



LEVANTAMENTO DE VARIÁVEIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO DO CONTENCIOSO COMERCIAL NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

*ALICE ROCHA DA SILVA**

*ANDRÉ PIRES GONTIJO**

RESUMO

Acordos comerciais regionais possuem mecanismos de solução de controvérsias muito parecidos com o modelo utilizado pelo sistema multilateral da Organização Mundial do Comércio (OMC), sendo possível levantar algumas variáveis e padrões a serem reunidos em uma teoria geral do processo do contencioso comercial no Direito Internacional Público. O objetivo desta pesquisa é o levantamento de tais variáveis para que seja testada a hipótese de criação de uma teoria geral do processo para estes litígios de ordem comercial. A análise será estabelecida a partir do levantamento das condições para a determinação do fórum e dos cenários estabelecidos para a verificação de tais condições. A partir da constatação do importante papel dos processos judiciais nas relações econômicas e comerciais internacionais e da multiplicação das possibilidades de acionamento de fóruns regionais e multilaterais (forum shopping) podem ser traçadas algumas variáveis que podem inclusive servir para evitar um impacto negativo dessa realidade fragmentada e multifacetada. Todavia, percebe-se a dificuldade no alinhamento de tais variáveis para a construção de uma teoria geral, sendo necessário o aprofundamento em outros fóruns e cenários.

Palavras-chave: Forum shopping; acordos comerciais regionais; Organização Mundial do Comércio; teoria geral do processo do contencioso comercial; Direito Internacional Público.

SURVEY OF VARIABLES FOR THE CONSTRUCTION OF A GENERAL THEORY OF THE COMMERCIAL LITIGATION PROCESS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

* Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Professora Titular no PPG-Dir do Centro Universitário de Brasília - CEUB. Assessora no Instituto de Gestão da Saúde do Distrito Federal – IGESDF. Endereço postal: SQN 307, Bl. A, Apt. 406 - Asa Norte - Brasília/DF - CEP 70746-010. E-mail: <alice.silva@ceub.edu.br>.

* Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB. Professor Titular do Centro Universitário de Brasília - CEUB. Professor da Graduação em Direito do Centro Universitário Euro Americano - UNIEURO. Pesquisador Convidado do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais: seus reflexos nas relações sociais (GEDH), vinculado à Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro Nacional da REDHT - Rede de Estudos de Direitos Humanos e Transnacionalidade. Endereço postal: Condomínio Privê Morada Sul Etapa C, Conjunto 09, Casa 04 - Jardim Botânico - Brasília/DF - CEP 71.680-348. E-mail: <andre.gontijo@gmail.com>.





ABSTRACT

Regional trade agreements have dispute settlement mechanisms very similar to the model used by the multilateral system of the World Trade Organization (WTO), making it possible to raise some variables and standards to be gathered in a general theory of the process of commercial litigation in Public International Law. The objective of this research is to survey such variables so that the hypothesis of creating a general theory of the process for these commercial disputes can be tested. The analysis will be established from the survey of the conditions for determining the forum and the scenarios established for the verification of such conditions. Based on the observation of the important role of judicial processes in international economic and trade relations and the multiplication of possibilities for activating regional and multilateral forums (forum shopping), some variables can be traced that may even serve to avoid a negative impact of this fragmented reality and multifaceted. However, one can see the difficulty in aligning such variables to build a general theory, requiring further study in other forums and scenarios.

Keywords: Forum shopping; regional trade agreements; World Trade Organization; general theory of the process of commercial litigation; Public International Law.

1 INTRODUÇÃO

Acordos comerciais regionais (RTAs do inglês *Regional Trade Agreements*) possuem mecanismos de solução de controvérsias bem desenvolvidos, inclusive com traços de inspiração do Órgão de Solução de Controvérsias (DSB do inglês *Dispute Settlement Body*) da Organização Mundial do Comércio (OMC). (TRACHTMAN, 2002, p. 77).

A proliferação de órgãos jurisdicionais no direito internacional e a expansão da jurisdição dos órgãos existentes se reflete no crescente papel dos processos judiciais nas relações internacionais em geral e nos RTAs em particular. Segundo SALMON, jurisdição é um "termo que evoca o conceito de poder, usado em uma série de expressões como competência e em outra série de expressões relativas, como o poder de julgar". (SALMON, 2001, P. 624). As partes que desejam apresentar uma reclamação podem escolher entre uma grande variedade de foros e, como resultado, têm uma oportunidade maior de encontrar um foro que melhor sirva a seus interesses. (SHANY, 2003, p. 77).

O termo "forum shopping" reflete esta realidade e podemos defini-lo de várias formas, tais como:

"Forum-shopping: a prática de introduzir uma proposta ou perseguir uma disputa em um fórum após outro até que um resultado favorável tenha sido alcançado. Às vezes também chamado "forum-shopping". (GOODE, 2007, p. 179).

"Forum-shopping: a possibilidade oferecida a um reclamante pela diversidade das regras de jurisdição internacional de levar um caso aos tribunais do país chamado a tornar a decisão mais favorável a seus interesses". (CORNU, 2004, p. 397).

"Forum-shopping: a prática de escolher a jurisdição ou tribunal mais favorável em que uma reclamação pode ser ouvida". BLACK, 1990, p. 666).





Este novo contexto é uma consequência da fragmentação do direito internacional, que resulta em uma multiplicidade de possibilidades para lidar com a mesma questão em várias jurisdições. De fato, há casos em que diferentes sistemas de resolução de disputas foram utilizados quase em paralelo, como no “caso da usina Mox”, que envolveu o Reino Unido e a Irlanda em uma disputa sobre a proposta de construção de uma usina de produção de combustível de reator nuclear em Sellafield, na costa oeste da Inglaterra. O “caso da usina Mox” envolveu duas disputas, três processos e quatro jurisdições. Isto porque o direito internacional fornece uma série de ferramentas para os Estados se defenderem contra riscos ambientais, sem ter que estabelecer uma hierarquia entre eles ou coordenação entre os órgãos que os aplicam. (MALJEAN-DUBOIS ; MARTIN [J.-C.], 2007).

A existência paralela e inarticulada de sistemas regionais e multilaterais de solução de controvérsias pode ter impactos significativos. A capacidade de escolher o foro mais conveniente para resolver uma disputa pode levar os Estados a escolher a jurisdição mais favorável a seus interesses, que pode não ser necessariamente a mais justa ou apropriada. Além disso, a concorrência entre os tribunais pode prejudicar a eficiência de seu trabalho, embora os efeitos do *forum shopping* não possam ser totalmente definidos, pelo menos em relação ao órgão de solução de controvérsias da OMC. (CARREAU, JUILLARD, 2007, p. 101).

Vale ainda mencionar que, quando dois ou mais foros são susceptíveis de resolver o mesmo caso ou aspectos do mesmo caso, pode haver um conflito ou acúmulo de jurisdições. No caso particular da relação entre os tribunais regionais e o sistema de solução de controvérsias da OMC, não há conflito real de jurisdição, pois a lei aplicável em cada sistema é diferente. Entretanto, pode-se falar de um acúmulo de jurisdição em três casos: primeiro, dois foros declaram jurisdição exclusiva sobre a mesma matéria ou matéria similar ou paralela; segundo, um foro declara jurisdição exclusiva enquanto outro oferece sua jurisdição, de forma opcional, para tratar da mesma matéria ou matéria similar; terceiro, dois foros oferecem sua jurisdição, de forma não vinculativa, para tratar de uma disputa sobre a mesma matéria ou matéria similar. (MARCEAU, 2001, p.1109). Em outras palavras, o acúmulo pode ocorrer se os dois foros forem operados em paralelo ou em sequência.

A principal dificuldade com este acúmulo reside não apenas em determinar a supremacia de um ou outro para lidar com a questão, mas também no fato de que os dois foros podem produzir resultados diferentes. Se dois fóruns produzirem soluções diferentes para a mesma medida, os estados terão que aplicar ambas as decisões ao mesmo tempo, com o risco de que a implementação de um signifique o não cumprimento do outro. Isto é perigoso para a autoridade dos sistemas de solução de conflitos e também pode reforçar a natureza política da implementação destas soluções, onde os grupos de pressão operam em nível nacional, e é uma ameaça à coerência do direito econômico internacional. (ABBOTT, 1995, pp. 57 et 58).

No direito da OMC, não há regras claras sobre a articulação das jurisdições dos RTAs e seu DSB. Além disso, a proibição de recursos paralelos ou sucessivos também não está consagrada no direito da OMC. (RUIZ FABRI, 2003, p. 953). Na maioria dos casos, o fórum da OMC é preferível aos fóruns regionais, dado que os mecanismos de solução de controvérsias contidos nos RTAs são relativamente menos eficazes do que os do sistema da OMC. Por outro lado, as negociações no contexto desses acordos avançam mais rapidamente do que no sistema multilateral. Isto significa que enquanto na OMC o DSB opera efetivamente em paralelo com



um lento processo de negociação, nos RTAs a dinâmica do sistema de negociação não é seguida pela ativação do sistema de solução de controvérsias.

Há situações em que a decisão de um regime implica necessariamente a violação de outro, como ilustrado por uma decisão da OMC que poderia concordar em tornar flexível uma licença compulsória, em violação a uma regra "TRIPS-plus" estabelecida em um RTA. A relação torna-se ainda mais complicada se apenas uma das partes na disputa estiver vinculada a uma regra regional que esteja em conflito com a lei da OMC, vinculando ambas as partes. Esta situação é ilustrada pelo "caso CE - Bananas III" (OMC, WT/DS27), onde foi encontrado um conflito entre as regras da OMC e a Convenção de Lomé, enquanto que os EUA, que eram parte na disputa, não estão vinculados pela Convenção. O mesmo aconteceu no "caso Brasil - Pneus recauchutados" (OMC, WT/DS332), onde houve um conflito entre as regras da OMC e do MERCOSUL, e onde a União Europeia, que estava envolvida no caso, não fazia parte do MERCOSUL.

Estes exemplos mostram como a proliferação de órgãos regionais de solução de controvérsias reforça a concorrência entre os sistemas regionais de solução de controvérsias e o DSB da OMC. A concorrência per se não pode ser identificada como prejudicial, especialmente se observarmos que as experiências bem-sucedidas dos sistemas regionais de solução de controvérsias podem ser trazidas para a arena multilateral e contribuir para seu desenvolvimento. O levantamento destes fatores de concorrência entre as jurisdições regionais e multilaterais serão o ponto de partida para a verificação da possibilidade de construção de uma teoria geral do processo contencioso comercial visando a construção de padronização ou simplesmente a harmonização de tais elementos.

2 CONCORRÊNCIA ENTRE OS SISTEMAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS REGIONAIS E O ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC

Dada a multiplicidade de questões abordadas nos RTAs e a proliferação do número de acordos assinados, a concorrência jurisdicional entre os sistemas de solução de controvérsias regionais e o DSB está aumentando. (VARELLA, 2005, P. 135) A maioria das práticas regionais se assemelha às do sistema multilateral da OMC, e há muito mais diferença no grau de aplicação de uma regra do direito internacional do que na natureza da norma. Ao mesmo tempo, a técnica jurídica utilizada nos RTAs pode ser vista como muito semelhante, preservando suas particularidades, àquela utilizada na OMC, pois se aplica ao mesmo assunto: as relações comerciais entre os Estados.

Esta semelhança entre os sistemas de solução de controvérsias contribui ainda mais para a intensificação da concorrência jurisdicional entre eles. Esta concorrência decorre do fato de que o mesmo caso pode ser apresentado a mais de um foro com jurisdição. (SHANY, 2003, P. 21) Por exemplo, um Estado pode contestar a medida de outro Estado, primeiro na convenção regional, MERCOSUL ou NAFTA, e depois perante o DSB, como aconteceu no "caso Argentina - Direitos Antidumping definitivos sobre a carne de aves do Brasil" (OMC, WT/DS241) e "México - Medidas Tributárias sobre Refrigerantes" (OMC, WT/DS308). Deve-se observar que nestes casos de concorrência jurisdicional, as partes podem decidir agir em conjunto ou separadamente, a fim de apresentar o caso perante apenas um dos dois foros.



A abertura de casos em ambas as jurisdições não é necessariamente sinônimo de conflito. Embora envolva as mesmas partes e os mesmos setores, a lei aplicada para resolver o caso não será a mesma. No caso do NAFTA, por exemplo, se a disputa envolver medidas *antidumping*, o Capítulo 19 do NAFTA poderá ser usado para a constituição de painéis binacionais e para procedimentos de verificação de tarifas a partir da lei doméstica de cada parte. Em paralelo, essas mesmas tarifas podem ser verificadas na OMC com base nas regras multilaterais estabelecidas no Acordo Antidumping. (PAUWELYN, 2009, p. 371). Entretanto, podem surgir conflitos entre as decisões tomadas em cada sistema.

Assim, devido à concorrência jurisdicional e à aplicação de regras substantivas diferentes para a análise da mesma medida, os foros podem tomar decisões diferentes e às vezes até contraditórias entre si ou a direitos e obrigações de outros acordos internacionais. A abordagem da concorrência jurisdicional entre RTAs e o direito da OMC terá que partir de uma análise de uma das principais consequências da proliferação de fóruns regionais: a multiplicação das possibilidades de *forum shopping*. (2.1) e, a partir deste contexto, deverá verificar os fatores envolvidos na escolha do foro apropriado (2.2).

2.1 As possibilidades crescentes de *forum shopping*

A proliferação de fóruns regionais aumentou a competição entre eles, assim como entre eles e o DSB. Como resultado, as possibilidades de *forum shopping* se multiplicaram. Em outras palavras, surgem novas situações em que as partes escolhem um dos foros competentes em detrimento dos outros e podem ser iniciados procedimentos paralelos.

A evolução dos foros internacionais não é apenas quantitativa, mas também qualitativa, pois muitos foros incluíram um grau considerável de jurisdição obrigatória e podem ser acionados unilateralmente por uma das partes. Assim, os Estados utilizam cada vez mais diversos foros internacionais para resolver disputas e levar os casos a um tribunal é mais fácil do que nunca. (KINGSBURY, 1999, p. 679)

A multiplicidade de foros não é um problema em si e pode até ser vista como positiva na medida em que oferece novas alternativas aos Estados e pode até cooperar no desenvolvimento do direito internacional. A possibilidade de *forum shopping* reflete a legítima manifestação da autonomia das partes e a melhoria da forma como o sistema jurisdicional é utilizado. (SHANY, 2003, P. 332) Entretanto, diferentes interpretações jurisdicionais podem criar direitos e obrigações incompatíveis.

Sendo previsto este possível acúmulo de jurisdições ou conflitos de decisões, a administração do *forum shopping* pode ser prevista nos próprios acordos. Mas se a escolha do foro não for regulamentada, as partes em um determinado caso podem exercer sua absoluta discricção na escolha de um dos foros disponíveis para conduzir o processo. Entretanto, para que estes sistemas regionais sejam considerados como alternativas válidas, é necessário observar as condições de *forum shopping* (2.1.1) e, com base nisto, analisar os cenários estabelecidos para a verificação das condições (2.1.2).

2.1.1 Condições para o *forum shopping*





O *forum shopping* está sujeito ao cumprimento de certos critérios. O primeiro é o critério *ratione personae*, segundo o qual ambas as partes na disputa devem estar vinculadas a mais de um regime comercial internacional, por exemplo, o regime multilateral e o regime regional. O segundo critério é o critério *ratione materiae*, que exige que o objeto da disputa seja regido pelas regras substantivas de ambos os regimes legais. Finalmente, o critério *ratione temporis* deve ser observado, ou seja, as duas normas devem existir e interagir ao mesmo tempo. (APAZA, 2006, p. 14)

O primeiro critério é claro e indica que o *forum shopping* só será possível se ambas as partes estiverem vinculadas pelos mesmos regimes de resolução de disputas. Em outras palavras, as partes só podem estar sujeitas ao sistema de solução de controvérsias dos acordos dos quais participam. A terceira condição também é óbvia, no sentido de que o *forum shopping* só será possível se as normas de solução de controvérsias dos acordos forem consideradas válidas e em vigor no momento da disputa.

Uma maior complexidade envolve a segunda condição, relacionada ao critério *ratione materiae*, porque muitas disposições regionais são semelhantes ao que existe na legislação da OMC, o que aumenta o risco de duplicação destas regras que podem ser interpretadas de forma diferente em cada sistema. Além disso, como vimos no capítulo anterior, várias questões são tratadas tanto pelos RTAs quanto pela OMC, mas o simples fato de que a mesma questão seja tratada em ambos os sistemas não implica que haja uma duplicação do *ratione materiae*. Afinal, alguns temas podem ser tratados de maneira completamente diferente e podem até ser excluídos da competência do sistema de solução de controvérsias do acordo. Este é o caso do NAFTA para direitos anti-dumping e subsídios, que estão sujeitos apenas a revisões de painel binacional, de acordo com as regras internas sobre o assunto, e estão excluídos da jurisdição do Capítulo 20 do NAFTA.

Assim, sob este critério, podem surgir três situações: (i) a estrutura do RTA é semelhante à da legislação da OMC; (ii) a estrutura do RTA é mais liberal do que a da OMC; ou (iii) a estrutura do RTA é diferente da estrutura da OMC ou a questão é regulada de uma perspectiva diferente. No primeiro caso, há um claro cumprimento do teste do *ratione materiae*. No segundo caso, o *forum shopping* só será possível se o arranjo regional tratar do assunto com maior profundidade do que a lei da OMC. A terceira situação é mais problemática, pois pode haver um conflito de disposições.

Além disso, deve-se considerar que se um assunto for tratado no RTA e apenas superficialmente no sistema da OMC, deve-se verificar se a medida específica viola as disposições da OMC, mesmo que estas não regulem a questão em profundidade. Este é um ponto interessante, pois a escolha de um fórum vinculado a um acordo que indica claramente a violação é preferível.¹

Além destes critérios, é importante verificar se acordos específicos têm cláusulas de seleção de foro, pois estas poderiam potencialmente limitar a possibilidade de *forum shopping*. No caso do NAFTA, por exemplo, os Artigos 2005.3 e 2005.4 estabelecem a jurisdição preferencial *ratione materiae* para disputas ambientais e de proteção à saúde. A partir dessas cláusulas, surge a questão de saber se o juiz da OMC pode aceitar a prevalência de um tribunal

¹ No caso de uma medida que viole uma regra ambiental, as partes poderiam usar o sistema da OMC baseado no artigo XX do GATT, mas no caso de um RTA como o NAFTA, identificar a violação de uma disposição que trata claramente da questão é mais facilmente alcançada.



regional em uma disputa sobre um assunto que também é coberto pelas disposições da OMC. Após verificação destes critérios, cenários podem ser estabelecidos para as partes.

2.1.2 Cenários estabelecidos para a verificação das condições

Estas condições estão diretamente ligadas a cenários, baseados na possibilidade de *forum shopping*, que são: ambos os tribunais têm jurisdição, apenas um tribunal tem jurisdição, nenhum dos tribunais tem jurisdição.

Segundo suas regras procedimentais, o sistema de solução de controvérsias da OMC define-se como um “elemento essencial para garantir a segurança e previsibilidade do sistema comercial multilateral” (art. 3.2 do Memorando do Acordo sobre Solução de Controvérsias). Nesta base, pode-se dizer que a OMC tem um sistema que é considerado quase automático, na medida em que a adoção dos relatórios do painel e do Órgão de Apelação é quase automática e os Membros devem cumprir as decisões contidas nestes relatórios. Todavia, o DSB tem jurisdição exclusiva sobre os acordos da OMC, e sua jurisdição é limitada a esses acordos.

Assim, se um Estado violar uma norma regional e multilateral, poderá estar sujeito a uma reclamação em ambos os foros, mas a base da reclamação será diferente. Em outras palavras, o DSB não considerará a lei do RTA, e a suposta violação ao direito da OMC terá que ser recebida automaticamente pelo fórum multilateral. Além disso, o “juiz” da OMC não poderá arquivar o caso com base no fato de que a mesma alegação já está sendo tratada em um foro regional. Isto é possível em alguns RTAs, como por exemplo no acordo EFTA-Singapura, onde os árbitros podem declinar a jurisdição para lidar com o caso, se as partes já tiverem encaminhado o caso ao fórum do DSB nos casos em que a escolha do foro impede qualquer outro.

O primeiro cenário é o mais abordado pela doutrina. Ele é aplicado quando uma das partes de um RTA contesta uma medida em um fórum regional e a mesma medida é então contestada no DSB da OMC. Esta situação envolve uma “dupla violação” das obrigações do acordo regional e do direito da OMC e ambos os sistemas têm jurisdição para lidar com a mesma medida.

No caso do APE EC-CARIFORUM pode ser verificada a concorrência entre as jurisdições competentes. Se um Estado do CARIFORUM celebrar um acordo preferencial com um país terceiro em desenvolvimento, ele pode escolher se deseja ou não estender à CE o tratamento preferencial concedido a esse país. Se o fizer, o Estado do CARIFORUM estará de acordo com a EPA, mas a medida contestada pode ser contestada pelo terceiro país em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC. Entretanto, se decidir não estender o tratamento preferencial, o Estado do CARIFORUM está violando a APE e a UE pode iniciar procedimentos contra ele no sistema regional por violação dos artigos 19(2) e 19(4).

De acordo com o artigo 222 (2) do APE EC-CARIFORUM:

“O recurso às disposições de solução de controvérsias do presente Acordo não prejudica qualquer ação no âmbito da OMC, incluindo uma ação de solução de controvérsias. Entretanto, quando uma Parte tiver iniciado um processo de solução de controvérsias com respeito a uma medida específica, seja sob o



Artigo 206(1) desta Parte ou sob o Acordo da OMC, ela não poderá iniciar qualquer processo de solução de controvérsias com respeito à mesma medida no outro foro antes da conclusão do processo anterior. Para os fins deste parágrafo, considera-se que uma Parte ou um Estado do CARIFORUM tenha iniciado um processo de solução de controvérsias sob o Acordo da OMC uma vez que tenha apresentado um pedido para o estabelecimento de um painel sob o Artigo 6 do Entendimento sobre Regras e Procedimentos que Regem a Solução de Controvérsias da OMC.”

Portanto, os Estados do CARIFORUM podem escolher entre o sistema de solução de controvérsias da OMC ou do APE, e um não exclui o outro, pois após a conclusão do processo em um dos foros, é permitido optar pelo segundo. Entretanto, deve-se observar que o artigo 222(1) do EC-CARIFORUM APE prevê que "os órgãos de arbitragem estabelecidos sob este Acordo não tratarão de disputas decorrentes dos direitos e obrigações dos Estados signatários do CARIFORUM sob o Acordo da OMC". O artigo 222 (3) estabelece que "Nada no presente Acordo impede uma Parte ou um Estado do CARIFORUM de aplicar a suspensão das obrigações autorizadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Nada no Acordo da OMC impede que as Partes suspendam os benefícios sob este Acordo". Assim, os Estados do CARIFORUM podem preferir apresentar uma reclamação à OMC, solicitando a suspensão de qualquer obrigação de conceder o tratamento mais favorável à parte CE e justificando a não aplicação da cláusula da nação mais favorecida do APE com base na legislação da OMC.

Contudo, na prática, os argumentos apresentados pelos Estados do CARIFORUM para justificar sua decisão de não estender o tratamento preferencial à CE são fracos e estes Estados acabam optando por estender os benefícios à CE. Neste caso, o país terceiro em desenvolvimento só pode levar o assunto à OMC e é provável que apresente uma reclamação contra a CE. Como resultado, os Estados do CARIFORUM não são citados em nenhum fórum e podem usufruir dos benefícios da disputa entre o terceiro país em desenvolvimento e a UE na OMC. Estes elementos são importantes no caso específico dos Estados Partes no APE EC-CARIFORUM; entretanto, outros fatores podem ser apontados como estando envolvidos, em geral, na escolha do foro apropriado.

2.2 FATORES ENVOLVIDOS NA ESCOLHA DO FORO APROPRIADO

Ao escolher o foro mais apropriado para uma disputa específica, os Estados devem identificar os fatores envolvidos no *forum shopping*, a fim de discernir as vantagens e desvantagens de cada um. O *forum shopping* pode ser visto como uma manobra dos Estados para manipular o sistema legal, o que pode causar dificuldades para outras partes no litígio.

A escolha do foro é geralmente uma expressão da importância atribuída pelas partes ao sistema de regras que é aplicado pelo sistema de resolução de disputas. A escolha do foro pode ser feita unilateralmente por uma das partes, no caso de jurisdição obrigatória, ou por todas as partes, no caso de acordo.

A escolha unilateral do foro pode dar origem a uma série de problemas, uma vez que o ideal seria que a escolha do foro fosse feita com base na lei combinada com a autonomia das partes e não pela vontade de uma única parte que foi a primeira a fazer a escolha. Além disso,



esta situação pode gerar uma "corrida ao foro" e tomar a forma de uma competição entre as partes na disputa, especialmente nos casos em que a regulamentação da escolha do foro determina que a preferência vai para o primeiro foro escolhido. Isto também pode levar a uma corrida para escolher um foro inadequado. Entre os fatores envolvidos na escolha do foro estão elementos relativos à lei aplicável (2.2.1), a estrutura institucional dos acordos (2.2.2), fatores relacionados às regras processuais de cada sistema (2.2.3) e variáveis políticas (2.2.4).

2.2.1 Elementos relativos à lei aplicável

Os fatores envolvidos na escolha do foro estão relacionados a elementos relativos à escolha da lei e são, portanto, neste caso, fatores de natureza jurídica. É claro que a parte apresentará uma reivindicação no foro regido pelo acordo onde a reivindicação tem maior probabilidade de ser bem-sucedida e onde o resultado será mais útil para o futuro. (BUSCH, 2007, p. 735)

Além disso, no caso da defesa, a lei aplicável também é de importância crucial, uma vez que o Estado terá que verificar quais são suas possibilidades de defesa em um determinado acordo. Parece que, em geral, as disposições dos RTAs são mais rigorosas, o que leva os requerentes a optarem pelo RTA, ao invés do DSB. (PAUWELYN, 2004, p. 253) Assim, além da base legal da reivindicação, o Estado também deve verificar as possibilidades de defesa ou exceções úteis para a parte infratora.

2.2.2 A estrutura institucional dos acordos

Fatores relacionados com a estrutura institucional dos acordos também desempenham um papel na escolha do fórum. A OMC é uma organização multilateral formal com um alto nível de institucionalização, o que não é o caso da maioria dos RTAs. O fato de a OMC ser multilateral contribui para a exposição das práticas dos países no contexto internacional, o que pode funcionar como um instrumento de pressão. De fato, o risco de exposição induz ao cumprimento, devido aos custos de violação das obrigações comerciais. (TUSSIE, DELICH, 2004, p. 10). Além disso, a estrutura da OMC, e em particular o DSB, proporciona maior apoio aos Membros, sem mencionar a intervenção direta do DSB no processo, especialmente na implementação de relatórios do painel e do Órgão de Apelação. No entanto, alguns RTAs têm a vantagem de que sua Secretaria pode agir *ex officio* e prosseguir com os procedimentos contra os participantes que tenham violado certas regras do acordo. Isto ocorreu na Comunidade Andina onde dos 83 casos apresentados ao seu sistema de solução de controvérsias, 73 foram iniciados pela Secretaria.

2.2.3 Fatores relacionados com as regras de procedimento de cada sistema

Fatores relacionados às regras processuais de cada sistema também desempenham um papel na escolha do foro. Um dos elementos mais importantes para os aspectos procedimentais é o *timing da disputa*. De fato, quanto mais rápido o procedimento, mais rápida é a decisão sobre a eliminação da violação, através da qual o Estado pode solicitar a remoção da possível barreira comercial. Este cronograma inclui uma série de etapas processuais desde as consultas



até a implementação das decisões, e a duração de cada etapa varia. Há uma diferença considerável entre o cronograma do RTA e do DSB da OMC, particularmente os prazos para a implementação das decisões.

Isto está ligado ao custo do procedimento, o que também influencia a escolha do foro, especialmente quando se trata de países em desenvolvimento. Nesta fase, o sistema da OMC pode parecer preferível, pois possui o "Advisory Center on WTO Law" (ACWL) que pode ajudar esses países reduzindo o custo do procedimento.

Outro elemento importante é a natureza das partes em cada sistema. A OMC não reconhece a capacidade dos indivíduos ou entidades de submeter casos ao DSB, enquanto alguns RTAs reconhecem uma capacidade total ou limitada de pessoas privadas para agir em seu sistema. Na Comunidade Andina, além da Secretaria e dos países membros, as pessoas físicas ou jurídicas cujos direitos tenham sido violados têm a possibilidade de apresentar sua reivindicação ao sistema regional de solução de controvérsias.² Já no MERCOSUL, a capacidade das entidades privadas é mais limitada³ e no NAFTA é conferida em casos específicos, conforme previsto no Capítulo 11 do acordo de investimento. (APAZA, 2006, p. 24).

A possibilidade de pessoas privadas submeterem casos é uma vantagem dos RTAs sobre o sistema da OMC, onde as partes têm que levar em conta certos fatores políticos ao buscar apoio governamental para defender seus interesses em nível multilateral. O fato de entidades privadas não poderem trazer casos para a OMC reduz a possibilidade de escolha de foro para eles.

Isto está ligado à possibilidade de terceiros participarem do processo e às disposições de transparência, que são muito úteis para a escolha do foro. A este respeito, os RTAs geralmente têm algumas vantagens sobre o sistema da OMC. (APAZA, 2006, P. 40).

A seleção dos painelistas também é um fator que pode influenciar a escolha do fórum e, neste aspecto, há uma semelhança entre os RTAs, mas também uma diferença entre eles e o sistema adotado pela OMC. Com algumas exceções, como a Comunidade Andina que possui um tribunal permanente, os RTAs concordam com o estabelecimento de painéis *ad hoc*, e a seleção dos membros dos painéis é baseada em critérios similares, tais como competência, objetividade e imparcialidade. Inclusive com a necessidade de seguir os códigos de conduta de cada acordo. Na OMC, os painelistas não podem ser nacionais de nenhuma das partes ou de terceiros na disputa, a menos que as partes concordem. (art. 8.3 do Memorando de Resolução de Controvérsias da OMC) As partes devem concordar com a seleção dos membros do painel feita pelo Secretariado da OMC. Caso contrário, o Diretor Geral da OMC decidirá após consulta às partes. A seleção de painelistas somente por uma das partes pode prejudicar sua imparcialidade e a legitimidade do devido processo; além disso, a falta de consenso na seleção dos painelistas pode bloquear o processo.

² Art. 38 e 39 do "Tratado que cria o Tribunal de Justiça do Acordo de Cartagena (emendado pelo Protocolo de Cochabamba)" assinado em 28 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.comunidadandina.org/ingles/normativa/ande_trie2.htm>. Acesso em : 11 de abr. 2023.

³ Capítulo XI do "Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no MERCOSUL". Disponível em <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/olivos/polivos_p.asp>. Acesso em : 11 de abr. 2023.



A possibilidade de recorrer das decisões do painel é um ponto importante na escolha do fórum. Mesmo que o recurso prolongue a duração do procedimento, do ponto de vista do sistema como um todo, a existência de tal pedido é positiva para a previsibilidade e segurança jurídica do sistema, dando às partes uma visão clara de como uma disputa pode ser resolvida. (PAUWELYN, 2004, p. 260) Este fator está por trás da preferência pelo sistema da OMC em relação ao sistema RTA, que geralmente não prevê tal possibilidade. Vale ressaltar que no sistema da OMC, a análise do Órgão de Apelação é limitada às questões jurídicas e interpretativas estritas dos relatórios do Painel e ao pedido das partes apelantes.

A formação de jurisprudência também é relevante na escolha do foro. (BUSCH, 2007, pp. 735-761) Se o reclamante estiver procurando um precedente mais liberal, é provável que ele escolha o DSB da OMC. Caso contrário, será escolhido o foro regional. Isto foi observado no “caso Canadá – Periodicals” (OMC, WT/DS31), no qual os EUA escolheram o fórum da OMC em vez do NAFTA porque estavam procurando um precedente mais liberal sobre o termo "exceção industrial cultural". (GANTZ, 1999, pp. 1025)

Diretamente relacionado a este fator está outro elemento processual: a natureza e os efeitos das decisões. Há uma grande diferença entre a natureza e os efeitos das decisões tomadas pelos sistemas regionais e as tomadas pela OMC, e há uma preferência por um fórum que ofereça decisões com efeito vinculante automático. Em alguns RTAs como o MERCOSUL e a Comunidade Andina, as decisões são vinculantes e na Comunidade Andina são diretamente aplicadas. Isso dependerá do nível de integração do RTA. (MC CALL SMITH, 2000, p. 137). Em outros RTAs, como o NAFTA, há controvérsias sobre a verdadeira natureza de suas decisões. (MARCEAU, 1997). Na OMC, os relatórios do DSB são expressamente vinculantes, mas sem qualquer efeito direto sobre os Membros, pois a transposição dessas decisões para a legislação nacional de cada Membro é necessária.

A implementação e aplicação das decisões também são relevantes para a escolha do fórum, bem como os remédios disponíveis quando não são cumpridos. Finalmente, há o tratamento especial dado aos países em desenvolvimento pela OMC, mas na prática isto tem se mostrado menos importante na escolha do foro. Haja visto que as disposições de tratamento preferencial no sistema da OMC têm sido pouco utilizadas, o que demonstra o baixo interesse dos países em desenvolvimento em utilizar tais disposições. (VAN DEN BOSSCHE, 2005, pp. 172-306).

2.2.4 Variáveis políticas

As variáveis políticas são importantes, especialmente no contexto dos RTAs. Entretanto, a escolha do fórum da OMC em vez do fórum regional pode ter implicações políticas consideráveis. O mecanismo de solução de controvérsias do NAFTA é muito sensível a esta questão. Por este motivo, e devido a assimetrias dentro do acordo, pode ser mais vantajoso para o Canadá ou México escolher o DSB da OMC em vez do mecanismo regional. (LOUNGNARATH, STEHLY, 2000, p. 71).

No fórum da OMC, os Estados podem encontrar maior apoio de outros membros da OMC e as assimetrias podem ser corrigidas, particularmente no caso de disputas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Entretanto, em nível regional, as soluções podem ser



negociadas mais facilmente, mas deve ser considerado que a pressão política também será mais eficaz. (BUSCH, 2007, pp. 735-761).

3 CONCLUSÃO

A análise das possibilidades de *forum shopping* mostra os riscos envolvidos na acumulação de jurisdições regionais e multilaterais. Algumas RTAs têm cláusulas que tentam regular a prática de *forum shopping*, as chamadas cláusulas de exclusão de foros. Em outras palavras, as partes na disputa podem escolher um dos foros, mas uma vez escolhido, esse foro será definitivo. Entretanto, isto não impede que o caso seja trazido aos dois foros, pois os sistemas regionais e o DSB da OMC são foros independentes. A isto se soma o fato de que não há garantia de que estas decisões seguirão na mesma direção ou de que serão coerentes, pois há um risco de conflito entre as soluções dadas.

Os sistemas regionais de resolução de conflitos estão se tornando cada vez mais sofisticados e robustos, sendo que alguns possuem disposições e mecanismos para impor contramedidas em resposta a violações de seus acordos como por exemplo o Acordo entre Japão e a República da Indonésia. Isto cria um novo desafio para a lei da OMC, pois em alguns casos ela é violada pela aplicação dessas contramedidas.

O levantamento das variáveis que compõem o cenário de concorrência entre a jurisdição regional e o sistema de resolução de controvérsias da OMC demonstra a dificuldade do estabelecimento de uma teoria capaz de reunir todos os elementos do processo contencioso comercial do Direito Internacional Público. Talvez um viés mais próximo do Direito Internacional Privado seja mais factível para a proposta se for considerado a força do fator político e institucional onde esse contencioso público se desenrola.

REFERÊNCIAS

ABBOTT (F.M.) *Law and policy of regional integration: the NAFTA and western hemispheric integration in the World trade organisation system*, Martinus Nijhoff publishers, Dordrecht, Boston, London, 1995, 217 p.

APAZA (P.) *The interaction between the dispute settlement mechanism of the American regional trade agreements and the WTO*. World Trade Institute, Master thesis, mile6, september 2006.

BLACK (H.C.), *Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern.*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, 1657 p.

BUSCH (M.L.) "Overlapping institutions, forum shopping, and dispute settlement in international trade." *International Organization*, vol. 61, n. 4, 2007, pp. 735-761.

CARREAU (D.); JUILLARD (P.) *Droit international économique*. 3^{ème} éd. Paris: Dalloz, 2007, 744 p.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 8 ed. Paris: PUF, 2004, 925p.





GANTZ (D.A.) "Dispute settlement under the NAFTA and the WTO : choice of forum opportunities and risks for the NAFTA parties." *American University International Law Review*, vol. 14, n. 4, 1999, pp. 1025-1106.

GOODE (W.) *Dictionary of trade policy terms*. 5e edition, WTO, Cambridge, 2007.

KINGSBURY (B.) "Foreword: is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?" *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n. 4, 1999, pp. 679-686.

LOUNGNARATH (V.); STEHLY (C.) "The general dispute settlement mechanism in the North American Free Trade Agreement and the World Trade Organization System. Is north american regionalism really preferable to multilateralism?" *Journal of World Trade*, vol. 34, n. 1, 2000, pp. 39-71.

MALJEAN-DUBOIS (S.); MARTIN (J.-C.) "L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux." *Journal du Droit International ("Clunet")*, vol. 134, n° 2, abril/maio/junho de 2007.

MARCEAU (G.) "Conflicts of norms and conflicts of jurisdictions. The relationship between the WTO agreement and MEAs and other treaties." *Journal of World Trade*, vol. 35, n. 6, 2001, pp. 1081-1131.

MARCEAU (G.) "The dispute settlement rules of the North American free trade agreement : a thematic comparison with the dispute settlement rules of the world trade organizations." In: PETERSMANN (E.-U.)(ed.). *International trade law and the GATT/WTO dispute settlement system*. London, The Hague: Kluwer Law International, 1997, 704 p.

MC CALL SMITH (J.) "The politics of dispute settlement design: explaining legalism in regional trade pacts." *International Organizations*, vol. 54, n. 1, 2000, pp. 137-180.

OMC, "Argentine - Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil." WT/DS241.

OMC, "Canada — Certaines mesures concernant les périodiques." WT/DS31.

OMC, "Mexique — Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons." WT/DS308.

OMC, Brésil — *Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*. WT/DS332.

OMC, Communautés européennes - *Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*. WT/DS27.

PAUWELYN (J.) "Going global, regional, or both? Dispute settlement in the Southern African Development Community (SADC) and overlaps with the WTO and other jurisdictions." *Minnesota Journal of Global Trade*, vol. 13, n. 2 (2004), pp. 231-304.

PAUWELYN (J.) "Legal avenues to 'multilateralizing regionalism': beyond Article XXIV." In: BALDWIN (R.E.)(ed.). *Multilateralizing regionalism: challenges for the global trading system*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 368-399.

RUIZ FABRI (H.), "Chronique du règlement des différends", *Journal du Droit International*, 2003, pp. 895 – 960.

SALMON (J.)(ed.) *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001.



SHANY (Y.) *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003, 348 p.

TRACHTMAN (J.P.), “Institutional linkage: transcending “trade and...””, *The American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, pp. 77-93.

TUSSIE (D.); DELICH (V.) *The political economy of dispute settlement: a case from Argentina*. Latin American Trade Network LATN, FLACSO/Argentina, Octubre 2004, 13 p.

VAN DEN BOSSCHE (P.) *The Law and policy of the World Trade Organization*. Cambridge University Press, 2005, pp. 172-306.

VARELLA (M.D.) A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, pp. 135-170.