May 1997, par. 573.
- [115](#) Idem, ibidem.
- [116](#) O termo represália tem, todavia, conservado atualidade e preferência no campo do direito humanitário.

[117](#) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *YILC*, 2001, v. 2, parte II, art. 50.

[118](#) FENRICK, op. cit., p. 227.

[119](#) *Marti'c*, Brief on the Applicable Law for Rule 61 Hearing, 13 March 1996.

[120](#) UNGA Resolution 2675 (XXV), 9 Dez.1970, intitulado “Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflicts”.

[121](#) *Supra* nota 112.

[122](#) Cf. HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law* London: Cambridge University Press, 2005. v. 1.

[123](#) II Curso de Inverno em Direito Internacional, Centro de Estudos de Direito Internacional, Belo Horizonte, julho de 2006.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA: CONSIDERAÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

RAFAEL PINHEIRO COSTA¹

ALINE DAMASCENO²

1. (DES)CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: MITOLOGIAS PARA UM MASSACRE

Episódios com grande potencial de causar impacto nas mídias padecem da mesma miséria. Acabam registrando-se nas memórias coletivas como uma espécie de folclore, antes mesmo que devidas análises historiográficas possam depurar-lhes distorções e extrair o sentido genuíno dessas narrativas. Na formação dessas fantasiosas mitologias, tecem-se meandros de rupturas, continuidades, omissões e ênfases, esboçando, imaturamente, constâncias de efeito tão frágeis quanto ingênuas — senão infames.

Esse mal circula em boa parte das produções científicas disponíveis sobre o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR). Contextualizar o genocídio tornou-se o lugar-comum de lançar pirotecnicamente, no vórtice de um parágrafo introdutório, uma causalidade jornalística abastada em números, datas e nomes que pouco sentido tem para a compreensão do evento como um fato histórico.

Reproduzir essa lógica, sob pretexto de contextualização, seria repetir a velha estória. Seria falar de como o estopim de tudo, no caso de Ruanda, foi

o assassinato do presidente Juvenal Habyarimana, em abril de 1994; que resultou na escalada de tensões envolvendo *hutus* e *tutsi*; que resultou em 800.000 mortes no sinistro intervalo de 100 dias; que, por sua vez, resultou no êxodo de outros dois milhões de ruandeses para os países vizinhos durante o curto período de 3 meses³.

Certas concisões são perigosas. Há narrativas que não comportam sínteses. Falar de Ruanda de 1994 em diante é atribuir, irrefletidamente, uma natureza puramente autóctone ao ódio étnico que lá se instalou. É como rotular, de forma preconceituosa, o genocídio como uma resultante de um mero delírio coletivo — irracionalismos de mentalidades arcaicas sobre as quais convém apenas à antropologia especular.

Colocando o passado colonial de Ruanda em perspectiva, surpreenderxos-íamos com a emergência de outras causalidades. Resgatar o sentido da nefasta introdução de variáveis exógenas às mentalidades locais seria um primeiro passo para o estabelecimento de outros critérios de responsabilização histórica pelo genocídio. A administração colonial belga em Ruanda, escorada na boa e velha lógica de dividir para dominar, teve seu papel. Assim como tiveram seu papel os surtos pseudocientíficos da antropologia de Speke, fundamento dos arquétipos físicos que levaram, em última instância, à irreconciliável e ilusória dicotomia étnica *hutus-tutsis*.

O aspecto predominantemente jurídico dos tópicos que se seguem não permitiria análises mais detidas sobre as circunstâncias históricas. Cabe-nos, apenas, com essas primeiras palavras, alertar sobre os erros a que apressadas contextualizações históricas da tragédia em Ruanda podem nos induzir⁴.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ARRANJOS INSTITUCIONAIS DE UM TRIBUNAL GÊMEO

Atribui-se ao ICTR uma curiosa titulação — tribunal gêmeo. Essa metáfora ilustra, com alguma ironia, o tratamento sempre análogo dispensado ao ICTR em relação ao Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia (ICTY)⁵. É que, ao estabelecer um novo tribunal para julgamento dos crimes ocorridos em Ruanda, durante o genocídio, o Conselho de Segurança, na Resolução 955⁶, optou por manter pontos de contato institucionais entre ambos.

Por essa lógica, esperava-se promover uniformidade procedimental e jurisprudencial — bem como maior eficiência e economia de recursos⁷. No entanto, como consequência, no desenvolver dos trabalhos do ICTR, emergiam sérios inconvenientes à celeridade e à funcionalidade administrativa. O simples fato de esse tribunal dividir o mesmo Promotor-Chefe com o ICTY implicou, por exemplo, uma centralização burocrática dos serviços da Promotoria. O Promotor-Chefe em cumprimento a suas atribuições deveria se deslocar constantemente de Haia, onde fica situado o ICTY para Arusha, na Tanzânia, onde o Conselho de Segurança decidiu fixar a sede do ICTR⁸.

Incompatibilidades como essa foram antevistas. Antes mesmo do estabelecimento do Tribunal, o próprio Estado ruandês, surpreendentemente, havia votando contra a Resolução 955. Sérias objeções foram feitas à vinculação dos tribunais⁹, sob alegações da delegação ruandesa de que o Conselho de Segurança, a título de economias de recursos, subestimava as particularidades do genocídio em Ruanda.

No entanto, apesar dessas críticas e da patente disparidade orçamentária em desfavor do ICTR¹⁰, os trabalhos desse tribunal têm superado expectativas. Em contraste com seu *twin tribunal*, o ICTR tem tido sucesso ao direcionar seus esforços para a persecução penal de altas autoridades. No caso do ICTY, ambiciosos julgamentos se mostram bem mais problemáticos.

Ainda que seus resultados tenham surpreendido em muitos aspectos, a abundante literatura focada no ICTY diante de poucos escritos destinados ao ICTR leva-nos a inferir certa preterição deste último¹¹. É como se, anos após o genocídio em Ruanda, da mesma forma que a comunidade internacional se omitiu em impedir os massacres, a comunidade acadêmica agora se negasse a dar sua contribuição a Ruanda.

Memória coletiva é nuvem passageira. Deve haver, portanto, o compromisso constante de revisitar certas tragédias. Atendendo a essa lógica, traçamos como objetivo deste breve capítulo ressaltar a importância específica do ICTR, para a concretização de um sistema jurídico capaz de apresentar respostas futuras a eventuais violações ao Direito Internacional Humanitário.

Houve, anteriormente, experiências de exercício de jurisdição penal internacional. O Tribunal de Nuremberg (1945-1946)¹² é um marco nessa questão. Contudo, comparando os estatutos deste tribunal com os do ICTR e o do ICTY, nota-se a forma como esses últimos foram norteados por maior cientificidade e consonância para com os princípios gerais do direito.

Provisões legais, como a pena de morte, contrárias aos avanços do direito penal já à época dos tribunais militares do pós-guerra, foram proscritas nos Estatutos do ICTR¹³. Por outro lado, direitos e garantias, tutelando o acusado, emergiam. Postulados básicos da política processual penal, como o princípio da presunção de inocência¹⁴; princípio do duplo grau de jurisdição¹⁵; princípio da imparcialidade do juiz¹⁶; direito de permanecer em silêncio¹⁷; direito de não se incriminar¹⁸; foram expressos e sistematizados nos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*.

Não obstante algumas provisões análogas existissem no estatuto do Tribunal de Nuremberg, não encontravam o nível de organização sistêmica do ICTR e ICTY.

3. JURISDIÇÕES

3.1. *Jurisdição ratione temporis*

A jurisdição *ratione temporis* do ICTR estende-se de 1º de janeiro até 31 de dezembro do ano de 1994. A opção por esse intervalo obedece à lógica de se tomar por marcos temporais do genocídio a queda do avião presidencial, em 6 de abril de 1994, como início, e a tomada de poder pela *Rwandese Patriotic Front* (RPF), em 17 de julho de 1994, como final¹⁹.

Ao estabelecer um marco temporal anterior a 6 de abril, visa-se a abranger as fases preparatórias dos crimes. Em contraste com o estatuto do ICTY, define-se uma data final para a jurisdição temporal, de forma que o novo governo possa processar e julgar os crimes ocorridos após essa data. Não obstante esse limite final à jurisdição *ratione temporis* do ICTR, nota-se que alguns atos anteriores a 1º de janeiro podem ser abarcados pela jurisdição do tribunal.

... o artigo 6 do Estatuto do ICTR, que lança as bases para a responsabilidade penal individual, assim como o artigo 2 (3), que enumera os atos puníveis como genocídio, mantêm sob jurisdição do

ICTR atos como planejamento, instigação, ordem, ou auxílio na prática do crime; ainda que esses atos tenham sido cometidos antes de 1º de janeiro de 2004. Desde que haja umnexo causal entre esses atos preparatórios e a efetivação do crime durante 1994 (tradução livre)²⁰.

3.2. *Jurisdição ratiõne materiae*

Em se tratando de jurisdição *ratione materiae*, os arts. 3 e 4 do Estatuto do referido Tribunal merecem atenção na medida em que inovam significativamente o âmbito de aplicabilidade das normas materiais de Direito Internacional Humanitário.

Considerando ser o fundamento legal do ICTR encontrado no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, nos termos dos arts. 39 e 41, é primeiramente necessária a configuração de uma ameaça à paz e segurança internacional para que se justifiquem medidas tomadas pelo Conselho de Segurança com base em sua competência para estabelecer *non-forcible measures*. Nesse contexto é que, antes mesmo de cogitar-se de sua jurisdição, é necessário efetuar a verificação da existência de uma situação de ameaça à paz e à segurança internacionais que justifique a implantação do tribunal, por meio de uma resolução do Conselho de Segurança.

Em relatório da Comissão de Direitos Humanos, restou patente a existência de um conflito armado de natureza não internacional²¹. A mesma Comissão ressalta, em sede de conclusão dos seus trabalhos sobre a situação em Ruanda, a ocorrência de práticas de crimes contra a humanidade; genocídio²²; violações de normas de direito humanitário, especificamente as contidas no art. 3 Comum das Convenções de Genebra²³ e do Protocolo Adicional II²⁴.

Diante das particularidades do ocorrido em Ruanda, principalmente pelo fato de os massacres à população civil terem caráter incidental em relação ao conflito armado em si²⁵, o Conselho de Segurança, ao tratar da jurisdição do tribunal, opta por moldar o Estatuto do ICTR com base no Estatuto do ICTY.

O resultado pela constituição de um *twin tribunal* pode ser observado na caracterização legal de genocídio no art. 2 (2) estatuto do ICTR, que em nada difere do que consta no estatuto do ICTY²⁶. Ambas as definições reproduzem *verbatim* os artigos II e III da Convenção sobre Genocídio²⁷.

No entanto, relevantes modificações foram adotadas. Houve a inserção, no art. 3 do Estatuto do ICTR, que trata dos crimes contra a humanidade, de novos elementos para a caracterização desse crime. Em relação ao art. 4, a inovação trazida pelo ICTR é ainda mais ousada. O Estatuto, ao incluir violações ao art. 3 Comum das Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II sob sua jurisdição, criminaliza proibições que não são ainda reconhecidas como costume internacional²⁸.

Veremos mais detalhadamente essas inovações nos tópicos posteriores. No momento, limitamo-nos a ressaltar que foi audaciosa a elaboração do Estatuto do ICTR no que tange à sua jurisdição. Essa ousadia custou, no entanto, surgimento de sérias polêmicas. Não está claro ainda se as inovações do Estatuto implicariam construções, ou mesmo ampliações, de tipos penais, ainda não respaldados no direito costumeiro. A confirmação dessa hipótese significaria grave violação do princípio *nullum crimen sine lege*. Trata-se de hipótese que, definitivamente, merece ser colocada em questão, em um trabalho específico.

4. AS INOVAÇÕES DO ESTATUTO E A QUESTÃO DO PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*

4.1. Art. 3: crimes contra a humanidade

O art. 3 do Estatuto do Tribunal *ad hoc* para Ruanda estabelece a jurisdição do ICTR sobre assassinato; exterminação; escravização; deportação; aprisionamento; tortura; estupro; perseguição em níveis políticos, raciais e religiosos; outros atos desumanos quando levados a cabo como parte de um ataque geral e sistemático e de caráter discriminatório contra população civil. Esse conceito de crimes contra a humanidade adotado pelo Estatuto do ICTR difere, significativamente, do que estabelece o art. 69 (c) do Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

No Estatuto do ICTR, cabem dúvidas sobre como interpretar o art. 3, especificamente o trecho: “*quando cometido em um conflito armado*” (tradução livre). Esse trecho não deixa claro se deve haver a existência de um vínculo entre a conduta e o conflito armado em si — o que seria difícil de se provar no caso específico de Ruanda, dado que os massacres ocorreram de forma incidental ao conflito — ou se a conduta criminalizada

deve simplesmente ocorrer “durante” o lapso de tempo que abrange o conflito armado, conforme entendeu o Secretário-Geral²⁹.

O Conselho de Segurança opta, na elaboração do art. 3 do Estatuto do ICTR, por descartar o requisito da caracterização de um conflito armado³⁰. Restringe-se a estabelecer dois requisitos para a jurisdição do Tribunal quanto aos crimes contra a humanidade: a) o *actus reus* deve ser levado a cabo “como parte de um ataque amplo e sistemático” (tradução livre)³¹; b) o *actus reus* deve ter caráter discriminatório “em níveis de nacionalidade, políticos, étnicos, raciais ou religiosos” (tradução livre).

Essa definição, por um lado, amplia a jurisdição do tribunal em relação à do ICTY. Ela estabelece que não há necessidade de uma conexão entre o crime e conflito armado. Por outro lado, cria um elemento a mais para o exercício da jurisdição pelo tribunal, nos termos do art. 3 — a discriminação “em níveis de nacionalidade, políticos, étnicos, raciais ou religiosos” (tradução livre). Isso contrasta com o artigo 6 (c) do Estatuto do Tribunal de Nuremberg³², que identifica “atos inumanos” (tradução livre) ou “perseguições em níveis políticos, étnicos, raciais ou religiosos” (tradução livre) como duas categorias distintas de crimes contra a humanidade³³.

Outro significativo contraste em relação à definição de crime contra a humanidade do Estatuto do Tribunal de Nuremberg é a inclusão, no art. 3 (g), de estupro no Estatuto do ICTR como crime contra a humanidade. Essa foi a maneira que o Conselho de Segurança encontrou para apresentar uma resposta à campanha de estupros sistemáticos que ocorreram durante o conflito. A violência sexual levada a cabo em larga escala, tanto na Bósnia quanto em Ruanda, foi parte de um plano que visava a destruir, em parte ou todo, um grupo étnico específico, por meio da limpeza étnica.

Não há tratado internacional que disponha sobre crimes contra a humanidade. Sabe-se, no entanto, para além de qualquer dúvida razoável, que o direito costumeiro abarca o tema. Onde estaria espelhada afinal a conduta caracterizada, no direito costumeiro como crime contra a humanidade? No Estatuto do Tribunal de Nuremberg, no do ICTY ou no do ICTR? Admitir que a descrição estrita do costume internacional sobre crime contra a humanidade encontra-se espelhada no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, ou mesmo no do ICTY, seria admitir que as condenações feitas

sob a égide do ICTR, cujo Estatuto prevê base mais ampla para a subsunção da conduta, violariam o princípio *nullum crimen sine lege*.

4.2. Art. 4: violações ao art. 3 Comum às Convenções de Genebra e Protocolo Adicional II

Tendo em vista o caráter não internacional do conflito em Ruanda, as obrigações dispostas no art. 3 Comum às Convenções de Genebra e no Protocolo II aplicam-se. O problema é que normas constantes nesses dispositivos são desprovidas de sanção criminal; ou seja, não ensejam *prima facie* responsabilidade penal.

Entretanto, no art. 4 de seu Estatuto, o ICTR estende sua jurisdição sobre as sérias violações previstas no art. 3 Comum às Convenções de Genebra e a seu Protocolo Adicional II.

Essa opção levanta um grande problema jurídico. Há controvérsias quanto à possibilidade jurídica de responsabilização penal por violações à referida norma, visto que não está pacificamente assentado em sede de direito costumeiro que tais condutas constituem crime.

O art. 4, por inovar de tal maneira na ordem jurídica internacional, seria ao mesmo tempo a criação de um novo tipo penal e uma norma relativa ao estabelecimento da jurisdição do Tribunal?

Deve-se problematizar essa questão. Até que ponto o art. 4 do Estatuto do ICTR não estaria violando o princípio *nullum crimen sine lege*, na medida em que parece criminalizar condutas que ainda não constituem estritamente, sob o direito costumeiro, crimes.

4.3. Art. 2: Genocídio

Antes do estabelecimento do Tribunal foi requisitada pelo Conselho de Segurança uma investigação acerca das violações aos direitos humanos e humanitários em Ruanda. O *Relator Especial*³⁴ e a *Comissão de Especialistas*³⁵ chegaram à conclusão de que os massacres dos *tutsis* configuravam genocídio, nos termos do art. II da Convenção sobre Genocídio³⁶.

Nota-se maior preocupação do Conselho de Segurança para com os crimes de genocídio do que quanto aos crimes contra a humanidade e às violações ao art. 3 e o ao Protocolo II. Isso se reflete na ordem de suas

disposições no estatuto. O genocídio é listado em primeiro lugar, seguido dos demais crimes sob a jurisdição do Tribunal. Interessante ressaltar a menção no preâmbulo da Resolução do Conselho de Segurança 955. Esta, ao decidir pelo estabelecimento do ICTR, expressa “sua grande preocupação em perceber indícios de que genocídio tem sido cometido em Ruanda” (tradução livre) e acredita que “o estabelecimento do ICTR para o julgamento de responsáveis pelo genocídio contribuirá para assegurar que tais violências não se repitam”³⁷ (tradução livre).

5. UM IMPORTANTE PRECEDENTE: O CASO AKAYESU³⁸

5.1. *Violência sexual como genocídio*

A contribuição jurisprudencial mais importante do ICTR relaciona-se à hermenêutica jurídica do genocídio.

De acordo com o relatado no Caso Akayesu, durante o período compreendido entre 7 de abril e fim de junho de 1994, enquanto *Akayesu*, na condição de *borgmestre*³⁹, era responsável por manter a ordem na comunidade de Taba, pelo menos 2.000 *tutsis* foram mortos na região. Vários dos civis que foram refugiar-se no *bureau communal* de Taba foram vítimas de violência sexual, maus-tratos e assassinatos⁴⁰.

Com relação à existência de um crime de genocídio, as questões-chave para a caracterização do mesmo foram a verificação da existência de dois elementos indispensáveis: 1) a existência do *dolus specialis*; 2) caracterização dos *tutsis* como um “grupo” no sentido legal⁴¹.

Quanto ao *dolus specialis*, a conduta tipificada no art. 2 (2) do Estatuto do ICTR deve ser executada com o nexos subjetivo de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Ou seja, além da intenção de destruir o grupo em parte ou como um todo, a vítima da conduta deve ter sido escolhida não pela sua identidade individual, mas pelo fato de pertencer ao referido “grupo”⁴².

Quanto à existência do dolo por parte do agente, considerando que a determinação desse fator subjetivo é de difícil acesso, a Câmara de Julgamento entendeu que é possível deduzir, em relação ao genocídio, o dolo de um ato particular dentro de um contexto geral de outros atos dolosos

dirigidos contra o mesmo grupo, se esses atos foram cometidos pelo mesmo ofensor ou outros⁴³.

Nessa linha de argumentação, a determinação do *dolus specialis* envolve colocar a conduta do agente no contexto sistemático de outros atos direcionados a um certo “grupo”, possibilitando, assim, a caracterização de genocídio pela execução de uma única conduta que se enquadre art. 2 (2) do Estatuto do ICTR .

Outro ponto controvertido do julgamento é quanto à caracterização dos *tutsi* como um “grupo”, no sentido determinado pelos arts. 3 e 4 da Convenção sobre Genocídio⁴⁴, que foram reproduzidos no art. 2 do Estatuto do Tribunal.

Baseado em análise dos *travaux préparatoires* da Convenção sobre Genocídio restou o convencimento da Câmara de Julgamento de que o crime de genocídio somente pode ser perpetrado contra “grupos estáveis”, cujo pertencimento seria determinada com o nascimento⁴⁵, ficando fora do enquadramento do art. 2 do Estatuto os crimes cujo intento seria o de destruir em todo ou em parte grupos políticos, socioeconômicos etc.⁴⁶.

Inicialmente houve certa dificuldade em incluir os *tutsi* especificamente em uma das categorias — grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Objetivamente, antropólogos e historiadores defendiam a impossibilidade de se falar em distinção étnica entre *tutsi* e *hutus*, já que ambos compartilham língua e cultura comum. A distinção racial também não caberia já que os traços físicos próprios das “raças” foram mitigados com a miscigenação de várias gerações⁴⁷.

Com intuito de evitar uma brecha que tornaria impossíveis as condenações por genocídio, o ICTR entendeu que a intenção do legislador em proteger grupos estáveis deveria prevalecer e que o arrolamento dos grupos: nacional, étnico, racial e religioso no art. 2 não é *numerus clausus*⁴⁸. A conduta tipificada, direcionada contra qualquer “grupo estável” além daqueles exemplificados, ensejaria responsabilidade penal do agente⁴⁹.

O fato decisivo para a caracterização dos *tutsi* como um grupo estável foi o fato de serem eles obrigados a carregar sua identificação “étnica” em cartões de identidade⁵⁰.

Nesse caso, o ICTR adotou um critério subjetivo para a determinação da existência de um grupo estável. A existência ou não de tal grupo estável deve ser determinada pela ótica daquela sociedade na qual está inserido. O fato de os *tutsi* serem obrigados a carregar tais cartões de identificação étnica evidencia que, em Ruanda, eles são tidos como uma etnia, independentemente de qualquer outro critério objetivo, independentemente de os *tutsi* dividirem com os *hutus* a mesma língua e cultura⁵¹.

Dessa forma, sendo os *tutsi* membros de um grupo estável e permanente, as violências direcionadas a eles, com o intuito de eliminar o grupo no todo ou em parte, podem vir a caracterizar genocídio, nos termos do art. 2 do Estatuto do ICTR⁵².

Outro importante precedente foi a Câmara de Julgamento entender que violência sexual não está limitada à invasão física do corpo e atos de penetração ou contato físico, mas envolve também nudez forçada⁵³. Esse entendimento é ilustrado pelo incidente descrito pela testemunha KK, que afirma ter Akayesu ordenado que despissem uma jovem *tutsi* e a obrigassem a fazer ginástica nua.

Ademais, nas circunstâncias enumeradas pelo art. 2 (2), *caput* e alínea *b*, do Estatuto da ICTR, o estupro e violência sexual podem caracterizar genocídio.

Considerando que entre as definições de genocídio oferecidas pelo art. 2 (2) (b) do Estatuto do Tribunal está: “causar sérios danos físicos ou mentais a membros de um grupo” (tradução livre), estabelecendo-se um vínculo entre o estupro e a definição acima, seria possível a condenação por genocídio por meio de atos de violência sexual⁵⁴.

A Câmara de Julgamento decidiu finalmente que os estupros haviam resultado em destruição física e psicológica das mulheres *tutsi*, de suas famílias e de suas comunidades. A violência sexual foi parte de um processo de destruição que tinha como alvo específico as mulheres *tutsi* e cujo intuito era destruir o grupo *tutsi* como um todo⁵⁵.

No que diz respeito à aplicabilidade do art. 3 Comum às quatro Convenções de Genebra⁵⁶ e do Protocolo Adicional II⁵⁷, foi questionado se o conflito em Ruanda se enquadraria nas condições previstas pelos mesmos.

Assim como o art. 3 Comum, o Protocolo II refere-se a conflitos armados de caráter não internacional. No entanto, o Protocolo Adicional II estabelece algumas condições, quais sejam: que este “aconteça no território de uma das partes signatárias, entre suas forças armadas e um grupo armado dissidente que exerça um controle sobre parte do território, sendo capaz de sustentar e articular operações militares e de implementar esse protocolo” (tradução livre).

As evidências apontadas durante o indiciamento, bem como o testemunho do Major-General Dallaire, mostraram que havia uma guerra civil em Ruanda, entre dois grupos: de um lado as RAF — *Rwandese Armed Forces*, e de outro a *Rwandan Patriotic Front* — RPF. O Protocolo Adicional II também teve sua aplicação comprovada, vez que um conflito armado acontecia em Ruanda, que é uma parte signatária desse protocolo, as forças dissidentes eram organizadas e estavam sob responsabilidade de um comando superior, as forças dissidentes exerciam controle sobre determinada parte do território, sendo capazes de sustentar operações militares, bem como de implementar o protocolo.

Para os propósitos de um Tribunal Internacional Criminal, que julga indivíduos, coube à Câmara de Julgamento mostrar que as normas do art. Comum 3 e do Protocolo Adicional II não são limitadas a aplicarem-se somente entre Estados e Partes num conflito, podendo ensejar também responsabilidade criminal individual.

Mesmo que o artigo 6 do Estatuto da ICTR preveja essa responsabilidade criminal individual para os arts. 2, 3 e 4 do Estatuto, procurou-se mostrar que sérias violações dessas normas, que são tidas como costumeiras, implicam, graças ao direito consuetudinário, responsabilidade criminal⁵⁸.

As regras do Tribunal de Nuremberg já afirmavam que elementos da prática internacional mostram que os Estados tendem a criminalizar sérias violações às regras costumeiras e princípios de direito internacional humanitário em seus conflitos internos, assim como a legislação nacional é designada a implementar as Convenções de Genebra. Acerca dessa matéria e baseada no acima mencionado, as Câmaras de Apelação do ICTY já haviam chegado à conclusão no caso *Prosecutor vs. Tadic* de que o direito costumeiro internacional impõe responsabilidade penal para sérias violações do art. 3 Comum.

Além do argumento relativo ao costume, a responsabilidade individual por violações das normas do art. 3 Comum é reafirmada pelo fato de que, na época do conflito em Ruanda, esse país era signatário das Convenções de Genebra e todas as ofensas enumeradas no art. 4 do estatuto da ICTR constituíam crimes, de acordo com a lei ruandesa, em 1994, não havendo assim que falar em violação do princípio *nullum crimen sine lege*, no caso específico.

Apesar da apelação por parte da defesa, por unanimidade, Jean-Paul Akayesu foi considerado culpado em todas as acusações que haviam sido levantadas contra ele e foi condenado à prisão perpétua.

Com a decisão do caso Akayesu, a Câmara Julgadora reinterpretou o âmbito de aplicação da Convenção de Genocídio, definiu o estupro e a violência sexual para fins de aplicação do direito humanitário, incluindo-os como atos de genocídio, e admitiu expressamente a criminalização das violações do artigo 3 Comum às Convenções de Genebra.

Além disso, por ser o primeiro julgamento da ICTR que foi contestado pela defesa, muitas matérias foram levantadas e cuidadosamente explicadas. Por isso, esse julgamento tornou-se um precedente importante para futuros tribunais que abordem questões semelhantes. Pelo exposto, o caso Akayesu configurou-se como um dos mais importantes da ICTR, tanto factual quanto jurisprudencialmente. Durante o julgamento, foram ouvidas 42 testemunhas, os procedimentos renderam mais de 4.000 páginas e 125 documentos indicativos. Só o julgamento final tem cerca de 200 páginas.

O ICTR encontra-se, em 2011, em vias de encerrar seus trabalhos. Existem apenas 10 casos tramitando na instância das Câmaras de Julgamento. De acordo com cronograma estabelecido em procedimento a que se convencionou chamar *Completion Strategy*, todas as demais pendências serão encaminhadas ao Tribunal Penal Internacional.

Para exorcizar os fantasmas de Ruanda, esses dezessete anos passados desde 1994 não foram suficientes...

[1](#) Bacharel em Direito pela UFMG.

[2](#) Bacharelada em Direito pela UFMG.

[3](#) *Final Report of the Commission of Experts*. ¶- 38/44, U. N. Doc. S/1994/14. O *Final Report* compreende um registro detalhado e criterioso, efetuado *in loco* por uma comissão especializada, dos eventos imediatos ao genocídio. De acordo com o *Final Report*, imediatamente após a morte de Habyrimana, a Guarda Presidencial, o Exército Nacional do Poder Hutu e a *Interahamwe* (patrulha da morte Hutu) começaram uma campanha sistemática de assassinato e genocídio contra centenas de *hutus* moderados e *tutsis*. A hecatombe somente teve fim quando forças dissidentes dos *tutsis* organizadas na RPF (*Rwandese Patriotic Front*) derrotaram as milícias e o exército Hutu em julho de 1994.

[4](#) Para um rigoroso relato sobre o passado colonial do espaço geográfico hoje correspondente ao Estado de Ruanda e suas implicações nas tensões sociais latentes em 1994, ver Capítulos 1 a 4 de GOUREVITCH, Philip. *Gostaríamos de informá-lo que amanhã seremos mortos com nossas famílias: Histórias de Ruanda*; tradução José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

[5](#) Tanto o ICTY quanto o ICTR foram estabelecidos por resoluções do Conselho de Segurança de acordo com a competência que emana do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, 15 U. N. T. C. I. O. 335 (26 de junho de 1945). Ambos são órgãos subsidiários da ONU de acordo com o art. 29 da mencionada Carta. Os tribunais dividem o mesmo *Promotor-Chefe e Câmaras de Apelação*.

[6](#) S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., 3453d mtg. at 1, U.N. Doc. S/RES/955 (1994)

[7](#) *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 5 of The Security Council Resolution 955* (1994). U.N. SCOR, 50th Sess. at 9, U.N. Doc. S/1995/134 (1995).

[8](#) S.C. Res. 977, U.N. SCOR, 50th Sess., U.N. Doc R/RES/977 (1995).

[9](#) U. N. SCOR, 49th Sess., 3453 Mtg, at 11, at 14, at 15, at 16, at 19, U. N. Doc S/PV.3453 (1994).

[10](#) U.N. GAOR, 58th Sess, U. N. Press Release GA/AB/3594 (2003).

[11](#) CISSÉ, Catherine. The International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda: Some Elements of Comparison. *Transnational Law And Contemporary Problems*, v. 7, n. 2, p. 103-119, primavera de 1997.

[12](#) *Charter of the International Military Tribunal*, Aug. 8, 1945, 59 Stat. 1544, 82 U. N. T. S. 279.

[13](#) Estatuto do ICTR, *supra* nota 4, art. 23.

[14](#) Estatuto do ICTR, *supra* nota 4, art. 20(3).

[15](#) Estatuto do ICTR, *supra* nota 4, art. 24.

[16](#) Estatuto do ICTR, *supra* nota 4, art. 12. Já o Estatuto do Tribunal de Nuremberg dispõe sobre a composição da corte em seu art. 3: “Cada Estado-Parte do Acordo de

Londres estabelecendo o Tribunal de Nuremberg designa um juiz, que pode vir a ser substituído por motivos de saúde ou outras razões” (tradução livre).

[17](#) *Regras de Procedimentos e Evidências do ICTR*, art. 42: “O suspeito inquirido pelo Promotor durante uma investigação deve ser informado de seu direito de permanecer em silêncio...” (tradução livre). Disponível em: <http://69.94.11.53/ENGLISH/rules/101106/rop101106.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2010.

[18](#) Estatuto do ICTR, *supra* nota 4, art. 20 (4) (g): “O acusado não pode ser compelido a dar testemunho contra si mesmo ou confessar culpa” (tradução livre).

[19](#) *Supra* nota 1, ¶-66.

[20](#) AKHAVAN, Payam. ICTR: The Politics and Pragmatics for Punishment. *AM. J. INT’L L.*, jan. 1996, v. 90, n. 1, p. 501-510.

[21](#) *Report on the Situation of Human Rights in Rwanda (Report of Special Rapporteur of the Commission on Human Rights Pursuant to Paragraph 20 of Commission Resolution E/CN.4/5-3/1, 1994)*, U. N. Commission on Human Rights, 51st Sess., Agenda Item 12, at 7, U.N. Doc. E/CN.4/1995/7 (1994).

[22](#) Interessante ressaltar que o Conselho de Segurança se refere, explicitamente, aos massacres em Ruanda como atos de genocídio; e, no caso da Iugoslávia, os atos criminosos são reportados como graves violações ao Direito Humanitário Internacional. S. C. Res. 764, U.N. SCOR 47th Sess., 3093rd mtg., at 1, 2, U. N. Doc. S/RES/764 (1992).

[23](#) *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Aug. 12, 1949, [1956] 6 U. S. T. 3114, T. I. A. S. n. 3362, 75 U. N. T. S. 31; *Geneva Convention for the Amelioration of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Aug. 12, 1949, [1956] 6 U. S. T. 3217, T. I. A. S. n. 3363, 75 U. N. T. S. 85; *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Aug. 12, 1949 [1956] 6 U. S. T. 3316, T. I. A. S. n. 3364, 75 U. N. T. S. 135; *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, Aug. 12, 1949 [1956] 6 U. S. T. 3516, T. I. A. S. n. 3365, 75 U. N. T. S. 287.

[24](#) *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, Dec. 12, 1977, 1125 U. N. T. S. 609.

[25](#) *Supra* nota 19.

[26](#) Estatuto do ICTY, art. 4 (2).

[27](#) *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Dec. 9, 1948 U. N. S. T. 277.

[28](#) Interessante notar que à época da elaboração do estatuto do ICTY a posição do Secretário-Geral quanto à jurisdição deste foi: “a aplicação do princípio *nullum crimen sine lege* requer que o tribunal internacional adote regras de Direito Internacional Humanitário que são, além de quaisquer dúvidas, de natureza costumeira...” (tradução livre). *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)* U. N. SCOR, 48th Sess., at 13, U. N. Doc. S/25704.

[29](#) *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)* U. N. SCOR, 48th Sess., at 13, U. N. Doc. S/25704.

[30](#) Posteriormente, o emblemático caso do ICTY, *Prosecutor vs. Tadic*, clarificaria como costume o que o estatuto do ICTR sinalizou em relação à definição legal de crimes contra a humanidade: “O Promotor faz bem em observar que o direito costumeiro não requer que haja uma conexão entre crimes contra a humanidade e quaisquer tipos de conflito” (tradução livre). No entanto, por via de uma interpretação sistemática do estatuto do ICTR, só há competência deste para a persecução de crimes contra a humanidade no contexto de um conflito armado. Em seu art. 1, tratando da competência: “O ICTR terá competência para processar responsáveis por sérias violações ao Direito Internacional Humanitário...” (tradução livre).

[31](#) Vale ressaltar a diferença existente entre a versão em inglês e a em francês do estatuto. Enquanto naquela se lê no art. 3 “como parte de um ataque amplo ou sistemático”, sendo necessário que a natureza do ataque seja geral ou sistemática, a versão francesa estabelece que o ataque deve ter um caráter ao mesmo tempo geral e sistemático.

[32](#) *Supra* nota 10.

[33](#) Ver Caso Akayesu para detalhada análise da evolução do conceito de crimes contra a humanidade. *Akayesu*, Trial Chamber 1, 2 set. 1998.

[34](#) *Situation of Human Rights in Rwanda: Note by the Secretary-General*, U.N. GAOR, 49th Sess., Agenda Item 100(c), U.N. SCOR, 49th Sess., at 7, 11, U.N. Doc. A/49/508. S/1994/1157 (1994).

[35](#) *Supra* nota 1.

[36](#) *Supra* nota 10.

[37](#) *Supra* nota 4; ¶-8 do Preâmbulo.

[38](#) *Akayesu*, Trial Chamber 1, 2 set. de 1998.

[39](#) *Borgmestre* é uma autoridade análoga a um Prefeito, encarregada com poderes-deveres como: manutenção da ordem pública, fiscalização das leis e administração da Justiça.

[40](#) *Supra* nota 36, Charges, § 1.2 ¶-12.

[41](#) *Idem* § 6.3.1, ¶- 517-521.

[42](#) *Ibidem*.

[43](#) *Idem*, § 6.3.1 ¶- 523.

[44](#) *Supra* nota 25.

[45](#) *Supra* nota 39.

[46](#) Interessante notar que a Convenção sobre Genocídio adotada como resposta às práticas deliberadas de extermínio dos judeus pelos nazistas cuidou de tipificar no seu art. 2 agressões contra grupos nacionais, étnicos, racial e religioso. No entanto, práticas de extermínio de outros grupos como os deficientes, comunistas e homossexuais não foram contempladas pela Convenção.

[47](#) De acordo com decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *Liechtenstein v. Guatemala* (1951-1955), o fator determinante de grupo étnico seria o compartilhamento

de um língua e cultura comum; no caso de grupos raciais o fator determinante seria o compartilhamento de traços físicos comuns transmitidos geneticamente.

[48](#) Levantam-se sobre esse ponto controvertido dúvidas sobre a violação do princípio *nullum crimen sine lege*. Visto que os tipos penais devem ser interpretados restritivamente.

[49](#) *Supra* nota 39; § 6.3.1 ¶-701.

[50](#) *Idem*.

[51](#) Magnarella, Paul. J. Some Milestones and Achievements at the International Criminal Tribunal for Rwanda: the 1998 Kambanda and Akayesu Cases, *FJIL*, 1996-1997, v. 11, p-531.

[52](#) *Supra* nota 39; § 6.3.1 ¶-701.

[53](#) *Supra* nota 39, §1.2, ¶-10A.

[54](#) *Supra* nota 39; § 7.8 ¶-707.

[55](#) *Supra* nota 39; § 7.8, ¶-215.

[56](#) *Supra* nota 21.

[57](#) *Supra* nota 22.

[58](#) *Supra* nota 39; § 6.5 ¶-611.

O TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA

MARIA GABRIELA ARAÚJO DINIZ¹

RAQUEL PORTUGAL NUNES²

1. ANTECEDENTES DO TRIBUNAL: O CONFLITO EM SERRA LEOA

No final dos anos oitenta, Serra Leoa, marcada por uma série de governos autoritários e corruptos, era um dos países mais pobres do mundo³. Essa precária situação propiciou o surgimento de uma oposição armada, a Frente Revolucionária Unida (FRU)⁴, a qual, embora declarasse defender a libertação do povo serra-leonense, jamais apresentou uma posição política articulada, sendo acusada de ter como real interesse o controle das minas de diamantes — o principal recurso do país⁵.

Em 1991, a FRU, liderada por Foday Sankoh, entrou em Serra Leoa a partir da Libéria⁶. O governo reagiu e aumentou seu exército, recrutando, assim como a FRU, entre a população jovem e pobre do país⁷. O descontentamento com o governo, no entanto, levou o próprio exército a depor, em 1992, o então Presidente Momoh e instaurar um governo sob a liderança de Valentine Strasser⁸. O novo governo tentou, em vão, negociar o fim do conflito com a FRU. Strasser manteve-se no poder por quatro anos, até que, em 1996, foram realizadas eleições democráticas e Ahmed Kabbah,

antigo funcionário das Nações Unidas (ONU), foi eleito Presidente⁹. Logo após assumir o cargo, Kabbah iniciou conversações de paz com a FRU, as quais resultaram no Acordo de Abidjan, assinado em novembro de 1996¹⁰. O acordo, entretanto, mostrou-se incapaz de conter os ataques à população civil¹¹.

Em 1997, Kabbah foi deposto por uma facção do exército denominada Conselho Revolucionário das Forças Armadas (CRFA), liderada por Johnny Paul Koroma. O CRFA convidou a FRU para dividir o poder e juntos governaram até 1998, quando, com o apoio de tropas da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (CEEAO), Kabbah conseguiu retornar ao governo¹². Seu retorno, todavia, não foi suficiente para desmantelar a FRU, que, em 1999, empreendeu ataque a Freetown, capital de Serra Leoa, em uma campanha de extrema violência contra civis, denominada “Operação Nenhuma Coisa Viva”¹³. Tropas da CEEAO responderam ao ataque com ferocidade e tampouco sua campanha foi isenta de atrocidades.

A brutalidade do conflito atraiu a atenção da comunidade internacional, e a pressão externa compeliu as partes do conflito à negociação de paz¹⁴. O Acordo de Paz de Lomé foi assinado em julho de 1999 pelo governo de Serra Leoa e pela FRU¹⁵. Estabelecia o desarmamento e desmobilização da Frente e seu reconhecimento como partido político¹⁶; a criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação para o país¹⁷; a nomeação de Foday Sankoh, líder dos rebeldes, como ministro da comissão governamental que coordenava a exploração de diamantes em Serra Leoa (Comissão para a Administração de Recursos Estratégicos, Reconstrução Nacional e Desenvolvimento)¹⁸; e, em sua disposição mais controversa, concedia ampla anistia aos que participaram do conflito¹⁹. A anistia foi alvo de inúmeras críticas, e a ONU, que assinou o acordo como um “garantidor moral”²⁰, incluiu-lhe uma reserva, indicando considerar que a anistia não se aplicava aos crimes contra o direito internacional²¹.

Novamente, o acordo não foi suficiente para conter as hostilidades. A forte presença militar internacional no período, porém, pressionou os combatentes ao desarmamento e vários líderes da FRU foram presos,

inclusive Foday Sankoh. O fim da guerra foi oficialmente declarado em janeiro de 2002²².

O conflito de Serra Leoa é considerado um dos mais brutais da segunda metade do século XX, contabilizando mais de 75.000 mortos²³, e afamado pela prática sistemática da mutilação, da violência sexual e do recrutamento forçado de crianças-soldados²⁴. Dos 4,2 milhões de cidadãos serra-leonenses, mais de 1 milhão estão deslocados internamente e 500.000 são refugiados²⁵. Todos os envolvidos — a FRU, o CRFA, o governo, as milícias civis e as forças de paz — são acusados de cometer graves violações aos direitos humanos, sendo a FRU e o CRFA os maiores responsáveis pelas atrocidades cometidas²⁶.

2. O ESTABELECIMENTO DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA

Diante da total destruição do sistema judiciário de Serra Leoa²⁷, o Presidente Kabbah enviou, em junho de 2000, uma carta à ONU pedindo assistência na criação de um tribunal para julgar os crimes cometidos durante o conflito²⁸. Em resposta, o Conselho de Segurança da ONU adotou a resolução 1.315, de agosto de 2000, por meio da qual requisitou ao Secretário-Geral que negociasse a implementação de tal corte²⁹. Em 16 de janeiro de 2002, a ONU e o governo de Serra Leoa assinaram o acordo que estabeleceu o Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL) e que determinou seu estatuto³⁰.

3. AS PECULIARIDADES DO TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA

O TESL foi uma inovação em termos de tribunais internacionais. Ao contrário do Tribunal Penal Internacional para antiga Iugoslávia (TPII) e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU, o TESL foi estabelecido por meio de um tratado entre a ONU e o governo local, de modo que não pode ser classificado como órgão subsidiário das Nações Unidas e tampouco como um tribunal doméstico³¹. Trata-se de uma Corte híbrida, a qual, além de não ser uma criação pura da comunidade internacional, aplica uma combinação

de direito internacional e de direito serra-leonense e é constituída por juizes estrangeiros e nacionais³².

Outra importante distinção entre o TESL e os demais tribunais *ad hoc* é o fato de estar localizado no país onde ocorreram as violações, facilitando o acesso às testemunhas e evidências³³. A instalação do Tribunal em Freetown é, ademais, uma resposta a um notável defeito de tribunais internacionais: a incapacidade em comunicar-se com a sociedade afetada pelo conflito. Sua localização torna o trabalho judicial mais acessível à população, que tem a oportunidade de ver e seguir os processos³⁴. Espera-se também que contribua para a reconstrução e fortalecimento do sistema jurídico serra-leonense e para a superação das atrocidades cometidas (*healing process*)³⁵.

Diferentemente de seus predecessores, o TESL é financiado por contribuições voluntárias³⁶, cuja arrecadação é um desafio constante³⁷. Para o seu primeiro ano de funcionamento, fora previsto um orçamento de US\$ 30.2 milhões, o qual teve de ser reduzido para US\$ 16.8 milhões, sendo que, atualmente, o seu orçamento anual gira em torno de US\$ 30 milhões³⁸. Em comparação, o orçamento anual do TPII e do TPIR é de aproximadamente US\$ 96 milhões e US\$ 80 milhões respectivamente³⁹. Tais limitações orçamentárias obviamente influenciaram a limitação do número de julgamentos a serem realizados pelo TESL.

4. A ESTRUTURA DO TRIBUNAL

O TESL é constituído por duas Câmaras de Julgamento, uma Câmara de Apelação, um Gabinete do Promotor, um Secretariado e um Escritório de Defesa.

a) *Câmaras de Julgamento e de Apelação*⁴⁰: há 11 juizes, escolhidos entre pessoas de alta consideração moral, imparcialidade, integridade e possuidoras dos requisitos exigíveis para atuação nos sistemas judiciários de seus respectivos países. As Câmaras de Julgamento são formadas por três juizes, sendo um deles nomeado pelo governo de Serra Leoa e os outros dois nomeados pelo Secretário-Geral da ONU. Da Câmara de Apelação fazem parte cinco juizes, dois de escolha de Serra Leoa, e três do Secretário-Geral.

b) *Gabinete do Promotor*⁴¹: formado por um Promotor, um Promotor-Adjunto e por pessoal estrangeiro e serra-leonense, escolhido entre pessoas

de alta consideração moral, alto nível de competência profissional e extensa experiência na realização de investigações e processos criminais⁴².

c) *Secretariado*⁴³: o Secretário, responsável pela administração do TESL, é escolhido entre o pessoal das Nações Unidas pelo Secretário-Geral da ONU, após haver consultado o presidente do TESL. O estatuto da Corte determina que o Secretário deve instalar uma Unidade de Vítimas e Testemunhas, cujo objetivo é o de providenciar proteção, aconselhamento e assistência para testemunhas e vítimas que compareçam perante o Tribunal⁴⁴.

d) *Escritório de Defesa*⁴⁵: deve providenciar aconselhamento, assistência e representação legal a suspeitos e acusados. A presença de um Escritório de Defesa como instituição permanente dentro do Tribunal é uma inovação trazida pelo TESL e sua criação decorre do reconhecimento da importância da atuação tanto da acusação como da defesa para o funcionamento da Corte⁴⁶.

5. A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL

O TESL e os foros nacionais de Serra Leoa têm jurisdição concorrente, embora aquele tenha primazia sobre estes⁴⁷, podendo requerer-lhes o deferimento de um caso⁴⁸.

5.1. *Jurisdição racione personae e racione loci*

O TESL somente pode julgar aqueles indivíduos que têm a maior responsabilidade pelas violações ocorridas no decorrer do conflito⁴⁹. Não há qualquer requisito a respeito da nacionalidade do infrator, bastando que seja responsável por atos que ocorreram no território de Serra Leoa, ainda que os tenha ordenado do exterior⁵⁰. A limitação territorial da jurisdição impede a punição de crimes cometidos em países vizinhos, ainda que tenham ocorrido no contexto do conflito serra-leonense⁵¹.

Com relação aos membros de missões de paz que cometeram abusos durante o conflito, o país que os enviou tem jurisdição primária sobre seus crimes⁵². Entretanto, se o país não quiser ou for incapaz de promover a persecução criminal, o TESL pode julgá-los mediante autorização do Conselho de Segurança⁵³.

5.2. *Jurisdição racione temporis*

Não obstante o conflito em Serra Leoa ter-se iniciado em 1991, a jurisdição do TESL só abarca os crimes cometidos a partir de 30 de novembro de 1996, data da assinatura do Acordo de Abidjan, limitação que visa a tornar factível o mandato da Corte, evitando a sobrecarga de processos⁵⁴. A escolha da data, no entanto, não está livre de controvérsias: alega-se que ela reflete um menosprezo às áreas rurais do país, onde o conflito se concentrou até esse momento⁵⁵. Ademais, os numerosos massacres ocorridos nos primeiros cinco anos do conflito — quase metade do seu tempo de duração — não poderão ser julgados pela Corte ou sequer serem considerados como evidência da responsabilidade dos maiores líderes dos grupos envolvidos⁵⁶.

5.3. Jurisdição *ratione materiae*

A jurisdição do Tribunal abarca crimes internacionais — crimes contra a humanidade⁵⁷ e crimes de guerra⁵⁸ — e crimes tipificados pelo direito serra-leonense. Importante ressaltar que todos os crimes internacionais previstos no estatuto fazem parte do direito costumeiro ou são previstos por tratados ratificados por Serra Leoa, de forma que o princípio do *nullum crimen sine lege* resta respeitado⁵⁹.

a) *Crimes contra a humanidade*: de acordo com o estatuto do TESL, são crimes contra a humanidade, quando parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil: a) o homicídio; b) o extermínio; c) a redução à escravidão; d) a deportação; e) o aprisionamento; f) a tortura; g) o estupro, a escravidão sexual, a prostituição forçada, a gravidez forçada, e qualquer outra forma de violência sexual; h) a perseguição motivada por critérios políticos, raciais, étnicos ou religiosos; i) outros atos desumanos⁶⁰.

Note-se que a definição é feita a partir de elementos contextuais e da enumeração de crimes. A lista dos crimes é a mesma contida nos estatutos do TPII e do TPIR⁶¹, com a exceção dos demais atos de violência sexual acrescentados ao tópico do estupro, cuja inclusão foi inspirada pelo Estatuto de Roma⁶² e pela percepção da necessidade de uma resposta mais adequada aos crimes cometidos contra as mulheres durante os conflitos armados⁶³. Quanto aos elementos contextuais, no entanto, a definição da Corte serra-leonense é mais ampla que a dos demais tribunais. Ela requer somente a existência de um ataque amplo ou sistemático contra a população civil,

enquanto o TPIR exige que o ataque tenha motivações discriminatórias⁶⁴ e o TPII requer a existência de um conflito armado⁶⁵. O estatuto do TESL está mais alinhado com o estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI)⁶⁶ e segue a mesma tendência de evolução do direito costumeiro⁶⁷.

b) *Crimes de guerra*: os crimes de guerra estão previstos em dois artigos do estatuto do tribunal. O artigo 3 cuida da proteção das pessoas que não participam das hostilidades em casos de conflito armado não internacional, proibindo: a) atentados contra a vida, saúde e bem-estar físico ou mental, em particular, assassinatos e tratamentos cruéis como tortura, mutilação ou qualquer forma de punição corporal; ofensas contra a dignidade pessoal, particularmente tratamento humilhante ou degradante, estupro, prostituição forçada ou outra forma de violência sexual; punições coletivas, b) tomada de reféns; c) atos de terrorismo; d) pilhagem; e) determinação de sentenças e realização de execuções sem julgamento prévio, em respeito às garantias processuais reconhecidas pelos povos civilizados; e f) ameaça de cometer algum desses atos⁶⁸.

O artigo 4, por sua vez, lista graves crimes de guerra que ocorreram sistematicamente durante o conflito de Serra Leoa: o ataque contra a população civil, o ataque às missões de paz e às pessoas envolvidas em assistência humanitária, e o recrutamento de menores de 15 anos⁶⁹.

c) *Crimes tipificados pelas leis de Serra Leoa*: o artigo 5 do estatuto trata de crimes sexuais contra crianças e crimes relativos à destruição da propriedade alheia⁷⁰. O recurso ao direito doméstico garante que atos correntemente praticados durante o conflito, os quais não eram previstos ou eram inadequadamente regulados pelo direito internacional, sejam punidos⁷¹.

6. FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL

6.1. Procedimentos anteriores ao julgamento

a) *Investigação*: cabe ao Promotor, para tal fim, convocar e interrogar suspeitos; entrevistar vítimas e testemunhas; coletar evidências; realizar investigações *in loco*; requerer assistência de autoridades governamentais e tomar quaisquer outras medidas necessárias⁷².

b) *Prisão provisória*: quando for considerada uma medida necessária para a condução da investigação — por exemplo, para evitar a fuga do

suspeito, a intimidação, o dano físico ou mental à vítima ou testemunha, ou a destruição de evidência —, pode ser ordenada a detenção do suspeito por um período de 30 dias, prorrogáveis por duas vezes, de forma que o período total de detenção não exceda 90 dias⁷³.

c) *Ato de acusação*: convencido de que o suspeito cometeu algum crime de competência do Tribunal, o Promotor deve submeter à aprovação de um juiz — designado para tal função — o Ato de Acusação. Uma vez aprovado, torna-se público (salvo por interesse de justiça e ordem), o suspeito passa a ter *status* de acusado, e poderão ser expedidos mandatos de arresto, detenção, transferência de pessoas, dentre outras medidas⁷⁴.

d) *Detenção e comparecimento do acusado perante o Tribunal*: quando detido e transferido para o Tribunal, verifica-se se o acusado está acompanhado de advogado e se tem ciência e compreensão do teor do Ato de Acusação. Mediante declaração de inocência, o Secretariado deve marcar data para o julgamento⁷⁵. Se declarar livre, voluntária, expressa e inequivocamente a sua culpa, e se houver fatos suficientes para dar suporte a essa declaração, deve ser marcada a data para que a sentença sobre o caso seja proferida⁷⁶.

e) *Moções preliminares*⁷⁷: podem ter como objeto a ausência de jurisdição; defeitos de forma do Ato de Acusação; a negativa do pedido de designação de defesa; o abuso do processo; o requerimento de junção de crimes na peça acusatória ou de separação de julgamentos. A Câmara de Julgamento deve decidir sobre as moções antes do julgamento, e da decisão não caberá recurso. Quando baseada em objeções sobre a jurisdição ou sobre questões que possam afetar a condução justa e diligente dos procedimentos, a moção será remetida à Câmara de Apelação, onde será julgada por pelo menos três de seus juízes.

6.2. Julgamento

O julgamento deve ser público, salvo no momento da deliberação dos juízes ou quando o contrário for aconselhável por questões de segurança nacional; proteção da privacidade, segurança ou sigilo da identidade de vítimas e testemunhas; ou quando for do interesse da justiça. Em sessões fechadas, porém, pode-se permitir a permanência de representantes de agências de monitoramento na sala de julgamento⁷⁸.

6.3. Regras de apelação

As partes podem recorrer das decisões à Câmara de Apelação, fundamentando-se em erro procedimental, erro ou questionamento de direito que invalide a questão, ou erro de fato que conduza à injustiça⁷⁹. A Câmara pode, ainda, deferir o pedido de apresentação de evidências adicionais que não estavam disponíveis no momento do julgamento, se as considerar fator decisivo para o caso, cuidando de preservar o contraditório⁸⁰.

6.4. Penas

O Tribunal pode aplicar (1) pena de prisão a ser cumprida, preferencialmente, em Serra Leoa⁸¹, não sendo permitida a prisão perpétua⁸² e (2) o confisco de propriedades, lucros e bens adquiridos ilicitamente, e sua devolução ao proprietário de direito ou transferência para o Estado de Serra Leoa⁸³.

7. ATUAÇÃO DO TRIBUNAL E JURISPRUDÊNCIA

A Promotoria do TESL indiciou 13 pessoas, pertencentes às principais partes combatentes: a FRU, o CRFA e as Forças de Defesa Civil (FDC)⁸⁴, ainda que o propósito inicial do governo, conforme evidenciado pela carta de Kabbah à ONU, tenha sido o de julgar somente os rebeldes⁸⁵.

Muitos serra-leonenses desaprovaram o indiciamento de líderes das FCD, especialmente o de Hinga Norman, considerado um herói nacional⁸⁶. Argumenta-se que, se ele é responsável pelos excessos de suas forças, então o Presidente Kabbah, a quem era subordinado, também deveria ser julgado⁸⁷. É interessante perceber que entre ex-combatentes da FRU, muitos deles vítimas de recrutamento forçado, há maior apoio à Corte que entre ex-combatentes das FDC, que se juntaram às forças voluntariamente por acreditar estar defendendo a nação e um governo democraticamente eleito⁸⁸.

Uma das frustrações com relação ao Tribunal é a impossibilidade de julgar os maiores responsáveis pelas atrocidades cometidas. Fonday Sankoh, líder da FRU, morreu sob custódia da Corte em 1993, de causas naturais. Sam “Mosquito” Bockarie, substituto de Sankoh no comando da FRU, morreu na Libéria no mesmo ano, e Johnny Paul Koroma, líder do CRFA, está desaparecido e acredita-se que esteja morto⁸⁹. Em fevereiro de 2007,

Sam Hinga Norman morreu no Senegal, aonde tinha sido levado pela Corte para receber tratamento médico⁹⁰. Dos grandes nomes do conflito, resta o julgamento de Charles Taylor, ex-presidente da Libéria.

Dessa forma, restaram nove indivíduos, acusados em quatro processos. O processo contra os combatentes da CRFA foi decidido em 19 de julho de 2007, tendo dois acusados sido condenados a 50 anos de prisão e o terceiro, a 45 anos⁹¹, decisão mantida pela Câmara de Apelação em 22 de fevereiro de 2008⁹².

O processo contra os membros da FDC foi sentenciado no dia 9 de outubro de 2007⁹³. Os acusados foram condenados a penas de 6 e 8 anos de prisão⁹⁴, aumentadas, pela Câmara de Apelação, para 15 e 20 anos⁹⁵.

A sentença do processo contra Sesay, Kallon e Gbao, os três acusados da FRU, foi exarada dia 9 de abril de 200 e teve como resultado a condenação dos réus a 52, 40 e 25 anos de prisão, respectivamente⁹⁶.

Por fim, Charles Taylor está sendo julgado em Haia, nos Países Baixos, conforme será exposto adiante.

Apesar da impossibilidade de julgar os maiores nomes do conflito, o TESL exarou decisões de grande importância para o direito internacional, com destaque para os casos que tratam da imparcialidade dos juízes, da anistia, do recrutamento de crianças-soldados e da imunidade de chefes de Estado, que serão analisados a seguir.

7.1. Imparcialidade dos juízes

Issa Hassan Sesay, ex-combatente da FRU, alegou em moção preliminar⁹⁷ que o Juiz Geoffrey Robertson carecia de imparcialidade para julgá-lo. Segundo Sesay, o juiz havia demonstrado um pré-julgamento da culpabilidade dos membros da FRU, por meio de comentários contrários ao grupo feitos em um livro publicado em 2002⁹⁸.

O TESL acolheu as alegações da defesa, entendendo que um homem razoável, ao ler as passagens do livro, teria razão legítima para temer que ao juiz faltaria imparcialidade. Robertson foi, assim, desqualificado para o julgamento de qualquer caso que envolva membros da FRU⁹⁹.

7.2. A anistia garantida pelo Acordo de Lomé

Em 1999, o Acordo de Lomé garantiu anistia a todos os crimes cometidos até o momento de sua assinatura. O estatuto do TESL, no entanto, em seu artigo 10, estabeleceu que nenhuma disposição de anistia poderia impedir a persecução de crimes contra o direito internacional. Os acusados Kallon e Kamara, ambos ex-combatentes da FRU, alegaram em juízo que o Acordo de Lomé vinculava o Estado de Serra Leoa, e que o TESL só teria jurisdição sobre crimes ocorridos a partir de 1999 e não a partir de 1996, como determinado em seu estatuto¹⁰⁰.

Em sua decisão, o TESL declarou que tal acordo não pode ser considerado um tratado, pois foi assinado entre um Estado e uma facção deste. Segundo a Corte, o mero fato de representantes de organizações internacionais assinarem um acordo como garantidores morais não altera a sua natureza¹⁰¹. O Acordo de Lomé, portanto, não é um instrumento internacional, não sendo apto a criar qualquer obrigação no âmbito do direito internacional, podendo, no entanto, fazê-lo no âmbito interno¹⁰².

Adicionalmente, o Tribunal destacou que a anistia é um ato do poder soberano e relaciona-se a uma prerrogativa do Estado de não exercer a sua jurisdição. Quando, porém, a jurisdição sobre um crime é universal, um Estado não pode limitar o direito de outros Estados ou de um tribunal internacional de processar e punir o responsável pela infração¹⁰³.

O TESL confirmou, assim, a sua jurisdição sobre crimes de direito internacional cometidos a partir de 1996. Observou, entretanto, que os crimes tipificados pelas leis de Serra Leoa são abrangidos pela lei de anistia e que os ocorridos após 1999, quando a anistia deixa de ser aplicável, podem ser julgados¹⁰⁴. A Corte observou que o direito costumeiro não impede que um Estado edite leis de anistia contra crimes de direito internacional e que, embora tais leis não vinculem as cortes estrangeiras e os tribunais internacionais, mantêm seus efeitos sobre as cortes nacionais¹⁰⁵.

7.3. O recrutamento de crianças-soldados

O conflito de Serra Leoa foi marcado pelo uso generalizado de crianças-soldados¹⁰⁶. Dez mil crianças serviram como combatentes nas três maiores forças armadas do conflito¹⁰⁷. As crianças, abduzidas, e muitas vezes drogadas, eram, ao mesmo tempo, vítimas e agressores¹⁰⁸, o que suscitou a complexa questão da possibilidade de processá-las, complicada pela

ausência de definição clara da idade mínima para a responsabilidade criminal no direito internacional¹⁰⁹.

O estatuto do TESL prevê a possibilidade de processarem-se crianças que tenham mais de 15 anos de idade, garantindo, porém, tratamento diferenciado a esses acusados¹¹⁰. Note-se ainda que um problema prático se impõe: há grandes dificuldades em confirmar as datas de nascimento, como consequência da falta de registros durante a guerra¹¹¹. Em resposta às preocupações, o Promotor do Tribunal anunciou, em 2002, que não iria indiciar nenhum menor de 18 anos¹¹², o que condiz com a proposta de julgar somente os maiores responsáveis pelas atrocidades.

Outra questão originada da situação das crianças-soldados consiste na possibilidade de estabelecimento da responsabilidade criminal individual pelo recrutamento de crianças¹¹³. O TESL foi o primeiro tribunal penal internacional a indiciar responsáveis por esse crime¹¹⁴. Um dos indiciados foi Sam Hinga Norman, ex-líder das FDC, que, como defesa, alegou que, no período entre 1996 a 2002, a conscrição de crianças menores de 15 anos não era um crime sob o direito costumeiro¹¹⁵. Segundo ele, instrumentos internacionais, como o Protocolo Adicional II da Convenção de Genebra¹¹⁶ e a Convenção dos Direitos da Criança¹¹⁷, proibiam o recrutamento de crianças, mas não criminalizavam a conduta¹¹⁸.

A alegação de Norman foi rejeitada. A maioria dos juízes entendeu que a proibição do recrutamento de crianças-soldados havia se consolidado como um crime sob o direito internacional costumeiro antes de novembro de 1996¹¹⁹. A decisão da Corte, em um período em que crianças-soldados são rotineiramente alistadas para o serviço militar, possibilitou as primeiras condenações internacionais em relação à prática¹²⁰.

7.4. A imunidade do chefe de Estado: Charles Taylor

Charles Taylor foi indiciado pela Promotoria do TESL em março de 2003, quando ainda era presidente da Libéria, em razão do apoio técnico e financeiro que prestou à FRU durante o conflito armado. Em julho de 2003, Taylor apresentou uma petição ao Tribunal, alegando que sua acusação violava a imunidade garantida aos chefes de Estado pelo direito internacional costumeiro¹²¹. A Corte, no entanto, sustentou que era um

princípio já estabelecido que o julgamento de um chefe de Estado por um tribunal internacional não atentava contra a soberania estatal¹²². Decidiu-se, portanto, que a posição oficial ocupada por Taylor não impedia o seu julgamento¹²³.

Após renunciar à Presidência em agosto de 2003, Charles Taylor recebeu asilo na Nigéria, onde permaneceu até março de 2006, quando o país concordou em entregá-lo ao Tribunal de Serra Leoa¹²⁴. O presidente do TESL, no entanto, temendo que o julgamento de Taylor em Freetown pudesse gerar instabilidade na região¹²⁵, requisitou ao Presidente do TPI permissão para que a Corte pudesse julgá-lo em Haia¹²⁶. Dessa forma, o julgamento, iniciado dia 4 de junho de 2007, está sendo conduzido pelo Tribunal de Serra Leoa utilizando-se das instalações do TPI ¹²⁷.

O julgamento de Taylor traz um inevitável questionamento. Visto que a Libéria sofreu um conflito tão grave quanto o de Serra Leoa, em que também seus tribunais foram arrasados, pergunta-se: por que não foi criado um Tribunal Especial para a Libéria¹²⁸?

8. COEXISTÊNCIA COM A COMISSÃO DE VERDADE E RECONCILIAÇÃO

O Acordo de Lomé previu a criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação em Serra Leoa (CVR)¹²⁹, a qual foi estabelecida no ano 2000 com a tarefa de documentar o conflito através do recolhimento de relatos de vítimas e de agressores e de investigar suas causas, natureza e extensão, além de fazer recomendações quanto a reparações e reformas legais e políticas a serem implementadas no país¹³⁰.

Tribunal e Comissão possuem mandatos distintos. Embora a CVR não dispusesse de poderes para punir criminosos, seu mandato era mais amplo que o do TESL, o qual se limitava aos maiores responsáveis pelas atrocidades. Além disso, a CVR analisou eventos ocorridos entre 1991 e 1999, enquanto a Corte investiga somente os crimes cometidos a partir de 1996.

A preocupação de que as evidências levadas à CVR pudessem ser utilizadas pela Promotoria do TESL¹³¹ foi solucionada pelo Promotor que garantiu que não utilizaria os testemunhos prestados diante da Comissão para

a perseguição criminal¹³². E assim procedeu, de forma que a CVR concluiu seu trabalho, sem maiores conflitos com o TESL, após ouvir 7.706 testemunhos¹³³, e sendo útil suplemento ao trabalho judicial.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Prevê-se o término das atividades do TESL para dezembro de 2009¹³⁴. Em 8 anos de existência, o Tribunal terá julgado 9 pessoas, com gastos de, aproximadamente, US\$ 196 milhões¹³⁵. Não se questiona a contribuição do Tribunal para o combate à impunidade em um país e em uma região em que ela tem prevalecido¹³⁶. Destaca-se, principalmente, a importância da Corte em demonstrar que a responsabilização de grandes chefes políticos e militares é possível e que o Direito é também a eles aplicado. Nesse sentido, o TESL tem importante papel na prevenção de futuras atrocidades e na construção da legitimidade do sistema judiciário de Serra Leoa, na medida em que passa a refletir as demandas da população, deixando de ser mero instrumento de uma elite detentora de poder.

No entanto, não se pode olvidar que, como apontado no início deste estudo, o conflito de Serra Leoa teve sua origem em circunstâncias sociais fortemente enraizadas no país: a corrupção endêmica, um Estado de Direito fraco, uma pobreza intensa e a distribuição desigual dos vastos recursos naturais do país¹³⁷. Aliado a isso, Serra Leoa foi ignorada pela comunidade internacional antes do começo do conflito e durante muito tempo após o início deste.

Valoriza-se, nesse sentido, o esforço singular do TESL em se aproximar da sociedade serra-leonense e em auxiliar na formação de capital social, dando-lhe condições de construir seu próprio Estado Democrático de Direito.

Partindo da premissa de que pouco valem os julgamentos de tribunais internacionais se as pessoas do país onde ocorreu o conflito não têm sequer ciência deles, o TESL preocupou-se, especialmente, em divulgar o seu trabalho para os serra-leonenses¹³⁸. O Promotor e o Secretário do Tribunal viajaram pelo país, discorrendo sobre os julgamentos e sobre o Direito; são promovidas palestras e reuniões regulares com representantes da sociedade civil para receber suas críticas e há transmissão por rádio e vídeo dos

juízos¹³⁹. Foram criados ainda os “Accountability Now Clubs”, programas voltados para estudantes com o objetivo de promover o entendimento sobre a Corte e outras questões relacionadas ao Direito¹⁴⁰.

O Tribunal, no entanto, tem ainda alguns desafios a enfrentar, como a recorrente questão do seu financiamento¹⁴¹ e a necessidade de realização de acordos com outros países para a proteção de testemunhas, muitas das quais correm sérios riscos se permanecerem em Serra Leoa¹⁴².

Por fim, levanta-se um ponto de suma importância: as Regras de Procedimento permitem ao TESL confiscar a propriedade, lucros e bens adquiridos ilícitamente e devolvê-los ao Estado de Serra Leoa¹⁴³. Muito embora tal prerrogativa não tenha ainda sido exercida, pode ser de grande valia, pois significa que grandes somas — atente-se que o conflito girava em torno de minas de diamantes — podem ainda ser recuperadas e revertidas à reconstrução do país.

¹ Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Estudos Diplomáticos pelas Faculdades Milton Campos/CEDIN. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Grupo de Estudos em Direito Internacional.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestranda em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais.

³ UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA. Sierra Leone: Prospects for Peace and Stability, Hearing Before the Subcomm. on Int’l Relations, U.N. SCOR, 104th Cong. 1st sess. 39, 1999, ¶ 21; Ibidem. Economic Report on Africa 1999: The Challenges of Poverty Reduction and Sustainability, United Nations: Addis Ababa, 1999, ¶ 43-45.

⁴ “Questões fortemente enraizadas que deram origem à guerra [incluem] uma cultura de impunidade, corrupção endêmica, um Estado de Direito fraco, uma pobreza intensa, e a distribuição desigual dos vastos recursos naturais do país” (tradução nossa). HUMAN RIGHTS WATCH. *The Jury is Still Out: A Human Rights Watch Briefing Paper on Sierra*

Leone, July 11, 2002. Disponível em: <<http://www.hrw.org/backgrounder/africa/sl-bck0711.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

5 Idem. *We'll Kill You if You Cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict*. Disponível em: <<http://hrw.org/reports/2003/sierraleone/>>. Acesso em: 12 nov. 2007. Ver também STAFFORD, N. K. A Model War Crimes Court: Sierra Leone. *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 2003, v. 10, p. 117-142, p. 121.

6 Security Council, Press Release. Security Council Takes up Report on Diamonds, Arms in Sierra Leone, U. N. Doc. SC/6997, January 25, 2001; Security Council, Press Release. Expert Panel on Liberia Presents Report to Security Council, with Proposals for Furthering Peace in Mano River Region, U. N. Doc. SC/7196, November 5, 2001; SHOCKEN, C. The Special Court for Sierra Leone: Overview and Recommendations. *Berkeley J. Int'l L.*, 2002, v. 20, p. 436-461, p. 438.

7 Secretary-General. Report of the Secretary-General on Sierra Leone, U. N. Doc. S/1997/80, January 26, 1997, ¶ 17.

8 FRITZ, N.; SMITH, A. Current Apathy for Coming Anarchy: Building the Special Court for Sierra Leone. *Fordham Int'l L. J.*, 2001/2002, v. 25, p. 391-430, p. 395.

9 BALD, S. Searching for a Lost Childhood: Will the Special Court of Sierra Leone Find Justice for its Children?. *Am U. Int'l L. Rev.*, 2002/2003, v. 18, p. 537-583, p. 556.

10 Acordo de Paz entre o Governo de Serra Leoa e a Frente Revolucionária Unida de Serra Leoa, 30 de novembro de 1996, U. N. Doc. S/1996/1034, annex.

11 STAFFORD, op. cit., p. 122.

12 S. C. Res. 1132, U.N. Doc. S/RES/1132, October 8, 1997, reprovando a ação da junta e expressando apoio à CEEAO.

13 Secretary-General. Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, U. N. Doc. S/2000/915, October 4, 2000, ¶26(c). (Doravante S.G. Report 915). Ver também HUMAN RIGHTS WATCH. *Sierra Leone Human Rights Developments*. Disponível em: <<http://www.hrw.org/wr2k/Africa-09.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

14 EATON, S. Sierra Leone: the Proving Ground for Prosecuting Rape as a War Crime. *Geo. J. Int'l L.*, v. 35, p. 873-919, 2003/2004, p. 879.

15 Acordo de Paz entre o Governo de Serra Leoa e a Frente Revolucionária Unida de Serra Leoa, 7 de julho de 1999, U. N. Doc. S/1999/777, annex. (Doravante Acordo de Lomé).

16 Ibidem, parte 3, art. XVI, e parte 2, art. III.

17 Ibidem, parte 2, art. VI.

18 Acordo de Lomé, parte 2, art. V(2).

19 Ibidem, parte 3, art. IX.

20 Ibidem, parte 7, art. XXXIV.

21 Secretary-General. Seventh Report of the Secretary-General, delivered to the Security Council, Observer Mission in Sierra Leone, S/1999/836, July 30, 1999, ¶ 7 e 54.

22 KABBAH, Alhaji Ahmad Tejan. President of Sierra Leone. Speech at the Ceremony Marking the Conclusion of Disarmament and the Destruction of Weapons, January 18,

2002. Disponível em: <<http://www.sierra-leone.org/kabbah011802.html>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

[23](#) “A Câmara de Julgamento não pode se recordar de nenhum outro conflito na história da guerra no qual civis inocentes fossem submetidos a tratamentos tão selvagens e desumanos” (tradução nossa). Caso Brima, Kamara e Kanu, Sentencing Judgement, ¶ 35.

[24](#) HUMAN RIGHTS WATCH. *Sierra Leone: Getting Away with Murder, Mutilation, Rape*, July, 1999. Disponível em: <<http://www.hrw.org/reports/1999/sierra/>>. Acesso em: 11 nov. 2007.

[25](#) Secretary-General. Seventh Report of the Secretary-General on the United Nations Mission in Sierra Leone., U. N. Doc. S/2000/1055, October 31, 2000, ¶ 41.

[26](#) HUMAN RIGHTS WATCH, *Sierra Leone Human Rights Developments*. Disponível em: <<http://www.hrw.org/wr2k/Africa-09.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[27](#) AMNESTY INTERNATIONAL. *Ending Impunity: An Opportunity not to be Missed*, July 31, 2000. Disponível em: <<http://web.amnesty.org/library/Index/EN-GAFR510642000?open&of=ENG-332>>. Acesso em: 13 nov. 2007; TEJAN-COLE, A. The Special Court for Sierra Leone: Conceptual Concerns and Alternatives. *Afr. Hum. Rts. L.J.*, 2001, v. 1, p. 107-126, p. 123.

[28](#) Letter dated 9 August 2000 from the Permanent Representative of Sierra Leone to the United Nations Addressed to the President of the Security Council, U. N. Doc. S/2000/786, annex, August 10, 2000 (Doravante Letter dated 9 August 2000).

[29](#) S.C. Res. 1315, U.N. SCOR, 55th Sess., 4186th mtg., U. N. Doc S/RES/1315, August 14, 2000.

[30](#) Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, U. N. Doc. S/2002/246, January 16, 2002 (Doravante Agreement U.N./Sierra Leone).

[31](#) CERONE, J. The Special Court for Sierra Leone: Establishing a New Approach to International Criminal Justice. *ILSA J. Int'l & Comp. L.*, 2001/2002, v. 8, p. 379-387. p. 380; KANU, A; TORTORA, G. The Legal Basis of the Special Court for Sierra Leone. *Chinese J. Int'l L.*, 2004, v. 3, p. 515-552., p. 515.

[32](#) A proposta de uma Corte híbrida, “que atenderá os padrões internacionais para o julgamento de casos penais e que, ao mesmo tempo, terá o mandato para administrar uma mistura de direito internacional e de direito doméstico”, já constava da carta enviada por Kabbah ao Conselho de Segurança. Letter dated 9 August 2000. Ver também SRIRAM, C. Wrong-sizing International Justice? The Hybrid Tribunal in Sierra Leone. *Fordham Int'l L.J.*, 2006., v. 29, p. 472-506, fev. p. 474.

[33](#) STAFFORD, op. cit., p. 133. O TPII está localizado em Haia, nos Países Baixos e o TPIR foi instalado em Arusha, na Tanzânia.

[34](#) Office of the Attorney General and Ministry of Justice, Special Court Task Force. Briefing Paper on an Outreach and Public Education Program for the Special Court, January 18, 2002. Disponível em: <<http://www.specialcourt.org/documents/PlanningMission/BriefingPapers/Outreach.html>>. Acesso em: 13 nov. 2007 (Doravante Briefing Paper). Cf. Declaração de testemunha

do TPII quanto ao desejo de poder comparecer em Haia para indagar os acusados sobre as razões que os levaram a cometer os crimes. Tribunal Penal Internacional para antiga Iugoslávia. *Bringing Justice to the Former Yugoslavia: the Tribunal's Core Achievements*. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/glance-e/index.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2007.

[35](#) BALD, op. cit., p. 562. O prédio do TESL, com suas modernas salas de julgamento, ampla biblioteca e uma prisão segura, será um dos legados a Freetown. Espera-se que os serra-leonenses que trabalham no tribunal, os quais receberam treinamento de acordo com padrões internacionais de administração da justiça, sejam absorvidos pelos sistemas judiciário e penitenciário nacionais. Além disso, estudantes de direito de Serra Leoa são incentivados a trabalhar como estagiários da Corte e juízes nacionais são convidados a assistir a seus procedimentos. Há, porém, críticas a tais benefícios. Argumenta-se que as instalações do tribunal importarão enormes custos de manutenção; e que o pessoal aproveitará o treinamento adquirido para buscar trabalho no exterior, fugindo dos baixos salários e precárias condições trabalhistas do país. SRIRAM, op. cit., p. 497 *et seq.*

[36](#) Agreement U. N./Sierra Leone, art. 6. Ver S. G. Report 915, ¶ 71 no qual o Secretário-Geral da ONU requer que o TESL seja financiado por contribuições compulsórias, assim como o TPII e o TPIR.

[37](#) Special Court Financial Documents. Audit Report Summary for Fiscal Year Ended 30 June 2003, March 26, 2004. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/auditreport2003.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[38](#) Letter dated 12 July 2001 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council. U. N. Doc S/2001/693, July 13, 2001 (Doravante Letter dated 12 July 2001).

[39](#) SRIRAM, op. cit., p. 482.

[40](#) Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, U. N. Doc. S/2002/246, January 16, 2002, annex (Doravante Estatuto), arts. 12 e 13.

[41](#) Estatuto, art. 15.1.

[42](#) Ibidem, art. 15.3 e 4.

[43](#) Ibidem, art. 16.

[44](#) Ibidem, art. 16.4.

[45](#) Regras de Procedimento e Evidência do Tribunal Especial para Serra Leoa, 16 de janeiro de 2002 (Doravante Regras de Procedimento e Evidência), regra 45.

[46](#) PHAM, P. A Viable Model for International Criminal Justice: the Special Court for Sierra Leone. *N.Y. Int'l L. Rev.*, v. 19, p. 37-109, winter 2006. p. 88. NMEHIELLE, V.; JALLOH C. The Legacy of the Special Court for Sierra Leone. *Fletcher F. World Aff.*, v. 30, p. 107-122, 2006. p. 107.

[47](#) Estatuto, art. 8.

[48](#) Regras de Procedimento e Evidência, regras 9 e 10.

[49](#) Estatuto, art. 1.1. De acordo com relatório do Secretário-Geral da ONU, devem ser considerados os “Maiores responsáveis” aqueles indivíduos que exerciam liderança e

autoridade durante o conflito, devendo ser levadas em conta a gravidade e a escala dos crimes cometidos sob seu comando. S. G. Report 915, ¶ 29. *Norman, Fofana and Kondewa*, Decision on the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana.

[50](#) Estatuto, art. 1. É com base nesse artigo que se dá o julgamento de Charles Taylor, acusado de ter assistido e comandado ataques em Serra Leoa a partir da Libéria. Ver Caso Charles Taylor, Indictment.

[51](#) Estatuto, art. 1.1. Ver também HALL, L; KAZEMI, N. Prospects for Justice and Reconciliation in Sierra Leone. *Harv.Int'l L.J.*, v. 44, n. 1, p. 287-300, winter 2003, p. 295.

[52](#) Estatuto, art.1 (b).

[53](#) Ibidem, art. 1.3.

[54](#) S. G. Report 915, ¶ 27.

[55](#) A escolha da data exacerba a tensão já existente desde os tempos coloniais entre a região da capital e as províncias. Briefing Paper.

[56](#) A Human Rights Watch levanta o problema de coletar evidências suficientes contra Foday Sankoh, que foi preso em 1997, mas que participou ativamente do conflito em seus primeiros anos. HUMAN RIGHTS WATCH. Letter to Security Council Members dated October 31, 2000. Disponível em: <<http://www.hrw.org/press/2000/11/sl-ltr.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

[57](#) Cf. Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, 25 de maio de 1993, 32 ILM 1192 (Doravante Estatuto do TPII), art. 5; Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 8 de novembro de 1994, 33 ILM 1598 (Doravante Estatuto do TPIR), art. 3; do Tribunal Penal Internacional, 1^a de julho de 2002, 37 ILM. 999 (Doravante Estatuto do TPI), art. 7(g).

[58](#) Cf. Convenção de Genebra para melhoria da situação dos feridos e doentes das Forças Armadas em Campanha, adotada em 12 de agosto de 1949. Entrada em vigor: 21 de outubro de 1950, 75 U.N.T.S. 31; Convenção de Genebra para melhoraria da Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar, adotada em 12 de agosto de 1949. Entrada em vigor: 21 de outubro de 1950, 75 U.N.T.S. 85; Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, adotada em 12 de agosto de 1949. Entrada em vigor: 21 outubro de 1950, 75 U.N.T.S. 135; Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, adotada em 12 de agosto de 1949. Entrada em vigor: 21 outubro de 1950, 75 U.N.T.S. 287; Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, adotado em 8 de junho de 1977. Entrada em vigor: 7 de dezembro de 1979, 1125 U.N.T.S. 3; Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais, adotado em 8 de junho de 1977. Entrada em vigor: 7 de dezembro de 1978, 1125 U.N.T.S. 609.

[59](#) CERONE, op. cit., p. 384.

[60](#) *Fofana and Kondewa*, Judgement, 2 August 2007, 110-121; *Brima, Kamara and Kanu*, Judgement, 210-239.

[61](#) Estatuto do TPII, art. 5; Estatuto do TPIR, art. 3.

[62](#) Estatuto do TPI, art. 7(g).

[63](#) Calcula-se que, durante os 10 anos de conflito em Serra Leoa, aproximadamente 235.000 mulheres e meninas tenham sofrido atos de violência sexual, sendo várias delas submetidas à escravidão sexual. HUMAN RIGHTS WATCH. *We'll Kill You if You Cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict*, Cap. V. Disponível em: <<http://hrw.org/reports/2003/sierraleone>>. Acesso em: 12 nov.2007.

[64](#) Estatuto do TPIR, art. 3.

[65](#) Estatuto do TPII, art. 5.

[66](#) Estatuto do TPI, art. 3.

[67](#) CERONE, op. cit., p. 385.

[68](#) *Fofana and Kondewa*, Judgement, 2 August 2007, 122-137; *Brima, Kamara and Kanu*, Judgement, 241-254.

[69](#) *Fofana and Kondewa*, Judgement, 2 August 2007, 138-140; *Brima, Kamara and Kanu*, Judgement, 256-258.

[70](#) O art. 5 (a) do estatuto tipifica o abuso de meninas até 13 anos de idade; o abuso de meninas entre 13 e 14 anos de idade; e a abdução de meninas para propósitos imorais, conforme previsto pelo Prevention of Cruelty Act, 1926, Cap. 31 of the Laws of Sierra Leone. O art. 5 (b) tipifica o incêndio de prédios de moradia com pessoas dentro, o incêndio de prédios públicos e de outros prédios, conforme previsto pelo Malicious Damage Act, 1861.

[71](#) S. G. Report 915, III, A.2, ¶ 19, em que o Secretário-Geral da ONU diz que certas situações presentes no conflito de Serra Leoa “não estão reguladas ou são inadequadamente reguladas pelo direito internacional” (tradução nossa). Ver também MACALUSO, D. Absolute and Free Pardon: the Effect of the Amnesty Provision in the Lome Peace agreement on the Jurisdiction of the Special Court for Sierra Leone. *Brook J. Int'l L.*, v. 27, p. 347-380, 2001/2002. p. 364, sugerindo que o art. 5 do Estatuto do TESL é resultado das críticas feitas ao tratamento dado pelo TPII aos crimes praticados contra mulheres.

[72](#) Regras de Procedimento e Evidência, regra 39.

[73](#) *Ibidem*, regras 40 e 40*bis*.

[74](#) *Ibidem*, regra 47.

[75](#) *Ibidem*, regra 61.

[76](#) *Ibidem*, regra 62.

[77](#) *Ibidem*, regra 72.

[78](#) Estatuto, art. 18; Regras de Procedimento e Evidência, regras 78 e 79.

[79](#) Estatuto, art. 20; Regras de Procedimento e Evidência, regra 106, 108, 111 e 112.

[80](#) Regras de Procedimento e Evidência, regra 115.

[81](#) Estatuto, arts. 19 e 22; Regras de Procedimento e Evidência, regra 101.

[82](#) Regras de Procedimento e Evidência, regra 101. *Brima, Kamara and Kanu*, Sentencing Judgement, 26.

[83](#) Regras de Procedimento e Evidência, regra 104.

[84](#) A FDC era uma força armada criada pelo Presidente Kabbah enquanto estava exilado. Composta por combatentes de várias tribos, em que predominavam os Kamajors (grupo tradicional de caçadores), a FDC tinha como propósito a restauração do governo de Kabbah. Para uma definição mais detalhada: *Fofana and Kondewa*, Judgement, 2 August 2007, 60-64, 80 e 81.

[85](#) Letter dated 9 August 2000.

[86](#) SRIRAM, op. cit., p. 491

[87](#) Idem, p. 489 e 490. *Fofana and Kondewa*, Judgement, 2 August 2007, 102.

[88](#) SRIRAM, op. cit., p. 495.

[89](#) DANISH, L. Internationalizing Post-Conflict Justice: the “Hybrid” Special Court for Sierra Leone. *Buff. Hum. Rts. L. Rev.*, v. 11, p. 89-105, 2005. p. 103 e 104.

[90](#) Press Release from the Press and Public Affairs Office, Special Court for Sierra Leone. Special Court Indictee Sam Hinga Norman Dies in Dakar. February 22, 2007. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/Press/pressrelease-022207.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

[91](#) *Brima, Kamara and Kanu*, Sentencing Judgement.

[92](#) Tribunal Especial para Serra Leoa, caso CRFA. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/CASES/ArmedForcesRevolutionaryCouncilAFRCCComplete/tabid/106/Default.aspx>>. Acesso em: 13 maio 2009.

[93](#) *Fofana and Kondewa*, Judgement on the Sentencing.

[94](#) Ibidem, ¶ 86, 91, 94 e 95.

[95](#) *Fofana and Kondewa*, Judgement, 28 May 2008, 565.

[96](#) *Sesay, Kallon and Gbao*, Sentencing Judgement, p. 93-98.

[97](#) *Sesay*.

[98](#) *Sesay*, ¶ 1 e 2. Ver DANISH, op. cit., p. 87; MORSS, J.; BAGARIC, M. The Banality of Justice: Reflections on Sierra Leone’s Special Court. *Or. Rev. Int’l L.*, v. 8, n. 1, p. 1-30, winter 2006, p. 2.

[99](#) *Sesay*, ¶ 15, 16 e 18.

[100](#) *Kallon e Kamara*.

[101](#) *Kallon e Kamara*, ¶ 41.

[102](#) Ibidem, ¶ 42.

[103](#) Ibidem, ¶ 67.

[104](#) Estatuto, art. 10. Ver MACALUSO, op. cit., p. 368.

[105](#) *Kallon and Kamara*, ¶ 85.

[106](#) S. G. Report 915, ¶ 32. Office of the Special Representative of the Secretary General for Children and Armed Conflict. *Action to Assist War-Affected Children in Sierra Leone Proposed by Special Representative for Children and Armed Conflict*, September 9, 1999. Disponível em: <<http://www.un.org/children/conflict/pr/1999-09-1478.html>>. Acesso em: 13 nov. 2007.

[107](#) NOVOGRODSKY, N. Speaking to Africa: the Early Success of the Special Court for Sierra Leone. *Santa Clara J. Int'l L.*, v. 5, p. 194-216, 2006a. p. 201.

[108](#) SRIRAM, op. cit., p. 475.

[109](#) CRYER, R. A “Special Court” for Sierra Leone? *Int'l & Comp. L. Q.*, v. 50, p. 435-446, 2001. p. 441.

[110](#) Estatuto, art. 7. Ver MORSS, J. The Status of Child under International Criminal Justice: Lessons from Sierra Leone. *Deakin L. Rev.*, v. 9, p. 213-225, 2004, p. 217.

[111](#) MORSS, op. cit., p. 218.

[112](#) Tribunal Especial para Serra Leoa. Press release, 2 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/Press/prosecutor-110202.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2007. SRIRAM, op. cit., p. 485.

[113](#) Estatuto, art. 4(c).

[114](#) NOVOGRODSKY, N. Litigating Child Recruitment before the Special Court for Sierra Leone. *San Diego Int'l L.J.*, v. 7, 2006b, p. 421.

[115](#) Child Recruitment, ¶ 1.

[116](#) Protocolo II Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais, 8 de junho de 1977, 16 I.L.M. 1442, art. 4 (3) (c).

[117](#) Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, 28 ILM 1448, art. 38.

[118](#) *Child Recruitment*, ¶ 1.

[119](#) *Ibidem*, ¶ 17-22.

[120](#) *Brima, Kamara and Kanu*, Judgement, ¶ 2113, 2117 e 2121; *Fofana and Kondewa*, Judgement, 2 August 2007, ¶ 132 e 133.

[121](#) *Charles Taylor*, Indictment.

[122](#) *Charles Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, ¶ 57.

[123](#) *Ibidem*, ¶ 28.

[124](#) SRIRAM, op. cit., p. 487.

[125](#) De acordo com o Procurador do TESL, Desmond de Silva, “Não há dúvida que Mr. Taylor ainda controla forças que podem desestabilizar a região” (tradução nossa). BBC News, *Taylor trial to be out of Africa*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/4345120.stm>>. Acesso em: 1º abr. 2007.

[126](#) De acordo com o artigo 4 das Regras de Procedimento e Evidência do TESL, o Presidente do Tribunal pode autorizar uma câmara de julgamento a exercer suas funções fora de suas instalações. Ver S. C. Res. 1688, U. N. Doc. S/RES/1688, June 16, 2006, por meio da qual o Conselho de Segurança apoia a transferência do julgamento de Taylor para Haia e requer a cooperação dos Estados para a sua consecução.

[127](#) United Nations. *Press Conference by Prosecutor for Special Court for Sierra Leone*. 30 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.un.org/News/briefings/docs//2007/070130_Rapp.doc.htm>. Acesso em: 28 fev. 2007.

[128](#) SRIRAM, op. cit., p. 505.

- [129](#) Acordo de Lomé, art. XXVI.
- [130](#) SRIRAM, op. cit., p. 478; HALL, L; KAZEMI, op. cit., p. 290.
- [131](#) SRIRAM, op. cit., p. 478 e 479. MORSS; BAGARIC, op. cit., p. 12.
- [132](#) SRIRAM, op. cit., p. 493.
- [133](#) Statistical Appendix to the Report of the Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone, 5 October 2004, p. 1. Disponível em: <<http://www.trcsierraleone.org/pdf/APPENDICES/Appendix%201%20-%20Statistical%20Report.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2007.
- [134](#) Verbatim Report of the Special Court Presentation to the United Nations Security Council, S/PV.5690, 5690th mtg, June 8, 2007 (Doravante Verbatim), p. 3.
- [135](#) Verbatim; Letter dated 12 July 2001.
- [136](#) NOVOGRODSKY(a), op. cit., p. 207-216.
- [137](#) HUMAN RIGHTS WATCH. *The Jury is Still Out: A Human Rights Watch Briefing Paper on Sierra Leone*, July 11, 2002. Disponível em: <<http://www.hrw.org/backgrounder/africa/sl-bck0711.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2007.
- [138](#) PHAM, op. cit., p. 104 *et seq.* NMEHIELLE; JALLOH, op. cit., p. 110 *et seq.*
- [139](#) Tribunal Especial para Serra Leoa. Audio Public Announcements. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/audio.html>>. Acesso em: 7 nov. 2007. Tribunal Especial para Serra Leoa. Video Productions. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/video.html>>. Acesso em: 7 nov. 2007. Cf. PHAM, op. cit., p. 104 *et seq.* NMEHIELLE; JALLOH, op. cit., p. 110 *et seq.*
- [140](#) Press Release from the Press and Public Affairs Office, Special Court for Sierra Leone. Prosecutor for the Special Court Begins Holding “Town Hall” Meetings, September 27, 2002. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/Press/pressrelease-092702.html>>. Acesso em: 14 nov. 2007; Press Release from the Press and Public Affairs Office, Special Court for Sierra Leone. Special Court Call for Students to Take a Lead in Human Rights, December 11, 2002. Disponível em: <<http://www.sc-sl.org/Press/pressrelease-121102.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2007; HOWELL, Eve. Students Visit from Sierra Leone, Yale Daily News, October 22, 2001. Disponível em: <<http://www.yaledailynews.com/articles/view/1988>>. Acesso em: 15 nov. 2007, relatando a visita de estudantes serra-leonenses a Yale, onde estudantes da Universidade americana ajudaram-lhes a desenvolver a primeira Clínica de Direitos Humanos de Serra Leoa.
- [141](#) Verbatim, p. 3.
- [142](#) Ibidem, p. 4.
- [143](#) Regras de Procedimento e Evidência, regra 104.

IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL

ALBERTO DE CAMPOS CORDEIRO NETO

CRISTIANE DRUMOND

GISELY MOURA RADAEL¹

1. A ORIGEM DO TRIBUNAL

Irã² e Estados Unidos foram aliados políticos e culturais até a era pós-Segunda Guerra Mundial. Remanesceram como aliados políticos até o ano de 1979, quando, depois de uma série de conflitos e incidentes entre as duas nações, a tensão tornou insuportável a convivência harmoniosa entre os dois países.

Interessante notar que, antes da Revolução Islâmica, Irã e Estados Unidos eram aliados realmente muito próximos. Durante anos, o Irã comprou vastas quantidades de equipamento militar norte-americano e, durante a década de 1970, procurou com afincos a tecnologia americana, equipamentos e investimentos voltados para uma variedade de projetos em grande escala, tais como exploração de campos em busca de petróleo, construção de estradas, modernização de fábricas e de sistemas de comunicação³.

Conseqüentemente, na última parte da década de 1970, centenas de corporações norte-americanas estavam envolvidas nesses lucrativos projetos, e mais de 40.000 cidadãos dos Estados Unidos viviam no Irã⁴.

Entretanto, a situação vivenciada pelos dois países, que culminou na ruptura das relações entre eles, apresentava contextos fáticos bastante

diversos.

O Irã vivenciava um período de fortes perturbações no âmbito político, econômico e social. Em 1956, o Irã deu início a um programa de desenvolvimento financiado pelos lucros obtidos com o petróleo. Esse programa incluía projetos de irrigação, expansão dos sistemas de transporte, desenvolvimento industrial e construção de estradas. Em 1963, o xá Muhammad Reza Pahlevi, desde 1941 no poder, deu início a um programa de reforma agrária em larga escala, a fim de distribuir terra para o povo. No mesmo ano, as mulheres votaram pela primeira vez na história do Irã. Na década de 1970, devido ao aumento sensível dos lucros iranianos com o petróleo, o xá usou parte desta nova renda para ampliar o programa de desenvolvimento do país.

Porém, a nova política reformista e desenvolvimentista adotada pelo xá Muhammad Reza Pahlevi resultou em grande dissidência entre a população iraniana. Por um lado, muitos cidadãos elogiavam a nova política de Reza Pahlevi. Por outro, vários o criticavam e pediam o fim de seu governo⁵.

No final da década de 1970, a oposição ao xá aumentou violentamente. Exilado por Reza Pahlevi desde 1964, o aiatolá Khomeini voltou ao país em triunfo e, liderando os opositores liberais e conservadores, derrubou o xá e assumiu o controle do governo, transformando o Irã em uma república islâmica⁶.

O novo governo colocou a vida dos cidadãos sob rigoroso controle, além de promover grande violência política, a guerra contra o Iraque e graves problemas econômicos. O novo líder do Irã deixou seus propósitos claros desde o início: purgar o país de qualquer influência ocidental. Os Estados Unidos passaram a ser considerados o “Grande Satã”⁷.

Enquanto isso, os Estados Unidos também passavam por fortes perturbações internas.

No final da década de 1950 e início da década de 1960, tanto o presidente Eisenhower como o presidente Kennedy enviaram auxílio e conselheiros militares ao Vietnã do Sul, cujo governo, desde 1957, estava em conflito com os comunistas, apoiados pelo Vietnã do Norte. O envolvimento norte-americano tornou-se cada vez maior, suscitando reações contraditórias de apreciável parcela da própria população. O envio de tropas norte-americanas continuou até quase o fim da guerra, e foi justamente

a política orientada para o término dessa intervenção um dos principais fatores que levaram Richard M. Nixon à presidência⁸.

Nixon mandou retirar, em 1973, os últimos soldados norte-americanos do Vietnã e prosseguiu nos esforços para fazer cessar as tensões com a União Soviética e a China. Todavia, acusações de suborno e outras formas de corrupção agitaram o país, atingindo inclusive personalidades em nível federal, dentre elas o próprio Nixon⁹.

Jimmy Carter assumiu a presidência dos Estados Unidos em 1976, após o escândalo de Watergate, e logo passou a sentir a responsabilidade do cargo. Enfrentou sérios problemas decorrentes da depressão econômica que afligiu o país em meados dos anos 1970, com a queda contínua do valor do dólar no mercado mundial, provocando o aumento do preço do petróleo.

Em 4 de novembro de 1979, um domingo, cerca de 300 a 400 estudantes islâmicos ocuparam o edifício da Embaixada dos Estados Unidos, em Teerã, e retiveram cerca de 60 reféns, dentre diplomatas e funcionários norte-americanos. A bandeira americana foi substituída pela do Irã. Uma dezena dos reféns acabou sendo libertada por motivos humanitários, porém os outros 52 continuaram presos até o fim da ocupação, que durou 444 dias¹⁰.

Os estudantes exigiam a extradição do xá Reza Pahlevi, em tratamento de saúde nos Estados Unidos, e a restituição de sua fortuna ao Irã. Os líderes religiosos e mesmo membros formais do governo não hesitaram em apoiar a exigência, recusada “sob qualquer hipótese” por Washington¹¹.

Em resposta, em 14 de novembro de 1979, o então presidente dos Estados Unidos, Jimmy Carter, bloqueou a transferência de todos os fundos iranianos depositados em bancos americanos, tanto nos Estados Unidos como no exterior, congelando mais de 12 bilhões de dólares em recursos iranianos¹². Depois de cinco meses de sequestro, o governo Carter desistiu da via diplomática e rompeu relações com Teerã no dia 7 de abril de 1980¹³.

Subsequentemente, os cidadãos e as companhias americanas, cujos negócios e/ou outros interesses no Irã haviam sido afetados em consequência da Revolução Islâmica, começaram a impetrar reivindicações em cortes norte-americanas e a procurar, nos Estados Unidos, os recursos iranianos congelados, para obter o ressarcimento de seus prejuízos¹⁴.

Foi justamente nesse contexto que surgiu a necessidade da criação do *Iran-US Claims Tribunal* (IUSCT)¹⁵, instituição que viria a ser considerada uma “instituição arbitral única”¹⁶ e “a mais importante instituição arbitral na história mundial”¹⁷, como resultado da Revolução Islâmica no Irã, da ocupação da Embaixada dos Estados Unidos em Teerã, da subsequente detenção de diplomatas e funcionários norte-americanos por mais de um ano, da expropriação de ativos norte-americanos localizados no Irã e do congelamento dos recursos iranianos mantidos nos Estados Unidos¹⁸.

Assim, em 19 de janeiro de 1981, após intensas negociações conduzidas pelo governo da Argélia como intermediário oficial, Irã e Estados Unidos aderiram ao *Algiers Declarations* (Declarações da Argélia)¹⁹, que consiste na *General Declaration* (Declaração Geral)²⁰ e na *Claims Settlement Declaration* (Declaração de Solução de Reclamações)²¹, como parte da solução da crise envolvendo os dois países, garantindo a liberação dos 52 reféns norte-americanos ainda sob a vigília dos militantes iranianos.

2. A ESTRUTURA DO TRIBUNAL (DOCUMENTOS BÁSICOS E REGRAS PROCEDIMENTAIS)

A estrutura e a organização geral do Tribunal encontram-se dispostas em seus documentos básicos: a Declaração Geral, a Declaração de Solução de Reclamações e as Regras de Procedimentos do Tribunal²².

Adiante, serão brevemente analisados os referidos documentos.

2.1. Declaração Geral

A Declaração Geral é o documento que reúne, brevemente, o contexto histórico do conflito, assim como formaliza os compromissos mútuos assumidos pelos governos dos Estados Unidos da América e da República Islâmica do Irã, tendo sido celebrado na Argélia em 19 de janeiro de 1981.

A Declaração Geral é dividida em (1) Princípios Gerais, (2) Pontos I, II, III e IV do Acordo, e (3) Solução de Controvérsias.

Nos Princípios Gerais da Declaração, ficou estabelecido que os Estados Unidos deveriam restabelecer a posição financeira do Irã, na medida do possível, àquela anterior a 14 de novembro de 1979. Assim, os Estados Unidos se comprometeram a assegurar mobilidade e livre transferência de

recursos iranianos naquela jurisdição. Ademais, ambas as partes acordaram ser de interesse comum tanto o fim dos litígios entre o governo de cada parte e os nacionais da outra, como a adoção da arbitragem para a solução dessas controvérsias²³.

Os Estados Unidos, ainda, comprometeram-se a encerrar todos os procedimentos legais em curso naquele país, promovidos por cidadãos americanos ou instituições americanas contra o estado do Irã e suas instituições, redirecionando todas as reclamações ao recém-criado Tribunal Arbitral²⁴.

No tocante aos Pontos do Acordo, um dos itens mais importantes estabelecidos foi a não intervenção dos Estados Unidos nas questões internas do Irã, seja direta, indireta, política ou militarmente. Conforme trecho da Declaração Geral:

Os Estados Unidos declaram que é e será a política dos Estados Unidos a não intervenção, direta ou indireta, política ou militar, nas questões internas do Irã (tradução livre)²⁵.

Acordou-se uma troca pautada no retorno aos Estados Unidos dos 52 cidadãos norte-americanos presos no Irã, sendo que, em contrapartida à liberação, os Estados Unidos deveriam liberar os recursos iranianos congelados por aquele governo, culminando no fim das sanções comerciais outrora estabelecidas.

Por fim, ficou instituído como parte do mecanismo de solução de controvérsias que qualquer outro conflito entre as partes que surgisse da interpretação ou da execução da Declaração Geral deveria ser submetido ao Tribunal Arbitral recém-criado:

Se qualquer outra disputa surgir entre as partes quanto à interpretação ou implementação de qualquer dispositivo dessa Declaração, qualquer parte poderá submeter essa disputa à arbitragem vinculativa conduzida pelo tribunal estabelecido pelo, e em concordância com, Acordo de Solução de Reclamações. Qualquer decisão do tribunal em relação a tal disputa, incluindo qualquer sentença para compensar danos decorrentes de perdas ocasionadas pelo inadimplemento desta Declaração ou da Declaração de Solução de Reclamações pode ser

executado pela parte ganhadora em qualquer corte de qualquer nação seguindo as leis dessa nação (tradução livre)²⁶.

2.2. Declaração de Solução de Reclamações

A Declaração de Solução de Reclamações é o instrumento que, de fato, institui o *Iran-US Claims Tribunal*²⁷. Nela, está disposto que as reclamações remetidas ao Tribunal devem ser consideradas excluídas da jurisdição das cortes do Irã, das cortes dos Estados Unidos, ou de qualquer outra corte.

A competência material do Tribunal está estabelecida no Artigo II da mencionada Declaração, segundo o qual:

1. Um tribunal internacional arbitral (o Tribunal de Reclamações Irã-Estados Unidos) fica doravante instituído com o propósito de dirimir conflitos trazidos pelos nacionais dos Estados Unidos contra o governo do Irã e pelos nacionais do Irã contra o governo dos Estados Unidos, e quaisquer reconvenções decorrentes de tais contratos, transações ou acontecimentos que constituam o objeto da reclamação, caso tais pleitos ou contrapleitos estejam pendentes na data desta Declaração, estejam ou não em trâmite perante qualquer corte, e tenham origem em débitos, contratos (incluindo transações envolvendo cartas de crédito e garantias bancárias), expropriações ou outras medidas que afetem direitos de propriedade, excluindo-se as reclamações descritas no Parágrafo 11 da Declaração da Argélia de 19 de janeiro de 1981, e as reclamações que não decorram de ações dos Estados Unidos em resposta à conduta descrita naquele parágrafo, e excluindo-se reclamações decorrentes de contratos dispondo especificamente que quaisquer conflitos oriundos daquela relação deverão ser submetidos à jurisdição do Irã, em resposta à posição Majlis.
2. O Tribunal também tem jurisdição sobre os conflitos entre os governos dos Estados Unidos e Irã, um contra o outro, por qualquer desavença contratual surgida da compra e venda de bens e serviços.
3. O Tribunal tem jurisdição, conforme especificado nos Parágrafos 16-17 da Declaração da Argélia de 19 de janeiro de 1981, sobre os conflitos decorrentes da interpretação e execução de quaisquer disposições daquela Declaração” (tradução livre).

Portanto, as reclamações remetidas ao Tribunal têm um caráter finito, pois estão restritas àqueles conflitos originados do contexto histórico do qual resultou a criação do próprio Tribunal. Nesse sentido, foi instituída uma data-limite para o ingresso de ações no Tribunal, que expirou em 19 de janeiro de 1982, consoante o art. III, 4, da Declaração de Solução de Reclamações. Obviamente, esse limite de tempo não se aplica à totalidade dos litígios, visto que controvérsias concernentes à interpretação e execução da Declaração podem surgir a qualquer tempo²⁸.

Note-se, portanto, que questões referentes à ocupação da Embaixada norte-americana por iranianos e danos aos cidadãos norte-americanos ou às suas propriedades em razão de movimentos populares durante a Revolução Islâmica foram expressamente excluídas da jurisdição do Tribunal. Controvérsias decorrentes de danos morais, sequelas psicológicas, dor e sofrimento, e lesões corporais também se encontram excluídas da competência do Tribunal²⁹.

Quanto à composição, o Tribunal é formado por 9 (nove) juízes, sendo que um terço deles é escolhido pelo governo dos Estados Unidos, outro terço pelo governo do Irã, e o terço remanescente é indicado pelos juízes apontados pelos referidos Estados³⁰, devendo ser de outra nacionalidade que não a das partes contratantes³¹.

Os juízes são divididos em 3 (três) câmaras — compostas por um juiz norte-americano, um iraniano e um terceiro de outra nacionalidade — e o Presidente do Tribunal determina se o litígio deverá ser submetido a uma câmara específica ou ao julgamento de todas em conjunto. As demandas judiciais são distribuídas por sorteio e os conflitos diretos entre os dois países (Irã e Estados Unidos), assim como questões mais importantes suscitadas em alguma das câmaras, são direcionados ao Tribunal completo³².

Ademais, as causas no valor abaixo de US\$ 250,000 (duzentos e cinquenta mil dólares) podem ser propostas tanto pelo próprio interessado, como pelo governo daquele nacional interessado, de acordo com o art. III, 3, da Declaração de Solução de Reclamações. No total, foram propostas cerca de 1.000 ações no valor acima de US\$ 250,000, e 2.800 ações em valor inferior³³.

No tocante às sentenças arbitrais, estas põem fim ao processo e são vinculantes, sendo que as regras procedimentais do Tribunal são as Regras de Arbitragem da UNCITRAL³⁴, exceto no que foi expressamente modificado pelas Partes (Estados Unidos e Irã) ou pelos painéis do Tribunal, consoante será tratado mais à frente.

Quanto à lei material aplicável aos litígios, o Tribunal decide em cada caso, de acordo com as regras de escolha da lei aplicável e com os princípios gerais de direito comercial e internacional, considerando os usos e costumes assim como as disposições contratuais específicas³⁵.

2.3. Regras procedimentais do Tribunal

As regras de procedimento do Tribunal³⁶ são compostas de 41 artigos, que tratam de questões como prazos, composição do Tribunal, local e língua da arbitragem, produção de provas, medidas cautelares, perícias, audiências de instrução, decisões, forma e efeito das sentenças, interpretação e correção de sentenças, custos da arbitragem, dentre outros.

Tais regras são uma reprodução direta ou adaptada das regras de arbitragem da UNCITRAL, sendo que o próprio instrumento contém expressamente as regras da UNCITRAL³⁷, a adaptação feita ao Tribunal, quando existente alguma mudança, e, por fim, alguns comentários ao artigo, se necessário.

3. A IMPORTÂNCIA DO *IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL* PARA O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

A Arbitragem Comercial Internacional é um dos principais mecanismos que propiciam o desenvolvimento de regras e princípios do Direito Comercial Transnacional, também conhecido como *lex mercatoria*³⁸. Atualmente, tal desenvolvimento se beneficia do fato de as decisões dos tribunais de arbitragem internacional, consideradas importantes fontes de *lex mercatoria*, tornarem-se cada vez mais disponíveis ao público.

Dentre os tribunais de arbitragem internacional destaca-se o *Iran-US Claims Tribunal*, uma vez descrito por Lillich como o “mais significativo corpo arbitral da história”³⁹. O IUSCT tem contribuído significativamente para a estabilização e desenvolvimento de vários princípios e regras de *lex mercatoria*, por aplicar consistentemente princípios de Direito do Comércio

Internacional em muitas de suas decisões, como afirmam Brower & Brueschke⁴⁰.

Desde que começou suas atividades, em 1982, o Tribunal proferiu centenas de sentenças de mérito⁴¹, e grande parte dos casos decididos estava relacionada a contratos. Assim, o Tribunal teve a oportunidade de lidar com um grande número e uma ampla variedade de assuntos comerciais, como reclamações por pagamento, formação e validade contratual, interpretação de contratos, execução, quebra contratual e danos devidos pela quebra, enriquecimento ilícito, e *force majeure* (força maior)⁴²; inseridos nas mais diversas atividades mercantis, como venda de mercadorias e serviços, *joint ventures*, parcerias, agenciamento e operações de importação e exportação⁴³.

No processo de decisão dos casos, o Tribunal vale-se de diversas fontes, sendo que a Declaração de Solução de Reclamações oferece-lhe máxima discricionariedade na escolha da lei aplicável, ao estabelecer no seu Artigo V que:

O Tribunal decidirá todos os casos com base no respeito à lei, aplicando as regras de escolha da lei aplicável e princípios de direito comercial e internacional que determinar sejam aplicáveis, levando em consideração os usos e costumes relevantes do comércio, as disposições contratuais e as circunstâncias de cada caso⁴⁴ (tradução livre).

Portanto, o Tribunal é obrigado a decidir com base no respeito à lei; porém a utilização da regra supracitada pode criar um escopo de discricionariedade para que o Tribunal considere a equidade como um princípio geral de direito⁴⁵.

A prática do Tribunal confirma essa visão. No caso *CMI International Inc. v. Iran*⁴⁶, uma empresa de Oklahoma (EUA) impetrou uma reclamação contra o Ministro dos Transportes do Irã, alegando quebra de contrato referente ao não pagamento de duas ordens de compra. A lei aplicável ao contrato era a lei de Idaho, ou seja, o UCC (Código Comercial Uniforme dos EUA). Porém, em sua decisão, o Tribunal desconsiderou a lei de Idaho, aplicando, em seu lugar, os critérios de justiça e equidade para determinar o

montante da indenização requerida pela empresa norte-americana, nos seguintes termos:

Nossa busca é por justiça e equidade, mesmo em casos em que as leis nacionais possam ser aplicáveis. No presente caso, enquanto a aplicação do UCC pode até não levar a diferentes conclusões, o Tribunal prefere analisar a questão referente ao montante de indenização devido e à compensação pelos danos sofridos pelo reclamante de acordo com os princípios gerais do direito” (tradução livre).

Essas referências a “princípios de direito comercial e internacional” e “usos e costumes do comércio” representam a ferramenta perfeita do Tribunal, que lhe possibilita, além de aplicar, também esclarecer e desenvolver princípios e regras da *lex mercatoria*, ao decidir centenas de casos envolvendo litígios comerciais. Desse modo, as muitas decisões do Tribunal em casos comerciais, por aplicarem e elaborarem princípios gerais de direito comercial, representam fontes-chave da *lex mercatoria*.

Para que os princípios gerais da *lex mercatoria* sejam efetivamente usados na solução dos casos concretos, mister se faz que o Tribunal os aplique de acordo com as especificidades de cada caso. Dessa forma, as decisões e sentenças proferidas pelo Tribunal poderão ser, como de fato são, utilizadas como precedentes no processo de solução de outras lides.

A despeito disso, cabe dizer que a jurisprudência do IUSCT tem sido, desde a sua criação, alvo de várias críticas.

Brower & Brueschke⁴⁷ apontam quatro questões envolvendo o valor jurisprudencial das decisões do IUSCT: (1) que as decisões do IUSCT constituem *lex specialis* e, conseqüentemente, não são relevantes para além do Tribunal; (2) que, devido à complexa natureza da relação entre Estados Unidos e Irã, as decisões do Tribunal podem acabar por se tornarem suspeitas; (3) que o terceiro membro da câmara arbitral — normalmente, de algum país europeu — sofre forte pressão dos outros árbitros ao decidir, comprometendo a imparcialidade; e (4) que as decisões do Tribunal não criariam precedentes e, portanto, não teriam relevante significância na seara do direito público internacional e do direito do comércio internacional.

Entretanto, entendemos que as afirmações levantadas pelos autores acima não procedem. A importância teórica dos precedentes do Tribunal é veementemente confirmada pelo simples exame das citações feitas em grandes arbitragens. Cerca de 45% das decisões de mérito e mais de 20% das decisões jurisdicionais do ICSID⁴⁸ citam precedentes do Tribunal⁴⁹. Da mesma forma, nas arbitragens do NAFTA⁵⁰, quase 75% das submissões sobre o mérito e 45% das submissões relativas apenas à jurisdição citam pelo menos um (e frequentemente mais de um) precedente do Tribunal⁵¹. Ainda, não há nenhuma evidência de que as decisões proferidas pelo Tribunal tenham perdido seu valor com o passar do tempo, ou que a vasta jurisprudência relativa ao ICSID esteja tomando o lugar antes ocupado pela jurisprudência do IUSCT⁵². Desse modo, tanto a teoria quanto a prática confirmam a importância da jurisprudência do Tribunal em arbitragem comercial internacional.

Afinal, o IUSCT não é um órgão político, e sim um tribunal arbitral, com atuação totalmente independente dos Estados signatários das Declarações da Argélia⁵³.

Desse modo, os mesmos autores, Brower & Brueschke, admitem que, apesar de haver pontos fracos, a jurisprudência do Tribunal constitui fonte extremamente importante de jurisprudência para o desenvolvimento do direito internacional público e do direito do comércio internacional⁵⁴.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo apontou, resumidamente, o contexto histórico a partir do qual surgiu o *Iran-US Claims Tribunal*, assim como a estrutura do Tribunal e sua importância para o Direito do Comércio Internacional.

De acordo com Ali Z. Marossi⁵⁵, o aumento da interdependência econômica requer maior cooperação entre os países na era da globalização, e uma das formas de enfrentar esse problema é justamente a criação, a intensificação e a expansão de acordos entre os Estados. Ou seja, mecanismos corretos de solução de controvérsias no comércio internacional promovendo eficiência e estabilidade entre as nações.

A arbitragem internacional representa um meio consensual de resolução de disputas. E não foi por acaso que a arbitragem tornou-se, gradualmente, o

método preferido de solução de controvérsias nas relações internacionais, especialmente na área de comércio internacional, em virtude do volume e da rapidez de trocas.

A grande experiência adquirida pelo Tribunal relativa a questões de interpretação dos tratados, cláusulas de foro de eleição, expropriação, compensação, e proteção de investimentos contribuiu enormemente para o desenvolvimento de uma vasta jurisprudência acerca de questões referentes ao comércio internacional.

Neste sentido, apesar de todos os percalços e dificuldades iniciais do projeto, o trabalho desenvolvido pelo Tribunal e, principalmente, os frutos rendidos desse esforço são de extremo valor para o Direito do Comércio Internacional e, conseqüentemente, para a Arbitragem e a *Lex Mercatoria*.

Ainda, a intensa e complexa relação existente entre os dois países membros do Tribunal (Irã e Estados Unidos), os quais durante vários dos mais de 25 anos de funcionamento encontravam-se praticamente em guerra virtual, apenas reforça o empenho e o sucesso de sua criação que, não obstante, conseguiu resolver quase 100% das demandas judiciais a ele submetidas.

A complexidade das relações existentes (ou a ausência delas) entre Estados Unidos e Irã claramente perpassa, e muito, a seara jurídica. Por isso a importância do Tribunal, que, em 28 anos de existência, conseguiu alcançar o objetivo proposto quando de sua criação: solucionar as pendências oriundas dos acontecimentos de 1979, em uma tentativa de pacificar, ao menos no campo jurídico, a relação entre ambos os países.

Contudo, é importante ressaltar que a projeção internacional da política implementada por George W. Bush e as posições firmes adotadas pelo ex-presidente norte-americano, principalmente com relação ao programa nuclear iraniano, só tenderam a aumentar a tensão política envolvendo os dois países. Ademais, Mahmoud Ahmadinejad, presidente do Irã, vem desconcertando o mundo com sua retórica agressiva desde sua eleição, em meados de 2005. Eleito com promessas de melhor distribuição dos lucros do petróleo e reativação dos valores da Revolução Islâmica, Ahmadinejad não é unanimidade entre os iranianos. Mesmo assim, sob as acusações de irregularidades feitas por seus adversários, Ahmadinejad foi reeleito para

um novo mandato de quatro anos nas eleições presidenciais iranianas realizadas em 2009.

Obviamente, a análise das complexas relações políticas entre Estados Unidos e Irã é uma discussão que está muito além do que propõe o presente estudo. Contudo, uma reflexão sobre a atuação do Tribunal faz com que a alusão torne-se necessária.

Afinal, objetivou-se demonstrar que o Tribunal desenvolveu um ótimo trabalho no exercício da administração da justiça, oferecendo respostas satisfatórias e fundamentadas a problemas complexos e de difícil reparação, tendo como pano de fundo os conflitos políticos entre os dois países.

Resta, portanto, observarmos qual rumo a relação entre os dois países vai tomar, na esperança de que a herança deixada pelo Tribunal no campo das relações jurídicas possa ser minimamente aplicada também no campo das relações políticas. A grande mudança, no campo das relações diplomáticas, representada pela eleição de Barack Obama nos Estados Unidos, tem o condão de estreitar o diálogo e contribuir para melhoras fundamentais nas relações entre os países. De qualquer forma, ainda é muito cedo para arriscar um palpite. A chave da estabilidade encontra-se, em boa parte, nas mãos dos próprios países.

1 Bacharéis em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e membros do Grupo de Estudos de Direito do Comércio Internacional (GEDICI).

2 Até 1935, o termo “Pérsia” foi o nome oficial pelo qual o mundo conhecia o Irã. Porém, o povo persa usava, para referir-se à sua própria nação, desde o período Sassânida, o termo “Iran”, que significa “terra dos arianos”, derivado de Aryanam, forma encontrada em textos persas antigos. Em 1935, o xá Reza Pahlevi solicitou formalmente que a comunidade internacional passasse a empregar o nome nativo do país, Iran (Irã ou Irão, em português). Em 1959, o mesmo xá anunciou que tanto Pérsia como Irã eram formas corretas de referir-se ao seu país. *Enciclopédia Delta Universal*, Rio de Janeiro: Editora Delta S. A., 1995, v. 11, p. 6263.

3 BRUNETTI, Maurizio. *The Lex Mercatoria in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*. *Arbitration International*. v. 18, n. 4, 2002, p. 357.

4 ALDRICH, George H. *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal — An Analysis of the Decisions of the Tribunal*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 5.

5 Grande número de iranianos, sobretudo estudantes e intelectuais, acusava o xá de governar como ditador e de usar uma política secreta para reprimir a oposição a seu governo. Ainda, muitos muçulmanos conservadores criticavam a política de diminuir a participação da agricultura e a tendência de dar às mulheres igualdade aos homens perante a lei. Enciclopédia Delta Universal, op. cit. 1, v. 8, p. 4395-4396.

6 Idem.

7 Os inimigos dos EUA. *Revista Veja*. Editora Abril. Edição 1718, 19 de setembro de 2001. Villa, Rafael Duarte. Estados Unidos: A difícil escolha. *Revista de Sociologia Política*, n. 18. Curitiba, junho, 2002.

8 *What was Watergate?* Disponível em: <http://watergate.info/background/>. Acesso em: 10 dez. 2007.

9 *Enciclopédia Delta Universal*, op. cit., v. 7, p. 823: O vice-presidente do governo Nixon, Spiro T. Agnew, submetido a investigação criminal, renunciou ao cargo em 1973. Também o próprio presidente Nixon, acusado de acobertamento de atividades criminosas e obstrução da justiça, no caso de arrombamento e escuta telefônica, no escritório de adversários políticos no edifício Watergate, em Washington, teve de renunciar, antes que o Congresso o declarasse impedido de governar.

10 Novo presidente sob suspeita. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 1^a de julho de 2005.

11 *Revista Veja*. Editora Abril. Edição de 14 de novembro de 1979.

12 LOWENFELD, Andreas F. *Trade Controls for Political Ends (2nd ed.)*. New York/San Francisco: Matthew Bender, 1983, p. 83.

13 A crise chegou próxima a um confronto militar, com a presença ameaçadora de um navio militar norte-americano ancorado no Golfo Pérsico, desde dezembro de 1979, e a fracassada tentativa de resgate envolvendo um acidente entre helicópteros militares norte-americanos em pleno deserto.

14 COMBS, Nancy Amoury. *Carter, Reagan, and Khomeini: Presidential Transitions and International Law*. Hastings L. J., 2001, p. 316.

15 Neste artigo, faz-se referência ao *Iran-US Claims Tribunal* como “IUSCT” ou “Tribunal”.

16 CROOK, John R. Applicable Law in International Arbitration: The Iran–United States Claims Tribunal Experience. *Am. J. Int’l L.*, v. 83, n. 2, 1989, p. 278.

17 LILLICH, Richard B. Preface to The Iran-United States Claims Tribunal 1981-1983 — Seventh Sokol Colloquium VII. Charlottesville: University Press of Virginia, 1984, in WUEHLER, Norbert. The Iran-United States Claims Tribunal: Ten Years of Arbitration at Work. *JIA* 8, 1991, p. 5. Ver também BROWER, Charles. The Iran-United States Claims Tribunal: an analysis, p. 265, in *The Hague — Legal Capital of the World*. VAN KRIEKEN, Peter J. and MC KAY, David. Cambridge University Press, 2005.

18 MATHESON, Michael J. *U.S. urges passage of Iran Claims Act* — transcript. U.S. Department of State Bulletin: August, 1985.

- [19](#) Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria. Entrada em vigor: 19-1-1981. Disponível em: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [20](#) Disponível em: <http://www.iusct.org/general-declaration.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [21](#) Disponível em: <http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [22](#) Background Information IUSCT. Disponível em: <http://www.iusct.org/background-english.html>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [23](#) Declaração Geral. Princípios Gerais, A-B. <http://www.iusct.org/general-declaration.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [24](#) Declaração Geral. Princípios Gerais, B. <http://www.iusct.org/general-declaration.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [25](#) Declaração Geral, Ponto I, 1. Disponível em: <http://www.iusct.org/general-declaration.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [26](#) Declaração Geral, Ponto IV, 17. Disponível em: <http://www.iusct.org/general-declaration.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [27](#) Declaração de Solução de Reclamações, Artigo II, 1. Disponível em: <http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2007.
- [28](#) Declaração de Solução de Reclamações, artigo III, 4: “No claim may be filed with the Tribunal more than one year after the entry into force of this Agreement or six months after the date the President is appointed, whichever is later. These deadlines do not apply to the procedures contemplated by Paragraphs 16 and 17 of the Declaration of the Government of Algeria of January 19, 1981”.
- [29](#) Conforme observado no caso *Futura Trading Inc. v. National Iran Oil Company*. Award n. 236-324-3, de 30 de outubro de 1986: “considerações acerca de questões morais estão fora do escopo de jurisdição do Tribunal”.
- [30](#) Declaração de Solução de Reclamações, artigo III, 1.
- [31](#) Background Information; Composition, jurisdiction, procedure of the Tribunal: The Full Tribunal decides all disputes between the two Governments, as well as important questions referred to it by the Chambers. Disponível em: <http://www.iusct.org/background-english.html>. Acesso em: 22 ago. 2007.
- [32](#) Op. cit., p. 30.
- [33](#) Idem.
- [34](#) Declaração de Solução de Reclamações, artigo III, 2. Regras de Arbitragem da UNCITRAL. Disponível em: <http://www.iusct.org/tribunal-rules.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- [35](#) Declaração de Solução de Reclamações, artigo V.
- [36](#) Op. cit., p. 33.
- [37](#) Ao Tribunal requer-se a utilização das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, de acordo com o artigo 3(2) da Declaração de Solução de Reclamações, com exceção dos casos excluídos expressamente pelas partes.

38 Black's Law Dictionary define "*Lex mercatoria*" como: "The system of laws which is adopted by all commercial nations, and constitutes a part of the law of the land". Com base nisso, esse artigo usa os termos "Direito Comercial Transnacional" e "*Lex mercatoria*" como sinônimos. BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990. p. 911.

39 LILLICH, op. cit., p. 16.

40 "The development of a body of international commercial law has 'made a quantum advance due to the work of the Tribunal'." BROWER, Charles N. e BRUESCHKE, Jason D., *The Iran-United States Claims Tribunal*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 669, citado em BRUNETTI, op. cit. 2, p. 355-378.

41 Dez anos após seu estabelecimento, o *Iran-U.S. Claims Tribunal* já havia decidido 95% dos casos a ele submetidos pelos governos norte-americano e iraniano e pelos seus respectivos cidadãos, alcançando quase a totalidade das demandas judiciais. Em abril de 2006, ao completar seu 25º aniversário, o IUSCT já havia decidido a grande maioria de seus quase 4000 casos. Porém, tal feita não poderia ter sido atingida não fossem alguns fatos peculiares relativos à sua estrutura e às circunstâncias de sua criação: o envolvimento de apenas duas nacionalidades e, principalmente, o número modesto de ações judiciais. BROWER, Charles N. *Lessons to be drawn from the Iran-US Claims Tribunal*. Oxford Press, 2001, p. 51. Atualmente, conforme divulgado pelo Secretário-Geral do Iran-US Claims Tribunal no último Quarterly Communiqué, 3.936 casos já foram decididos pelo Tribunal. Disponível em: <http://www.iusct.org/communique-english.pdf>. Acesso em: 12 maio 2009.

42 Black's Law Dictionary define "*Force majeure*" da seguinte maneira: "... superior or irresistible force. Such clause is common in ... contracts to protect the parties in the event that a part of the contract cannot be performed due to causes which are outside the control of the parties and could not be avoided with the exercise of due care". BLACK, op. cit., p. 645.

43 BRUNETTI, op. cit., p. 355.

44 Declaração de Solução de Controvérsias, artigo V: "The Tribunal shall decide all cases on the basis of respect for law, applying such choice of law rules and principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable, taking into account relevant usages of the trade, contract provisions and changed circumstances".

45 MAROSSI, Ali Z. Iran-United States Claims Tribunal: Claims, Counterclaims, Dual Nationality and Enforcement, *JIA*, v. 23, n. 6, 2006, p. 493-519.

46 *CMI International Inc. v. Ministry of Roads and Transportation of Iran*. Award n. 99-245-2, de 27 de dezembro de 1983. LEE, Karen. *IUSCTR*. New York, Cambridge University Press, v. 35, 1999, p. 263.

47 BROWER & BRUESCHKE, op. cit., p. 39, p. 669.

48 O ICSID, criado em 1966, é uma organização internacional autônoma, porém, com fortes ligações com o Banco Mundial. Basicamente, oferece facilidades para conciliação e arbitragem de disputas entre países-membros e investidores cidadãos destes respectivos

países. Disponível em: <http://www.worldbank.org/icsid/about/about.htm>. Acesso em: 24 nov. 2007.

49 Dentre as principais decisões do IUSCT citadas em sentenças arbitrais do ICSID estão os seguintes casos: Amoco International Finance Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran; Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran; Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran; Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran; Phelps Dodge Corp. v. Islamic Republic of Iran; American International Group, Inc. v. Islamic Republic of Iran.

50 O NAFTA é um tratado envolvendo Canadá, Estados Unidos e México, que passou a vigorar em 1^o de janeiro de 1994. A partir daí, estabeleceu um prazo de 15 anos para a total eliminação das barreiras alfandegárias entre os três países-membros.

51 GIBSON, Christopher S.; DRAHOZAL, Christopher R. Iran-United States Claims Tribunal Precedent in Investor-State Arbitration. *JIA*, v. 23, 2006, p. 521.

52 Idem, p. 541.

53 Não seria razoável concluir que as Declarações da Argélia estabeleceram o Tribunal como um órgão desnacionalizado. Nesse sentido, apesar de não haver consenso quanto à aplicação da Convenção de Nova York a decisões arbitrais desnacionalizadas, a melhor conclusão, em relação à satisfação das necessidades da arbitragem comercial internacional, na qual uma execução eficiente e eficaz é essencial, a desnacionalização da decisão arbitral não configura impedimento para a aplicação da Convenção de Nova York. Dessa forma, as decisões proferidas pelo IUSCT também figuram no escopo de aplicação da Convenção. *Vide* seção “IRAN-US Claims Tribunal — A Estrutura do Tribunal”, item 2, *supra* e ainda p. 8, nota de rodapé 20 de SEIFI, Jamal. State Responsibility for Failure to Enforce Iran-United States Claims Tribunal Awards by the Respective National Courts — International Character and Non-Reviewability of the Awards Reconfirmed. *JIA*, 1999, 16 (3), p. 5-28.

54 BROWER & BRUESCHKE, op. cit., 39, p. 669; WALDE, W. Thomas. *The Iran-US Claims Tribunal Book Review*. Disponível em: http://www.gasandoil.com/ogel/samples/freearticles/bookreview_07.htm.

55 MAROSSI, op. cit, p. 44.

O PAINEL DE INSPEÇÃO DO BANCO MUNDIAL

AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS¹

LEONARDO ANDRADE MACEDO²

THIAGO JOSÉ ZANINI GODINHO³

1. INTRODUÇÃO: UM PANORAMA INSTITUCIONAL DO BANCO MUNDIAL

O Grupo Banco Mundial constitui uma organização internacional, criada em 1944, sob os auspícios da Conferência Internacional Econômica e Monetária das Nações Unidas e Associadas, realizada em Bretton Woods, Estado de New Hampshire, Estados Unidos⁴. Tinha o objetivo original de, ao complementar a atuação do Fundo Monetário Internacional, auxiliar na reconstrução dos países afetados pela Segunda Guerra Mundial e na reorganização de suas economias, através do financiamento direto e da promoção do investimento produtivo em seus territórios⁵.

A organização, sediada em Washington, EUA, congrega, no momento, 187 Estados-membros⁶ e abrange cinco diferentes instituições internacionais: o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)⁷, a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID)⁸, a Corporação Financeira Internacional (CFI)⁹, a Agência Multilateral de Garantia para

Investimentos (MIGA)¹⁰ e o Centro Internacional para Resolução de Disputas relativas a Investimentos (ICSID)¹¹.

O Banco Mundial estrutura-se a partir de uma Assembleia de Governadores, órgão máximo de deliberação¹², do qual participam representantes (um titular e um suplente) indicados por cada um de seus membros¹³. Embora investida de todos os poderes do Banco, a Assembleia de Governadores reserva para si apenas as decisões mais importantes sobre as políticas a serem adotadas na organização, delegando as deliberações acerca das operações gerais da entidade ao Conselho de Diretores Executivos, composto por 24 membros, sendo cinco deles indicados pelos cinco maiores acionistas do Banco (Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Alemanha e França) e os demais eleitos por grupos de países predeterminados para um mandato de dois anos¹⁴. O Conselho de Diretores Executivos é chefiado por um presidente¹⁵, eleito para um mandato renovável de cinco anos, ao qual compete exercer uma posição de mediador entre os polos político e administrativo da organização e gerenciar um amplo corpo de funcionários, formado por diversos vice-presidentes, diretores administrativos, auditores e membros dos mais variados órgãos e departamentos em todo o mundo¹⁶.

Após a superação dos traumas econômicos da guerra, o foco das ações do Grupo Banco Mundial passou a recair, prioritariamente, sobre os países menos desenvolvidos, através da concessão de empréstimos, a baixo custo, e doações de verbas para realização de investimentos produtivos, sobretudo em projetos de infraestrutura (transporte, comunicações, energia, saneamento básico, saúde, educação etc.), que propiciem a atração do capital privado internacional e auxiliem no processo de desenvolvimento dessas nações¹⁷. Essa atividade tem sido desempenhada, em grande parte, pelas duas principais entidades componentes do Grupo Banco Mundial, o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e a Associação Internacional de Desenvolvimento (AID), típicos bancos internacionais de desenvolvimento, que ostentam programas específicos de financiamento, fundados em detalhadas políticas de concessão e acompanhamento.

A complexidade crescente dos programas de créditos oferecidos pelo Banco Mundial e a dificuldade de assegurar o controle efetivo e aplicação adequada de seus recursos têm, por vezes, causado um impacto negativo nos âmbitos social, econômico e ambiental das regiões para onde esses recursos são direcionados, prejudicando, assim, o alcance das finalidades legítimas pretendidas pela organização e motivando o surgimento de inúmeras críticas à atuação da entidade¹⁸.

Para melhorar a efetividade dos projetos de desenvolvimento patrocinados pelo Banco e permitir maior transparência em suas ações, a organização tem promovido uma série de reformas internas, entre as quais se encontra a criação do Painel de Inspeção, objeto central de estudo deste capítulo. Assim, a próxima seção apresenta uma visão geral do Painel de Inspeção, abordando sua organização e funcionamento. Em seguida, é feita uma análise desse novo fórum internacional dentro do sistema internacional de solução de controvérsias. Finalmente, será examinada, em concreto, a atuação dessa entidade, a partir de um estudo do caso Cartagena.

2. O PAINEL DE INSPEÇÃO E SEU PROCESSO: UMA VISÃO GERAL

O Painel de Inspeção do Banco Mundial surge em um contexto de acirramento do debate público sobre os efeitos sociais e ambientais dos empréstimos concedidos pelo Banco¹⁹. Tendo em vista as reivindicações crescentes por maior transparência e responsabilidade nas ações do Banco²⁰, a criação do Painel de Inspeção pode ser entendida como resultado de pressões internas e externas²¹. A pressão interna relaciona-se às preocupações dos órgãos do Banco sobre a efetividade de seus procedimentos, enquanto a pressão externa diz respeito ao aumento das críticas sobre a falta de transparência e de procedimentos democráticos dentro da organização internacional²². Um caso emblemático neste tocante foi o projeto da represa de Sardar Sarovar no Rio Narmada, localizado na Índia²³, e também a força-tarefa criada pela organização para revisão interna dos projetos do Banco²⁴.

Em resposta a tais ocorrências, o conselho de diretores executivos do Banco criou, através da Resolução BIRD 93-10 e da Resolução AID 93-6²⁵,

o Painel de Inspeção do Banco Mundial. Essas resoluções, embora constituam legalmente dois instrumentos normativos diferentes, são referidas como “a Resolução” por possuírem conteúdo idêntico²⁶. Assim, em setembro de 1993, foi formalmente instituído o Painel de Inspeção do Banco Mundial, fazendo com que, pela primeira vez nos cinquenta anos de história do Banco, cidadãos, associações e organizações não governamentais prejudicados pelos projetos de desenvolvimento financiados pelo Banco passassem a ter a oportunidade de requerer uma investigação independente e transparente²⁷.

Desde então, as Resoluções foram emendadas duas vezes pelos diretores executivos através dos denominados Esclarecimentos de 1996 e 1999, com o intuito de esclarecer aspectos ambíguos do trabalho e das funções do Painel²⁸. Além disso, o Painel também emitiu seus Procedimentos Operacionais (adotados em 1994)²⁹ e seus Procedimentos Administrativos (adotados em 1994 e emendados em 1998)³⁰, para detalhar os aspectos processuais e administrativos das Resoluções.

Nesse contexto, serão analisados adiante as finalidades e competências do Painel de Inspeção do Banco Mundial, os requisitos para a apresentação do pedido de inspeção ao Painel e sua fase de admissibilidade, além da fase de investigação e das recomendações do Painel.

2.1. Propósito e competência do Painel de Inspeção do Banco Mundial

O propósito primário do Painel de Inspeção é considerar os interesses de pessoas que tenham sido afetadas por projetos financiados pelo Banco e assegurar que o Banco cumpra com suas políticas e procedimentos operacionais na preparação e implementação dos mesmos. Essas “pessoas”, legitimadas a apresentar um pedido de inspeção, são definidas como “uma comunidade de pessoas, formada por dois ou mais indivíduos, tais como uma organização, associação, sociedade ou outros agrupamentos de indivíduos”³¹.

Os pedidos de Inspeção podem ser requisitados por quaisquer desses grupos de indivíduos, que acreditam ter sido prejudicados³² por um ato ou omissão do Banco que seja resultado de uma falha em seguir suas políticas e seus procedimentos, relativo à preparação, à apreciação e/ou à implementação de projeto financiado³³.

Encontram-se formalmente fora da competência do Painel de Inspeção quaisquer reclamações que digam respeito a ações de responsabilidade do mutuário e/ou de terceiros e em que não houve ação ou omissão por parte do Banco³⁴. Também não são consideradas reclamações sobre inobservância de procedimentos em licitações para seleção de fornecedores para o projeto³⁵, nem tampouco pedidos apresentados após a data de encerramento do empréstimo³⁶ ou cujas matérias já tenham sido anteriormente apreciadas pelo Painel de Inspeção³⁷.

Outra condição de admissibilidade, e fundamento de variados casos de inadmissibilidade, é a demonstração de que o pedido fora levado ao conhecimento da Direção do Banco — é necessário um recurso prévio, não contencioso — como esgotamento dos recursos internos do Banco, indicando sua boa-fé, que este tentou solucionar a controvérsia conforme o direito interno no Banco³⁸.

O Banco Mundial possui políticas e procedimentos que têm por finalidade garantir que os projetos e programas financiados produzam benefícios econômicos e sociais, sem prejudicar pessoas e/ou o meio ambiente³⁹. Se o grupo de indivíduos reclamantes acredita que a violação dessas políticas e procedimentos for a causa do dano, esse grupo pode fazer um pedido de inspeção dirigido ao Painel. A maioria das reclamações submetidas até o momento diz respeito às políticas de salvaguarda do Banco, tais como os procedimentos do Banco para empreender a avaliação do impacto ambiental de operações propostas, para o tratamento dos povos involuntariamente removidos de suas propriedades durante a execução do projeto, para suas relações com os povos indígenas e com organizações não governamentais, bem como para a participação pública em operações financiadas pelo Banco⁴⁰. Além disso, há pedidos que se referem à propriedade cultural, florestas, habitats naturais, manejo de pestes e segurança de barragens⁴¹.

A Resolução estabelece que o Painel seja composto por três membros de diferentes nacionalidades⁴², aprovados para um mandato de cinco anos⁴³. A escolha dos membros deve ter como base os critérios da capacidade de lidar de forma justa com a reclamação que é submetida a eles, da integridade e da independência em relação à administração do Banco, da exposição a

aspectos do desenvolvimento e às condições de vida nos países em desenvolvimento, e do conhecimento das operações do Banco. Os membros do Painel, exceto o Presidente, não são chamados a trabalhar por tempo integral, a não ser que assim seja decidido pelos diretores executivos, diante das necessidades do Painel⁴⁴.

2.2. O pedido de inspeção e a fase de admissibilidade

Supõe-se que os Pedidos de Inspeção não serão feitos necessariamente por pessoas de um alto nível educacional, porque a principal forma de investigação é através de uma reclamação de residentes no local do projeto enviada ao painel⁴⁵. Assim, o pedido pode ser apresentado em qualquer idioma, e, se solicitado, o Painel poderá manter o nome do reclamante em sigilo. O pedido também pode ser excepcionalmente apresentado por uma organização não governamental (ONG) ou um grupo estrangeiro quando não há representação local⁴⁶. Além disso, qualquer um dos vinte e quatro diretores executivos do Banco pode pedir uma investigação, a qual estará sujeita à aprovação da diretoria⁴⁷.

O processo no Painel começa depois que um Pedido de Inspeção é recebido. Esse processo é dividido em três fases: o registro, a admissibilidade e a investigação⁴⁸. O registro consiste em um passo essencialmente administrativo, estipulado nos Procedimentos Operacionais do Painel, e que proporciona a base formal para informar aos diretores executivos e à administração do Banco, aos Reclamantes, bem como ao público, que uma reclamação foi recebida⁴⁹. Isso porque, obviamente, o Painel não registra reclamações que estejam fora de sua competência, a fim de evitar que a administração do Banco dispenda tempo e recursos respondendo a uma reclamação inadmissível.

Uma vez registrado o pedido, começa a fase da admissibilidade⁵⁰. O Painel envia uma cópia do pedido ao presidente do Banco, o qual representa a administração. O Painel também notifica a administração, que tem a obrigação de responder à notificação dentro de vinte e um dias⁵¹ e proporcionar evidências ao Painel de que cumpriu ou pretende cumprir as políticas e procedimentos aplicáveis. Ao receber o relatório da administração, o Painel faz sua investigação preliminar e produz o relatório em um prazo de vinte e um dias para determinar não apenas a

admissibilidade do reclamante, mas também a admissibilidade do pedido para uma investigação⁵². Finalmente, o Painel decide se recomenda ou não uma investigação, mas só a diretoria executiva é que pode autorizar ou negar o prosseguimento de tal investigação pelo painel⁵³.

2.3. A investigação e as recomendações

Tendo a admissibilidade sido estabelecida e a diretoria aprovada uma investigação, o próximo passo é a fase substancial do processo de inspeção, quando o Painel avalia o mérito do pedido⁵⁴. O presidente do Banco designa um inspetor líder que é o responsável pela investigação, e, no exercício de suas funções, os membros da investigação terão acesso a todo o pessoal do Banco que puder contribuir com informações e a todos os registros pertinentes⁵⁵. Com o consentimento do país mutuário, uma equipe do Painel também visita a área do projeto⁵⁶, reúne-se com seus reclamantes, com representantes do país, além de outras pessoas afetadas pelo projeto do Banco, como ONGs e autoridades do projeto.

Ao fim da investigação, o Painel elabora um relatório e encaminha-o aos diretores executivos e ao presidente, considerando todos os fatos pertinentes e concluindo se o Banco observou ou não todas as normas e procedimentos relevantes⁵⁷. A administração responde ao relatório de investigação do Painel e recomenda, quando relevante, ações remediadoras à diretoria executiva. Assim, a diretoria considera o relatório de investigação do Painel conjuntamente com as recomendações da administração, decidindo se aprova ou não essas recomendações.

O pedido de inspeção, a resposta de administração, a resposta da diretoria executiva do Banco, os relatórios de admissibilidade do Painel e qualquer relatório de investigação são documentos públicos, liberados após a consideração da diretoria executiva do Banco e disponibilizados no *site* do Painel⁵⁸.

3. O PAINEL DE INSPEÇÃO NO SISTEMA INTERNACIONAL DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O Painel de Inspeção constitui o primeiro fórum internacional em que indivíduos que não têm relação contratual direta com uma organização internacional podem contribuir efetivamente para que essa organização

permaneça transparente e responsável pelas consequências de suas ações⁵⁹. Seu estabelecimento é visto como um grande passo à frente no Direito Internacional, e, dessa forma, faz-se necessária uma análise detalhada de quais são as inovações trazidas pelo Painel. Entretanto, existem aspectos controversos sobre sua existência e será interessante uma análise das limitações do Painel de Inspeção do Banco Mundial.

3.1. Um avanço no direito internacional

A criação do Painel de Inspeção do Banco Mundial representa um verdadeiro marco na evolução do direito internacional⁶⁰. Embora destituído de poder legítimo para proferir uma decisão vinculante, de caráter juridicamente obrigatório⁶¹, o Painel de Inspeção exerce competências típicas de um órgão jurisdicional, como receber e apreciar uma demanda (pedido de inspeção)⁶², promover uma investigação sobre as matérias suscitadas pelo requerente⁶³ e examinar e declarar, a partir de uma perspectiva eminentemente jurídica, se o Banco observou integralmente suas normas e procedimentos operacionais⁶⁴ na elaboração, avaliação e/ou execução de um projeto por ele financiado e se sua eventual falha teria tido ou ameace ter efeito material adverso sobre os interesses e direitos da parte afetada⁶⁵. Sua natureza híbrida — jurisdição por suas competências e um conselho consultivo por sua ação — tem levado a doutrina a qualificar o Painel de Inspeção como um órgão quase *jurisdicional*⁶⁶.

Outra importante contribuição do Painel de Inspeção para o avanço do direito internacional é a atribuição de capacidade processual a indivíduos e entidades privadas, tornando desnecessária a participação, no procedimento, do Estado ao qual esses sujeitos estão vinculados. De fato, segundo a doutrina tradicional do direito internacional público, somente os Estados constituem verdadeiros sujeitos de direito, aptos a exercer plenamente os direitos, deveres e prerrogativas oriundos da ordem jurídica internacional. Nesse sentido, caberia exclusivamente aos Estados, através da figura da proteção diplomática, a decisão acerca do exercício do direito de ação perante os fóruns internacionais para reparação de danos causados por outros Estados e/ou organizações internacionais a seus nacionais, o que dificulta e, muitas vezes, inviabiliza a defesa dos interesses e direitos dos indivíduos (ou organizações). No caso do Painel de Inspeção, entendeu o

Banco Mundial que eram os indivíduos, e não o Estado, os que sofriam mais diretamente os impactos dos projetos patrocinados pelo Banco⁶⁷. Por isso, seria mais adequado e eficiente permitir acesso direto dos indivíduos afetados àquele novo fórum internacional, sem depender da representação estatal.

É certo que o Painel de Inspeção não é o primeiro fórum internacional a admitir a participação ativa de indivíduos e entidades não estatais⁶⁸. Isso vem ocorrendo também amplamente no âmbito de entidades integrantes dos sistemas universal e regional de proteção dos direitos humanos⁶⁹ e mesmo no Centro Internacional para Resolução de Disputas relativas a Investimentos (ICSID), entidade integrante do Grupo Banco Mundial, onde indivíduos, empresas e outras entidades não governamentais são acolhidos e podem oferecer demandas contra Estados em busca de ressarcimento por danos que lhes foram causados.

A grande novidade do Painel de Inspeção do Banco Mundial consiste, na verdade, na instituição de um fórum internacional permanente ao qual um grupo de indivíduos, que não têm relação contratual com a organização internacional, em defesa de seus próprios interesses, pode submeter uma demanda, não contra um Estado, como já ocorre em outros casos na seara internacional, mas contra uma organização internacional, que, se assim for recomendado pelo Painel, poderá ter de adotar medidas para reparar os danos causados às partes prejudicadas⁷⁰. Essa inovação implica o reconhecimento implícito, pelo próprio Banco, de sua responsabilidade internacional⁷¹, o que contribui para a consolidação da doutrina da responsabilidade internacional das organizações internacionais⁷² e, particularmente, de outras instituições que compõem o sistema financeiro internacional, como o Fundo Monetário Internacional, que permanentemente insiste em negar-se a responder pelas consequências, muitas vezes devastadoras, de suas políticas e ações⁷³.

3.2. Limites e insuficiências do sistema de Painéis de Inspeção

Entretanto, mesmo sendo o Painel de Inspeção claramente um avanço no contexto das organizações internacionais, alguns aspectos dos seus procedimentos trazem preocupações relacionadas à sua independência, transparência e efetividade.

No tocante à independência do Painel em relação ao Banco Mundial, o primeiro aspecto questionável é a escolha dos membros, uma vez que eles são indicados pelo presidente do Banco e aprovados pelos diretores executivos. A segunda controvérsia diz respeito ao aspecto financeiro de manutenção do Painel, pois o Banco é o financiador do Painel, o Presidente é quem recomenda salários para os membros⁷⁴ e é a administração quem aparentemente determina se as despesas com viagens dos membros serão ou não reembolsadas. Dessa forma, o mínimo necessário para prover maior independência ao Painel seria, inicialmente, a escolha de membros de uma perspectiva de fora do Banco Mundial. Além disso, seria interessante o estabelecimento de um orçamento independente e adequado às necessidades do Painel, visando a promover a imparcialidade do Painel de Inspeção em relação ao Banco Mundial⁷⁵.

Quanto à transparência do Painel, é questionado o fato de que não há acesso público ao procedimento de aceitação do pedido até o momento em que os diretores executivos analisam o relatório de admissibilidade preparado pelo Painel e decidem pela aprovação ou não do pedido de Inspeção⁷⁶. O público é, pois, mantido fora do processo exatamente no momento em que comentários adicionais e novas informações relacionadas ao tema poderiam ser importantes para a decisão dos diretores. Assim, para possibilitar maior transparência das práticas do Banco, seria necessário que todos os procedimentos, descobertas e relatórios fossem disponibilizados ao público no mesmo momento em que o são para a equipe do Banco e para os diretores executivos, o que ajudaria a reforçar a credibilidade do Painel de Inspeção perante a sociedade⁷⁷.

E, em relação à efetividade, são colocadas em xeque não apenas a independência e a transparência do Painel, mas também a sua capacidade de conduzir uma investigação completa e de dar recomendações. A efetividade, como um conceito que indica a relação entre objetivos e resultados alcançados, coloca em tela a divergência entre aquilo que se esperava do Painel de Inspeção quando da sua criação e os resultados até então obtidos. Isso porque o Painel só conduz a investigação após a aprovação dos diretores executivos. Com efeito, o mandado conferido ao Painel é de um instrumento para determinar fatos, e não para fazer recomendações específicas para correção de falhas que tenha descoberto⁷⁸, tendo um caráter

recomendatório e não obrigatório, sem a garantia de que serão judicialmente revisados⁷⁹. Portanto, a efetividade do Painel se mostra muito mais dependente da diligência das ONGs e grupos de cidadãos interessados em utilizar esse mecanismo do que da ação dos membros do Painel, uma vez que a autoridade do Painel para efetivar as decisões recomendadas é razoavelmente reduzida. É claramente necessário fortalecer os procedimentos e operações do Painel, além de difundir, em variados idiomas, a possibilidade de utilização por parte dos cidadãos locais desse método de solução de controvérsias⁸⁰.

4. A ATUAÇÃO DO PAINEL DE INSPEÇÃO: ESTUDO DO CASO CARTAGENA

Perpassando os anos de atuação do Painel de Inspeção do Banco Mundial, já foram contabilizados, de setembro de 1993 a dezembro de 2010, setenta e um pedidos de inspeção, referindo-se a sessenta e quatro projetos⁸¹. Levando-se em consideração que a Resolução que estabeleceu o Painel de Inspeção foi revisada em 1996 e em 1999, e uma verdadeira explosão recente de pedidos de inspeção, é possível distinguir três períodos na evolução na atuação do Painel⁸².

Um primeiro período pode ser compreendido entre setembro de 1993 e dezembro de 1999. Nesses primeiros seis anos de existência do Painel, dos vinte pedidos que lhe foram encaminhados, dezoito foram registrados, o Painel pediu autorização para investigar nove, e destes apenas quatro foram aprovados pelos diretores executivos⁸³. Já o segundo período seria o compreendido entre janeiro de 2000 a dezembro de 2005, em que, dos dezessete pedidos apresentados, treze foram registrados, o Painel pediu autorização para investigar nove, e todos eles foram aprovados pelos diretores executivos. Essa evolução na utilização do Painel de Inspeção do Banco Mundial ocorreu concorrentemente ao aumento da mobilização da população nas áreas envolvidas pelos projetos financiados pelos institutos financeiros internacionais⁸⁴.

Todavia, devemos ressaltar que o terceiro período, qual seja, aquele coincidente com os últimos cinco anos de atuação dos Painéis, testemunha uma disparada nas demandas de inspeção neste lustro — trinta e três novos pedidos foram registrados, referentes a vinte e nove projetos, o que equivale

a todo histórico do órgão⁸⁵. Dentre esses trinta e três requerimentos, apenas 3 não foram registrados⁸⁶, havendo assim doze pedidos de investigação, devidamente aprovados pelos diretores executivos, e cinco relatórios que recomendarão a não investigação⁸⁷. Dentro desse espectro de recentes pedidos, vemos que, incontestavelmente, a atividade do Painel se desenvolve⁸⁸.

Um dos mais interessantes casos submetidos à apreciação do Painel de Inspeção já nesta segunda fase ocorreu na Colômbia, no polo turístico de Cartagena, envolvendo um projeto para construção de um sistema de fornecimento de água, saneamento e gerenciamento ambiental. Adiante, será examinado esse pedido de inspeção e o processo para sua admissão. Na sequência, serão abordadas as recomendações do Painel, a partir da investigação empreendida, as considerações da administração e a decisão dos diretores executivos.

4.1. O pedido de inspeção e o relatório de admissibilidade

Em 20 de abril de 2004, o Painel de Inspeção do Banco Mundial recebeu um Pedido de inspeção oriundo de membros de uma organização não governamental (ONG) colombiana, denominada Corporación Honesta, em benefício dela própria e de 125 habitantes da aldeia de Punta Coroa, 139 de Arroyo de Piedra e 41 de Mazanillo, além de 119 de Cartagena. O Pedido se referia ao Projeto Cartagena para abastecimento, canalização e ordenamento ambiental⁸⁹.

O projeto em Cartagena envolvia o aprimoramento e a expansão do sistema de água e esgoto, incluindo a construção de aproximadamente 23, 85 km de encanamento e plataforma submarina, que carregaria a água sem tratamento oriunda da cidade e a descarregaria no mar do Caribe, em um ponto a 2, 5 km das vilas litorâneas de pesca de Punta Canoa, Arroyo de Piedra e Manzanillo.

Os reclamantes dessas cidades questionaram, então, o impacto do projeto na sua cultura e no seu modo de vida, assim como o impacto da poluição na saúde dos habitantes da região. Alegaram que o Banco Mundial falhara ao não identificar comunidades afetadas pelo projeto, assim como os nativos, e ao não proteger seu meio de sustento de vida, que se baseava na pesca e plantação de subsistência⁹⁰. Os reclamantes apontavam que o Banco Mundial

teria violado suas políticas n. OD 4.01 de avaliação ambiental, n. OD 4.04 de habitats naturais, n. OD 4.07 de manejo de recursos hídricos, n. OD 4.15 de redução da pobreza, n. OD 4.20 de populações indígenas, n. OP/BP 10.02 de administração financeira, n. OP/BP 10.04 de avaliação econômica de operações de investimento, e ns. OD 13.05 e OP/BP 13.05 de supervisão de projetos.

A administração do Banco, após o recebimento do Pedido, submeteu sua resposta ao Painel afirmando que a aplicação das políticas e procedimentos do Banco fora executada de forma correta e que o projeto não causaria danos para o ambiente marinho ou para a saúde humana local⁹¹.

Dessa forma, o Painel teve de determinar tanto a admissibilidade do Pedido quanto se recomendaria ou não uma investigação. O líder da investigação, o Professor Edith Brown Weiss, juntamente com o secretário executivo Eduardo Abbott e a oficial operacional Tatiana Tassoni visitaram a Colômbia entre 10 e 16 de junho de 2004. Durante a visita, a equipe se reuniu com os reclamantes do pedido e com outras pessoas afetadas, com representantes nacionais, regionais e locais, com representantes de ONGs locais, com técnicos *experts* e cidadãos conhecidos na região⁹².

O Painel observou que os reclamantes e o pedido preenchiam o critério de admissibilidade estabelecido na Resolução e nos Esclarecimentos de 1999⁹³. Também constatou que o Pedido de Inspeção e a resposta da administração continham declarações e interpretações diferentes sobre os assuntos do caso, sobre os fatos e sobre o cumprimento das políticas e procedimentos do Banco⁹⁴. Assim, o Painel submeteu seu relatório recomendando que uma investigação fosse conduzida, e a diretoria executiva aprovou sua recomendação, dando permissão para a realização da mesma⁹⁵.

4.2. A investigação, o relatório do Painel, as recomendações da administração e a decisão do conselho de diretores executivos

O período de investigação contou com várias diligências, que incluíram visitas ao local do projeto, audiências com as comunidades e autoridades envolvidas, reuniões com membros da administração do Banco e até mesmo a contratação de seis consultores externos, especialistas em áreas como meio ambiente e hidrologia; em 24 de junho de 2005, o Painel apresentou ao conselho de diretores executivos o relatório da investigação⁹⁶.

No relatório, o Painel salientou a necessidade urgente de implantação em Cartagena de um sistema de descarte de resíduos e reconheceu os esforços da equipe do Banco na preparação e supervisão inicial do projeto. Todavia, concluiu que não houve um adequado estudo comparativo, como exigido pela Diretiva Operacional 4.01 em matéria de avaliação ambiental, sobre as diversas alternativas técnicas que poderiam ser utilizadas no caso, de modo a definir a solução potencialmente menos adversa⁹⁷. A alternativa técnica adotada no projeto até constituía, em tese, segundo o Painel, um método tecnicamente aceitável de descarte de resíduos, assim como era também adequado o local escolhido para instalação da plataforma submarina. Mas o modelo bidimensional da plataforma submarina escolhido para o projeto não levava em consideração as condições eólicas e sísmicas do local e, por isso, apresentava significativo risco de contaminação dos ambientes marinho e costeiro, sendo recomendável sua substituição por um modelo tridimensional e a realização de uma pesquisa sismológica na área onde a plataforma seria instalada⁹⁸.

O Painel entendeu, ainda, que, embora tenham sido satisfatoriamente analisados os riscos para o ambiente biofísico, não foram adequadamente examinados os impactos potenciais do projeto sobre o modo de vida e as atividades econômicas (como a pesca) das populações locais e, particularmente, das comunidades afro-colombianas, consideradas pelo Painel como populações indígenas, o que demandaria um plano de desenvolvimento específico para mitigar as consequências sociais da implementação do projeto e definir medidas adequadas de compensação⁹⁹. Na verdade, o Painel apontou que algumas das comunidades afetadas não puderam participar efetivamente do amplo processo de consultas que antecedeu o projeto, tendo sido, no máximo, apenas comunicadas já na fase de sua implementação¹⁰⁰.

Outra falha do Banco detectada pelo Painel diz respeito à avaliação econômica do projeto, uma vez que não foram atualizadas as estimativas de custos após a emissão da licença ambiental, em conformidade com o disposto na Política Operacional 10.04¹⁰¹. O Painel também concluiu, a partir das alegações suscitadas no pedido de inspeção, que o Banco deveria ter prestado mais atenção aos problemas administrativos e de controle

interno do distrito de Cartagena e conduzido previamente um profundo exame da organização administrativa daquele distrito¹⁰².

Em 29 de julho de 2005, a administração manifestou-se sobre as conclusões do Painel e destacou que a plataforma submarina representava a solução com melhor custo-benefício aos problemas sanitários da população de Cartagena. Segundo a administração, os estudos ambiental, social, econômico, técnico e financeiro previamente realizados demonstravam que a plataforma atendia ao interesse público e não possuía efeitos adversos significativos nem sobre o meio ambiente nem tampouco sobre a população afetada¹⁰³.

A partir das conclusões do Painel, a administração preparou um plano de ação, a ser seguido pela equipe do banco e pelas entidades governamentais envolvidas, abrangendo: (i) a contratação de novos especialistas para determinar a conveniência do modelo bidimensional de plataforma submarina; (ii) a realização de pesquisa sísmológica na área para apurar a existência de risco de diápirismo; (iii) a atualização dos resultados da avaliação econômica do Projeto para incorporar no cálculo os investimentos adicionais exigidos pela licença ambiental; (iv) o desenvolvimento de um programa para fortalecimento e expansão da atividade pesqueira na região; (v) a revisão e expansão da política de comunicação acerca do projeto¹⁰⁴.

Em 8 de novembro de 2005 o conselho de diretores executivos do Banco Mundial discutiu as conclusões do Painel e as manifestações da administração, e aprovou o plano de ação apresentado pela administração, com a ressalva de que a administração e o Painel se reuniriam para definir uma abordagem para avaliação do modelo de plataforma submarina a ser adotado. Ficou acertado, ainda, que a administração apresentaria ao conselho, seis meses depois, um relatório sobre a execução do projeto e do plano de ação¹⁰⁵.

5. CONCLUSÃO

O Painel de Inspeção do Banco Mundial é uma iniciativa inovadora no sistema internacional de solução de controvérsias, que se insere no recente processo de transformação das bases clássicas do direito internacional público.

A partir de uma abordagem eminentemente pragmática, focada na efetividade das políticas do Banco e consentânea com a tendência crescente de democratização e transparência das organizações internacionais, o Painel de Inspeção assegura maior aproximação entre o Banco Mundial e a sociedade civil, permitindo que esta influencie a tomada de decisão dos órgãos do Banco, sem a tradicional necessidade de intervenção do ente estatal.

Trata-se de um modelo a ser observado e seguido por outras organizações internacionais, cujas ações, cada vez mais, ultrapassam simplesmente a esfera estatal e interferem no cotidiano dos indivíduos e entidades privadas.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Graduada em Administração de Empresas com ênfase em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Intercambista da Universidade de Paris I — Panthéon Sorbonne em 2009/2010. Ex-membro dos Grupos de Estudos de Direito Internacional (GEDI), de Direito do Comércio Internacional (GEDICI), de Defesa Comercial (GEDDCI), do Centro de Estudos Brasileiros sobre a OMC (CEB-OMC) e do Núcleo de Estudos Avançados de Concorrência, todos da UFMG. Atualmente integra o corpo técnico da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça.

2 Mestre em Direito Internacional pela UFMG. Professor de Direito Internacional e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário UNA, em Belo Horizonte, MG. Ex-membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional (GEDI).

3 Mestre e Doutorando em Direito Internacional pela Université de Paris I — Panthéon-Sorbonne. Ex-professor da Faculdade de Direito da UFMG e Professor nas Faculdades de Direito da PUC-Minas e Estácio de Sá. Advogado em Belo Horizonte, MG. Membro da Ramo Brasileiro da ILA — *International Law Association*.

44 Sobre a participação brasileira na Conferência de Bretton Woods, *vide* MRE, Convenção sobre Fundo Monetário Internacional e Convenção sobre o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento entre o Brasil e Diversos Países, *Coleção de Atos Internacionais*, n. 236, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. 4. Para um exame mais detalhado das discussões travadas na Conferência, *vide* DORMAEL, Armand van. *Bretton Woods: birth of the monetary system*, London: Macmillan, 1978, p. 322.

5 Vide artigo I (“objetivos”) do ato constitutivo do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento, cujo texto original foi aprovado no Brasil mediante o Decreto-lei n. 8.479, de 27 de dezembro de 1945, e promulgado pelo Decreto n. 21.177, de 27 de maio de 1946. Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development, Dec. 27, 1945, T. I. A. S. n. 1502, 2 U. N. T. S. 134.

6 Esse número de membros coincide com o dos membros do próprio FMI. Pelo seu estatuto do BIRD, em seu artigo II, seção 1, que trata da filiação ao órgão, condiciona o acesso ao Banco Mundial aos membros do Fundo Monetário Internacional. Ao associar-se à organização, é atribuído ao Estado um certo número de ações, proporcional a sua participação relativa na economia mundial, considerando-se diversos fatores como PIB, transações correntes e reservas internacionais. É o número de ações pertencentes a cada país que determina seu poder de voto nas deliberações dos órgãos do Banco Mundial. À guisa de comparação, a ONU conta atualmente com uma adesão da quase totalidade dos Estados, qual seja, 192 Estados-Membros, desde a admissão da República de Montenegro, em 2006, após a adoção da Resolução da Assembleia Geral A/60/264, de 28 de junho de 2006.

7 Na terminologia adotada pelo Grupo Banco Mundial, a expressão “Banco Mundial” é utilizada para se referir conjuntamente apenas ao BIRD e à AID. Vide <www.worldbank.org>. Acesso em: 7 mar. 2011. O BIRD conta atualmente com 187 Estados-Membros.

8 Os Estatutos da AID foram promulgados no Brasil pelo Decreto n. 52.138, de 18 de junho de 1966. Articles of Agreement of the International Development Association, 26 Jan. 1960, 11 U. S. T. 2284-86, T. I. A. S. n. 4607, 439 U. N. T. S. 249. O AID conta atualmente com 170 Estados-Membros, e em seus Estatutos, como ocorre no BIRD, a afiliação ao órgão é condicionada ao *status* de membro do Banco Mundial, sem, contudo, haver cláusula de filiação obrigatória.

9 Os Estatutos da CFI foram promulgados no Brasil pelo Decreto n. 41.724, de 25 de junho de 1957. Articles of Association of the International Finance Corporation, 25 Mai 1955, 7 U. S. T. 2197, T. I. A. S. n. 3620, 264 U. N. T. S. 117, e a CFI conta atualmente com 182 Estados-Membros, e seus Estatutos também exigem a condição de membro do Banco Mundial para sua afiliação, que, posteriormente, deve aderir à CFI por ato de vontade apartado.

10 A Convenção da MIGA foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 698, de 8 de dezembro de 1992. Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), 11 Out 1985, Seoul, ILM 24 p. 688 (draft) and 24 p. 1605; TIAS 12089; UNTS 1508, p. 99. Seu artigo 4 indica como membros aqueles membros do BRID mais a Suíça, que decidirem aderir à Convenção, sem obrigação a estes de se filiar à Agência. A MIGA conta atualmente com 175 Estados-Membros, estando atualmente Níger e São Tomé e Príncipe em processo de adesão à MIGA.

11 O Brasil, até o momento, não aderiu à Convenção de Washington para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (1965). Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals

of Other Countries (ICSID), 18 Mar 1965, Washington, UNTS 575, p. 159 e 1639, p. 409; TIAS 6090; ILM 4 p. 532. Atualmente, há 157 Estados signatários da Convenção, dentre os quais 146 depositaram seus instrumentos de ratificação. Os mais novos Estados-Contratantes, pela entrada em vigor do texto convencional em janeiro de 2011, são Qatar e Cabo-Verde, e o Brasil não é signatário da Convenção. Para maiores detalhes sobre o ICSID, *vide* Capítulo 10 desta obra.

[12](#) Ordinariamente, a Assembleia de Governadores reúne-se apenas uma vez por ano, no Encontro Anual do FMI e do Banco Mundial, mas há sempre a possibilidade de convocação extraordinária da Assembleia pelo Conselho de diretores Executivo.

[13](#) Esses representantes geralmente são o Ministro das Finanças e o Dirigente do Banco Central.

[14](#) Cada diretor executivo detém poder de voto equivalente àquele do país ou grupo de países que representa. Art. V, Seção 4, “g”, do Convênio Constitutivo do BIRD.

[15](#) Tradicionalmente, a fim de equilibrar a atuação das instituições de Bretton Woods, é eleito um norte-americano para a presidência do Banco Mundial, já que, geralmente, é atribuído a um europeu o cargo de Diretor-Gerente do FMI.

[16](#) *Vide* o art. V do Convênio Constitutivo do BIRD, que trata da organização e administração do Banco.

[17](#) SHIHATA, Ibrahim F. I. *The World Bank in a Changing World*, Dordrecht/Boston/London: Nijhoff, 1991, p. 7-14.

[18](#) BRADLOW, Daniel D.; SCBLEMMER-SCBULTE, Sabine. The World Bank’s New Inspection Panel: a constructive step in the transformation of the international legal order. *HJIL*, v. 54 (1994), p. 394; ou ainda, SHIHATA, Ibrahim F. I. *The World Bank in a Changing World*, Dordrecht/Boston/London: Nijhoff, 1991, p. 7-14., que apresenta diferentes projetos, notadamente os relatórios Wapenhans e da Comissão *ad hoc* Conable.

[19](#) BISSEL, Institutional and Procedural Aspects of the Inspection Panel, in G. ALFREDSSON R. RING (eds.). *The Inspection Panel of the World Bank: a Different Complaints Procedure*, Kluwer Law International, 2001.

[20](#) SHIHATA indica que “*Citizens of developing and developed countries increasingly ask for transparency and accountability of development institutions. The World Bank, as the leading development agency, should respond positively and constructively to this demand*”. SHIHATA, Ibrahim F. I. *The World Bank in a Changing World*, Dordrecht/Boston/London: Nijhoff, 1991, p. 277.

[21](#) Nesse sentido, *vide* SHIHATA, I. *The World Bank Inspection Panel: In Practice*, 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 1-27, e, da mesma autora, The World Bank Inspection Panel — Its Historical, Legal and Operational Aspects, in G. ALFREDSSON R. RING (eds.). *The Inspection Panel of the World Bank: a Different Complaints Procedure*, Kluwer Law International, 2001; *vide* também ULMANA, em G. ALFREDSSON R. RING, *op. cit.*

[22](#) CIRCI, Mariarita. The World Bank Inspection Panel: is it really effective?, *Global Administrative Law and Global Governance*, v. 6, Issue 3, Article 10, 2006. p. 1.

23 Referência aos projetos de desenvolvimento na Índia, no rio Narmada (Gujarat) Sardar Sarovar para represa e energia e Narmada (Gujarat) para entrega de água e drenagem, cujos financiamentos foram aprovados em 7 de março de 1985. Os projetos Sardar Sarovar envolveram a remoção à força de mais de 200.000 pessoas e a apropriação de 117.000 hectares de terra. O Banco Mundial nomeou uma comissão independente para revisar o projeto, hoje conhecida como Comissão Morse, e, depois de 10 anos de debate internacional promovido entre as pessoas adversamente afetadas pela represa e pessoas que sustentavam o projeto, a comissão constatou que o Banco tinha ignorado suas próprias linhas de direção, particularmente aquelas relacionadas a aspectos ambientais e sociais do projeto. Para maior detalhamento do caso, veja MORSE, B.; BERGER, T. Report of Independent Review of the Sardar Sarovar Project Published (1992). E para a discussão de outros casos financiados pelo Banco Mundial veja HUTCHINS T., Using the International Court of justice to Check Human Rights Abuses in World Bank Projects, *Columbia Human Rights Law Review*, v. 24, p. 487, 1991/92. Vide também MIKESSELL, R.; WILLIAMS, L. *International Banks and the Environment*, San Francisco: Sierra Club Books, 1992, e BRADLOW, D. “Social Justice and Development: Critical Issues Facing the Bretton Woods System: The World Bank, IMF and Human Rights”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, 47 (6), 1996.

24 Vide World Bank, *Portfolio Management Task Force, Effective Implementation: Key to Development Impact* (1992), mais conhecido como Relatório Wapenhans. Neste sentido, veja também um trecho do discurso do Professor W. Becker e D. Milobsky, retirado de entrevista sobre o Relatório Wapenhans em 19 de agosto de 1993, encontrado no <www.worldbank.org/archives>. “*There is a declining trend in project performance, highly concentrated in IDA countries and the Bank is contributing to it because of the presence of an approval culture. To remain the leading and pre-eminent institution that it is, it needs to reverse, and it can reverse to its earlier emphasis on performance. It should not resort to more bureaucracy, to a further invitation to promote compliance. It should not invite its staff, including its managers, to protect their rear. Such an emphasis would further foster risk aversion, not only of staff but also of managers. If not contained, it could retard development*”.

25 International Bank for Reconstruction and Development Association, Resolution n . IBRD 93-10, Resolution n. IDA 93-6: “The World Bank Inspection Panel”. 22 de setembro de 1993. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/ResolutionMarch2005.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.

26 A Resolução se aplica tanto ao Banco Internacional de Desenvolvimento (AID) quanto ao BIRD, mas não à CFI e à AMGI. Assim, a Resolução define a composição do Painel, seu mandato, e sua operação.

27 HUNTER, DAVID & UDALL. *The World Bank’s New Inspection Panel: Will It Increase the Bank’s Accountability?*, Center for International Environmental Law, (CIEL) Issue n. 1, abril 1994, p. 1. O Banco Mundial indica que o “propósito primário do Painel de Inspeção é endereçar os interesses das pessoas que possam ter sido afetadas por projetos do Banco e assegurar que o Banco cumpra com suas políticas e procedimentos

operacionais na preparação e implementação dos mesmos”. Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. *Responsabilidade e Transparência no Banco Mundial: 10 anos do Painel de Inspeção*, 2003, p. 3.

[28](#) Revisão da Resolução de Estabelecimento do Painel de Inspeção (1996) e Conclusões da Segunda Revisão do Painel de Inspeção (1999), mais conhecidas como Esclarecimentos de 1996 e 1999, respectivamente. Disponíveis em <www.worldbank.org>. Acesso em: 7 mar. 2011.

[29](#) Operating Procedures of the Panel. Disponível em: <http://web.worldbank.org/WEBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,contentMDK:20175161~menuPK:64129254~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>. Acesso em: 7 mar. 2011.

[30](#) Administrative Procedures of the Panel. Annex VII–E. Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/Annexes.pdf>, p. 162. Acesso em: 7 mar. 2011.

[31](#) Resolução, par. 12. O procedimento perante o Painel caracteriza-se pelo poder outorgado ao indivíduo. Com efeito, o primeiro caso perante essa instância internacional foi instaurado por requisição de pessoa natural. Devemos recordar que, para a doutrina clássica do DIP, este não tem papel no direito internacional, que rege as relações entre Estados — incluindo as organizações internacionais, que são mera emanção da vontade dos Estados. Contudo, para a imensa maioria, a pessoa humana detém personalidade jurídica internacional sobre certas condições: que direitos e deveres lhe sejam atribuídos e que este disponha de meios de ação para sua satisfação. Cf. ZANINI GODINHO, T. J. *Elementos de Direito Internacional Público e Privado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103. Desta sorte, vemos que a criação do Painel de Inspeções, qualificando os indivíduos nessas enumeradas condições, oferece-lhes uma verdadeira personalidade jurídica internacional, sob reserva de que ajam em grupo, podendo, inclusive, peticionar sob identidade confidencial, como indicou o relatório de admissibilidade do projeto *Argentina: Special Structural Adjustment Loan (1999)*, § 22.

[32](#) O que pode parecer meramente uma formalidade, normalmente satisfeita pelos requerentes, foi objeto de precisão pelo Painel, indicando a importância de que os requerentes sejam diretamente afetados pelo projeto, o que não é evidente quando estes não residam nessa área. No caso *Tanzania: Power IV Project (1995)*, em seu relatório sobre a admissibilidade, vemos, em seu § 13, que “*The Panel is satisfied that the Requesters, who reside in Dar es Salaam, could be affected by any possible adverse environmental impact of the EPP. However, the Panel finds that the Requesters failed to demonstrate that their interests are likely to be directly and adversely affected in a material way as a result of any alleged serious violations by IDA of the OMS or OD with respect to the preparation and appraisal of the EPP*”.

[33](#) Idem. Neste sentido, veja também CIRCI, op. cit., p. 1, e também ORAKHELASHVILI, Alexander. The World Bank Inspection Panel in context. *International Organizations Law Review*, 2005, p. 61.

[34](#) Cf. o caso *Papua New Guinea: Governance Promotion Adjustment Loan (2001)*, § 55: “*In the Panel’s view, the evident harm suffered by the Requesters is not related to an act or omission of the Bank, (...) the actions causing the harm are inflicted by private entities that have no relationship to the Bank’s assistance program in Papua New Guinea. These harmful logging projects that pre-date the GPAL, cannot be regarded as the consequence of an alleged failure by the Bank to supervise the execution of the Program supported by the GPAL and/or the Borrower’s compliance with the applicable tranche release conditions*”.

[35](#) Resolução, § 14. Veja também BISSELL, Richard E. Institutional and Procedural Aspects of the Inspection Panel, in G. ALFREDSSON, R. RING, op. cit.

[36](#) Somente são admitidas demandas concernentes a mútuos consentidos, ou seja, aqueles cuja execução ainda não foi realizada integralmente — mais exatamente aqueles nos quais não haja entrega de mais de 95% do montante acordado. No caso do projeto *Bogotá Urban Services Project (2007)*, o Painel declarou que essa condição estava satisfeita, pois somente 94% do empréstimo tinha sido disponibilizado, enquanto nos casos *Cameroon: Urban Development Project (Loan n. 2244-CM) and Second Urban Project (Loan n. 2999-CM)*, ou *India: NTPC Power Generation Project (1999)*, esse critério foi a motivação da inadmissibilidade.

[37](#) No caso *Cameroon: Petroleum Development and Pipeline Project*, em que um segundo requerimento fora depositado em novembro de 2003, o Painel rejeitou sua admissibilidade por ter entregue seu relatório em maio de 2003.

[38](#) Tal condição foi a motivação da inadmissibilidade do pedido no caso *Phillippines: Manila Second Sewerage Project (MSSP) (2003)*, cujo relatório, em seus §§ 43-44 indica que “*(...)The Requesters have not fulfilled the procedural requirement that they bring the subject matter of the Request to the Bank’s attention for Management to address before filling a Request with the Panel. (...) The Requesters forwarded the Request to the Panel by mail. At the same time Timpuyog Zambales sent the World Bank office Manila a letter and the associated documents, which complained about the same issues*”, concluindo assim (§ 52), pela rejeição do pedido. Cf., também, o caso *Burundi: Public Works and Employment Creation Project (2004)*.

[39](#) The World Bank Operational Manual (Bank policies and procedures). Disponível em: <http://wbln0018.worldbank.org/institutional/manuals/opmanual.nsf/05TOCpages/The%20World%20Bank%20Operational%20Manual?OpenDocument>. Acesso em: 7 mar. 2011.

[40](#) BRADLOW, Daniel D.; SCBLEMMER-SCBULTE, Sabine, op cit, p. 393.

[41](#) Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. *Responsabilidade e Transparência no Banco Mundial: 10 anos do Painel de Inspeção*, 2003, p. 8. Cf., também, DI LEVA Ch. “Environmentally sustainable development and the World Bank”, *International Business Lawyer*, (3) mars 1997, p. 115-118. MAGRAW, D. The World Bank Inspection Panel. *International Environmental Law and Policy*. Aspen Publisher, 2007, p. 1472-1476.

[42](#) Resolução, par. 2.

[43](#) O presidente do Banco, após consulta aos diretores executivos, indica os membros do Painel, que serão então nomeados por um período de cinco anos pelos diretores executivos.

[44](#) Resolução, par. 10, que indica que os membros do Painel são remunerados quando trabalham por tempo integral. Em outros casos são reembolsados na base de “per diem”.

[45](#) A maioria das reclamações dirigidas ao Painel é apresentada por representantes locais, tal como uma ONG. Mas para isso é preciso que os membros do grupo reclamante tenham interesses e preocupações comuns. Resolução, par. 12. Ademais, é interessante acrescentar que, consciente da provável falta de instrução do requerente, o Painel de Inspeção publicou uma nota explicando como preparar uma demanda, no Anexo 2 de seu relatório anual de julho de 1997. Este sugere que os requerentes respondam às seguintes questões : ”1. *Pouvez-vous élaborer sur la nature et l'importance des dommages causés par le projet à votre encontre ou contre ceux que vous représentez?* 2. *Êtes-vous certain que la Banque est responsable des aspects du projet qui vous ont, ou qui pourraient, vous léser? Comment vous en êtes-vous rendu compte?* 3. *Connaissez-vous les règlements et procédures de la Banque qui s'appliquent à ce type de projet? Comment croyez-vous que la Banque les a violés?* 4. *Avez-vous contacté ou essayé de contacter le personnel de la Banque chargé de ce projet? Veuillez, s'il vous plaît, détailler tous les prises de contact et les réponses obtenues le cas échéant. Vous devez avoir accompli cette démarche avant de pouvoir déposer une plainte.* 5. *Avez-vous essayé de résoudre votre problème par d'autres moyens?* 6. *Si vous savez que le Panel s'est déjà occupé de ce cas auparavant, avez-vous de nouveaux faits ou de nouvelles preuves à soumettre?*”.

[46](#) Resolução, par. 12.

[47](#) A diretoria utilizou-se dessa autoridade apenas uma vez, em uma reclamação concernente ao Projeto de redução da pobreza no oeste da China, mas mesmo assim a reclamação fora submetida ao Painel por ONGs em nome das pessoas afetadas.

[48](#) Resolução, par. 16 a 23, relativa a “Procedures”.

[49](#) Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. *Responsabilidade e Transparência no Banco Mundial: 10 anos do Painel de Inspeção*. Banco Mundial, 2003, p. 9.

[50](#) Resolução, par. 19.

[51](#) Resolução, par. 17.

[52](#) Resolução, par. 12 a 14, relativa aos critérios de admissibilidade.

[53](#) Resolução, par. 19. Inspeções podem ser negadas por vários motivos, como indicado anteriormente, como no caso de pedidos efetuados após encerrado o empréstimo e/ou crédito para financiar o projeto ou programa, ou se já tiver sido desembolsado mais de 95% do financiamento. Como ilustração, no Pedido de Bangladesh no caso *Bangladesh Jute Sector Adjustment Credit*, não foi admitida inspeção porque os diretores executivos acreditaram que não havia sentido em conduzir uma inspeção, já que o único remédio possível aos reclamantes seria o estabelecimento de reformas processuais, concebidas

para que a diretoria executiva cumprisse futuramente com as políticas do Banco em conexão com o projeto.

[54](#) Resolução, par. 20.

[55](#) Resolução, par. 21.

[56](#) No caso do Pedido da Índia: no caso *NTPC Power Generation Project* (Loan 3632-IN), o Painel visitou o local do projeto durante sua revisão inicial, mas o diretor executivo que representava o país sugeriu que o governo talvez não recebesse bem uma visita de retorno se a investigação fosse autorizada. Assim, o Painel limitou-se a conduzir um estudo interno em sua investigação. Embora as políticas não exijam que o mutuário conceda permissão para visitas no local do projeto durante as investigações, os Esclarecimentos de 1999 supõem que o mutuário irá aprovar/conceder essa visita.

[57](#) Resolução, par. 22.

[58](#) O *site* oficial do Painel de Inspeção é <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,menuPK:64132057~pagePK:64130364~piPK:64132056~theSitePK:380794,00.html>. Acesso em: 4 nov. 2007.

[59](#) BRADLOW, Daniel D.; SCBLEMMER-SCBULTE, Sabine, op. cit., p. 395.

[60](#) BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Le Panel d'Inspection de la Banque Mondiale: à propos de la complexification de l'espace public international, *R.G.D.I.P.* (Janvier-Mars 2001), 2001.

[61](#) Conforme previamente exposto, no modelo atual são os diretores executivos que detêm o poder de decisão sobre as recomendações contidas no relatório do Painel de Inspeção (Resolução, par. 22).

[62](#) Resolução, par. 12.

[63](#) Resolução, par. 21.

[64](#) A expressão “normas e procedimento operacionais” abrange as regras contidas em documentos intitulados “Políticas Operacionais do Banco” e “Procedimentos Operacionais Diretos do Banco” assim como em outros documentos similares. Resolução, par. 12. *The World Bank Operational Manual (Bank policies and procedures)*, op. cit.

[65](#) Resolução, §§ 12 e 22.

[66](#) BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, Public Participation in Decision-Making: The World Bank Inspection Panel, in WEISS, Edith Brown, SUREDA, Andres Rigo, CHAZOURNES, Laurence Boisson de, *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law*, American Society of International Law (ASIL), Studies in Transnational Legal Policy, n. 31, 1999.

[67](#) Claramente, a inovação mais contundente deste mecanismo é permitir que os indivíduos exerçam certo controle sobre as atividades de instituição, com a consolidação dos conceitos de *accountability* e transparência. A partir de agora, as vítimas diretas de um eventual dano causado por um projeto podem reclamar perante uma instância internacional, sendo estes pigmeus da República Democrática do Congo, ou os Jenu Kurubas da Índia. Boisson de Chazournes (L.). “Le Panel d'inspection de la Banque

mondiale: à propos de la complexification de l'espace public international”, *R.G.D.I.P.*, 2001, n. 1, p. 145-161.

[68](#) Contrariando a doutrina clássica, que admitia apenas os Estados como sujeitos do Direito Internacional, a Corte Internacional de Justiça reconheceu, no parecer consultivo sobre reparação de danos, de 1949, a personalidade jurídica internacional da ONU, oponível a todos os Estados, e a sua consequente capacidade de apresentar uma reclamação internacional contra um Estado, por conta de seus agentes. Essa posição reflete o entendimento majoritário da doutrina moderna, estendendo-se às diversas organizações internacionais de caráter universal, conforme assinalado por ZANINI GODINHO, T. J. *Elementos de Direito Internacional Público e Privado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 101-103.

[69](#) Em processos de natureza não jurisdicional, isso acontece, por exemplo, no Comitê dos Direitos do Homem, instituído pelo art. 28 do Pacto de 1966 relativo aos direitos civis e políticos, que “tem competência para receber e examinar as comunicações emanadas de particulares”. O mesmo ocorre no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, cujo acordo constitutivo (arts. 24 e 25) prevê que as organizações de trabalhadores ou empregados possam enviar ao conselho de administração da organização reclamações dirigidas contra o desrespeito por um Estado de uma convenção internacional do trabalho da qual ele é parte. Em processos jurisdicionais, a participação de indivíduos e/ou entidades particulares é admitida nos diversos tribunais administrativos de organizações internacionais (OIT, ONU, BIRD) e nos Tribunais Europeu e Interamericano de Direitos Humanos (criados pelas Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos), por intermédio de casos apresentados pelas respectivas Comissões de Direitos Humanos. *Vide* DINH, N. Q., DAILLIER, P. & PELLET, A. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 639-648.

[70](#) No caso dos tribunais administrativos de organizações internacionais, a legitimidade para oferecimento de reclamações está limitada apenas aos funcionários das organizações, e sua competência restringe-se somente ao exame de matérias referentes ao relacionamento entre o funcionário e a organização internacional, a partir das normas administrativas da organização.

[71](#) NINIO, Alberto. Organizações internacionais e responsabilidade: o caso do Painel de Inspeção do Banco Mundial, *Revista de Desenvolvimento Econômico*, ano III, n. 5, dezembro de 2001, Salvador, Brasil.

[72](#) Embora a doutrina da responsabilidade internacional dos Estados já esteja bastante consolidada, sendo, inclusive, objeto de estudos da Comissão de Direito Internacional da ONU para instituição de convenção específica a respeito, ainda há divergência sobre a aplicação de seus postulados às organizações internacionais. BRADLOW, op. cit., p. 409-410.

[73](#) MACEDO, Leonardo. *O Fundo Monetário Internacional e seus acordos stand-by*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17. *Vide*, ainda, SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. The World Bank Inspection Panel: a Model for other International Organizations?, in N.

M. Blokker & H. G. Schermers, *Proliferation of International Organizations*, Kluwer Law International, 2001, p. 483-548.

[74](#) Resolução, par. 10.

[75](#) HUNTER, op. cit., p. 13-14. O Painel não poderia assim agir sem levar em consideração os interesses da própria organização, e isso em detrimento das populações afetadas pelos projetos em questão. As críticas mais moderadas indicam a tendência do Executivo de interferir no trabalho do painel — a veemência das reações defensivas, ou mesmo ofensivas, como a manipulação da informação — da Direção não poderiam deixar de aportar consequências sobre as decisões finais do Conselho de Administração, para quem toda intenção contrária aos interesses do Executivo se mostra naturalmente custosa. CARRASCO, Enrique R. GUERNSEY, Alison K., The World Bank's Inspection Panel: Promoting True Accountability Through Arbitration. *Cornell International Law Journal*, v. 41, n. 3, August 2008, p. 32-33.

[76](#) Resolução, par. 19 e 20.

[77](#) Resolução, par. 15-16. Apesar disso, as políticas operacionais e os procedimentos do Banco são hoje adotados seguindo uma notificação pública e um período de debate. BRADLOW atribui esta melhoria do direito administrativo da organização à maior implicação do pessoal no processo de decisão das regras e procedimentos, após os painéis indicarem o descumprimento dos funcionários internacionais a essas regras. BRADLOW, D. Private Complaints and International Organizations: a Comparative Study of the Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions, *Georgetown Journal of International Law*, Winter 2005, p.50.

[78](#) Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. *Responsabilidade e Transparência no Banco Mundial: 10 anos do Painel de Inspeção*. Banco Mundial, 2003, p. 15. Esta é, na verdade, a maior crítica à extensão do seu mandato. Seu papel é somente de controle da conformidade dos fatos, não recebendo nenhuma competência para a resolução da controvérsia. Assim, o painel não pode fornecer ajuda, assistência, reparação de danos ou compensação qualquer às populações afetadas, nem tampouco responder a tais demandas, indicar recomendações à direção ou ao Conselho de Governadores. CARRASCO, Enrique R. e GUERNSEY, Alison K., op. cit., p. 26-27.

[79](#) CIRCI, op. cit., p.13. A doutrina, aliás, notou que, se não há autoridade para formular recomendações (que repousa somente à questão de saber sobre o prosseguimento do procedimento investigatório, o que é diferente), o maior limite ao regime dos painéis é a ausência de um poder de acompanhamento das recomendações da Direção ou das Decisões do Conselho de Administração, após os esclarecimentos aportados por um Painel. Tal é ainda mais problemático pela inexistência de qualquer órgão do Banco habilitado a oferecer ao Conselho uma avaliação independente sobre a aplicação efetiva das suas decisões. À guisa de exemplo, no projeto da barragem Yacyreta, o Painel concluiu pela violação de várias políticas operacionais, seguido pela tomada de compromissos variados pela Direção e aprovados pelo Conselho. Porém, após flagrante inexecução de tais compromissos voluntários ou decisões do Conselho, as pessoas afetadas se viram na mesma situação em que se encontravam antes do início dos

procedimentos. Cf. BRADLOW, op. cit., p. 8 ou CARRASCO, Enrique R. e GUERNSEY, Alison K., op. cit., p. 29-31.

[80](#) HUNTER, op. cit., p. 17-22

[81](#) Essa diferença entre pedidos e projetos se deve ao fato de que em alguns casos foram apresentados dois ou mais pedidos. Estes projetos foram: Projeto *Yacyretà Hydroelectric*, Argentina/Paraguai (primeiro pedido em 1996 e segundo em 2002); Projeto *Land Reform and Poverty Alleviation*, Brasil (primeiro pedido em 1998 e segundo em 1999); Projeto *NTPC Power Generation Project*, Índia (primeiro pedido em 1997 e o segundo em 2000); Projeto *Mumbai Urban Transport Project*, Índia (em que duas organizações não governamentais apresentaram dois projetos separados, respectivamente em 30 de abril e 29 de junho de 2004, outro pedido de 29 de maio de 2009); Projeto *Santa Fe Road Infrastructure Project and Provincial Road Infrastructure Project*, Argentina (pedidos de 28 de agosto e 21 de setembro de 2006); Projeto *Integrated Coastal Zone Management and Clean-Up Project*, Albânia (pedidos de 30 de julho e 13 de agosto de 2007); Projeto *Land Administration Project*, Panamá (requerimentos datados de 25 de fevereiro e 17 de março de 2009); Projeto *Private Sector Development and Competitiveness Project*, República Democrática do Congo (25 de fevereiro, 13 de março e 15 de dezembro de 2009).

[82](#) CIRCI, op. cit., p. 10.

[83](#) Ibid, p. 11.

[84](#) Idem.

[85](#) Cf. a lista atualizada em novembro de 2010 pelo BIRD, acesso em: 7 de março de 2011, no [sítio <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,contentMDK:20221606~menuPK:64129250~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>. O último pedido referente a projetos brasileiro é o *Paraná Biodiversity Project*, de 10 de julho de 2006. O Painel não recomendou a investigação, em relatório final de 1^a de março de 2007. Cf. <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/SecondreportandrecommendationBrazilFINAL.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011. O mais recente requerimento apresentado refere-se ao *Greater Beirut Water Supply Project \(Proposed\)*, Líbano, pedido de 4 de novembro de 2010.](http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,contentMDK:20221606~menuPK:64129250~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html)

[86](#) Em ordem cronológica, *Urban Development Project and Second Urban Project*, Camarões (pedido de 5 de setembro de 2007); *Export Development Project*, Quênia (pedido de 21 de abril de 2009) e o Projeto *Third Employment, Entrepreneurship and Human Capital Development Policy Loan*, Polônia (pedido de 14 de junho de 2010).

[87](#) Para maiores informações sobre todos os casos, cf. a tabela indicativa realizada pelo órgão, em http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/Panel_Cases_2010_Nov_8.pdf. Acesso em: 7 mar. 2011.

[88](#) Não se trata, aliás, de um mero desenvolvimento do sistema quase jurisdicional, mas do próprio conceito de *accountability* e do papel que tem a sociedade civil, que, embora

necessitando da assistência das ONGs, é autora da maioria dos requerimentos. Ainda, como o Painel não se furtou a tratar de temas com sensíveis implicações políticas, como o *China Western Poverty Reduction Project*, violações de direitos humanos, como no caso do *Chad-Cameroon Petroleum Development and Pipeline Project* ou do *Honduras Land Administration Project*, indicando a credibilidade do órgão. “*There is ample evidence that the Panel has not only improved the Bank’s reputation, accountability, and transparency but also that it has saved the Bank millions of dollars by preventing or correcting poor project design and costly mistakes, and by improving project quality, environmental assessments, and resettlement plans. (...) Affected people have been compensated, people’s livelihoods have improved, communities have been empowered, local policies have been reassessed, local and national governments’ relationships with project beneficiaries have improved, and stakeholder ownership of projects has increased.*” UDAL, Lori. Reflections on the History and Role of the Inspection Panel at 15 Years. In Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. *Accountability at the World Bank — The Inspection Panel at 15*. 2009, p. 99.

89 O projeto Cartagena se refere ao caso *Colombia Cartagena Water Supply, Sewerage and Environmental Project* (2004), de financiamento parcial do Banco Mundial no montante de 85 milhões de dólares. Todos os documentos relativos ao caso podem ser encontrados em:

<http://web.worldbank.org/WEBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,contentMDK:20225081~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>.

Acesso em: 7 mar. 2011.

90 O pedido de inspeção para o Projeto Cartagena está disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/Colombiarequestforinspection.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.

91 A resposta da administração está disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/COManagementRespose.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.

92 Relatório de admissibilidade, par. 44. O Relatório de Admissibilidade está Disponível em:

<http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/ColombiaEligibilityReport.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.

93 Esclarecimentos de 1999, op. cit.

94 Relatório de admissibilidade, par. 45-53.

95 Ibid., par. 54-55.

96 O relatório de inspeção do painel pode ser encontrado em <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/PanelInvestigationReportFinal.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.

97 Ibid., par. 76-77.

98 Ibid., par. 107-108 e 123-124.

99 Ibid., par. 195-196.

[100](#) Ibid., par. 242 e 248.

[101](#) Ibid., par. 335.

[102](#) Ibid., par. 368-369.

[103](#) Relatório da administração, par. 47. O relatório da administração pode ser encontrado em <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/ManagementReportandRecommendations.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2011.

[104](#) Relatório da Administração, p. 13-14.

[105](#) Banco Mundial, *World Bank Board Discusses Inspection Panel's Investigation of the Colombia-Cartagena Water Supply, Sewerage and Environmental Management Project*, Press Release. Disponível em: <http://web.worldbank.org/WEBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,contentMDK:20718336~menuPK:64129469~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>. Acesso em: 7 mar. 2011.

“MECANISMOS DE NÃO CUMPRIMENTO” E OUTROS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL¹

DIEGO VALADARES VASCONCELOS NETO²

FERNANDA RODRIGUES GUIMARÃES ANDRADE³

1. INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, um novo ramo, até então desconhecido, foi incorporado ao direito internacional. Com a verificação de efeitos extremamente danosos da atividade humana ao meio ambiente, fez-se mister a presença de mecanismos internacionais que tornassem efetivas as normas vinculantes de direito internacional visando à proteção do meio ambiente.

No presente artigo, serão discutidos os mecanismos mais importantes para a implementação do direito internacional ambiental, a saber: os “non-compliance procedures”, ou “mecanismos de não cumprimento”, os principais sistemas de solução de controvérsias de que pode lançar mão o direito internacional ambiental. Em seguida, tratar-se-á de um dos principais tribunais responsáveis pelo contencioso na área, a saber: a Corte Internacional de Justiça (doravante Corte ou CIJ). Finalmente, analisar-se-á a possibilidade e conveniência da criação de uma Corte Internacional Ambiental.

2. MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PREVISTOS PELOS PRINCIPAIS TRATADOS DE DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

A partir da proclamação dos Princípios de Estocolmo⁴, em 1972, a questão da proteção do meio ambiente adquiriu uma dimensão global⁵. Com a consciência de que certos desastres ambientais têm a capacidade de atingir muitos, quando não a totalidade dos Estados, tornou-se imperativa a adoção de soluções globais, através da ação de toda a sociedade internacional.

É nesse contexto de imprescindível cooperação multilateral que surgem quatro tratados que merecem destaque: (1) a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio⁶ (doravante Convenção de Viena), de 1985; (2) a Convenção da Basileia sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços dos Dejetos Perigosos e sua Eliminação⁷ (doravante Convenção da Basileia), de 1989; (3) a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica⁸ (doravante Convenção sobre Biodiversidade), aberta para assinatura em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (doravante Rio-92)⁹; e (4) a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima¹⁰ (doravante Convenção do Clima), aberta para assinatura na mesma conferência.

Todas essas convenções apresentam disposições acerca da solução de controvérsias entre Estados-Partes, em especial, controvérsias relativas à interpretação e aplicação de seus respectivos textos¹¹. Nesse sentido, a Convenção de Viena dispõe, em seu artigo 11, que, “no caso de uma disputa entre Partes relativa à *interpretação ou aplicação* da (...) Convenção, as Partes interessadas buscarão uma solução negociada” (grifos nossos). Frustrada a negociação, a Convenção prevê bons ofícios ou mediação de uma terceira parte¹². Existe, ainda, uma cláusula facultativa de jurisdição obrigatória que deixa aos Estados-Partes a faculdade de aceitarem como compulsórias a arbitragem ou a jurisdição da CIJ¹³. Finalmente, se, no caso de controvérsia, nenhuma das partes tiver assentido com a referida cláusula, a disputa deverá ser submetida à conciliação¹⁴ através de uma comissão de conciliação designada a partir do requerimento de uma das partes¹⁵.

As três outras convenções contêm disposições similares. A Convenção da Basileia também prevê a negociação¹⁶ e submissão da controvérsia à arbitragem ou à CIJ¹⁷, o mesmo ocorrendo com a Convenção sobre Biodiversidade¹⁸ e com a Convenção do Clima¹⁹.

Além do recurso aos mecanismos tradicionais para a solução de controvérsias, expostos nesta seção, os litígios ambientais podem ser solucionados através de outros métodos, a saber, os “mecanismos de não cumprimento”.

3. “MECANISMOS DE NÃO CUMPRIMENTO” EM DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

3.1. Principais características dos “mecanismos de não cumprimento” e comparação com os tradicionais mecanismos de solução de controvérsias

“Mecanismos de não cumprimento” são acionados quando uma das Partes mostra-se incapaz de cumprir suas obrigações convencionais²⁰. Diferentemente dos meios tradicionais para a solução de controvérsias — como a arbitragem e a jurisdição de tribunais judiciais internacionais —, baseados no recurso a terceiras partes e no princípio da responsabilidade dos Estados, esses mecanismos são conduzidos ao nível interno do sistema dos tratados e visam estritamente à promoção de sua implementação, por meio de uma abordagem facilitadora, em vez de coercitiva.

As características dos “mecanismos de não cumprimento” são adequadas às peculiaridades inerentes ao não cumprimento das obrigações estabelecidas em tratados na órbita do direito internacional ambiental²¹. Muitas vezes é a carência de capacitação e de recursos financeiros e tecnológicos, e não a ausência de diligência devida e boa-fé, que torna inviável, a certos Estados, implementarem obrigações no âmbito de tratados ambientais²². A falha no cumprimento dessas obrigações, no entanto, pode resultar em danos graves e irreversíveis ao meio ambiente²³. Diante disso, os “mecanismos de não cumprimento” oferecem assistência à Parte que se encontra na iminência de violar seus compromissos convencionais²⁴, prevenindo, dessa forma, os impactos de eventual violação. A principal finalidade dos “mecanismos de não cumprimento” é prevenir o

descumprimento de obrigações primárias de um Estado²⁵, em detrimento das obrigações secundárias²⁶. A ênfase na prevenção reflete a aplicação do princípio da precaução²⁷ (princípio 15 da Declaração do Rio)²⁸.

Os mecanismos tradicionais para a solução de controvérsias, ao contrário, não se concentram no resultado de uma ação, mas focalizam a análise da ação em si²⁹. A sua prioridade não é prevenir, mas acionar a responsabilidade do Estado pela violação de suas obrigações primárias e instituir a obrigação secundária de reparar os danos subsequentes³⁰. A reparação, por sua vez, exige o estabelecimento de um nexos causal claro entre o ato ilícito e o dano dele resultante³¹, extremamente difícil de ser provado em alguns casos ambientais³².

Outra peculiaridade do descumprimento de obrigações ambientais é a dificuldade em determinar a parte legítima — ou seja, dotada de *jus standing* (ou poder de petição) — para apresentar uma reclamação internacional diante de sua ocorrência. Apenas os Estados lesados pela violação da obrigação conferida a um Estado têm capacidade jurídica para comprometer a responsabilidade internacional do mesmo. Para tanto, esses sujeitos têm de provar que seus direitos foram individualmente afetados pelo ato ilícito³³. Essa lógica permanece nos casos de proteção diplomática, em que um primeiro Estado invoca, por meio da ação diplomática ou outros meios pacíficos, a responsabilidade de um segundo Estado pela violação dos direitos atinentes aos nacionais do primeiro Estado³⁴. Na hipótese vertente, criou-se a ficção de que um dano ao indivíduo repercute na esfera do Estado de que é nacional, de modo que haveria a violação de um direito do próprio Estado — o direito de ver o direito internacional ser respeitado na figura de seus nacionais³⁵.

Como o meio ambiente é uma realidade transfronteiriça³⁶, geralmente não há uma relação recíproca entre o Estado violador e o Estado lesado³⁷, o que impossibilita o estabelecimento de prejuízo direto e, conseqüentemente, a satisfação dos requisitos necessários ao estabelecimento do *jus standing*.

O direito internacional também reconhece as obrigações *erga omnes*, em cuja proteção toda a sociedade internacional tem um interesse legal, em virtude da importância dos direitos envolvidos, como decidido pela CIJ no caso *Barcelona Traction*³⁸. Apesar disso, não há qualquer consenso a

respeito do caráter *erga omnes* das obrigações referentes ao meio ambiente. Mantém-se, por conseguinte, a insegurança jurídica em face da legitimidade da parte que denuncia a sua violação perante um órgão adjudicante internacional, que poderá ser solucionada em caso pendente perante a CIJ³⁹.

Essa discussão, fundamental quando se trata dos mecanismos tradicionais para a solução de disputas, torna-se irrelevante na órbita dos “mecanismos de não cumprimento”, por dispensarem as formalidades características dos processos jurisdicionais, dentre os quais a exigência de demonstração pelo Estado requerente de que tem capacidade jurídica para acionar a responsabilidade do demandado.

Mesmo quando é possível definir uma parte legítima para denunciar a violação de uma obrigação ambiental e identificar onexo causal claro entre o dano a ela infligido e o ato ilícito, é complexo avaliar o remédio ao qual esta parte teria direito.

A reparação pode assumir, *inter alia*, as formas de restituição e de compensação⁴⁰. A primeira objetiva restabelecer o *statu quo ante*, desde que, e até o ponto que, não seja materialmente impossível⁴¹. Como os danos ambientais são geralmente irreversíveis e a determinação da situação anterior é complexa, a restituição é, geralmente, inviável⁴².

Quanto à compensação — à qual se recorre em virtude da impossibilidade da restituição⁴³ —, esta deve cobrir todos os danos financeiramente avaliados⁴⁴. Não há critério claro para determinar a extensão dos danos ambientais ou consenso sobre a melhor forma de calculá-los: se a partir dos custos das medidas empregadas para minimizá-los, ou a partir de um modelo teórico abstrato. Portanto, a compensação também pode ser inadequada⁴⁵.

Em síntese, as obrigações no âmbito do direito internacional ambiental processam-se em relações complexas, caracterizadas, sobretudo, pela dificuldade em definir especificamente as responsabilidades das partes envolvidas. O caráter transfronteiriço das realidades em questão torna difícil determinar quem é a vítima de um ato ilícito e quem é o seu autor. O autor pode, inclusive, se tornar vítima da sua própria falha em cumprir suas obrigações convencionais ambientais⁴⁶, falha esta que pode não decorrer de má-fé, mas da própria desigualdade de circunstâncias entre os membros da

sociedade internacional⁴⁷. Estas dificuldades são superadas, em grande medida, através de mecanismos de não cumprimento, conforme veremos abaixo.

3.2. “Mecanismos de não cumprimento” no Protocolo de Montreal

Os negociadores do Protocolo sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio de 1987 (doravante Protocolo de Montreal)⁴⁸ não puderam elaborar os “mecanismos de não cumprimento” a tempo de sua adoção. Portanto, simplesmente especificaram, no art. 8, que os Estados-Partes deveriam, em sua primeira reunião, “considerar e aprovar procedimentos e mecanismos institucionais para determinar casos de não cumprimento das determinações desse Protocolo, e para lidar com Partes em falta”⁴⁹. Todavia, muitos anos se passaram antes que os “mecanismos de não cumprimento” fossem efetivamente adotados. Na reunião de Helsinki (1989)⁵⁰, foi estabelecido um Grupo de Trabalho *Ad Hoc*, responsável por elaborar as suas diretrizes⁵¹. A última versão do trabalho foi concluída pelo grupo em sua terceira reunião e aprovada pela Reunião das Partes ocorrida em 1992, em Copenhague⁵².

De acordo com a Lista Indicativa de Possíveis Situações de Descumprimento do Protocolo, formulado pelo Grupo *Ad Hoc*, “mecanismos de não cumprimento” podem ser acionados quando uma Parte deixa de cumprir uma das seguintes obrigações⁵³: (i) adotar medidas para controlar a emissão de substâncias que destroem a Camada de Ozônio, como previsto no artigo 2 (2A-2H) do Protocolo; (ii) restringir o comércio de substâncias que destroem a Camada de Ozônio, como estabelecido no artigo 4; (iii) cumprir, como imposto pelo artigo 7, o prazo para transmitir informações referentes à produção, importação e exportação de cada uma das substâncias a serem controladas; (iv) transmitir, como exigido pelo artigo 9, informações sobre as medidas destinadas à cooperação com outras Partes do Protocolo.

A condução dos procedimentos conta com três atores principais, além de cada Estado-Parte ao Protocolo: Secretariado do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), o Comitê de Implementação e a Reunião das Partes⁵⁴.

O Secretariado do PNUMA é responsável por monitorar o cumprimento das obrigações convencionais pelas Partes e por submeter relatórios ao Comitê de Implementação. Esses relatórios podem ser elaborados por (i) uma Parte a respeito do comportamento de outra Parte⁵⁵, (ii) pela própria Parte violadora⁵⁶ ou (iii) pelo Secretariado, quando este nota uma possibilidade de não cumprimento⁵⁷. As diretrizes do Grupo *Ad Hoc* não preveem a possibilidade de um indivíduo ou organização não governamental submeter denúncia diretamente ao Secretariado do PNUMA ou ao Comitê de Implementação. Todavia, como não há limitações quanto à fonte de informação sobre o não cumprimento de determinada Parte, tais denúncias podem contribuir para a formulação dos referidos relatórios.

O Comitê de Implementação tem a função de receber e analisar os relatórios a ele transmitidos pelo Secretariado do PNUMA ou através dele. Quando considerar necessário, o Comitê pode requisitar, através do Secretariado, mais informações sobre os assuntos a serem analisados e, ainda, coletar, com o consentimento da Parte em questão, dados em seu próprio território⁵⁸. O objetivo é promover uma “solução amigável do problema com base no respeito das provisões do Protocolo” (tradução livre)⁵⁹.

Além disso, o Comitê de Implementação mantém contato com o Comitê Executivo do Fundo Multilateral do Protocolo de Montreal e pode reorganizar a lista dos países em desenvolvimento que recebem recursos do Fundo⁶⁰. Procede-se a tal reorganização com dois propósitos: (i) fornecer assistência financeira à Parte que carece de recursos para cumprir suas obrigações sob o Protocolo, e (ii) suspender os privilégios de uma Parte para puni-la por seu não cumprimento⁶¹. Finalmente, o Comitê deve enviar relatórios à Reunião das Partes, incluindo as recomendações que considerar adequadas⁶².

A Reunião das Partes é a última instância de decisão. Ela recebe relatórios do Comitê, decide sobre as circunstâncias do não cumprimento em questão e determina as medidas a serem adotadas para garantir o cumprimento integral das provisões do Protocolo⁶³. Entre essas medidas, destacam-se: (i) concessão de assistência à Parte violadora; (ii)

estabelecimento de avisos; (iii) suspensão de direitos e privilégios que a Parte violadora gozava sob o Protocolo⁶⁴.

É importante observar que, apesar de tanto os “mecanismos de não cumprimento”, previstos no Protocolo, quanto os mecanismos de solução de controvérsias, descritos no artigo 11 da Convenção de Viena⁶⁵, lidarem com o não cumprimento das obrigações instituídas no regime jurídico de proteção à Camada de Ozônio, eles constituem procedimentos distintos e separados⁶⁶. Nesse sentido, os “mecanismos de não cumprimento” devem ser aplicados sem prejuízo da operação do artigo 11 da Convenção de Viena⁶⁷. A Reunião das Partes pode instituir recomendações a uma Parte, mesmo quando esta acionar procedimentos sob o artigo 11, enquanto se aguarda a conclusão dos mesmos⁶⁸. Porém, a Reunião das Partes deve ser informada por esta Parte através do Secretariado⁶⁹.

Os “mecanismos de não cumprimento” do Protocolo de Montreal foram aplicados no caso da Rússia, mas sem sucesso. Apresentando uma declaração conjunta, em seu próprio nome e no de Bielo-Rússia, Bulgária e Polônia, a Rússia alegava a iminência do descumprimento de obrigações sob o Protocolo, *inter alia*, a obrigação de extinguir a produção de clorofluorcarbonetos até 31 de dezembro de 1995⁷⁰. O Comitê de Implementação submeteu a declaração à Reunião das Partes, que, em face das circunstâncias, adotou a Decisão VII/18, segundo a qual a Rússia deveria combater a produção e a comercialização de substâncias que destroem a Camada de Ozônio e fornecer informações sobre a execução dessas obrigações e outras sob o Protocolo⁷¹. No entanto, nas 17^a ⁷²e 18^a ⁷³Reuniões do Comitê de Implementação, constatou-se que a Rússia persistia no descumprimento de suas obrigações, tendo descumprido, por conseguinte, a Decisão VII/18.

3.3. “Mecanismos de não cumprimento” na Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) ⁷⁴

O desenvolvimento das normas referentes aos “mecanismos de não cumprimento” da CITES passou por um longo processo. Primeiramente, foram elaboradas pelo Secretariado, sob instrução do Comitê Permanente, as “Diretrizes sobre Cumprimento da Convenção”. Como o Comitê não chegou

a um acordo sobre o texto final, criou um Grupo de Trabalho sobre Cumprimento que se dedicaria a tal tarefa⁷⁵. Este apresentou, na 53ª Reunião do Comitê Permanente, um texto redigido com base em suas atividades⁷⁶. O Presidente de dito órgão divulgou, então, o texto, propondo uma discussão acerca de seu conteúdo, ao qual muitas Partes responderam fazendo comentários e sugerindo alterações⁷⁷. Finalmente, o documento, junto a uma exposição dos aspectos que permaneciam controvertidos, foi submetido à apreciação da 14ª Conferência das Partes. Nessa ocasião, o Presidente apresentou sugestões e oportunizou uma maior reflexão sobre o tema. O resultado foi a adoção da Resolução Conf. 14.3 intitulada “Guia para os Procedimentos de Cumprimento da CITES”⁷⁸.

Os princípios por ela seguidos refletem as diretrizes que orientam os “mecanismos de não cumprimento”, notadamente a ênfase na prevenção e a busca por estratégias céleres que garantam a implementação da Convenção⁷⁹.

Quanto à condução dos mecanismos, ela fica a cargo de quatro entes principais: (i) o Secretariado, (ii) o Comitê Permanente, (iii) a Conferência das Partes e (iv) os Comitês de Animais e Plantas⁸⁰. O Secretariado atua no sentido de oferecer ao Comitê de Animais e Plantas, ao Comitê Permanente e à Conferência das Partes apoio na consecução das tarefas que lhe foram confiadas⁸¹. Nesse sentido, recebe, avalia e transmite às Partes informações concernentes à implementação da Convenção. Se determinada Parte tem dificuldades em cumprir suas obrigações convencionais, o Secretariado se comunica com ela, oferecendo-lhe oportunidades para ratificar a situação, se necessário, com a sua assistência⁸².

Na ausência de perspectiva de solução do problema, o Secretariado encaminha o caso ao Comitê Permanente, responsável por lidar com questões gerais e específicas sobre o cumprimento dos compromissos assumidos sob a Convenção⁸³. Se considerar que o problema não é trivial ou infundado, o Comitê entra em contato direto com a Parte supostamente inadimplente, a fim de encontrar uma solução. Antes de decidir a estratégia a ser adotada — se de cunho assistencialista ou punitivo — consideram-se todos os aspectos relacionados à situação da referida Parte, incluindo os esforços por ela empregados para cumprir as suas obrigações; o tipo,

gravidade e frequência da violação à Convenção; e a adequação entre a medida a ser aplicada e a seriedade do problema de descumprimento enfrentado⁸⁴.

Uma vez definido o curso de ação a ser seguido, o Comitê Permanente, juntamente com o Secretariado, monitora as ações tomadas pela Parte a esse respeito. Para tanto, ele pode se servir, *inter alia*, de relatórios submetidos conforme cronograma predefinido e de missões empreendidas a convite da Parte em seu território. De acordo com os resultados da sua avaliação, o Comitê poderá determinar se a medida aplicada deverá ser adequada ou substituída⁸⁵.

A Conferência das Partes, por sua vez, cuida da elaboração de diretrizes gerais sobre a política de cumprimento; dirige e fiscaliza a maneira pela qual se lida com o assunto, principalmente no tocante à identificação de obrigações e procedimentos-chave; e revê, quando necessário, as decisões do Comitê concernentes a questões específicas de cumprimento⁸⁶. Importa ressaltar ser possível à Conferência delegar certa autoridade ao Comitê Permanente ou a outros órgãos da CITES, observado o disposto na Convenção⁸⁷.

Finalmente, os Comitês de Animais e Plantas fornecem assistência e aconselhamento ao Comitê Permanente e à Conferência das Partes no tocante ao cumprimento adequado da Convenção. Dessa forma, eles se encarregam, por exemplo, da realização das revisões, consultas, avaliações e relatórios que se mostrarem relevantes. Além disso, eles reveem informações sobre as espécies elencadas no Anexo II — aquelas que não se encontram em extinção atualmente, mas cujo comércio deve ser regulado — e identificam problemas na implementação das provisões relativas a estas espécies⁸⁸.

3.4. O sistema de cumprimento do Protocolo de Quioto

Como na maioria dos acordos ambientais multilaterais, o regime de cumprimento do Protocolo de Quioto baseia-se no *monitoramento, informação e verificação* (MRV) de informações factuais sobre cumprimento e na identificação de respostas apropriadas a violações potenciais ou concretas de compromissos legais⁸⁹. A verificação é realizada por uma equipe de especialistas (*Expert Review Team*), consistindo em um controle de qualidade institucionalizado do monitoramento e informação dos

Estados⁹⁰. A resposta ao não cumprimento, por sua vez, é dada pelo Comitê de Cumprimento do Protocolo de Quioto⁹¹, composto por um ramo facilitador e um ramo coercitivo⁹².

A grande inovação do sistema do Protocolo de Quioto consiste no seu ramo coercitivo⁹³, que adota uma abordagem reativa⁹⁴, distinta da abordagem preventiva do ramo facilitador e dos mecanismos de não cumprimento tradicionais. Os poderes de coerção e dissuasão do ramo coercitivo, bem como suas elaboradas normas de composição e de devido processo legal são sintomáticos de um órgão *quase judicial*.

Além de estar submetido a claras e detalhadas regras de devido processo legal e de ser composto por agentes não judiciais que servem em sua capacidade pessoal, o ramo coercitivo tem a competência de aplicar normas legais do Protocolo de Quioto a controvérsias envolvendo “questões de implementação” e é capacitado com a discricionariedade de determinar se um Estado-Parte está em cumprimento com o Protocolo, aplicando consequências vinculantes automáticas em caso de não cumprimento.

A complexidade de ambos os processos, facilitador e coercitivo, conduzidos sob o sistema de cumprimento do Protocolo de Quioto o leva a ser considerado como o mecanismo de cumprimento mais sofisticado do Direito Internacional Ambiental⁹⁵.

Mesmo com a consolidação de mecanismos de não cumprimento do Protocolo de Montreal e da CITES, e o relativo sucesso do mecanismo do Protocolo de Quioto, estes ainda são pouco utilizados. Muito provavelmente isso se deve ao pequeno número de especialistas no seu funcionamento. A despeito dos ajustes que ainda se fazem necessários, por apresentarem soluções multilaterais para problemas multilaterais, eles se mostram promissores no âmbito do direito internacional ambiental. De fato, os “mecanismos de não cumprimento” destacam-se por sua celeridade e por seu potencial em prevenir a ocorrência de danos ambientais. Por isso, eles são mais compatíveis com as peculiaridades das controvérsias ambientais e mais adequados para solucioná-las do que os tradicionais meios de solução de controvérsia e as clássicas normas do direito internacional relativas à responsabilização dos Estados.

4. A ATUAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

No início do século XX, a arbitragem internacional desempenhou papel fundamental no desenvolvimento do direito internacional ambiental⁹⁶. Nesse sentido, destacam-se o Caso da Fundação Trail, no qual foi declarada, pela primeira vez, a proibição da poluição transfronteiriça⁹⁷, e o Caso do Lago Lanoux, que enfocou a partilha de recursos hídricos⁹⁸.

Mais adiante, na última metade do século XX, foram estabelecidos diversos órgãos jurisdicionais internacionais permanentes, perante os quais disputas ambientais poderiam ser potencialmente litigadas⁹⁹. É o caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Justiça (doravante CEJ), da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal Internacional do Direito do Mar (doravante TIDM), do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (doravante ICSID) e do sistema de painéis do GATT e a Organização Mundial do Comércio.

Esses órgãos adjudicadores foram analisados em outros capítulos. Também o foi a CIJ. Entretanto, esta é considerada, por muitos, o mais importante dos tribunais internacionais, não somente por ser o principal órgão judiciário da ONU, mas também pela universalidade de sua jurisdição¹⁰⁰. Sendo assim, será analisada sua jurisprudência, para delinear a importância da sua atuação no desenvolvimento de princípios e procedimentos relacionados ao direito internacional ambiental.

4.1. Caso dos testes nucleares (Austrália v. França e Nova Zelândia v. França)

A controvérsia se desenrolou inicialmente em 1973 e 1974, em dois casos paralelos: Austrália *versus* França¹⁰¹ e Nova Zelândia *versus* França¹⁰². Nessa época, a França realizava testes nucleares atmosféricos no atol de Mururoa, não obstante declaração de seu Ministro das Relações Exteriores de que o avanço tecnológico francês permitiria, no ano seguinte, a continuação dos testes em nível subterrâneo¹⁰³.

Austrália e Nova Zelândia solicitaram uma declaração da Corte de que os testes nucleares atmosféricos tentados pela França eram inconsistentes com

as regras de direito internacional aplicáveis¹⁰⁴. Em sua decisão, a Corte reconheceu que a declaração do Ministro constituía um ato unilateral do Estado francês, vinculando-o perante os demais Estados¹⁰⁵. Entretanto, não havendo sido reclamada reparação e tendo o governo francês assumido a obrigação de cessar os testes nucleares atmosféricos, a Corte decidiu pela perda do objeto da ação¹⁰⁶.

Em 1995, evidências científicas comprovaram que mesmo os testes nucleares subterrâneos poderiam levar a contaminações radioativas. Tendo isso em vista, a Nova Zelândia intentou, perante a CIJ, novo pedido de exame da situação, em consonância com o parágrafo 63 da sentença de 1974¹⁰⁷. Em seu petitório, a Nova Zelândia solicitava à Corte, com base no princípio da precaução¹⁰⁸, que (1) proibisse a França de conduzir outros testes; (2) requeresse a preparação de uma avaliação de impacto ambiental; e (3) evitasse que ambas as partes tomassem medidas que pudessem agravar a disputa¹⁰⁹. A CIJ entendeu que não era possível reabrir o caso, uma vez que a sentença de 1974 restringia-se a testes nucleares atmosféricos, e não subterrâneos¹¹⁰.

Os juízes Koroma, Weeramantry e o juiz *ad hoc* Palmer emitiram votos dissidentes. Para o último, a Corte teria perdido a oportunidade de contribuir para uma das mais importantes questões ambientais da atualidade¹¹¹. No mesmo sentido, o juiz Weeramantry lamentou a resistência da CIJ em contribuir com o desenvolvimento do direito internacional ambiental¹¹². O caso ilustra uma das dificuldades do recurso a órgãos judiciais internacionais em caso de disputas que envolvem aspectos ambientais: a competência *ratione consensus* das mesmas é muitas vezes interpretada de maneira restritiva¹¹³.

4.2. A opinião consultiva sobre a “legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares”

Em agosto de 1993, a Organização Mundial da Saúde (doravante OMS) solicitou à CIJ que se pronunciasse acerca da legalidade do uso de armas nucleares em caso de conflitos armados, tendo em vista efeitos à saúde e ao meio ambiente¹¹⁴. No ano seguinte, a Assembleia Geral das Nações Unidas fez um requerimento semelhante¹¹⁵, com a seguinte pergunta: “É a ameaça ou

o uso de armas nucleares em qualquer circunstância permitida no direito internacional?”¹¹⁶. Em 1996, a Corte julgou ambos os pedidos, achando-se incapaz de responder à pergunta da OMS, aceitando, por outro lado, a solicitação da Assembleia Geral.

No caso, a Corte discutiu se o direito internacional ambiental seria um dos ramos aplicáveis à questão enfrentada¹¹⁷. A CIJ decidiu que o direito internacional ambiental não proibiria especificamente o uso de armas nucleares, entretanto, informaria normas do direito internacional humanitário relevantes ao caso e que levam em consideração danos ao meio ambiente causados por conflitos armados. A análise mais detalhada dos princípios de direito internacional ambiental relevantes à opinião consultiva esteve presente apenas em votos dissidentes¹¹⁸.

As solicitações da Assembleia Geral e da Organização Mundial da Saúde ilustram ser possível que questões ambientais de alcance amplo possam ser trazidas à Corte para a emissão de opiniões consultivas. Em face da atual composição da Corte, essa perspectiva parece particularmente promissora¹¹⁹.

4.3. Caso sobre o Projeto de Gabc̃ ikovo-Nagymaros (Hungria/Eslováquia)

O caso sobre o Projeto de Gabc̃ ikovo-Nagymaros, entre a Hungria e a Eslováquia¹²⁰ desenrolou-se em torno da construção de represas e barragens no rio Danúbio, por uma ação conjunta de ambos os países, consoante tratado firmado pelo Estado Húngaro e pela Checoslováquia em 1977. Receando danos irreparáveis ao ecossistema do rio e da região do projeto, a Hungria abandonou-o e, em 1992, colocou fim unilateralmente ao tratado de 1977, alegando “estado de necessidade ecológica”. Diante disso, o governo da Checoslováquia levou a cabo a construção unilateral de um conjunto de barragens que teria desviado quantidade substancial de águas do rio. Com a extinção da Checoslováquia, em 1993, sucedeu-a no litígio o Estado da Eslováquia.

O caso chegou à CIJ em 1997. No que tange ao direito internacional ambiental, dois aspectos principais chamam a atenção no caso: a declaração de que a preservação do meio ambiente é um interesse essencial capaz de fundamentar a exclusão de ilicitude de “estado de necessidade”¹²¹; e o

reconhecimento da interpretação evolutiva de tratados para incorporar novos princípios e regras de direito internacional ambiental¹²². Entretanto, apesar de reconhecer normas e princípios do direito internacional ambiental, a CIJ relegou esse ramo a um papel assessorio, apenas a informar aspectos da disputa, e que as partes deveriam considerar em suas negociações futuras. A análise dedicou-se primordialmente ao direito dos tratados¹²³.

Um aspecto procedimental adotado pela Corte que pode ser recorrente para outras disputas ambientais foi a visita feita pelos membros da Corte ao local para visualizar e compreender melhor o funcionamento do sistema de barragens objeto da disputa¹²⁴. Foi a primeira visita desse tipo realizada pela Corte e demonstrou como a mesma pode ser flexível a interpretar seus poderes de obter evidências de maneira a se adaptar a particularidades de disputas ambientais.

4.4. Caso das papeleiras no rio Uruguai (Argentina v. Uruguai)

A disputa, apresentada à CIJ pela Argentina, em maio de 2006, juntamente com um pedido de medidas cautelares, versa sobre a construção, pelo Uruguai, de duas indústrias papeleiras, e sobre o projeto de construção de uma terceira, no rio Uruguai. De acordo com o reclamante, a iniciativa violaria um tratado assinado pelos dois países em 1975, estabelecendo o regime do rio Uruguai (doravante Tratado de 1975), porquanto colocaria em risco a preservação do rio e das áreas por ele afetadas¹²⁵. O art. 41, alínea “a”, do Estatuto impõe aos Estados-Partes a obrigação de “proteger e preservar o meio marinho e aquático, e em particular, de impedir a poluição (...)”¹²⁶. A competência da Corte foi estabelecida pelo art. 60 do Estatuto, que permite o exercício de sua jurisdição sobre quaisquer questões de interpretação ou aplicação do mesmo, quando negociações forem infrutíferas¹²⁷. A Corte negou-se a indicar medidas cautelares, alegando que a Argentina não teria fornecido evidências suficientes de que a poluição proveniente das papeleiras causaria dano irreparável ao rio Uruguai¹²⁸. O Uruguai alegou violações de direito internacional da Argentina no caso. Entretanto, estas fogem do escopo do presente artigo por não tratarem de questões ambientais.

Em sua decisão de mérito, a Corte restringiu sua competência *ratione materiae* a questões envolvendo o Tratado de 1975, dispensando

preliminarmente pedidos da Argentina alegando violações de direito internacional resultantes da poluição visual, sonora e do mau cheiro proveniente das papeleiras¹²⁹. Além disso, a Corte também negou o argumento argentino de que certos tratados ambientais multilaterais teriam sido incorporados pelo Tratado de 1975, julgando-se incompetente para decidir sobre violações destes, que seriam mencionados apenas como meios de interpretação daquele tratado¹³⁰. Isto ilustra que as disputas ambientais nas quais a Corte pode se pronunciar, e sua extensão, são limitadas pela sua competência e dependem de alguma forma de consenso entre as partes.

A Corte teceu várias considerações sobre aspectos procedimentais relevantes para disputas ambientais. Sobre o princípio da precaução, a Corte decidiu que este não permitiria uma reversão do ônus da prova¹³¹. Sobre pareceres técnicos de peritos, a Corte afirmou que peritos deveriam se apresentar como testemunhas técnicas, passíveis de ser interrogados pelas partes e pela Corte, e, ao contrário do que se verificou no caso, não a título de evidência submetida pelas partes. Entretanto, a Corte não determinou que as provas fossem reapresentadas da maneira sugerida. Os juízes Simma e Al-Khasawneh criticaram tal postura como uma oportunidade perdida de lidar com casos cientificamente complexos, como muitas disputas ambientais, de maneira tecnicamente adequada como o fazem outros tribunais. Segundo estes, sem nomear peritos próprios e/ou promover o *cross examination* dos peritos nomeados pelas partes, a Corte não poderia ter chegado a conclusões de uma maneira prospectiva e preventiva, como devem ser as decisões sobre questões ambientais¹³².

Em suas conclusões, a Corte decidiu que o Uruguai teria violado obrigações procedimentais, *mutatis mutandi*, aplicáveis a outras disputas ambientais, em particular a obrigação de notificar Estados vizinhos sobre atividades potencialmente lesivas a ecossistemas compartilhados¹³³. A Corte também discutiu obrigações materiais cuja interpretação pode transcender a aplicação ao caso concreto. Entre elas, a obrigação de utilizar recursos naturais de forma ótima e racional levando-se em conta o desenvolvimento sustentável¹³⁴; obrigação de cooperar para não afetar o equilíbrio ambiental¹³⁵; a obrigação de prevenir a poluição e preservar o meio ambiente aquático, inclusive através de consultas a populações locais e de

estudos de impacto ambiental¹³⁶. Não encontrou, no entanto, qualquer violação dessas obrigações¹³⁷. Os juízes Al-Khasawneh e Simma também foram contrários a tal conclusão por considerar que a Corte não deu o correto peso à relação entre as obrigações procedimentais e materiais do Uruguai¹³⁸.

Em seu voto concorrente, o juiz Cançado Trindade criticou o fato de a Corte dedicar-se mais a questões fatuais do caso do que aos princípios gerais do direito internacional ambiental, sobre os quais o juiz brasileiro discorre analiticamente¹³⁹.

4.5. Casos pendentes perante a Corte Internacional de Justiça

Dois casos envolvendo disputas de direito internacional ambiental estão pendentes perante a Corte até a conclusão deste artigo: caso sobre fumigações aéreas entre Equador e Colômbia, e caso sobre baleação na Antártica entre Austrália e Japão.

Ambos os casos deverão inaugurar diferentes formas de ativar com êxito a jurisdição da Corte Internacional de Justiça para questões de direito internacional ambiental, que independam de convenções que tratem diretamente sobre este ramo do direito.

4.5.1. Caso das fumigações

Em março de 2008, o Equador apresentou petição inicial à CIJ, alegando que a Colômbia estaria realizando fumigações aéreas de herbicidas tóxicos próximo da, sobre e através de sua fronteira com o demandante. A jurisdição da Corte no caso foi acionada com base em cláusulas compromissórias no “Pacto de Bogotá” de Soluções Pacíficas¹⁴⁰ e na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas¹⁴¹.

A utilização de herbicidas já teria causado danos graves a pessoas, plantações, animais e ao *meio ambiente do lado equatoriano da fronteira e imposto sério risco de maiores danos ao longo do tempo*¹⁴². Em sua petição inicial, o Equador solicitou que a CIJ ordene à Colômbia que: (a) respeite a soberania e integridade territorial do Equador; (b) tome medidas necessárias a prevenir o uso de quaisquer herbicidas tóxicos que possam ser depositados sobre o território do Equador; (c) proíba o uso de tais herbicidas, por meio de dispersão aérea, sobre ou próximo a quaisquer partes de sua fronteira

com o Equador; e (d) indenize o Equador por perdas ou danos causados por ilícitos internacionais¹⁴³. Uma segunda rodada de argumentos escritos está prevista para encerrar-se em 1^a de dezembro de 2011 e, portanto, após a conclusão do presente artigo¹⁴⁴.

O caso muito se assemelha ao das papeleiras, por se tratar de uma disputa envolvendo atividades potencialmente causadoras de danos transfronteiriços entre países vizinhos. Será, portanto, uma oportunidade para a Corte examinar os pontos que restaram controversos ou superficialmente analisados no caso anterior, como, por exemplo, a extensão e delineamento de certos princípios de direito internacional ambiental, como o princípio da precaução e o papel de peritos durante procedimentos.

4.5.2. Caso sobre baleação na Antártica

Em maio de 2010, a Austrália apresentou demanda questionando perante a Corte a atividade baleeira japonesa na Antártica. A jurisdição da Corte no caso baseia-se em declarações consoantes com a cláusula facultativa de jurisdição compulsória¹⁴⁵.

Segundo a demandante, a baleação sob a permissão especial de programas japoneses de pesquisa científica baleeira na Antártica seria abusiva, pois o número de animais caçados evidenciaríamos propósitos comerciais da atividade, além de ameaçar a biodiversidade marinha¹⁴⁶. Por isso, alega que o Japão teria violado, *inter alia*, suas obrigações sob a Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia¹⁴⁷, da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies em Perigo de Extinção (CITES)¹⁴⁸, e a Convenção sobre Biodiversidade¹⁴⁹.

O caso tem como aspecto inédito tratar de danos puramente ambientais, sem sugerir que tenham sido afetados interesses particulares da demandante, e sim um patrimônio compartilhado de interesse universal (a preservação da biodiversidade e, em particular, de espécies de baleias na Antártica).

A situação pode ser classificada como um caso de *actio popularis*, ou seja, de demanda não em seu próprio interesse, mas no interesse da humanidade como um todo. Casos que poderiam envolver situação similar foram dispensados devido a questões preliminares¹⁵⁰. Desde então, muitos autores vêm defendendo a possibilidade de *actio popularis* no direito internacional¹⁵¹. O reconhecimento de *actio popularis* em disputas perante a

Corte e o aumento de Estados depositantes de declarações facultativas de jurisdição compulsória poderão propiciar uma expansão de casos relativos a importantes disputas ambientais que afetem os espaços compartilhados (oceanos, espaço, atmosfera e Antártica), além da biodiversidade e de ecossistemas tombados como patrimônio mundial.

5. A PROPOSTA DE CONSTITUIÇÃO DE UMA CORTE INTERNACIONAL AMBIENTAL

Os defensores da criação de uma Corte Internacional Ambiental (doravante CIA) observam que os litígios ambientais não encontrariam solução satisfatória nos órgãos adjudicantes até então existentes. Afinal, (i) eles seriam pouco sensíveis a questões de caráter ambiental¹⁵², (ii) os seus juízes não teriam os conhecimentos específicos necessários à solução equitativa desses litígios¹⁵³ e (iii) eles seriam acessíveis apenas a Estados, enquanto outros sujeitos desempenham papel fundamental nas disputas ambientais¹⁵⁴.

Tais problemas já encontram solução ou podem encontrá-la no quadro dos tribunais internacionais existentes. Primeiramente, eles se mostram cada vez mais sensíveis aos problemas ambientais, como provam a criação de uma Câmara de Assuntos Ambientais pela CIJ¹⁵⁵ e a jurisprudência da CEJ. De acordo com Philippe Sands, a CEJ dá aos objetivos de proteção ambiental peso igual ou superior ao atribuído a objetivos econômicos e comerciais¹⁵⁶. Ademais, os juízes desses tribunais podem recorrer à assistência de especialistas, quando necessário. Finalmente, apesar de a jurisdição contenciosa da CIJ ser, realmente, acessível apenas a Estados, há tribunais abertos a outros sujeitos de direito internacional, como o TIDM¹⁵⁷ e o ICSID¹⁵⁸.

Entretanto, litígios ambientais envolvem questões mais complexas. A definição do autor e da vítima do ato ilícito, a existência de partes legítimas para acionar órgãos internacionais de solução de controvérsias e a determinação de remédios eficazes a sujeitos que tenham sofrido danos ambientais são exemplos. Como a CIA consistiria em sistema jurisdicional e, mais especificamente, judicial de solução de controvérsias, percebe-se que ela não ofereceria solução satisfatória a essas questões. Uma abordagem

diferente só é possível no âmbito dos “mecanismos de não cumprimento”, pois que informados por outra lógica e princípios que os dos tribunais internacionais. À primeira vista, a CIA poderia não encontrar as condições fáticas para o seu funcionamento e, conseqüentemente, não seria eficaz na solução dos litígios ambientais. O primeiro motivo para essa constatação é que as propostas para a estrutura da CIA mostram a sua tendência em priorizar a proteção do ambiente. Por isso, a parte que teria *prima facie* ameaçado tal proteção certamente não concordaria em submeter a disputa à CIA. O segundo é que há poucos litígios puramente ambientais ou, segundo o entendimento de muitos, nenhum. Na maioria das disputas, questões ambientais relacionam-se a outras, por exemplo, no âmbito do direito dos tratados, comércio e investimento¹⁵⁹. Logo, melhor do que submetê-las a um tribunal com especialidade em direito internacional ambiental, seria apresentá-las a uma instância que esteja mais preparada para lidar com os vários ramos do direito internacional e conciliá-las em uma única decisão, mais compatível ao caso concreto¹⁶⁰.

6. CONCLUSÃO

Desde a Conferência de Estocolmo de 1972 e, notadamente, a partir da Rio-92, o direito internacional ambiental entrou no rol dos grandes ramos do direito internacional. A consciência de que os recursos naturais, mesmo os renováveis, são esgotáveis fez com que, em todos os Estados, a preocupação com a preservação do meio ambiente fosse um dos temas mais importantes nas discussões políticas domésticas e internacionais. A atuação de organizações não governamentais, como o Greenpeace e a WWF, dentre tantas outras, contribuiu para que os povos do mundo percebessem que, caso instrumentos jurídicos internacionais — materiais e processuais — não fossem desenvolvidos, a própria sobrevivência da vida humana em nosso planeta poderia estar ameaçada. Previsões alarmantes que, há pouco, eram encontradas apenas em relatos sensacionalistas da mídia, ganham vestimenta científica, como as compiladas nos relatórios do IPCC (Grupo Intergovernamental de Especialistas sobre Mudança do Clima)¹⁶¹.

Nesse contexto, a perpetuação de um sistema internacional de solução de controvérsias fragmentado e meramente baseado no voluntarismo estatal pode permitir que os Estados continuem a ignorar suas obrigações na órbita

do direito internacional ambiental. Para justificar a violação dessas obrigações, recorre-se a motivos de segurança nacional e instabilidade econômica. Todavia, tal violação pode ter reflexos nefastos sobre a segurança e economia global, afetando toda a humanidade e, em especial, futuras gerações¹⁶².

Os “mecanismos de não cumprimento” são um meio promissor para abordar disputas ambientais de maneira preventiva e prospectiva. Seu potencial, porém, ainda nos parece pouco explorado. A recente expansão de tratados com cláusulas compromissórias e de Estados depositantes da cláusula facultativa de jurisdição compromissória demonstra-se promissora. Mas a CIJ ainda tem limitada competência *ratione personae* e *ratione materiae*, e é criticada por membros da própria Corte no seu trato com questões ambientais.

Ainda que a constituição de uma Corte Internacional Ambiental não seja uma solução a princípio eficaz, mudanças nos sistemas de solução de controvérsias ambientais internacionais são necessárias e urgentes. A maior dessas mudanças, queremos crer, não requer a criação de nenhum novo órgão internacional. É uma mudança de paradigma, com o aprofundamento do estudo dos princípios do direito internacional ambiental e do conhecimento sobre os procedimentos específicos aplicáveis a controvérsias ambientais.

Primeiramente, faz-se necessário que os aplicadores do direito internacional, em especial juízes e árbitros internacionais, abandonem a postura meramente voluntarista — e, por vezes, evasiva —, conforme destacado em alguns votos dissidentes das supracitadas decisões da CIJ, e elucidem a extensão dos princípios que governam o direito internacional ambiental e processos envolvendo disputas ambientais.

Finalmente, o recurso aos “mecanismos de não cumprimento” que apresentam um grande avanço potencial devido a seu caráter multilateral deve ser fomentado através do incentivo à formação de especialistas nesses instrumentos, para que não permaneçam subutilizados.

1 Os autores agradecem ao amigo Túlio César Mourthe Alvim Andrade pelos valiosos comentários.

2 Mestre pela ADH (Académie de Droit Humanitaire et des Droits Humains) de Genebra e membro do GEDI, GEDAI e GEDI-Humanitário. Diretor de Proteção da Subsecretaria de Direitos Humanos, Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social, Minas Gerais.

3 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Participante do curso de verão de Direito Internacional Público e Privado da Academia de Haia (Holanda, 2010). Integrante do Grupo de Estudos de Direito Internacional (GEDI) da UFMG. Intercambista na Universidade de Coimbra/Portugal. Advogada do Lima Netto, Campos, Fialho, Canabrava Advogados.

4 A Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo) compreende um instrumento com um preâmbulo de sete pontos e outros 26 princípios que reconhecem a inserção do homem no meio ambiente e os direitos humanos relacionados a um meio ambiente sadio, e proclama a responsabilidade de toda a humanidade para com a proteção do meio ambiente. Declaração de Estocolmo da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano. Estocolmo, 16 jun. 1972. 11 ILM 1416. Ver também: KISS, A.; BEURIER, J. *Droit International de l'Environnement*. 3. ed. Paris: Editions A. Pedone, 2004. p. 32.

5 KISS & BEURIER, *ibidem*, p. 34.

6 Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio. Viena, 22 mar. 1985, em vigor 22 set. 1988. 26 ILM 1529 (1985). Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 99.280, de 6 de junho de 1990.

7 Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Basileia, 22 mar. 1989, em vigor 5 maio 1992. 1673 UNTS 126; 28 ILM 657 (1989). Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 875, de 19 de julho de 1993.

8 Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica. Rio de Janeiro, 5 jun. 1992, em vigor 29 dez. 1993. 1760 UNTS 79; 31 ILM 818 (1992). Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998.

9 A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, por decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas. O propósito da Conferência seria “elaborar estratégias e medidas para deter e reverter os efeitos da degradação ambiental num contexto de esforços nacionais e internacionais para promover o desenvolvimento sustentável e saudável de todos os países” (tradução livre) (UNGAOR A/RES/44/228. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resolução adotada em 22 dez. 1989). Durante o evento, três documentos não vinculantes foram adotados: a Declaração do Rio (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992, 31 ILM 874, UNCED Doc A/Conf.151/5/Rev.1 1992); Princípios para um consenso global sobre a administração,

conservação e desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas; e a Agenda 21: Programa de Ação para o Desenvolvimento Sustentável (UNGAOR, 46th Sess., Agenda Item 21, UN Doc A/Conf.151/26 — 1992). Além disso, dois tratados foram abertos para a assinatura: a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

[10](#) Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Nova York, 9 maio 1992, em vigor 24 mar. 1992. 1771 UNTS 107. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 2.652, de 1º de julho de 1998 [Convenção do Clima].

[11](#) SITUMA, F. The Efficacy of International Environmental Law: a personal reflection. 2 *ILSA J Int'l & Comp L* 61, [s.l.], outono de 1995, p. 65.

[12](#) Convenção para a Proteção da Camada de Ozônio, *supra* nota 3.

[13](#) *Ibidem*, art. 11.3.

[14](#) *Ibidem*, art. 11.4.

[15](#) *Ibidem*, art. 11.5.

[16](#) Convenção da Basileia, *supra* nota 4, art. 20.1.

[17](#) *Ibidem*, arts. 20.2 e 20.3.

[18](#) Convenção sobre Diversidade Biológica, *supra* nota 5.

[19](#) Convenção do Clima, *supra* nota 7.

[20](#) Protocolo à Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias. Londres, 7 nov. 1996. 36 ILM 1 (1997) art. 11; Convenção sobre Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos. Roterdã, 11 set. 1998. 38 ILM 1 (1999). Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.360, de 31 de janeiro de 2005, art. 17; Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança para a Convenção sobre Diversidade Biológica. Montreal, 29 jan. 2000, em vigor 11 set. 2003. 39 ILM 1027. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.705, de 16 de fevereiro de 2006, art. 34; Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes. Estocolmo, 22 maio 2001. 40 ILM 532 (2001). Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.472, de 20 de junho de 2005, art. 17; Protocolo de Montreal sobre a Eliminação de Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Montreal, 16 set. 1987, em vigor 1º jan. 1989. 26 ILM 154 (1987). Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 99.280, de 6 de junho de 1990, art. 8; Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Quioto, 11 dez. 1997, em vigor 16 fev. 2005. 37 ILM 22 (1998). Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 5.445, de 12 de maio de 2005, art. 18.

[21](#) HANDL, G. Compliance Control Mechanisms and international environmental obligations. 5 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 29, [S.l.], 29-49, 1997, p. 30; REDGWELL, C. Non-Compliance Procedures and the Climate Change Convention. In CHAMBERS, W. Bradnee, *Inter-Linkages: The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regimes*. New York: United Nations University Press, 2001, p. 15.

[22](#) HANDL, *ibidem*, p. 35; EGHBAL, Morad. Depletion of the World ozone protection true progress: looking for a place where we can stop. 1 *Dick. J. Env'tl. L. & Pol'y* 66, [S.l.] (EGHBAL a), 66-87, p. 84.

[23](#) REDGWELL, *supra* nota 18, p. 15.

[24](#) YOSHIDA, O. Soft enforcement of treaties: the Montreal Protocol's noncompliance procedure and the functions of internal international institutions. *10 Colo. J. Int'l Env'tl.L. & Pol'y* 95 [S.1.], 95-141, 1999, p. 117; HANDL, *supra* nota 18, p. 45; SANDS, P. *Principles of International Environmental Law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003 (SANDS a), p. 206. A previsão de assistência pode ser observada em inúmeros instrumentos internacionais. Nesse sentido, segundo a Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha, quando uma Parte se encontra em situação na qual deve tomar medidas que contrariem suas obrigações convencionais, deve comunicar à organização escolhida para desempenhar funções de Secretariado. Esta por sua vez, deverá fazer recomendações àquela Parte (ver: Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias. Londres, 13 nov. 1972, em vigor 30 ago. 1975. 1046 UNTS 120. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 87.566, de 16 de setembro de 1982). Igualmente merecedor de atenção é o Protocolo de Cartagena, que prevê a possibilidade de as Partes indicarem sua necessidade de assistência financeira e técnica a respeito de organismos vivos modificados (ver: Protocolo de Cartagena, *supra* nota 17, art. 11). O mesmo instrumento estipula que, através do mecanismo de promoção de cooperação técnica e científica — previsto no artigo 18 da Convenção sobre Diversidade Biológica — buscar-se-á “auxiliar as Partes a implementar o Protocolo, levando em consideração as necessidades especiais das Partes países em desenvolvimento, em particular as de menor desenvolvimento econômico relativo e os pequenos Estados insulares em desenvolvimento entre elas, e os países com economias em transição bem como os países que sejam centros de origem e centros de diversidade genética” (Ver: Protocolo de Cartagena, *supra* nota 17, art. 20 (1) (b)).

[25](#) REDGWELL, *supra* nota 18, p. 15; HANDL, *supra* nota 18, p. 34.

[26](#) No presente artigo, o adjetivo “primárias” é usado para qualificar as obrigações advindas, *inter alia*, de tratados, costume internacional e princípios gerais do Direito, cujo descumprimento acarreta a responsabilização internacional do Estado e, conseqüentemente, a atribuição de obrigações secundárias. Estas se referem à reparação dos danos provenientes do ato ilícito. Ver: *Draft on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. International Law Commission at the work of its fifty-third session (2001), p. 59, 140, 153, 234.

[27](#) YOSHIDA, *supra* nota 21, p. 26.

[28](#) Declaração do Rio, *supra* nota 6, princípio 15: “Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental”.

[29](#) HANDL, *supra* nota 18, p. 34.

[30](#) *Draft on Responsibility of States*, *supra* nota 23, p. 234 e Capítulo II da Parte II, que trata das formas de reparação pelos danos causados; SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk.

Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *17 Eur. J. Int'l L.* 483, [S.1], 483-529, 2006, p. 488-489.

[31](#) SOARES, G. *Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2001, p. 768; *Case concerning the Factory at Chorzów*, Polônia v. Alemanha, Corte Permanente de Justiça Internacional, *Ser. A.*, Nº 17, 1928, p. 29.

[32](#) EGHBAL M., *supra* nota 19, p. 77.

[33](#) DINH, N.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 805-806; Ver também: SOARES, *supra* nota 28, p. 728.

[34](#) *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*. International Law Commission at the work of its fifty-eighth session (2006), art. 1.

[35](#) *Panevezys-Saldutiskis Railway Case*, Estônia v. Lituânia, Corte Permanente de Justiça Internacional, *Ser. A/B*, Nº 76 (1939), p. 16; *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Grécia v. Reino Unido, Corte Permanente de Justiça Internacional, *Ser. B*, Nº 3 (1924), p. 12; *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, França v. Iugoslávia, Corte Permanente de Justiça Internacional, *Ser. A*, Nº 20 (1929), p. 17; *The Distomo Massacre Case*, Cidadãos Gregos v. República Federal da Alemanha, Corte Federal Suprema da Alemanha, 42 I.L.M. 1030 (2003), p. 1037.

[36](#) EGHBAL M., *supra* nota 19, p. 76.

[37](#) HANDL, *supra* nota 18, p. 35;

[38](#) *Case concerning the Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited*, Bélgica v. Espanha, Corte Internacional de Justiça, Julgamento de 1970, p. 32.

[39](#) Ver *infra* 4.5.2. Caso sobre baleação na Antártica.

[40](#) *Draft on Responsibility of States*, *supra* nota 23, art. 34; *Chorzów Factory Case*, *supra* nota 28, p. 47.

[41](#) *Draft on Responsibility of States*, *ibidem*, art. 35; *Chorzów Factory Case*, *ibidem*, p. 47.

[42](#) SANDS, *supra* nota 21, p. 883-884; Communication from the EC Commission to the EC Council and European Parliament on Environmental Liability (1993), par. 5.2.

[43](#) *Chorzów Factory Case*, *supra* nota 28, p. 47.

[44](#) *Draft on Responsibility of States*, *supra* nota 23, art. 36.

[45](#) SANDS, *supra* nota 21, p. 883; ver também: SANDS, P.; STEWART, R. Valuation of Environmental Damage — US and International Law Approaches. 5 *RECIEL* 290, [S.1.], 1997; EGHBAL, Morad, 1995; Phillip C. Jessup International Law Moot Court Competition: Judge's bench memorandum (EGHBAL b), p. 26.

[46](#) EGHBAL, *ibidem*, p. 27.

[47](#) EGHBAL, *supra* nota 19, p. 84.

[48](#) Protocolo de Montreal, *supra* nota 17.

[49](#) Protocolo de Montreal, *ibidem*, art. 8; EGHBAL, *supra* nota 42, p. 26.

[50](#) A reunião de Helsinki, realizada entre 2 e 5 de maio de 1989 foi a primeira Reunião das Partes do Protocolo de Montreal. De acordo com o artigo 11, parágrafo 3 do Protocolo, ela seria responsável por: "(a) adotar, por consenso, as normas de

procedimento para as suas reuniões; (b) adotar, por consenso, as regras financeiras a que se refere no parágrafo 2 do Artigo 13; (c) Estabelecer os painéis e os termos de referência mencionados no Artigo 6; (d) Considerar e aprovar os procedimentos e mecanismos institucionais especificados no Artigo 8; e (e) Dar início à preparação de planos de trabalho, nos termos do parágrafo 3 do Artigo 10”.

[51](#) Report of the Parties to the Montreal Protocol on the Work of Their First Meeting, 1989, Helsinki/ U.N. Environment Programme, U. N. Doc. UNEP/OzL.Pro.1/5. Disponível em: http://ozone.unep.org/Meeting_Documents/mop/01mop/MOP_1.shtml. Acesso em: 16 fev. 2011.

[52](#) Report of the Fourth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1992, Copenhagen. U. N. Environment Programme, U.N. Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15. Disponível em: ozone.unep.org/Meeting_Documents/mop/04mop/4mop-15.e.doc. Acesso em: : 16 fev. 2011, Annex IV.

[53](#) Draft Indicative List of Possible Situations of Non-Compliance with the Protocol. Report of the Second Meeting of the Ad Hoc Working Group of Legal Experts on Non-Compliance with the Montreal Protocol. U.N. Environment Programme, U.N. Doc. UNEP/OzL.Pro/WG.3/3/3 (1992), Annex II.

[54](#) Report of the Third Meeting of the Ad Hoc Working Group of Legal Experts on Non-Compliance with the Montreal Protocol. U. N. Environmental Programme, UNEP/OzL.Pro/WG.3/3/2 (1991), par.6 (c) (definindo as funções desempenhadas por cada um destes atores).

[55](#) Montreal Fourth Report, *supra* nota 49, Annex IV (1)-(2).

[56](#) *Ibidem*, Annex IV (4).

[57](#) *Ibidem*, Annex IV (3).

[58](#) *Ibidem*, Annex IV (7: a-d).

[59](#) *Ibidem*, Annex IV (8).

[60](#) *Ibidem*, Annex IV (7: e).

[61](#) Sands a, *supra* nota 21, p. 206.

[62](#) Montreal Fourth Report, *supra* nota 49, Annex IV (9).

[63](#) *Idem*.

[64](#) *Ibidem*, Annex V.

[65](#) Convenção para a Proteção da Camada de Ozônio, *supra* nota 3, art. 11.

[66](#) Report of the Third Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1991, Nairobi. U.N. Environmental Programme, U.N. Doc. UNEP/OzL.Pro.3/11, par. 34.

[67](#) Montreal Fourth Report, *supra* nota 49, Annex IV.

[68](#) *Ibidem*, Annex IV (13).

[69](#) YOSHIDA, *supra* nota 21, p. 108.

[70](#) *Ibidem*, p. 135; YOUEL, K. Theme plenary session: implementation, compliance and effectiveness. *91 Am. Soc’y Int’l L. Proc.* 50, [S.l.], 50-73, 1997, p. 56.

[71](#) Seventh Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, U.N. Environment Programme, 1995, Vienna. U.N. Doc. UNEP/OzL.Pro.7/12. Disponível em:

http://www2.unitar.org/cwm/publications/cbl/synergy/pdf/cat3/protocol_montreal/mops/mop7/mop7_en.pdf. Acesso em: 16 fev. 2011. Decision VII/18.

[72](#) Report of the Seventeenth Meeting of the Implementation Committee under the Non-Compliance Procedure for the Montreal Protocol. U.N. Environment Programme, U.N. Doc. UNEP/OzL.Pro/ImpCom/17/3 (1997). Disponível em: https://ozone.unep.org/Meeting_Documents/impcom/17impcom-3.e.doc. Acesso em: 16 fev. 2011, par. 25 (b), (c).

[73](#) Report of the Eighteenth Meeting of the Implementation Committee under the Non-Compliance Procedure for the Montreal Protocol, U.N. Environment Programme, U.N. Doc. UNEP/OzL.Pro/ImpCom/18/3 (1997). Disponível em: https://ozone.unep.org/Meeting_Documents/impcom/18impcom-3.e.doc. Acesso em: 16 fev. 2011.

[74](#) Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção. Washington, 3 mar. 1973, em vigor 1^a jul. 1975. 993 UNTS 243. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 76.623, de 17 de novembro de 1975 [CITES].

[75](#) Notification to the Parties concernentes a “Diretrizes sobre Cumprimento da Convenção”. U.N. Environmental Programme, n. 2004/052. Geneva, 28 June 2004.

[76](#) Report of the Fifty-Third Meeting of the Standing Committee. Interpretation and implementation of the Convention: Guidelines for Compliance with the Convention, SC53 Doc. 30 (2005). Disponível em: <http://www.cites.org/eng/com/sc/53/E53-30.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2011.

[77](#) Report of the Fifty-Fourth Meeting of the Standing Committee. Interpretation and implementation of the Convention: General compliance issues, SC54 Doc. 35 (2006). Disponível em: <http://www.cites.org/eng/com/sc/54/E54-35.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2011.

[78](#) Resolution Conf. 14.3 — Guide to CITES compliance procedures. Adopted at the 14th Meeting of the Conference of the Parties, 1997, Hague. Disponível em: <http://www.cites.org/eng/res/all/14/E14-03.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2010.

[79](#) Ibidem, par. 04-08.

[80](#) Ibidem, par. 09-14.

[81](#) Ibidem, par. 14.

[82](#) Ibidem, par. 15-20

[83](#) Ibidem, par. 12.

[84](#) Ibidem, par. 29-32.

[85](#) Ibidem, par.33,

[86](#) Ibidem, par. 10.

[87](#) Idem. “Quando a Conferência das Partes decide desempenhar, ela mesma, as tarefas delegadas ao Comitê Permanente, ela segue os mesmos procedimentos” a ele aplicados (tradução livre) (ibidem, par. 11).

[88](#) Ibidem, par. 18.

[89](#) Stokke, O. S., Hovi, J. and Ulfstein. Introduction and Main Findings. In Stokke, O. S., Hovi, J. and Ulfstein, G. *Implementing the Climate Regime: International Compliance*. London: Earthscan, 2005. p. 2.

[90](#) The Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol. In Beyerlin, U.; Stoll, P. T. and Wolfrum, R. *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements: A Dialogue between Practitioners and Academia*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 57.

[91](#) O Comitê de Cumprimento consiste em um plenário, um secretariado, e nos ramos facilitador e coercitivo. O plenário é responsável por tratar de assuntos administrativos e orçamentários trazidos à atenção da Conferência das Partes. O secretariado, por sua vez, aloca questões de implementação previamente identificadas pelos especialistas dos ramos facilitador e coercitivo (Decision 27/CMP.1, *Procedures and mechanisms relating to compliance under the Kyoto Protocol* (“Procedures and mechanisms relating to compliance”). FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3 (2006), section II, par. 2; section III; and section VII, par. 1. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2005/cmp1/eng/08a03.pdf#page=92>. Acesso em: 16 fev. 2011).

[92](#) Ibidem, section I; ver também: Doelle, M. *From Hot Air to Action?: Climate Change, Compliance and the Future of International Environmental Law*. Toronto: Carswell, 2005. p. 57.

[93](#) Klabbers, J. Compliance Procedures. In Bodansky D., Brunnée, J., and Hey, E. *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 999.

[94](#) Kohler, J. V. *Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit*. Genève: Schulthess Médias Juridiques S.A., 2006. p. 126-127.

[95](#) Dessai, S. and Schipper, E. L. The Marrakech Accords to the Kyoto Protocol: analysis and future prospects, *Global Environmental Change*, v. 13, Issue 2, July 2003, p. 149-153, p. 151; Beyerlin et al., *supra* nota 87, p. 53; Kohler, *ibidem*; Wirth, D. A. The sixth session (part two) and seventh session of the conference of the parties to the Framework Convention on Climate Change, *The American Journal of International Law*, 96 (2002), p. 648-660, p. 655.

[96](#) Além dos casos *Trail Smelter e Lac Lanoux*, outros merecem destaque: *Bearing Sea Fur Seals Fisheries Arbitration*, Grã-Bretanha v. Estados Unidos da América. *Moore's International Arbitration* (1893); *The Island Of Palmas Case (Or Miangas)*, Estados Unidos da América v. Países Baixos, Corte Permanente de Arbitragem (1928); *Rainbow Warrior*, Nova Zelândia v. França, 82 *ILR* 500.

[97](#) *Trail Smelter Case*, Arbitration, Estados Unidos v. Canadá, 3 *RIAA* 1907 (1941), p. 1965.

[98](#) *Affaire du lac Lanoux*, Arbitration, Espanha v. França, *Recueil des Sentences Arbitral*, v. XII (1957).

[99](#) SANDS, P. International environmental litigation and its future. 32 *U. Rich. L. Rev.* 1619, [S.1.], 1619-1641, 1999, (SANDS b), p. 1624.

[100](#) SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 960.

[101](#) *Nuclear Tests Case*, Austrália v. França, Corte Internacional de Justiça, Julgamento de 1974.

[102](#) *Nuclear Tests*, Nova Zelândia v. França, Corte Internacional de Justiça, Julgamento de 1974.

[103](#) Em 25 de setembro de 1974, o Ministro de Relações Exteriores francês se endereçou à Assembleia Geral das Nações Unidas fazendo a seguinte declaração: “Nós atingimos um estágio em nossa tecnologia nuclear que torna possível para nós continuar nosso programa por testes subterrâneos e nós temos tomado medidas para atingirmos este objetivo a partir do ano que vem” (tradução livre). *Nuclear Tests Case* (Austrália), *supra* nota 98, par. 36.

[104](#) *Ibidem*, par. 25.

[105](#) *Ibidem*, par. 51.

[106](#) *Ibidem*, par. 62.

[107](#) *Ibidem*, par. 63, na sua íntegra: “uma vez que a Corte haja decidido que determinado Estado assumiu um compromisso concernente a sua conduta futura, não é função da Corte contemplar se ele vai ou não cumpri-lo. Porém, a Corte observa que, se a base de seu julgamento for afetada, o requerente pode requisitar um exame da situação de acordo com provisões do Estatuto; a denúncia pela França, por carta datada de 2 de janeiro de 1974, do Ato Geral para a Solução Pacífica de Disputas Internacionais, na qual a competência no presente caso é baseada, não pode constituir, por si só, obstáculo à apresentação de tal pedido” (tradução livre).

[108](#) *Request for an examination of the situation in accordance with paragraph 63 of the court's judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests*, Nova Zelândia v. França, Corte Internacional de Justiça, Julgamento de 1995 [*Nuclear Tests Case II*].

[109](#) TAYLOR, P. Testing Times for the World Court: Judicial Process and the 1995 French Nuclear Tests Case, *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y*, [S.1.], 199-240, verão de 1997, p. 203.

[110](#) *Nuclear Tests Case II*, *supra* nota 105, par. 304-06.

[111](#) *Ibidem*, par. 420.

[112](#) *Ibidem*, opinião dissidente do Juiz Weeramantry, par. 362.

[113](#) Nesse mesmo sentido, ver, por exemplo: *Southern Bluefin Tuna Case*, Austrália e Nova Zelândia v. Japão, Tribunal Arbitral Jurisdição e Admissibilidade, 4 jun. 2000, p. 98-101.

[114](#) *Legality of the use by a State of nuclear weapons in armed conflict*, Opinião Consultiva, Corte Internacional de Justiça, 1996.

[115](#) *Ibidem*.

[116](#) *Ibidem*, p. 228 (tradução livre).

[117](#) *Ibidem*, p. 27-33

[118](#) Ibidem, opinião dissidente, Juiz Weeramantry, p. 450-475, e opinião dissidente do Juiz Koroma, em particular p. 578.

[119](#) Ao menos sete dos atuais membros da Corte possuem publicações e/ou votos que destacam o direito internacional ambiental: Abdul G. Koroma, Awn Shawkat Al-Khasawneh, Bruno Simma, Antônio A. Cançado Trindade, Abdulqawi Ahmed Yusuf, Xue Hanqin e Joan E. Donoghue.

[120](#) *Case Concening Gab*

ikovo-Nagymaros Project, Hungria v. Eslováquia, Julgamento de 1997.

[121](#) Ibidem, par. 49-59.

[122](#) Ibidem, par. 140-147.

[123](#) DINH, N.; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit International Public*, 7. ed. Paris: LGDJ, 2002. p. 1293-1294.

[124](#) *Press Release 1997/7*, Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=264&pt=1&p1=6&p2=1>. Acesso em: 15 fev. 2011.

[125](#) *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay, Argentina v. Uruguai*, Corte Internacional de Justiça, Pedido de indicação de medidas preliminares, 2006, par. 8.

[126](#) *Pulp Mills Case*, ibidem, Petição Inicial, 4 maio 2006. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/10779.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2011, par. 8 (tradução livre).

[127](#) Estatuto do rio Uruguai. Salto, 26 fev. 1975. UNTS 21425. “Qualquer disputa concernente à interpretação ou aplicação do Tratado [Tratado concernente à Bacia do Rio da Prata e a Fronteira Marítima correspondente] e do Estatuto que não puder ser resolvida por negociações diretas pode ser submetida por qualquer uma das partes à Corte Internacional de Justiça” (tradução livre).

[128](#) *Pulp Mills Case, supra* nota 122, Pedido de indicação de medidas preliminares, par. 75.

[129](#) *Pulp Mills Case, supra* nota 122, Julgamento de 2010, par. 48-52.

[130](#) Ibidem, par. 53-66.

[131](#) Ibidem, par. 160-163.

[132](#) *Pulp Mills Case, supra* nota 122, Julgamento de 2010, Voto Dissidente conjunto dos Juízes Simma e Al-Khasawneh.

[133](#) *Pulp Mills Case, supra* nota 122, Julgamento de 2010, par. 80-122.

[134](#) Ibidem, par. 170-177.

[135](#) Ibidem, par. 181-186.

[136](#) Ibidem, par. 190-219.

[137](#) Ibidem, par. 282(2).

[138](#) Ibidem, par. 190-219.

[139](#) *Pulp Mills Case, supra* nota 122, Julgamento de 2010, Opinião Separada do Juiz Cançado Trindade.

[140](#) Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá). Bogotá, 30 abr. 1948, em vigor 6 maio 1949. Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 57.785, de 11 de fevereiro de 1966, art. XXXI.

[141](#) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991, art. 32.

[142](#) *Case concerning Aerial Herbicide Spraying*, Equador v. Colômbia, Corte Internacional de Justiça, Petição Inicial, 2008. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14474.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

[143](#) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, *supra* nota 138.

[144](#) *Case concerning Aerial Herbicide Spraying*, *supra* nota 139, Ordem de 30 maio 2008.

[145](#) Estatuto da Corte Internacional de Justiça. São Francisco, 26. jun. 1945, em vigor 24 out. 1945, 33 U.N.T.S. 331. Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 19.184, de 22 de outubro de 1945, art. 36.2. Ambos os países realizaram declarações consoantes com o artigo — a Austrália, em março de 2002, e o Japão, em julho de 2007.

[146](#) *Whaling in the Antarctic*, Austrália v. Japão, Corte Internacional de Justiça, Petição Inicial, 31 maio 2010.

[147](#) Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia. Washington, D.C., 2 dez. 1946, em vigor 10 nov. 1948. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 73.497, de 17 de janeiro de 1974, arts. 10 (e) e 7 (b) do anexo.

[148](#) CITES, *supra* nota 71, art. I e art. III (5).

[149](#) Convenção sobre Diversidade Biológica, *supra* nota 5, arts. 3, 5 e 10 (b).

[150](#) Ver, por exemplo, quanto à jurisdição: *East Timor case*, Portugal v. Austrália, Corte Internacional de Justiça. Julgamento de 30 jun. 1995; quanto à admissibilidade: *South West Africa*, Libéria e Etiópia v. África do Sul, Corte Internacional de Justiça, Julgamento de 18 jul. 1966.

[151](#) E.g., os Juízes Weeramantry e Cançado Trindade.

[152](#) MURPHY, S. Does the World need a new International Environmental Court? 32 *Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ.* 333, [S.I.], 333-349, 2000, p. 343.

[153](#) POSTIGLIONE, A. Instruments for the Resolution of Environmental Disputes at the Global Level. In *Towards the World governing of the environment* 34, 1996 apud SANDS b, *supra* nota 96, p. 1636; HINDE, S. The international environmental court: its broad jurisdiction as a possible fatal flaw. 32 *Hofstra L. Rev.* 727, [S.I.], 727-757, 2003, p. 727.

[154](#) MURPHY, *supra* nota 149, p. 346; HINDE, *supra* nota 150, p. 735.

[155](#) SANDS, *supra* nota 96, p. 1626.

[156](#) SANDS, P. The International Court of Justice and the European Court of Justice. In WERKSMAN, Jacob. *Greening International Institutions*, 1996, at 219-35, p. 227 apud SANDS, *supra* nota 96, p. 1626.

[157](#) Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Montego Bay, 10 dez. 1982, em vigor 16 nov. 1994. 21 ILM 1261 (1982). Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Anexo VI: Estatuto do Tribunal Internacional do Mar, art. 20. “1. Os Estados-Partes terão acesso ao Tribunal. 2. As entidades distintas dos Estados-Partes terão acesso ao Tribunal, em qualquer dos casos expressamente previstos na Parte

XI ou em qualquer questão submetida nos termos de qualquer outro acordo que confira ao Tribunal jurisdição que seja aceita por todas as partes na questão”.

[158](#) Convenção, Regulamentos e Regras do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos. 18 mar. 1965, em vigor 14 out. 1966. Capítulo II, art. 25, par. 1. “A jurisdição deste centro deve ser estendida a qualquer disputa legal emanada diretamente de um investimento, entre um Estado-Parte (ou qualquer subdivisão constitutiva ou agência de um Estado-Parte designada ao Centro por aquele Estado) e um nacional de outro Estado-Parte que as partes da disputa concordem, por escrito, em submeter ao centro. Quando as partes tiverem dado o seu consentimento, nenhuma delas pode retirar seu consentimento unilateralmente” (tradução livre).

[159](#) MURPHY, *supra* nota 149, p. 344.

[160](#) MURPHY, *supra* nota 149, p. 344; SANDS, *supra* nota 96, p. 1638.

[161](#) INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE SECRETARIAT, *Climate Change 2007: The Physical Science Basis Summary for Policymakers*, fev. 2007. Disponível em: <http://www.pnud.cl/recientes/IPCC-Report.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2011.

[162](#) STERN, N. *The Economics of Climate Change: Report to the Prime Minister and Chancellor to the Exchequer*, UK 2006. Disponível em: www.hm-treasury.gov.uk/independent_reviews/stern_review_economics_climate_change/stern_review_report.cfm. Acesso em: 16 fev. 2011.

REFLEXÕES FINAIS ACERCA DA PROLIFERAÇÃO DE CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

BÁRBARA DA COSTA PINTO OLIVEIRA¹

“Nenhum homem é uma ilha, isolado em si mesmo; todo homem é um pedaço do continente, uma parte da terra firme.” John Donne, in “Meditação 17” (trad. livre)

1. UMA VISÃO PANORÂMICA

A presente obra, ambiciosa e extensa em seu escopo, visou a apresentar as diferentes cortes e tribunais internacionais que integram a constelação do sistema internacional de solução de controvérsias e seu impacto sobre o direito internacional.

Como foi possível perceber, tais cortes e tribunais, apesar de diferentes no seu âmbito de atuação e, portanto, no escopo de regras materiais que interpretam, apresentam muitas similitudes no que tange às regras processuais, pois todos os órgãos se regem por sistemas que preveem o direito de defesa, o amplo contraditório, a produção de provas lícitas, a escolha de juízes baseando-se em critérios de reputação ilibada e conhecimento da matéria em questão etc. A maioria trabalha em sede única, sem possibilidade de apelo recursal — a não ser por nulidade da decisão —, alguns permitem a participação de *amici curiae* e vários a participação de terceiras partes, variando-se os procedimentos aqui e ali, dependendo da

matéria que julga o órgão, se direitos humanos, regras de comércio internacional, direito penal etc.

Lembremos, sobretudo, que tais tribunais e cortes têm algo de essencial em comum: os Estados que os constituíram e que os imbuíram de legitimidade. Se oscilando entre tradições de *Common Law* ou sistema romano de leis, tais Estados são únicos e se repetem nos foros diversos. Com exceção dos tribunais regionais, que têm atuação espacial — e, portanto, subjetiva — mais limitada, os demais foros internacionais de atuação global têm como Partes potenciais os mesmos membros.

O que diferencia, então, uma corte da outra, se os membros são os mesmos e as regras processuais — praticamente — também? Obviamente, os instrumentos que os instituíram e lhes deram mandato de atuação são diversos, assim como sua competência material, isso é, a causa de pedir, pois senão seria um flagrante caso de *overlapping* de jurisdição, isto é, de jurisdições concorrentes e, pior, de ampla perda de recursos financeiros e energia em âmbito internacional.

Assim é que na constelação de cortes e tribunais internacionais, todos têm seu papel, nem a todo momento muito bem definido, como se pôde depreender da atuação da Corte Internacional de Justiça nos últimos 20 anos, quando sua legitimidade foi posta à prova assim como a sua sobrevivência em um mundo de crescente especialização jurisdicional. Além disso, apesar de não haver *stare decisis*, há uma clara questão de precedência, isto é, os que vieram primeiro são invariavelmente honrados. Enquanto a CIJ baseia-se ainda hoje nas decisões da CPJI, os Painéis e Órgão de Apelação não raro referem-se à jurisprudência do GATT 1947 e sempre recorrem a decisões anteriores adotadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. O TPI, por sua vez, encontrará muito dos princípios de direito internacional penal interpretado pelos Tribunais Penais para a Antiga Iugoslávia, da Ruanda e de Serra Leoa. Se ele irá aproveitar-se disso é uma pergunta que somente a evolução jurisprudencial do TPI poderá responder. É fundamental lembrar que não são necessariamente — ou apenas — as decisões proferidas por tais tribunais, mas sim o raciocínio jurídico de tais decisões que geralmente modificam o estado da ordem jurídica internacional, devido à sua amplitude e generalidade. Os fundamentos das decisões são muitas vezes citados posteriormente por Estados para justificar sua conduta,

desenvolvidos por acadêmicos, replicados em novas petições e reinterpretados pelas cortes e tribunais em novos casos.

Há grande debate entre os acadêmicos e também entre os que praticam o direito internacional a respeito de se essa constelação de Cortes e Tribunais Internacionais não estaria causando uma fragmentação do sistema normativo internacional². Enquanto alguns se mostram excessivamente céticos quanto a essa multiplicação de órgãos e instituições e identificam claramente a possibilidade de fragmentação de normas — ou pelo menos de contradições na sua interpretação³ —, outros acreditam que os receios externados por alguns são exagerados e que a prática demonstra uma coerência intrínseca na atuação desses mesmos órgãos⁴. Outros ainda acreditam ser positiva essa multiplicação de instituições, pois que fundada na especialidade, e que a diversidade implica melhora para o sistema como um todo⁵. Importaria, portanto, incentivar o diálogo e compartilhamento de experiências entre essas várias instituições de modo a manter-se uma “unidade dentro da diversidade”⁶, baseada na integração e não na uniformidade. De fato, a multiplicidade de tribunais permitiria o desenvolvimento criativo e interativo do direito, através do diálogo entre tais tribunais⁷. Finalmente, há ainda alguns que acreditam que a diversidade de cortes e tribunais é uma expressão institucional de pluralismo político internacional⁸.

Quando o movimento de institucionalização da solução internacional de controvérsias iniciou-se, o sistema jurídico internacional era baseado, sobretudo, em regras de natureza negativa, isso é “o que não é proibido é permitido” pois o nível de ingerência na soberania dos Estados era mínimo, o mínimo suficiente para evitar a guerra e promover as relações e alianças pacíficas entre tais Estados. Tais regras que regiam as relações internacionais naquele momento eram, essencialmente, regras formais, e não necessariamente de conduta. As relações entre Estados eram marcadamente bilaterais, ou entre no máximo três partes, e raramente multilaterais. Lembremos que houve primeiramente a proibição do uso da força, com o Pacto de Briand Kellog, para posteriormente vir a proibição da guerra, com a Carta das Nações Unidas de 1947.

Então, em um segundo momento, houve uma mudança de paradigma, e as regras internacionais passaram a prescrever condutas e a existir nos mais

diversos campos do direito. Poder-se-ia dizer que houve uma transição progressiva rumo ao paradigma de direito público, isso é, “o que não é permitido é proibido”. As relações internacionais passaram a ser notadamente multilaterais e o direito internacional escrito embrenhou-se por campos jamais universalmente formalizados: relações comerciais multilaterais, regulação econômica internacional, relações consulares, regras sobre formação e interpretação de tratados, direitos humanos, entre outros. Esse movimento se deu principalmente no pós 2ª Guerra Mundial, quando houve uma avalanche de tratados, convenções e declarações — de natureza claramente multilateral — sendo aprovados e ratificados, nos diversos países, incluindo também a participação dos novos Estados que surgiam no processo de descolonização. Também uma multiplicação de atores atuando na esfera internacional pôde ser notada, incluindo-se aí entidades privadas, além de uma complexificação da vida social. Assim, as relações de poder dão lugar, ainda que parcialmente, às relações jurídicas no âmbito internacional, e Estados anteriormente massacrados pelo desbalanço de poder encontram guarida em regras jurídicas que trazem maior transparência e previsibilidade ao sistema internacional e protegem, finalmente, os mais fracos.

Esse alastramento de normas materiais em direito internacional, em temas de natureza multilateral ou para áreas que anteriormente estavam sob a responsabilidade exclusiva de ordens jurídicas domésticas, pode ser visto como a causa principal para o surgimento de novas entidades, agora mais especializadas, para a resolução de conflitos internacionais. Uma vez criadas as regras e as organizações internacionais que as executam e implementam, órgãos jurisdicionais surgem para interpretar e dar sustentação ao que foi criado, fortalecendo e dando credibilidade à criação.

Conforme visto anteriormente, as Conferências de Haia de 1899 e 1907, e o surgimento da Corte Permanente de Arbitragem, primeiro órgão permanente de solução de controvérsias criado em direito internacional, não tinham como objetivo principal resolver disputas, mas sim evitar a guerra. Esse movimento do início do século XX foi basicamente eurocêntrico, tendo em vista que, naquele momento, o direito internacional era basicamente todo costumeiro e a existência de uma corte internacional passou a ser vista como peça fundamental na manutenção de uma ordem internacional. Enquanto no

primeiro momento a preocupação principal era evitar a guerra, dado o terrível século XIX que vinha de terminar, percebe-se que paulatinamente os países passaram a envolver-se em discussões de desarmamento e solução pacífica de conflitos. Traço interessante disso é a menção na primeira Convenção de Haia (1899) de que o pedido de interseção de um órgão jurisdicional para a resolução de conflitos não deveria ser visto como ato hostil (artigo 27). Nesse momento, obviamente, era muito normal resolver conflitos por meios políticos ou através de mediação de terceiros com caráter político, como, por exemplo, de um Papa ou um terceiro Estado que tivesse boas relações com as duas partes em disputa.

Portanto, juntamente com a transformação do direito internacional de normas costumeiras para um corpo normativo escrito, o qual trouxe maior previsibilidade e confiança, houve o desenvolvimento de entidades jurisdicionais ou quase jurisdicionais para interpretar tais normas internacionais escritas na resolução de conflitos concretos em torno da aplicação de tais normas. Hoje em dia, há várias situações de adjudicação compulsória de disputas com base em tratados, como cláusula arbitral para arbitragem *ad hoc* em caso de disputa sobre obrigações e direitos dali derivados; menção à solução de controvérsias via ICSID em Tratados Bilaterais de Investimento; solução de disputas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em controvérsias que digam respeito à interpretação dos acordos da OMC, e aceitação da jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça por cláusula voluntária de jurisdição compulsória ou por disposição convencional, por exemplo.

2. SURGIMENTO DE VÁRIOS TRIBUNAIS: FRAGMENTAÇÃO OU ESPECIALIZAÇÃO?⁹

O debate sobre a fragmentação do direito internacional devido à existência de inúmeras cortes e tribunais internacionais foi abraçado até mesmo pela International Law Commission (ILC), órgão da ONU estabelecido para trabalhar no progressivo desenvolvimento e codificação do direito internacional, o qual se dedicou à discussão dessa questão em suas sessões¹⁰. Observada principalmente sob o prisma da aplicação concomitante de normas em virtude do artigo 31.3 (c) da Convenção de Viena sobre Tratados¹¹, a interpretação de tratados sucessivos no tempo e o

caso de reservas bilaterais a instrumentos multilaterais, a ILC também discutiu a questão dos *self-contained regimes* em direito internacional e das normas internacionais de aplicação regional.

Um regime é definido na doutrina das Relações Internacionais como um “conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos para a tomada de decisão, implícitos ou explícitos, em torno dos quais as expectativas dos atores convergem em uma dada área das relações internacionais (e o qual pode contribuir para coordenar seus comportamentos)”¹². É realmente um campo de especialização funcional ou orientação teleológica no sentido de que regras e técnicas especiais de interpretação e administração aplicar-se-iam¹³.

A idéia de *self-contained regimes* ou, na tradução livre para o português, regimes autocontidos, remete-se a 1970 quando o Rapporteur Especial Riphagen, ao discutir normas internacionais de responsabilidade dos Estados perante a International Law Commission, notou ser necessário categorizar as normas primárias (as quais criam obrigações e direitos) de forma a determinar as consequências legais de sua violação e formular categorias de tais consequências legais (as quais se diferenciam em seu conteúdo, forma e grau de responsabilidade)¹⁴.

Essas diferentes categorias de consequências legais poderiam formar regimes especiais, através de cláusulas de escape (derrogação), as quais transformariam as consequências jurídicas gerais (ou “normalmente aplicáveis”) em um corpo de normas residual¹⁵, isto é, um conjunto normativo que somente teria aplicação de forma subsidiária.

Isso foi também o que afirmou a CIJ no caso *US Hostages*, quando sustentou que o direito diplomático prevê os meios necessários de defesa contra atividades ilícitas por membros de missões diplomáticas ou consulares, assim como sanção pela violação de regras, como um regime autocontido inteiramente eficaz¹⁶.

Regimes autocontidos são, portanto, uma combinação de normas primárias e secundárias, obviamente pertencentes ao direito internacional, mas excluindo algumas normas gerais de direito internacional¹⁷. Há, portanto, uma ordem jurídica internacional, o sistema, e as diferentes áreas de especialização, existindo com seus princípios informativos e dentro do

contexto do sistema, o qual lhes dá legitimidade e os faz “jurídicos”. Por essa razão, não é possível falar de regimes normativos “autocontidos” como sistemas herméticos alienados de todas as fontes de direito internacional¹⁸.

Fragmentação¹⁹, como fenômeno, tem lugar porque os Estados, por seu consentimento²⁰, podem vincular-se a tantas normas internacionais quanto considerem convenientes, em uma diversidade de áreas²¹ as quais frequentemente prescrevem obrigações e direitos incoerentes. A falta de um legislador central, um aspecto da natureza consensual estatal do direito internacional, contribui para a fragmentação. Por outro lado, devido à diversidade de interesses dos Estados, a criação de regimes especiais, com suas instituições e jurisdições correspondentes, é uma forma de fazer o direito internacional possível, pois que promove o respeito à diversidade de agendas. Encontrar a coerência nessa ordem jurídica internacional é o desafio a ser enfrentado presentemente²². Tendo em vista que são os Estados²³ que criam o direito e que se sujeitam a ele, o direito internacional é um direito de coordenação, ao invés de um direito de subordinação²⁴.

3. A COMPLEMENTARIDADE DENTRO DO SISTEMA DE CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Dupuy e Romano definem um sistema como um grupo de itens que interage regularmente ou é interdependente, formando um todo único²⁵. Romano ainda acrescenta que um sistema é um grupo de elementos funcionalmente relacionados, mas que não poderia conceituar o sistema internacional de cortes e tribunais como um sistema efetivamente porque cada instituição é contida em si mesma (*self-contained*) e contém seu próprio conjunto normativo. Entretanto, conforme anteriormente afirmado, a autora acredita na existência de um sistema, pelos mesmos fundamentos apresentados por Abi-Saab mais adiante, conquanto é necessário lembrar que todas as instituições têm um poder jurisdicional derivado dos mesmos Estados, os quais compõem a comunidade internacional. Além disso, todos esses conjuntos normativos estão sujeitos a regras *jus cogens* comuns de direito internacional e princípios gerais de direito, além de demais regras de direito internacional geral que obrigam tais Estados no campo de suas relações internacionais.

“Fragmentação” é uma expressão que, em nossa opinião e em relação ao tema sob análise, tem como contrapartida não “unidade” mas sim “coerência”. Não é possível falar em uniformidade de regras e práticas jurídicas, ou uniformização do direito internacional, mas é absolutamente possível falar em coerência, pois não é porque os regimes jurídicos que regem cada corte ou tribunal, ou o direito que estes interpretam, são (parcialmente ou bastante) diferentes que seus princípios norteadores não sejam semelhantes ou afins. A validade de cada uma dessas cortes reside no Direito Internacional, no corpo de princípios e normas internacionais que regem as relações entre os Estados e demais entes com personalidade jurídica internacional. Isto é, nenhuma corte ou tribunal existe isoladamente, e as normas e princípios gerais de direito internacional dão legitimidade a tais cortes e tribunais, integrando-os em um sistema.

O respeito por uma dada instituição “judicial” internacional baseia-se na percepção que se tem de ela ser justa com relação ao direito material que aplica, de seus juízes serem independentes e imparciais, e a qualidade e competência dos julgamentos por ela proferidos. Ainda assim, a adjudicação não é a melhor solução para todos os casos, pois que através dos meios políticos ou diplomáticos de solução de controvérsias os Estados retêm um nível bem maior de controle sobre o processo — e muitas vezes sobre seu resultado, dependendo do (des)equilíbrio de forças no caso em questão. As arbitragens *ad hoc*, que precederam a atual tendência de instituições permanentes ou quase permanentes, eram e ainda são mais centradas na questão a ser resolvida que no impacto de suas decisões sobre o sistema e seu desenvolvimento. Dessa forma, a criação de um tribunal internacional permanente veio a brindar o sistema com maior previsibilidade de procedimentos e com a possibilidade de uma interpretação evolutiva das regras, a partir do histórico jurisprudencial da própria corte em questão e da evolução dos casos e situações fáticas. Entretanto, a CIJ atua na mesma linha das antigas arbitragens *ad hoc* ao se dizer focada no problema, ou questão em tela, e não na evolução do processo de desenvolvimento do direito internacional. Em realidade, ao decidir focar na questão sob análise, a Corte Internacional de Justiça, por ser foro universal, acaba, sim, por impactar o sistema de regras e por “criar” direito internacional no processo, tendo em vista o fato de que as regras internacionais ainda se baseiam fortemente no

costume e têm forte componente de *common law*, isso é, de respeito aos precedentes como fato gerador de expectativas legítimas das partes.

Portanto, os princípios norteadores que regem tais cortes e tribunais mantêm o sistema agregado, o que nem sempre significa que tais princípios serão entendidos e interpretados da mesma maneira, mas sim de forma semelhante. O que ocorre, assim, é uma divisão de trabalho entre os diferentes órgãos jurisdicionais, baseada no critério da especialização, sobretudo, *rationae materiae*.

Uma maneira de ver, portanto, a questão da diversificação — ou proliferação — de cortes e tribunais internacionais é vê-las como diferentes faces da mesma moeda, ou imagens de diferentes momentos, estágios ou movimentos, parte de um mesmo *continuum*²⁶. O que Abi-Saab argumenta, fazendo um paralelo com os sistemas jurídicos domésticos, é que existe no direito uma unidade no pensamento jurídico e uma diversidade de sistemas legais, assim como uma unidade dentro de cada sistema legal acompanhada de uma multiplicidade de tribunais, da mesma maneira em que há uma diversidade de tribunais e uma unidade no sistema judicial.

O autor elucida que entre todos os “habitantes da Terra” existe uma convergência de ideias sobre direito. Ressalta, todavia, que ao mesmo tempo existe uma diversidade de sistemas legais. Por outro lado, cada sistema legal gera e aplica normas de maneira diferente, obtém resultados diferentes, mas tais normas e procedimentos encontram legitimidade no fato de pertencerem ao sistema legal em questão. Paralelamente, dentro de cada sistema jurídico existe uma multiplicidade de cortes e tribunais, encarregados de implementar e aplicar o direito. O que tais tribunais têm em comum é que, apesar da sua diversidade, eles pertencem ao mesmo sistema legal e sua legitimidade deriva deste. Em conjunto, as cortes e os tribunais exercem, dentro de cada sistema em particular, a “função judicial” e constituem o que é comumente chamado de “sistema judiciário”²⁷. Assim, a função judicial poderia ser vista como o fundamento para dizermos que existe um sistema internacional de cortes e tribunais internacionais, ainda que *a priori* esse sistema não seja judiciário, por não haver hierarquia entre as instituições nem integração horizontal entre as mesmas, argumento confirmado por Abi-Saab.

O grande avanço e desenvolvimento do direito internacional nas últimas décadas refletiu-se na grande densidade, complexidade e diversidade

normativa e resultou conseqüentemente na multiplicação de mecanismos específicos para a implementação dessas normas, incluindo-se aí os tribunais internacionais. Nesse contexto, Abi-Saab apresenta seu grande postulado: “A cada nível de densidade normativa corresponde um nível de densidade institucional necessário para sustentar tais normas”. Em outras palavras, nessas circunstâncias, a multiplicação de tribunais específicos é, por si só, um fenômeno saudável²⁸. O autor faz assim uma comparação entre especialização funcional da divisão de trabalho e multiplicidade de cortes e tribunais internacionais. Quanto maior for a divisão de trabalho e especialização, maior a necessidade da preservação da unidade do todo. No sistema legal, quem exerce essa função de preservar a unidade são os princípios gerais que sustentam o conjunto normativo²⁹. Foi, assim, a complexidade do sistema que gerou a especialização jurisdicional, de forma a acomodar a especialização de normas materiais.

Um dos principais problemas do sistema internacional de cortes e tribunais internacionais discutidos entre os doutrinadores é possivelmente a falta de hierarquia institucional. Refletindo, talvez exista realmente a necessidade de formular regras ou princípios mais claros sobre competência concorrente e *forum shopping*. Em contrapartida, uma das propostas acadêmicas para trazer maior unidade ao sistema judicial internacional consubstancia-se no alargamento da competência da Corte Internacional de Justiça para decidir também conflitos de competência entre tribunais internacionais e/ou a sua extensão para exercer também o papel de Tribunal Supremo, uma última instância recursal em direito internacional processual com função, também “vinculante”, de criar orientações que guiem a interpretação das normas internacionais. Isso é bastante controverso na doutrina pois, se o objetivo de qualquer meio de solução de controvérsias é colocar um fim à disputa, tal mecanismo não necessariamente estaria contribuindo para isso.

Parece claro para alguns autores que a comunidade internacional não vai e não pode estabelecer qualquer tipo de hierarquia entre tribunais internacionais de modo a colocar a CIJ ou qualquer outro tribunal em um “nível superior” em direito internacional, como “Supreme Court of International Law”³⁰. Charney, por exemplo, argumenta que há uma falta de interesse da comunidade internacional em fortalecer a CIJ de modo que

possa servir como uma “Corte Suprema Internacional”. Percebe-se, ao contrário, um contínuo apoio internacional para com a variedade de tribunais internacionais, o que ficou claramente demonstrado no enorme suporte dado ao estabelecimento do Tribunal Penal Internacional na Conferência de Roma de 1998³¹. Um lado positivo da multiplicidade de tribunais internacionais é que permite vários níveis de experimentação e exploração, gerando o progresso do direito internacional. Ele afirma ainda que uma estrutura hierárquica muito rigorosa para as decisões internacionais poderia gerar consequências indesejáveis de cerceamento do desenvolvimento do direito internacional geral e de direito especializado em algumas áreas³².

O autor ainda discute que, na prática, os diferentes tribunais internacionais do fim do século XX compartilham pontos de vista relativamente coerentes de doutrina do direito internacional em áreas fundamentais como fontes do direito internacional, responsabilidade internacional dos estados, compensação, exaustão de recursos internos, nacionalismo e delimitações de fronteiras marítimas. Mesmo que diferenças existam, tais tribunais estão claramente engajados na mesma dialética. Os fundamentos do direito internacional permanecem os mesmos independentemente de qual tribunal decide o caso. Não haveria, portanto, o que motivar a instituição de um tribunal de apelação internacional, ou uma corte para decidir conflitos entre tribunais e, assim, fundamentos para alargar a competência da CIJ não subsistiriam³³.

Por outro lado, Dupuy, ainda que afirme o risco de fragmentação que uma multiplicação institucional traz, reconhece que o estabelecimento de novas jurisdições e sistemas de controle aumenta a eficiência na medida em que auxilia na implementação de obrigações e gera um sistema de interpretação de normas mais refinado e preciso. A multiplicação de jurisdições, afirma ele, alarga o escopo da *justiciability* (possibilidade de decidir jurisdicionalmente as questões) das disputas internacionais, um fator que por diversas vezes tem sido citado por doutrinadores como decisivo para apreciação do valor, se não mesmo a existência, de qualquer sistema jurídico³⁴.

O ponto de vista preponderante, expressado por doutrinadores como Charney, Dupuy e Abi-Saab, é o de que, quaisquer que sejam os perigos de uma proliferação não hierárquica de Cortes e Tribunais internacionais, esse

tem sido o único meio, e talvez um meio bastante positivo, de alargar a solução de disputas internacionais por métodos jurídicos com decisão via uma terceira parte julgadora. Isso por sua vez é considerado como uma imensa contribuição para tornar mais disputas efetivamente passíveis de decisão jurisdicional e para aprofundar o conjunto de pronunciamentos vinculantes³⁵ em direito internacional — ao que parece, o melhor caminho para guiar os atores de direito internacional e para tornar futuras decisões mais previsíveis³⁶.

Abi-Saab conclui, por sua vez, que seria absolutamente possível haver um sistema judiciário mesmo não havendo um “poder judicial” central e com uma jurisdição em última instância consensual³⁷. Podemos concluir que o que permite a esse sistema judiciário existir é a teia que envolve todos os seus órgãos, qual seja o tecido do direito internacional que lhes dá fundamento e legitimidade.

A CIJ deve de fato exercer o seu papel central e agir como uma “corte superior” — e não suprema — em um sistema legal que não provê uma hierarquia formal pelo simples fato de ser a mais antiga dentre as cortes permanentes³⁸ e a única que é provida de competência material e jurisdição universais. Ela tem poderes para analisar praticamente todos os fatos de um caso e a única com poderes para emitir opiniões consultivas para a ONU e seus órgãos subsidiários.

Apresentamos a seguir um quadro sinótico dos riscos e oportunidades elencados por juristas e doutrinadores no que tange à proliferação das cortes e tribunais internacionais.

Quadro 1: Vantagens e Desvantagens de uma diversidade de cortes e tribunais internacionais no sistema internacional

Vantagens e Oportunidades	Desvantagens e Riscos
<ul style="list-style-type: none"> • Cortes Internacionais promovem o direito: maior legitimidade das decisões que decisões <i>ad hoc</i> • Instrumentos para a comunidade e desenvolvimento do direito internacional, não apenas para as partes • <i>Forum shopping</i> • Aumento de solução de controvérsias com participação de terceiras partes • Mais disputas decididas efetivamente na prática • Aprofundamento do conjunto de declarações vinculantes em direito internacional • Mais cortes significam mais questões sendo resolvidas com fundamento no direito internacional, o que pode levar os Estados a serem mais cumpridores das normas 	<ul style="list-style-type: none"> • Arranjos horizontais sem hierarquia e estruturas formais entre as instituições • <i>Forum shopping</i> • Falta de regras para lidar com jurisdição concorrente • Tribunais especializados têm sua própria agenda que poderia desviá-los do direito internacional a qualquer momento • Possibilidade de desbalanço na representação de interesses das Partes quando da eleição de um foro • Necessidade de uma vontade coletiva para que haja coerência • Ilusão de subsistemas completamente autônomos
<ul style="list-style-type: none"> • Permite a experimentação e exploração que pode levar ao desenvolvimento do direito internacional • Cortes mais corajosas (em relação à não deferência aos Estados) levando as demais adiante • Experiências quantitativas mas também qualitativas, pois que a natureza e competência dos órgãos jurisdicionais modificou-se: partes 	<ul style="list-style-type: none"> • Ignorância dos princípios de direito internacional básicos (a exemplo da Corte Europeia de Justiça em seus primeiros 10 anos de vida)

Conforme afirmado nas regiões, dessa conclusão, enquanto se discute a coerência do sistema e a relação entre as cortes e tribunais especializados e o direito internacional, ressaltamos que cada uma dessas instituições é parte do sistema internacional de normas e não poderia existir fora dele. Em comum existe o fato de que cada uma dessas instituições decide casos com base no direito; tem membros; possui tratado e/ou estatuto constituinte de natureza internacional (e independente de uma ordem jurídica doméstica); com órgãos permanentes; orçamento anual e podendo operar em nome próprio com mandato próprio, todas estas características de instituições internacionais que nada mais são que um produto do direito internacional. E então, no que um tribunal reconhece a existência do outro, e seu lugar na constelação, a ideia de um sistema pode ter lugar.

É o direito internacional que permite a existência de regimes especializados que contêm normas de conduta para os Estados (regras primárias) e que algumas vezes excluem expressamente a aplicação de certas normas internacionais (regras secundárias) em relação a formas de lidar com violação das normas contidas no regime (critério da *Lex specialis*)³⁹. Tais regimes desenvolvem normas secundárias que refinam e adaptam o direito internacional geral à realidade desejada e geram as instituições correspondentes.

Tais normas são, portanto, *lex specialis* com relação ao direito internacional geral. A aplicação daquelas em detrimento deste não gera, *per se*, uma ausência de hierarquia em direito internacional. As normas gerais de direito internacional não deixam de existir, mas sim continuam a ter efeito como pano de fundo, pois que o ramo especializado continua a receber seu poder cogente através das normas e princípios que se aplicam fora dele⁴⁰. O direito internacional não precisa ser incorporado para ter efeito nas cortes e tribunais especializados. Ao contrário, tudo o que não é expressamente derogado aplica-se tacitamente⁴¹.

A proliferação de instituições cria um sistema jurídico internacional sofisticado e abre aos Estados a possibilidade de escolher o foro mais apropriado para resolver uma disputa surgida entre eles, o que finalmente é uma questão política. Há situações mesmo em que dois Estados preferem a arbitragem *ad hoc* em detrimento de solução de controvérsias por uma corte permanente em função de critérios como a natureza da disputa, a

possibilidade de escolher os juízes ou a forma de eleição dos mesmos, os custos relacionados⁴², a possibilidade de reter representação privada (advogados), a duração dos procedimentos e sua privacidade e transparência⁴³, o direito aplicável (tanto processual quanto substantivo), o processo de deliberação dos juízes internacionais, os critérios de admissibilidade de disputas, a competência da dita corte ou tribunal (*ratione temporis, materiae, loci*), a possibilidade de intervenção de terceiros⁴⁴, a abertura aos novos atores (recebimento de *briefs amici curiae*)⁴⁵, a previsão de medidas cautelares⁴⁶, princípios que norteiam a apresentação de evidências e provas, os poderes do tribunal para conferir decisões e os mecanismos de reparação disponíveis (*restitutio in integrum*, compensação, decisões retroativas), possibilidade de apelação ou revisão da decisão⁴⁷, possibilidade de assistência judiciária, e autonomia da instituição.

Assim é que, se as cortes ou tribunais internacionais são, para alguns, ilhas na imensidão do universo que são as relações internacionais, o direito internacional vai ser sempre o mar no qual se inserem tais ilhas e que banha suas areias e as torna próximas. A diversidade aumenta a capacidade dos Estados de resolverem suas disputas pacificamente, em vez de diminuí-la, e contribui para a governança internacional e para a manutenção da paz e a concretização dos princípios preconizados na Carta das Nações Unidas.

¹ Doutora em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional (Honours) pela Universidade de Londres, Reino Unido. Prêmio Cheng Cheng Nan em Direito Internacional (University College London). Ex-Assessora Jurídica na Organização Mundial do Comércio, Genebra. Ex-Assessora de Assuntos Econômicos da UNCTAD, Genebra. Sócia Fundadora da Ecosynergy — Consultoria em Gestão e Capacitação em Sustentabilidade.

² Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle. 31 *NYUJILP*, 1999. BOYLE, A. and CHINKIN, C. *The Making of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

- [3](#) DUPUY, P. M. The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice. Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle. 31 *NYUJILP*, 1999, p. 791-808.
- [4](#) ABI-SAAB, G. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks. Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle. 31 *NYUJILP*, 1999, p. 919-934. CHARNEY, J. The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals. Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle. 31 *NYUJILP*, 1999, p. 697-708.
- [5](#) SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-Fertilization of International Law, 1 *YHRDLJ*, 1998.
- [6](#) ABI-SAAB, G., op.cit., 1999.
- [7](#) KINSBURY, B. Forework: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem? Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle. 31 *NYUJILP*, 1999, p. 679-696, p. 682.
- [8](#) KOSKENNIEMI, M. e LEINO, P. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. 15 *LJIL*, 2002, p. 553–579.
- [9](#) Essa seção é parcialmente baseada na Dissertação de Mestrado da autora apresentada na University College London, Reino Unido, julho de 2005. OLIVEIRA, B., *The Relation between WTO Law and Public International Law: The Applicable Law in Dispute Settlement at the WTO*. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=903052>.
- [10](#) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report on the work of its fifty-fifth session, 5 May to 6 June and 7 July to 8 August 2003, *Supplement n. 10 (A/58/1)*, p. 267. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report on the work of its fifty sixth session, 3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2004, *Supplement n. 10 (A/59/10)*, p. 281.
- [11](#) VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES, *United Nations Treaty Series*, v. 1155, p. 331. Artigo 31. Regra geral de Interpretação: (3) Será levado em conta, juntamente com o contexto (...) (c) qualquer regra pertinente de Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes.
- [12](#) KRASNER, S. Structural causes and regime consequences: regimes as interve-ning variables, p. 2. In KRASNER, S. *International Regimes*, Cornell University Press, 1983 (tradução livre).
- [13](#) ILC 2004 Report, par. 316. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, par. 24, 27, 34, 37 e 51.
- [14](#) INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Preliminary Report, *YILC* 1980, v. 2, part 1, p. 107; Third Report, *UN Doc. A/CN.4/354*. Veja ainda SIMMA, B. Self-Contained Regimes, 1985, *NYIL*, p. 111.
- [15](#) SIMMA, B., op.cit., 1985, p. 114.
- [16](#) United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, p. 38-40.

[17](#) KUYPER, P. J. The Law of the GATT as a Special Field of International Law, 25 *NYIL*, 1994, p. 227.

[18](#) Importante notar que uma norma nunca é geral ou especial em abstrato, mas sempre em relação a alguma outra norma. É necessário fazer uma análise sistêmica para determinar o *status* de uma regra. ILC 2004 Report, par. 304.

[19](#) Fragmentação, como um fenômeno, apresenta tanto um aspecto institucional — diversificação de cortes e tribunais internacionais — quanto substantivo — multiplicação de regimes jurídicos e possível conflito ou contradição normativa. É importante lembrar que o princípio geral de direito que se aplica é o da presunção de não conflito de normas internacionais de mesma hierarquia (isto é, todas, com exceção de *ius cogens* que é de categoria superior) pois todas as normas em vigor aplicam-se concomitantemente ao sujeito de direito internacional, ou seja, um conflito normativo deve ser demonstrado pela parte que o invoca. Ver sobre isso PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

[20](#) Tem-se muito discutido se o consentimento é a única fonte da ordem jurídica internacional. Admite-se que os Estados deram, de fato, sua aceitação e consentimento para o sistema geral de direito internacional existir, pois que sem esse consentimento “inicial” esse sistema não poderia operar.

[21](#) A regra *lex specialis* é uma regra de interpretação de normas (aplicação, elaboração ou atualização) ou uma regra de solução de conflito normativo (modificação, superação ou exclusão). ILC 2004 Report, par. 308.

[22](#) ABI-SAAB, G., op. cit., 1999, p. 919.

[23](#) Aí inclui-se a atividade normativa das Organizações Internacionais, através das quais os Estados também atuam.

[24](#) ROSENNE, S. *Practice and Methods of International Law*, Oceana Publications, 1984, p. 2.

[25](#) DUPUY, op. cit., 1999. ROMANO, C. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle. Symposium: The Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle. 31 *NYUJILP*, 1999, p. 709-752.

[26](#) ABI-SAAB, G., op. cit., 1999, p. 919.

[27](#) ABI-SAAB, G., op. cit., 1999, p. 920-921.

[28](#) *Ibidem*, p. 925.

[29](#) *Ibidem*, p. 926.

[30](#) CHARNEY, J., op. cit., 1999, p. 698.

[31](#) *Ibidem*, p. 703.

[32](#) *Ibidem*, p. 700.

[33](#) CHARNEY, J., op. cit., 1999, p. 699.

[34](#) DUPUY, P. M., op. cit., 1999, p. 796.

[35](#) Na prática, tais decisões são obrigatórias para as Partes em disputa e, não raramente, geram para os demais atores da sociedade internacional uma expectativa legítima. Isso foi bastante discutido na jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC que

reconheceu sucessivas vezes que a prática jurisprudencial do extinto GATT 1947 gera *legitimate expectations* para os Membros da Organização.

[36](#) KINSBURY, B., op. cit., 1999, p. 686.

[37](#) ABI-SAAB, G., op. cit., 1999, p. 926.

[38](#) Ainda que a Corte Permanente de Arbitragem seja a mais antiga, é discutível se ela é realmente uma corte permanente, pois que na realidade o que existe na PCA é um Secretariado com sede em Haia e uma lista de árbitros permanentes dentre os quais as partes em disputa escolhem para a solução arbitral de um caso concreto.

[39](#) The International Law Commission Draft Articles on State Responsibility (2001), Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, *Supplement. n. 10 (A/56/10)*, chp. IV.E.1. Art. 55 especifica que tais artigos não se aplicam nos casos em que as condições para a existência de um ato internacional ilegal que acarrete responsabilidade internacional para um Estado forem regidas por regras especiais de direito internacional.

[40](#) Corte Internacional de Justiça, Caso Gabç ikovo-Nagymaros Project, p. 7.

[41](#) A Corte Internacional de Justiça já se pronunciou no sentido de que os princípios de costume internacional, por exemplo, incidem na ausência expressa de cláusulas de derrogação. Elettronica Sicula (ELSI), par. 50. O caso ELSI deve ser interpretado no sentido de uma presunção contra a derrogação normativa. Em *Korea-Measures affecting Government Procurement (WT/DS/163)*, o Painel na OMC observou no par. 7.96 que o costume internacional se aplica de forma geral às relações econômicas entre Membros da OMC, desde que os acordos da OMC não o derroguem. Ver também ILC 2004 Report, à p. 281.

[42](#) A maioria dos tribunais internacionais tem padrões comuns para a eleição dos juizes, quais sejam: ser qualificado em uma jurisdição nacional, ser nomeado por um governo, ter ótima reputação e conhecimento notório. O Tribunal Penal Internacional inovou ao incluir distribuição geográfica, especialização em direitos humanos, penal e humanitário, e uma participação igualitária por gênero. E enquanto na CIJ um juiz de nacionalidade de uma das Partes da disputa pode, e deve, participar na decisão do caso, na OMC a participação de juizes de nacionalidade das Partes é proibida, a não ser que as Partes aceitem.

[43](#) O ICSID promoveu grandes avanços ao adotar as novas regras em 2006 (as quais preveem expressamente a possibilidade de participação de terceiras partes, de requerimento de medidas cautelares, de regras de transparência e publicação das decisões). A OMC ainda é bastante criticada por não ter procedimentos abertos ao público, como fazem há anos a CIJ, a Corte de Justiça Europeia e os Painéis do NAFTA, por exemplo.

[44](#) Enquanto a OMC aceita a participação de terceiros de forma ampla em disputas (basta o terceiro ter um interesse substancial, segundo art. 10 do DSU), na CIJ a participação é restrita àqueles que têm um interesse de natureza legal e podem se ver afetados pela decisão do caso ou àqueles que são parte do tratado que se encontra sob a análise. Neste

caso, a participação é automática caso o Estado queira (mas ele também se sujeita à decisão), enquanto naquele o pedido de participação será apreciado pela CIJ, podendo ou não ser aceito. Raras vezes a CIJ aceitou a participação de terceiros baseada na primeira prerrogativa.

[45](#) Em 1960, a CIJ recebeu alguns *briefs amici curiae* e os rejeitou sumariamente. Desde então não houve qualquer evolução no sentido de recebê-los. Tampouco o ITLOS prevê tal possibilidade. O OSC da OMC, em contrapartida, tem sido bastante aberto nesse sentido. Enquanto os acordos da OMC são silentes sobre o assunto, os Painéis e Órgão de Apelação têm aceitado *briefs* em vários casos, apesar de nunca os terem considerado expressamente em uma decisão. Também as arbitragens com base no NAFTA Capítulo 11 (Investimentos) têm recebido tais *briefs*, como, por exemplo, nos casos *Methanex v. US* (2001) e *UPS v. Canadá*. Em novembro de 2000, o ICSID pela primeira vez aceitou um *amicus curiae brief*, especificamente no caso *Águas argentinas v. Argentina*.

[46](#) Decisão do ICSID de 2005 com procedimento baseado nas regras da UNCITRAL admitiu a competência do tribunal para apreciar pedidos de medidas cautelares, no caso *Maffezini c. Spain*, (ARB 97/7). A CIJ prevê essa possibilidade, mas não a exercitou com frequência. Além disso, havia a discussão em torno do caráter obrigatório do cumprimento das medidas cautelares, que foi resolvida no caso *Lagrand*. Já as cortes de direitos humanos têm muito mais experiência outorgando medidas cautelares e desde muito professam seu caráter obrigatório, como é o caso da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Mamatkulov e Abdurasulovic v. Turkey* (2003), ver em sentido oposto *Cruz Varas v. Sweden* (1991). O ITLOS, apesar de jovem, já concedeu medidas cautelares (ou provisionais) em pelo menos dois casos, no *Southern Bluefin Tuna Case* e no *Mox Plant Case*.

[47](#) Pedido de interpretação, e recurso de apelação, revisão ou de nulidade são previstos nos variados tribunais, em casos específicos. Recursos de nulidade ocorrem geralmente nos casos em que o tribunal apresenta vícios de constituição (principalmente em arbitragens), excedeu seus poderes de maneira manifesta, em que há suspeita de corrupção por parte de membro do tribunal ou cuja decisão não foi fundamentada ou violou flagrantemente uma regra fundamental de procedimento (texto do regulamento do ICSID). A revisão de casos se dá quando há surgimento de fato novo que afeta de maneira decisiva a decisão, desde que esta tenha sido proferida quando o fato era desconhecido e tal desconhecimento não se devesse à negligência da Parte. A OMC oferece a possibilidade de apelar em questões de direito e a CIJ e o ITLOS não possibilitam apelação, mas têm os mesmos termos de revisão de decisão acima mencionados.

ANEXO — LISTA DE CASOS

ARBITRAGENS AD HOC

Affaire du lac Lanoux, Arbitration, Espanha v. França, Recueil des Sentences Arbitral, Volume XII (1957).

Alabama Claims 1862-1872. Disponível em www.state.gov/r/pa/ho/time/cw/17610.htm. Acesso em: 8 abr. 2007.

Arbitration of the Maritime Boundary (Guinea Bissau/ Senegal) Award de 31 de julho de 1989, 83 I. L. R. 1, 35-39, par. 61-68

Argentina-Chile Frontier Case (Encuentro) arbitral award de 9 de dezembro de 1966, 38 International Law Reports 10.

Beagle Channel Arbitration between the Republic of Argentina and the Republic of Chile, Report and Decision of the Court of Arbitration. Award de 18 de fevereiro de 1977. Disponível em http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XXI/53-264.pdf. Acesso em: 17 jun. 2009.

Bearing Sea Fur Seals Fisheries Arbitration, Grã-Bretanha v. Estados Unidos da América. Moore's International Arbitration (1893).

BP v. Libya, 53 International Law Reports.

Chromalloy Aeroservices v. Egypt (1996), 939 Federal Supplement, p. 907, do Distrito de Columbia nos EUA.

Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom v. França), Decisão, 30 de junho de 1977. 18 R. I. A. A. 3, 18 I. L. M. 397 (1979).

Egypt v. Suez Canal Co., Award de 6 de julho 1864, 55 British and Foreign State Papers, p. 1004.

Eritrea v. Yemen, Award of the Arbitral Tribunal in the First Stage — Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute, 1998, 114 International

Law Reports.

Georges Pinson (France v. Mexico), Award de 13 de abril 1928, UNRIAA v. V, 422.

Kuwait v. Aminoil, 21 ILM, 1982.

Rainbow Warrior, Nova Zelândia v. França, France-New Zealand Arbitration Tribunal. 30 de abril de 1990. 82 ILR 500.

Rann of Kutch Case (India v. Paquistão), Award de 19 de fevereiro de 1968.

Rio Grande Irrigation and Land Co. (UK v. US), 1923, 6 UNRIAA, 135-136.

Tinoco Case (Great Britain v. Costa Rica), 1 R. Int'l Arb. Awards 369, 376-84 (1923).

Topco/Calasiatic v. Libya, 17 ILM, 1978.

Trail Smelter Case, Estados Unidos v. Canadá, Trail Smelter Arbitration Tribunal, 3 RIAA 1907 (1941), p.1965

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

Daewoo e Farhat, Medida provisória CCI n. 6149/1990. Yearbook Commercial Arbitration, 1995, v. XX, p. 41-57.

CORTE DE ARBITRAGEM PARA O ESPORTE

Ariel Ortega v. Fenerbahçe & Fédération Internationale de Football Association (FIFA), Award de 5 de novembro de 2003, CAS 2003/O/482.

CORTES NACIONAIS

Argentina. “Simon, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc”. Causa 17.768, 14 de junho de 2005, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponível em <http://www.mpf.gov.ar/Novedades/Simon.pdf>, p. 5.

Austrália. Resort Condominiums International Inc. e Ray Bolwell Condominiums Pty Ltd (RCI case), Supreme Court of Queensland, Acórdão, 1993, 118 ALR 655. Mealey's International Arbitration Report, n. 9, v. 4, 1994.

Áustria. H GmbH e Hon. Suprema Corte, Acórdão, 28 de abril de 1998. RPS, 2, 1999.

Estados Unidos da América. Republic of Austria v. Altmann, (03-13) 541 U.S. 677 (2004) 327 F.3d 1246.

França. Braspetro Oil Service v. Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project, Cour d'Appel de Paris, Acórdão, 1º de julho de 1999. Revue de l'arbitrage, 4, 834, 1999.

França. OIAET e SOFIDIF, Cour d'Appel de Paris, Acórdão, 19 de dezembro de 1986. Revue de l'arbitrage, p. 359, 1987.

França. Sheikh Mahfouz Salem Bin Mahfouz e Al Tayar, Cour d'Appel de Paris, Acórdão, 10 de maio de 1994. Revue de l'arbitrage., 1996, p. 66.

França. Creighton Ltd. v. Gouvernement de l'Etat du Qatar, Cour de Cassation. 1 Revue de l'arbitrage, 2000.

França. Dutco Construction Company e Siemens AG + BKMI Industrienlagen GmbH, Cour de Cassation. Acórdão. 7 de janeiro de 1992. Yearbook Commercial Arbitration, A. J. van den Berg (ed.), v. XVIII (1993), p. 140-142.

Nova Zelândia. Wellington District Legal Services Committee v. Tangiora, Corte de Apelação, 1998.

Suíça. Ivan Milutinovic PIM e Deutsche Babcock, Tribunal Federal Suíço, Acórdão, 30 de abril de 1991. Revue Suisse de Droit International et Droit Européen, 1993, p.187.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH)

Assenov v. Bulgaria. Application n. 24760/94 — 28 Eur. Ct. H.R. 652, 28 October 1998.

Birol v. Turkey, n. 44104/98, 1 March 2005. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em 10 nov. 2007.

Christine Goodwin v. the United Kingdom, Application n. 28957/95, 2002-VI, 11 June 2002. Disponível em <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/9AD7F709-0794-4A3A-BF6B-990E2721E71E/0/2002analysisofcaselaw.pdf>. Último acesso em 3 nov. 2007.

Cossey v. the United Kingdom. Série A n. 184, 27 September 1990. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 nov. 2007.

Cruz Varas v. Sweden, EctHR, Judgement of 20 March 1991 (<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Cmd=Query>).

Lawless v. Ireland (No. 3), Application n. 332/57, 1st July 1961.

Mamatkulov e Abdurasulovic v. Turkey, Applications nos. 46827/99 e 46951/99, 6 de fevereiro de 2003.

McCann & Others v. United Kingdom. Application n. 18984/91 — 21 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 97, 27 September 1995.

Pakdemirli v. Turkey, n. 35839/97, 22 February 2005. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 10 nov. 2007.

Rees v. the United Kingdom, Série A, nº 106, 17 October 1986. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 nov.2007.

Ribitsch v. Austria, Application n. 18896/91, 21.(ser. A) 573 (Comm'n Rep.), aff'd, 336 (ser. A), 4 December 1995.

Salov v. Ukraine, n. 65518/01, 6 September 2005. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 10 nov. 2007.

Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, Relatórios de Julgamentos e Decisões 1998-V, 30 July 1998. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 4 nov. 2007.

Sokołowski v. Poland, n. 75955/01, 29 March 2005. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 10 nov. 2007.

Turhan v. Turkey, n. 48176/99, 19 May 2005. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 10 nov. 2007.

Ukrainian Media Group v. Ukraine, n. 72713/01, 29 March 2005. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em: 10 nov. 2007.

X, Y and Z v. the United Kingdom, Relatórios de Julgamentos e Decisões 1997-II, 22 April 1997. Disponível em http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/91651A7C-81D9-41DB-9038-2C33E8543B94/0/CASELAW_REFERENCES_ENG.pdf. Último acesso em 4 nov. 2007.

Zanghì v. Italy, Application n. 11491/85- 194-C Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 48, 19 January 1991.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Assunto das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM, Medidas Provisórias, Resoluções de 4 de julho de 2006, 30 de novembro de 2005 e 17 de novembro de 2005. Disponível em www.corteidh.or.cr/porpais.cfm. Acesso em: 14 nov. 2007.

Assunto das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” em Araraquara, São Paulo. Medidas Provisórias. Resolução da Corte de 30 de setembro de 2006. Disponível em www.corteidh.or.cr/porpais.cfm. Acesso em: 14 nov. 2007.

Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Sentença de Mérito, 25 de novembro de 2000, Série C, n. 70, voto concorrente do juiz Sérgio Garcia Ramirez, par. 30 a 33. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2007.

Cantoral Benavides vs. Peru. Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 3 de dezembro de 2001. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriec_88_esp.doc. Acesso em: 14 nov. 2007.

Cantos vs. Argentina, Exceções Preliminares, 7 de setembro de 2001, Série C, n. 85, par. 21. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2007.

Castillo Petruzzi y otros vs. Peru, Exceções Preliminares, par. 7, Sentença de 4 de setembro de 1998, Voto Juiz Caçado Trindade. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf. Acesso em: 14 nov. 2007.

Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago, Exceções Preliminares, 1º de setembro de 2001, Série C, n. 82, par. 69 e 72. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_82_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2007.

El Amparo vs. Venezuela. Sentença de Reparações de 14 de setembro de 1996, Voto Dissidente do Juiz A. A. Caçado Trindade, par. 11. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriec_28_esp.doc. Acesso em: 14 nov. 2007.

Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras, Sentença de Mérito, 15 de março de 1989, Série C, n. 06. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.doc. Acesso em: 2 fev. 2007.

Garrido y Baigorria vs. Argentina, Sentença de Mérito, 2 de Fevereiro de 1996, Série C, n. 26, par. 29. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_26_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2006.

Godínez Cruz vs. Honduras, Sentença de Mérito, 20 de janeiro 1989, Série C, n. 05. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2007.

Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 22 de setembro de 2006, Série C, n. 153, Voto do juiz Caçado Trindade par. 20 a 25 e 62 a 68. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.doc. Acesso em: 14 nov. 2007.

Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Exceções Preliminares, Sentença de 23 de novembro de 2004, par. 134. Disponível em

www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.doc. Acesso em: 14 nov. 2007.

Ivcher Bronstein vs. Peru, Competência, Sentença de 24 de setembro de 1999, Série C, n. 54, par. 36. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2006.

Loayza Tamayo vs. Perú. Reparações (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de novembro de 1998. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriec_42_esp.doc. Acesso em: 14 nov. 2007.

Neira Alegría y otros vs. Peru, Exceções Preliminares, 11 de dezembro de 1991, Série C, n. 13, par. 29. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_13_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2006.

Penitenciária de Urso Branco, Medidas Provisórias, Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de junho de 2002, 29 de agosto de 2002, 22 de abril de 2004, 7 de julho de 2004, 21 de setembro de 2005. Disponível em: www.corteidh.or.cr/porpais.cfm. Acesso em: 14 nov. 2007.

Tibi vs. Ecuador, Sentença de 7 de setembro de 2004, par. 50. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 14 nov. 2007.

Tribunal Constitucional vs. Peru, Competência, Sentença de 24 de setembro de 1999, Série C, n. 55, par. 35. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2007.

Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentença de Mérito, 29 de julho de 1988, Série C, n. 04, par. 134. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc. Acesso em: 16 nov. 2007.

Ximenes Lopes vs. Brasil, Exceções Preliminares, Sentença de 30 de novembro de 2005, par. 4. Disponível em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_139_esp.pdf. Acesso em: 14 nov. 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), 1976 ICJ Rep.

Aerial Herbicide Spraying (Equador v. Colombia), 2008 ICJ Rep.

Ambatielos (Greece v. United Kingdom), 1952 ICJ Rep.

Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), 1972 ICJ Rep.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 2007 ICJ Rep.

Armed Activities in the Territory of Congo (New Application: 2002) (DRC v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, 2006 ICJ Rep.

Arrest Warrant (Democratic Republic of Congo v. Belgium), 2000 ICJ Rep.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), 1964 ICJ Rep.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), 1987 ICJ Rep.

Certas Terras de Fosfato em Nauru (Nauru c. Austrália), 1992 ICJ Rep.

Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, 1960 ICJ Rep.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), 1984 ICJ Rep.

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), 1981 ICJ Rep.

Corfu Channel (Reino Unido v. Albânia), 1949 ICJ Rep.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), 1984 ICJ Rep.

Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights, Advisory Opinion, 1999 ICJ Rep.

East Timor (Portugal v. Austrália), 1995 ICJ Rep.

Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal Advisory Opinion, 1954 ICJ Rep.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), 1989 ICJ Rep.

Fisheries (United Kingdom v. Norway), 1951 ICJ Rep.

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), 1974 ICJ Rep.

Fisheries Jurisdiction Case (United Kingdom v. Iceland), 1974 ICJ Rep.

Gabčikovo-Nagymaros Project (Hungria/Eslováquia), 1997 ICJ Rep.

Interhandel (Switzerland v. United States of America), 1959 ICJ Rep.

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion, 1950 ICJ Rep.

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, 1980 ICJ Rep.

Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, 1956 ICJ Rep.

LaGrand (Germany v. United States of America), 1999 ICJ Rep.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), 1998 ICJ Rep.

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening) (El Salvador v. Honduras), 1990 ICJ Rep.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,

Advisory Opinion, 2004 ICJ Rep.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion, 1970 ICJ Rep.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 ICJ Rep.

Legality of the use by a State of nuclear weapons in armed conflict, Advisory Opinion, 1996 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Canada), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. France), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Germany), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Italy), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Netherlands), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Portugal), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom), 1999 ICJ Rep.

Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America), 1999 ICJ Rep.

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), 1993 ICJ Rep.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), 2001 ICJ Rep.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1984 ICJ Rep.

Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), 1954 ICJ Rep.

Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), 1963 ICJ Rep.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), 1967 ICJ Rep.

Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), 1955 ICJ Rep.

Nuclear Tests (Australia v. França), 1974 ICJ Rep.

Nuclear Tests (Nova Zelândia v. França), 1974 ICJ Rep.

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), 1996 ICJ Rep.

Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), 1991 ICJ Rep.

Préah Vihear Temple (Cambodia v. Thailand), 1961 ICJ Rep.

Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguai), 2006 ICJ Rep.

Questões de interpretação e de aplicação da Convenção de Montreal de 1971 resultante do incidente aéreo de Lockerbie (Líbia c. Reino Unido), 1992 ICJ Rep.

Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), 1955 ICJ Rep.

South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), 1966 ICJ Rep.

Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia), 2001 ICJ Rep.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran), 1980 ICJ Rep.

Western Saara, Advisory Opinion, 1975 ICJ Rep.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM

Boundaries in the Island of Timor (Países Baixos v. Portugal), CPA, laudo arbitral, de 25 de junho de 1914, Haia. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/English%20Timor%20Sentence%20edited.pdf>. Acesso em: 29 out. 2007.

Carthage (França v. Itália), CPA, laudo arbitral, de 6 de maio de 1913, Haia. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Carthage%20EN.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2007.

Eritreia v. Iêmen, CPA, laudo arbitral, de 17 de dezembro de 1999, Haia. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160. Acesso em: 28 out. 2007.

Eritreia v. Etiópia, CPA, decisões parciais, Haia. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1151 e http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1150. Acesso em: 12 ago. 2007.

Eurotunnel (1. The Channel Tunnel Group Limited 2. France-Manche S.A. v. 1. the Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 2. le ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française), CPA, decisão pendente, Haia. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1184. Acesso em: 11 nov. 2007.

French Postal Vessel "Manouba" (França v. Itália), CPA, laudo arbitral, de 6 de maio de 1913, Haia. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Carthage%20EN.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2007.

Guiana v. Suriname, CPA, 2007. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1147.

Horst Reineccius et al. v. Bank for International Settlements, CPA, partial award of 22 November 2002 and Final Award of 19 September 2003 in Case n. 2000-03, ASA Bulletin, v. 22, n. 1, 2004, p. 116-131.

Iron Rhine Arbitration (Bélgica v. Países Baixos), CPA, laudo arbitral, de 24 de maio de 2005, Haia. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1155. Acesso em: 7 nov. 2007.

Island of Palmas Case (Países Baixos v. Estados Unidos), CPA, laudo arbitral, de 4 de abril de 1928, Haia. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Island%20of%20Palmas%20award%20only%20+%20TOC.pdf>. Acesso em: 29 out. 2007.

Island of Timor, Netherlands v. Portugal, CPA, 1914. Disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/English%20Timor%20Sentence%20edited.pdf>.

MOX Plant Case (Irlanda v. Reino Unido), CPA, laudo arbitral ainda não proferido. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148. Acesso em: 27 out. 2007.

OSPAR Arbitration (Irlanda v. Reino Unido), CPA, laudo arbitral de 2 de julho de 2003, Haia. Disponível em [http://www.pcacpa.org/ENGLISH/RPC/#Ireland%20v.%20United%20Kingdom%20\(“OSPAR”%20Arbitration\)](http://www.pcacpa.org/ENGLISH/RPC/#Ireland%20v.%20United%20Kingdom%20(“OSPAR”%20Arbitration)). Acesso em: 1º nov. 2007; http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1158. Acesso em: 27 out. 2007.

Saluka Investments B. V. v. Czech Republic, CPA, laudo parcial, 2006. Disponível em http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1149.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL

Factory at Chorzów (Germany v. Poland) PCIJ Ser A n. 9, 31.

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, PCIJ Ser A n. 24.

German Interests in Polish Upper Silesia, PCIJ Ser A n. 6, 1925, 20.

Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne, Advisory Opinion, PCIJ Ser B, n.12.

Interpretation of Judgments Number 7 and 8 (Factory at Chorzów), PCIJ Ser A, 1927, 23.

Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926 (Final Protocol, Article IV), (Greece v. Turkey), PCIJ Ser B n. 16, 1928.

Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Ser A/B n. 53, 95.
Lótus (França v. Turquia), PCIJ Ser A n. 10, 1927.
Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK), PCIJ Ser A n. 2,
1924, 11.
Panevezys-Saldutiskis Railway, PCIJ Ser A/B n. 76, 1939.
Parecer sobre o Estatuto da Carélia Oriental, PCIJ Ser B n. 5, 1923.
Serbian Loans, PCIJ Ser A n. 20-21, 1929.
Status of the Eastern Carelia, Advisory Opinion, PCIJ Ser B, n. 5.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS

Alhassan Abubakar vs. Gana, 1996.
Amnesty International vs. Malawi, 1995.
Civil Liberties Organization vs. Nigeria, 1995-1996.
Comissão Nacional dos Direitos e das Liberdades vs. Chade, n. 74/92.
K. Achuthan vs. Malawi, 1995.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU (CTDH)

A v. S, Comunicação n. 1/1976, CCPR/C/OP/1.
A. S. e L. S. v. Australia, Comunicação n. 490/1992,
CCPR/C/47/D/490/1992, 1993.
Acuña Inostroza e outros v. Chile, Comunicação n. 717/1996,
CCPR/C/66/D/717/1996.
Aduayom e outros v. Togo, Comunicações n. 422/1990, 423/1990 e
424/1990, CCPR/C/51/D/422/1990, CCPR/C/51/D/423/1990 e
CCPR/C/51/D/424/1996.
Antonio Hom v. Filipinas, Comunicação n. 1169/2003, CCPR/C/78/D/
1169/2003.
Arenz v. Alemanha, Comunicação n. 1138/2002,
CCPR/C/80/D/1138/2002.
B. d. B. v. Países Baixos, Comunicação n. 273/1988,
CCPR/C/35/D/273/1988.
Baboeram e outros v. Suriname, Comunicações n. 146/1983 e 148 a
154/1983, Supp. n. 40 (A/40/40).

Barbaro v. Austrália, Comunicação n. 7/1995, CERD/C/51/D/7/1995, 1997.

Bernard Ominayak e outros v. Canadá, Comunicação n. 167/1984, CPR/C/38/D/167/1984.

Blom v. Suécia, Comunicação n. 191/1985, U. N. Doc. Supp. n. 40 (A/43/40), 1988.

C. P. e seu filho M. P. v. Dinamarca, Comunicação n. 5/1994, CERD/C/46/D/5/1994.

Casanovas v. França, Comunicação n. 441/1990, CCPR/C/51/D/441/1990, 1994.

Coordinamento v. Itália, Comunicação n. 163/1984, CCPR/C/OP/2.

Daniel Munguya Mbenge v. Zaire, Comunicação n. 16/1977, Supp. n. 40 (A/38/40).

Dusan Soltes v. República Tcheca, Comunicações n. 1034/2001 e 1035/2001, CCPR/C/85/D/1034/2001 e CCPR/C/85/D/1035/2001.

E. W. e outros v. Países Baixos, Comunicação n. 429/1990, CCPR/C/47/D/429/1990, 1993.

Edith Könye e Arpad Könye v. Hungria, Comunicação n. 520/1992, CCPR/C/50/D/520/1992, 1994.

Eduardo Mariategui e outros v. Argentina, Comunicação n. 1371/2005, CCPR/C/84/D/1371/2005.

Fillastre e Bizoarn v. Bolívia, Comunicação n. 336/1988, CCPR/C/43/D/336/1988.

G. T. v. Canadá, Comunicação n. 420/1990, CCPR/C/46/D/420/1990.

Griffin v. Espanha, Comunicação n. 493/1992, CCPR/C/53/D/493/1992.

Gueye e outros v. França, Comunicação n. 196/1983, Supp. n. 40 (A/44/40), 1989.

H. C. M. A. v. The Netherlands, Comunicação n. 213/1986, CCPR/C/35/D/213/1986, 1989.

H. d. P. v. Países Baixos, Comunicação n. 217/1986 (24 March 1988), CCPR/C/OP/1.

H. S. v. França, Comunicação v. 184/1984, CCPR/C/OP/1.

Henry v. Jamaica, Comunicação n. 230/1987, CCPR/C/43/D/230/1987 (1991).

J. L. v. Austrália, Comunicação n. 491/1992, CCPR/C/45/D/491/1992, 1992.

J. R. T. e o partido W. G. v. Canadá, Comunicação n. 104/1981, Supp. n. 40 (A/38/40).

JB v. Canadá, Comunicação n. 118/1982, U. N. Doc. Supp. n. 40 (A/41/40), 1986.

K. L. B. W. v. Australia, Comunicação n. 499/1992, CCPR/C/47/D/499/1992/Rev.1, 1993.

Kaaber v. Islândia, Comunicação n. 674/1995, CCPR/C/58/D/674/1995.

Karakurt v. Áustria, Comunicação n. 965/2000, CCPR/C/74/D/965/2000, 2002.

Kulomin v. Hungria, Comunicação n. 521/1992, CCPR/C/50/D/521/1992.

Kuok Koi v. Portugal, Comunicação n. 925/2000, CCPR/C/73/D/925/2000.

Kurowski v. Polónia, Comunicação n. 872/1999, CCPR/C/77/D/872/1999, 2003.

Kurowski v. Polónia, Comunicação n. 872/1999, CCPR/C/77/D/872/1999, 2003.

L. E. S. K. v. Países Baixos, Comunicação n. 381/1989, CCPR/C/45/D/381/1989.

Linderholm v. Croácia, Comunicação n. 744/1997, CCPR/C/66/C/744/1997, 1999.

Lovelace v. Canadá (24/77), Comunicação n. 24/1977, CCPR/C/OP/1, 1984.

Massiotti e Baristussio v. Uruguai, Comunicação n. 25/1978, Supp. n. 40 (A/37/40).

Montero v. Uruguay, Comunicação n. 106/1981, Supp. n. 40 (A/38/40).

Mpandanjila et al. v. Zaire, Comunicação n. 138/1983, Supp. n. 40 (A/41/40).

Nallarattnam Singarasa v. Sri Lanka, Comunicação n. 1033/2001, CCPR/C/81/D/1033/2001, 2004.

O. J. v. Finlândia, Comunicação n. 419/1990, CCPR/C/40/D/419/1990.

P. M. P. K v. Suécia, Comunicação n. 30/1995, CAT/C/15/D/30/1995, 1995.

Perera v. Australia, Comunicação n. 536/1993, CCPR/C/53/D/536/1993, 1995

Piandong v. Filipinas, Comunicação n. 869/1999, CCPR/70/D/869/1999, 2000.

Ponsamy Poongavanam v. Ilhas Maurício, Comunicação n. 567/1993, CCPR/C/51/D/567/1993.

Pratt e Morgan v. Jamaica, Comunicações n. 210/1986 e 225/1987, U. N. Doc. Supp. n. 40 (A/44/40), 1989.

R. A. V. N. e outros v. Argentina, Comunicação n. 343/1988, CCPR/C/38/D/344/1988, 1990.

R. L. e outros v. Canadá, Comunicação n. 358/1989, CCPR/C/43/D/358/1989.

R. W. v. Jamaica, Comunicação n. 340/1988, CCPR/C/45/D/340/1988.

Robert Faurisson v. França, Comunicação n. 550/1993, CCPR/C/58/D/550/1993.

Sánchez López v. Espanha, Comunicação n. 777/1997, CCPR/C/67/D/777/1997, 1999.

Sarma v. Sri Lanka, Comunicação n. 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000.

Toonen v. Austrália, Comunicação n. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.

V.Ø. v. Noruega, Comunicação n. 168/1984, CCPR/C/OP/1, 1984.

V. E. M. v. Espanha, Comunicação n. 467/1991, CCPR/C/48/D/467/1991, 1993.

Vicente e outros v. Colômbia, Comunicação n. 612/1995, CCPR/C/56/D/612/1995.

Víctor Alfredo Polay Campos, cônjuge da autora (Rosa Espinoza de Polay) v. Peru, Comunicação n. 577/1994, CCPR/C/61/D/577/1994.

Vishwadeo Gobin v. Ilhas Maurício, Comunicação n. 787/1997, CCPR/C/72/D/787/1997, 2001.

Wallen v. Trinidad e Tobago (576/94), Comunicações n. 576/1994, CCPR/C/53/D/576/1994.

Weiss v. Áustria, Comunicação n. 1086/2002, CCPR/C/77/D/1086/2002, 2003.

Wright v. Jamaica, Comunicação n. 459/1991, CCPR/C/55/D/459/1991.

COMITÊ DA ONU CONTRA TORTURA

Comitê da Organização das Nações Unidas Contra Tortura, V.N.I.M. v. Canadá, 2002.

COMITÊ DE LIVRE ASSOCIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Comitê de Livre Associação, Canadian Labor Congress v. Canadá, n. 893/1980.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)

Amco Asia Corporation c. Indonesia (ARB 81/1), Award on Jurisdiction, 25 September 1983, 23 Int'l Legal Materials 351, 1984.

AMT c. Zaire (ARB 93/1), Award, International Legal Materials. Washington, D.C., v. 36, 1997.

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports 246.

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. v. Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 14 ICSID Review — FILJ 251, 1999.

CMS Gaz Transmission Company c. Argentina, Decision on Jurisdiction, July 17, 2003. Disponível em http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_english.pdf.

Emilio Augustin Maffezini c. Spain, (ARB 97/7), Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, January 25, 2000. Disponível em: http://www.worldbank.org/icsid/cases/emilio_DecisiononJurisdiction.pdf.

Fedax N. V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, 37 Int'l Legal Materials 1378, 1998.

Fedax c. Republic of Venezuela (ARB 96/3), Award, 9 March 1998. 37 Int'l Legal Materials 1378, 1998.

Metalclad Corporation c. México, Mecanismo Complementar do ICSID, Caso n. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000.

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, Case n. ARB/00/2, Award, 15 March 2002.

Pirâmides, SSP c. Egypte, ARB 84/3, 1985, 32 Int'l Legal Materials 993, 1993.

Plama Consortium Limited c. Bulgaria (ARB 03/24), Decision on jurisdiction, February 8, 2005. Disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>.

R. Loewen and Loewen Corp. c. Estados Unidos, Mecanismo Complementar, Caso n. ARB(AF)/98/3, 26 de janeiro de 2003. Disponível em http://www.naftalaw.org/disputes_us_loewen.htm.

Salini c. Marrocos (ARB 00/4), Décision sur la juridiction, JDI, v. 129, p. 196-212, 2002.

Siemens A. G. c. Argentina, (ARB 02/8), Decision on jurisdiction, August 3, 2004. Disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/cases/siemens-decision-en.pdf>.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA

MOX Plant (Ireland v. UK), Provisional Measures Order, ITLOS n.10, 3 December 2001.

MOX Plant Case (Ireland v. UK), Order n. 3 of 24 June 2003, Order n. 4 of 14 November 2004.

Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland v. UK), Final Award of 2 July 2003.

Southern Bluefin Tuna (Australia and New Zealand v. Japan), Jurisdiction and Admissibility, Award of 4 August 2000.

IRAN — US CLAIMS TRIBUNAL (IUSCT)

American International Group, Inc., et al. and The Islamic Republic of Iran, et al., Award N. 93-2-3 (19 Dec. 1983), reprinted in 4 Iran-U. S. C. T. R. 96.

Amoco International Finance Corporation and The Government of the Islamic Republic of Iran, et al., Award on Agreed Terms n. 481-56-3 (15 June 1990), reprinted in 25 Iran-U. S. C. T. R. 314.

CMI International Inc. v. Ministry of Roads and Transportation of Iran. Award n. 99-245-2, de 27 de dezembro de 1983.

Futura Trading Incorporated and The National Iranian Oil Company, Award n. 263-324-3 (30 Oct. 1986), reprinted in 13 Iran-U. S. C. T. R. 99.

Phelps Dodge Corp., et al. and The Islamic Republic of Iran, Award n. 217-99-2 (19 Mar. 1986), reprinted in 10 Iran-U. S. C. T. R. 121.

Phillips Petroleum Company Iran and The Islamic Republic of Iran, et al., Award n. 425-39-2 (29 June 1989), reprinted in 21 Iran-U. S. C. T. R. 79.

Starrett Housing Corporation, et al. and The Government of the Islamic Republic of Iran, et al., Final Award n. 314-24-1 (14 Aug. 1987), reprinted in 16 Iran-U. S. C. T. R. 112.

Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, et al., Award n. 141-7-2 (29 June 1984), reprinted in 6 Iran-U. S. C. T. R. 219.

MERCOSUL

Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República da Argentina sobre a “omissão do Estado argentino em adotar medidas apropriadas para prevenir e/ou fazer cessar os impedimentos à livre circulação derivados dos bloqueios das vias de acesso em território argentino”. Adotada em 6 de setembro de 2006. Disponível em http://www.mercosur.int/msweb/SM/es/Controversias/TPR/TPR_Tribunal%20AdHoc_Laudo%20Libre%20Circulacion_ES.pdf.

Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul. “Controvérsia sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e produtos derivados do tabaco.” República Oriental do Uruguai × República Federativa do Brasil. Adotado em 5 de agosto de 2005. Disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/X%20LAUDO.pdf>.

Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul. Reclamação feita pela República Federativa do Brasil à República Argentina sobre a aplicação de medidas *antidumping* contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil, Resolução n. 574/2000 do Ministério da Economia da República Argentina. República Federativa do Brasil × República Argentina. Adotado em 21 de maio de 2001. Disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/controversias/X%20LAUDO.pdf>.

Tribunal Permanente de Revisão. Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre

exceso en la aplicación de medidas compensatórias — controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay. Laudo n. 1/2007. Adotado em 8 de junho de 2007. Disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/ES/documentos/TPR%20Laudo%2001%20-%2007.pdf>.

NAFTA

Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Canadá, Painel Binacional — Art. 1904, Decisão sobre a segunda revisão administrativa, USA-CDA-2006-1904-04, 28 de novembro de 2007.

Certain Softwood Lumber Products from Canada — Final Affirmative Countervailing Duty Determination, Painel Binacional — Art. 1904, Decisão do painel sobre a terceira remessa ao órgão competente, USA-CDA-2002-1904-03, 23 de maio de 2005. Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/ua02033e.pdf.

Certain Softwood Lumber Products from Canada, ECC — Art. 1904.13, ECC-2004-1904-01-USA, 10 de agosto de 2005. Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2004010e.pdf.

Cross-Border Trucking Services, Painel — Capítulo XX, Relatório Final do Painel USA-MEX-98-2008-01, 6 de fevereiro de 2001.

Grey Portland Cement and Clinker from México, ECC — Art. 1904.13, Decisão sobre a quinta revisão administrativa, ECC-2000-1904-01USA. Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2000010e.pdf. Acesso em: 6 nov. 2007.

Methanex Corp. c. Estados Unidos (UNCITRAL), Decisão relativa ao *Amicus Curiae*, 15 de janeiro de 2001. Disponível em http://www.naftalaw.org/disputes_us_methanex.htm.

Pope & Talbot, Inc c. Canadá, Decisão relativa ao dano, 31 de maio de 2002. Disponível em http://www.naftalaw.org/disputes_canada_pope.htm.

Pure Magnesium from Canadá, ECC — Art. 1904.13, ECC-2003-1904-01USA. Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2003010e.pdf.

Review of the Final Determination of the *Antidumping* Investigation on imports of High Fructose Corn Syrup originating of the United States of America, Painel Binacional — Art. 1904, Decisão final, MEX-USA-98-1904-01, 3 de agosto de 2001. Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/Mexico/ma98010e.pdf.

S. D. Myers, Inc c. Canada, Decisão de Mérito, 15 de novembro de 2000. Disponível em <http://www.naftalaw.org/Disputes/Canada/SDMyers/SDMyersMeritsAward.pdf>.

Tariffs applied by Canada to Certain U. S. — Origin Agricultural Products (Painel — Capítulo XX), Relatório Final do Painel, CDA-95-2008-01, 2 de dezembro de 1996.

U. S. Broom Corn, USA-97-2008-01, adotado em 30 de janeiro de 1998, Disponível em <http://www.nafta-sec-alena.org>.

U. S Safeguard Action taken on Broom Corn Broom from Mexico, Relatório Final do Painel, 30 de janeiro de 1998. Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub97010e.pdf.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Os casos aqui referidos estão disponíveis em: <http://www.wto.org>.

Argentina. Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil, WT/DS241/R, Relatório do Painel adotado em 19 de maio de 2003, DSR REFERENCE 2003:V, 1727.

Austrália, Brasil, Tailândia. Comunidades Europeias Subsídios à Exportação de Açúcar WT/DS/265, WT/DS/266, WT/DS/283. Relatório do Órgão de Apelação adotado em 19 de maio de 2005.

Austrália. Automotive Leather II, Panel Report, WT/DS126/R, Relatório do Painel adotado em 16 de junho de 1999.

Brasil. Subsídios ao Algodão, WT/DS/267. Relatório do Órgão de Apelação adotado em 21 de março de 2005.

Brasil. Anti-Dumping Measures on Imports of Certain Resins from Argentina, Pedido de Consultas em WT/DS355/1, 26 December 2006.

European Communities. Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, WT/DS135/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 5 de abril de 2001. DSR REFERENCE 2001:VII, 2701.

European Communities. Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 25 de setembro de 1997. DSR REFERENCE 1997:II, 591.

Guatemala. Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from México, Appellate Body Report, WT/DS60/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 25 de novembro de 1998. DSR REFERENCE 1998:IX, 3767.

Índia. Medidas *Antidumping* sobre Pilhas de Bangladesh, WT/DS/306. Solução mútua em 20 de fevereiro de 2006.

Índia. Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Product, WT/DS50/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 16 de janeiro de 1998.

Índia. Regras de Origem Têxteis, WT/DS/243. Relatório do Painel adotado em 21 de julho de 2003.

Japan. Alcoholic Beverages II, WT/DS8/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 1º de novembro de 1996. DSR REFERENCE 1996:I, 97.

Korea. Measures affecting Government Procurement, WT/DS/163. Relatório do Painel adotado em 19 de junho de 2000.

Mexico. Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States, WT/DS132/AB/RW, Recurso ao Artigo 21.5 do DSU, Relatório adotado em 21 de novembro de 2001, DSR 2001:XIII, 6717.

Mexico. Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 24 de março de 2006.

United States. Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 21 de novembro de 2001. DSR REFERENCE 2001:XIII, 6481.

United States. Continued Dumping and Subsidy Offset Act (Byrd Amendment), WT/DS217/R, Relatório do Painel adotado em 27 de janeiro de 2003. DSR REFERENCE 2003:I, 375.

United States. Standards on Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação adotado em 20 de maio de 1996.

United States. Woven Wool Shirts and Blouses, WT/DS33/AB/R, Relatório do Órgão de Apelação, adotado em 23 de maio de 1997. DSR REFERENCE 1997:I, 323.

PAINEL DE INSPEÇÃO DO BANCO MUNDIAL

Argentina/Paraguai Yacyretà Hydroelectric (primeiro pedido de inspeção em 1996 e segundo em 2002).

Bangladesh Jute Sector Adjustment Credit (Cr. 2567-BD), disponível em <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/JuteEligibilityReport.pdf>. Acesso em 27 out. 2007.

Brasil Land Reform and Poverty Alleviation (primeiro pedido em 1998 e segundo em 1999).

Colombia Cartagena Water Supply, Sewerage and Environmental Project (2004)

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,contentMDK:20225081~pagePK:64129751~piPK:64128378~theSitePK:380794,00.html>. Acesso em: 27 out. 2007.

Índia Mumbai Urban Transport Project (em que duas organizações não governamentais apresentaram dois projetos separados, respectivamente em 30 de abril e 29 de junho de 2004).

Índia NTPC (National Thermal Power Corporation) Power Generation Project (Loan 3632-IN). Disponível em <http://siteresources.worldbank.org/EXTINSPECTIONPANEL/Resources/AdditionalReview.pdf>. Acesso em: 27 out. 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Airport Transit Visas, Act of the Council, Joint action regarding airport transit visas — Legal basis. Commission of the European Communities v. Council of the European Union. Caso C-170/96 (1998).

Amministrazione delle finanze dello Stato, Reference for a preliminary ruling — Tribunale civile e penale di Milano. Amministrazione delle finanze dello Stato v. Denkavit italiana Srl. Caso 61/79 (1980).

Baumbast, Reference for a preliminary ruling: Immigration Appeal Tribunal — United Kingdom. Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department. Caso C-413/99 (2002).

Bulent Kurz, Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Karlsruhe — Germany. Bulent Kurz, ne Yuce v. Land Baden-Wurttemberg. Caso C-188/00 (2002).

Commission v. Ireland. Caso C-459/2003.

Commonwealth citizens residing in Gibraltar, Failure of a Member State to fulfil obligations. Commonwealth citizens residing in Gibraltar and not having citizenship of the Union. Kingdom of Spain v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Caso C-145/04 (2006).

Flaminio Costa, Reference for a preliminary ruling: Giudice conciliatore di Milano — Italy Flaminio Costa v. E.N.E.L. Caso 6/64 (1964).

Friedrich Kremzow, Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof — Austria. Friedrich Kremzow v. Republik Osterreich. Caso C-299/95 (1997).

Grand Duchy of Luxemburg, Failure of a Member State to fulfil obligations. Commission of the European Communities v. Grand Duchy of Luxemburg. Caso C-193/05 (2006).

Laserdisken SpA, Reference for a preliminary ruling: Ostre LanDSR Referenceet — Denmark. Laserdisken SpA v. Kulturministeriet. Caso C-479/04 (2006).

Marks & Spencer, Reference for a preliminary ruling: High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division — United Kingdom. Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes).Caso C-446/03 (2005).

Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung, Action for annulment: Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities. Caso 4/73 (1974).

PreussenElektra, Reference for a preliminary ruling: PreussenElektra AG v. Schhleswag AG, in the presence of Windpark Reußenkoge III GmbH and Land Schleswig-Holstein. Caso C-379/98 (2001).

Opinion of Advocate General Kokott — Failure of a Member State to fulfil obligations: Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Opinion of Advocate General Kokott, caso C-484/04 (2006).

Republic of Austria, p. 227. Failure by a Member State to fulfil its obligations. Commission of the European Communities v. Republic of Austria. Caso C-320/03 (2005).

Simmenthal SpA, Reference for a preliminary ruling: Pretura di Susa — Italy. Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA. Caso 106/77 (1978).

Van Gend & Loos, Reference for a preliminary ruling — Tariefcommissie — Pays-Bas. NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration. Caso 26/62 (1963).

Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße, Reference for a preliminary ruling: Verwaltungsgericht Neustadt an der Weinstraße v. Germany. Caso 44/79.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

AFCon Management Consultants, Action for damages: AFCon Management Consultants, Patrick Mc Mullin and Seamus O'Grady v. Commission of the European Communities. Caso T-160/03 (2005).

Ahmed Ali Yusuf, Action for annulment. Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities. Caso T-306/01 (2005)

Air One SpA, Action for failure to act: Air One SpA v Commission of the European Communities. Caso T-395/04 (2006).

ASML Netherlands BV, Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof — Austria. ASML Netherlands BV v. Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS). Caso C-283/05 (2006).

Autosalone Ispra Snc, Action for damages: Autosalone Ispra Snc v. European Atomic Energy Community. Caso T-250/02 (2005).

François de Coster, Reference for a preliminary ruling: College juridictionnel de la Region de Bruxelles-Capitale — Belgium. François De

Coster v. College des bourgmestre et echevins de Watermael-Boitsfort. Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer. Caso C-17/00 (2001).

Leonid Minin, Action for annulment: Leonid Minin v. Commission of the European Communities Court of First Instance. Caso T-362/04 (2007).

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA

Brima, Kamara e Kanu, Sentencing Judgement. Caso n. SCSL-04-16-T, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu. Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Julgamento II, 19 de julho de 2007.

Charles Taylor, Indictment. Caso n. SCSL-2003-01-I, Prosecutor v. Charles Taylor. Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Julgamento, 7 de março de 2003.

Charles Taylor, Decision on Immunity from Jurisdiction. Caso n. SCSL-2003-01-I, Prosecutor v. Charles Taylor. Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Apelação, 31 de maio de 2004.

Child recruitment, Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction. Case n. SCSL-2004-14-AR(E), Prosecutor v. Sam Hinga Norman. Tribunal Especial para Serra Leoa. Câmara de Apelação, 31 de maio de 2004.

Fofana e Kondewa, Judgement on the Sentencing. Caso n. SCSL-04-14-T, Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa. Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Julgamento I, 9 de outubro de 2007.

Fofana e Kondewa, Judgement. Caso n. SCSL-04-14-A, Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa. Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Apelação, 28 de maio de 2008.

Kallon e Kamara, Decision on the Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Case n. SCSL-2004-15-AR72(E), Prosecutor v. Morris Kallon. Caso n. SCSL-2004-16-AR72(E), Prosecutor v. Brima Kamara. Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Apelação, 13 de março de 2004.

Norman, Fofana e Kondewa, Decision on the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana. Caso n. SCSL-04-14-PT-026, Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa.

Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Julgamento, 3 de março de 2004.

Sesay, Decision on Defence Motion Seeking the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chamber. Caso n. SCSL-04-15-AR15, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay. Tribunal Especial de Serra Leoa, Câmara de Apelação, 13 de março de 2004.

Sesay, Kallon e Gbao, Sentencing Judgement. Caso n. SCSL-04-15-T, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, and Augustine Gbao. Tribunal Especial para Serra Leoa, Câmara de Julgamento I, 8 de abril de 2009.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DIREITO DO MAR

(Todos os casos estão disponíveis no *site* do Tribunal Internacional de Direito do Mar http://www.itlos.org/start2_en.html. Acesso em: 27 out. 2007)

Camouco (Prompt Release), Panama v. France, ITLOS, 7 February 2000.

Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean, Chile/European Community — caso sem decisão em 15 de junho de 2009.

Chaisiri Reefer 2 (Prompt Release), Panama v. Yemen, ITLOS, 13 July 2001.

Grand Prince (Prompt Release), Belize v. France, ITLOS, 20 April 2001.

Hoshinmaru (Prompt Release), Japan v. Russian Federation, ITLOS, 6 August 2007.

Juno Trader (Prompt Release), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau, ITLOS, 18 December 2004.

Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor, Malaysia v. Singapore, ITLOS, 1st September 2005.

Monte Confurco (Prompt Release), Seychelles v. France, ITLOS, 18 December 2000.

MOX Plant, Ireland v. The United Kingdom, ITLOS, 3 December 2001.

M/V SAIGA (Prompt Release), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, ITLOS, 4 December 1997.

M/V SAIGA (n. 2), Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea, ITLOS, 1998.

Southern Bluefin Tuna, Jurisdiction and Admissibility, Australia and New Zealand v. Japan, Tribunal Arbitral Constituído sob o Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, 4 June 2000.

Tomimaru (Prompt Release), Japan v. Russian Federation, ITLOS, 6 July 2007.

Volga (Prompt Release), Russian Federation v. Australia, ITLOS, 23 December 2002.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Democratic Republic of the Congo (ICC-01/04). Disponível em <http://www.icc-cpi.int/cases/RDC.html>. Acesso em: 25 out. 2007.

Uganda (ICC-02/04). Disponível em <http://www.icc-cpi.int/cases/UGD.html>. Acesso em: 25 out. 2007.

Central African Republic (ICC-01/05). Disponível em <http://www.icc-cpi.int/cases/RCA.html>. Acesso em: 25 out. 2007.

Darfur, Sudan (ICC-02/05). Disponível em <http://www.icc-cpi.int/cases/Darfur.html>. Acesso em: 25 out. 2007.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06). Disponível em http://www.icc-cpi.int/cases/RDC/c0106/c0106_doc.html. Acesso em: 25 out. 2007.

Prosecutor v. Germain Katanga (ICC-01/04-01/07). Disponível em http://www.icc-cpi.int/cases/RDC/c0107/c0107_doc.html. Acesso em: 31 out. 2007.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08).

Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”). Disponível em http://www.icc-cpi.int/cases/Darfur/c0205/c0205_all.html. Acesso em: 7 ago. 2007.

Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09).

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-AR72, Appeals Chamber (Appeal on Jurisdiction), Decision of 2 October 1995.

Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1, Trial Chamber II, Judgement of 7 May 1997.

Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Appeals Chamber (Merits), Judgement of 15 July 1999.

Prosecutor v. Ivica Rajić, IT-95-12-R61, Trial Chamber, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision of 13 September 1996.

Prosecutor v. Kunarac, Kovać and Vuković, IT-96-23/1-A, Appeals Chamber, Judgement of 12 June 2002.

Prosecutor v. Kupreškić et al., IT-95-16, Trial Chamber, Judgement of 14 January 2000.

Prosecutor v. Limaj, Bala and Musliu, IT-03-66-PT, Trial Chamber, Pre-Trial Brief of Fatmir Limaj of 31 May 2004.

Prosecutor v. Milan Martić, IT-95-11-R61, Brief on the Applicable Law for Rule 61 Hearing, 13 March 1996.

Prosecutor v. Milorad Krnojelac, IT-97-25, Trial Chamber II, Judgement of 15 March 2002.

Prosecutor v. Miroslav Deronjic, ICTY, Case n. IT-02-61-S, 2004.

Prosecutor v. Momir Nikolic, ICTY, Case n. IT-02-60/1-A, 2003.

Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-T, Trial Chamber, Judgement, 31 January 2005.

Prosecutor v. Stanislav Galić, IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement and Opinion of 5 December 2003.

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, IT-95-14, Trial Chamber, Decision of 3 March 2000.

Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, T-95-14/1-T, Trial Chamber, Joint Opinion of the Majority, Judge Vohrah and Judge Nieto-Navia on the Applicability of Article 2 of the Statute Pursuant to Paragraph 46 of the Judgement of 25 June 1999.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

Prosecutor v. Akayesu, ICTR 96-4-T, Trial Chamber 1, Decisão de 2 de setembro de 1998. Disponível em <http://www.icttr.org/english/judgements/akayesu.html>. Acesso em: 18 dez. 2006.