

***Forum shopping*, fenômeno jurídico do cenário pós-Guerra Fria**

MATEUS FERNANDEZ XAVIER

Resumo: O presente artigo tem o propósito de demonstrar como a ordem internacional pós-Guerra Fria promoveu o fenômeno jurídico denominado *forum shopping*. Analisando as principais alterações ocorridas no contexto internacional desde 1990, é possível averiguar a incapacidade das organizações e das instituições multilaterais tradicionais em solucionar as demandas apresentadas por novas potências mundiais e por outros atores internacionais. Desse modo, diversas coalizões *ad hoc* e novos órgãos jurisdicionais surgiram em resposta à crescente insegurança política e jurídica do contexto internacional. Com um maior número de atores estatais e não estatais acessando uma quantidade crescente de tribunais e cortes internacionais, estratégias de *forum shopping* emergiram no âmbito global.

Palavras-chave: *Forum shopping*. Contexto pós-Guerra Fria. Direito Internacional. Meios de solução pacífica de controvérsias. Tribunais internacionais.

1. Introdução

Nas ciências exatas e em algumas ciências sociais, existem áreas de conhecimento que têm uma ou duas teorias hegemônicas capazes de explicar de modo satisfatório a maior parte das dinâmicas que ocorrem em seus âmbitos. Esse não é o caso das Relações Internacionais, principalmente após o fim da Guerra Fria. Na atualidade, pode-se afirmar que a Teoria de Relações Internacionais é plural e não apresenta uma abordagem explicativa que seja hegemônica em relação às demais.

Com o fim da União Soviética, foi perdida a hegemonia desfrutada pelas teorias neorrealistas e neoliberais. A maneira como o império so-

Recebido em 11/8/15
Aprovado em 24/11/15

viético acabou não foi prevista por nenhum teórico de RI¹ e não pôde ser explicada de modo satisfatório pelas abordagens teóricas do campo. A realidade não se adequou aos parâmetros teóricos estabelecidos pelos estudiosos da área e isso contribuiu, em grande parte, para o fortalecimento de outras perspectivas até então marginalizadas, como o Construtivismo, a Teoria Crítica, o Sistema Mundo, as abordagens pós-modernas e as perspectivas feministas, por exemplo.

Na atualidade, o campo teórico das Relações Internacionais tem apresentado um arrefecimento de seus principais debates. Os artigos publicados nos periódicos da disciplina demonstram como os pesquisadores têm privilegiado trabalhos que empregam e testam determinadas teorias em relação a um objeto, em detrimento de estudos mais abstratos voltados à crítica e/ou à defesa de abordagens teóricas². Independentemente de avaliações a respeito de sua configuração, o contexto pós-Guerra Fria é muito mais complexo que o vigente até 1989. O declínio relativo de temas relacionados à segurança somado à ascensão de novos atores políticos (estatais e não estatais) e a migração para o centro da agenda internacional de problemas envolvendo cooperação econômica, meio ambiente, desenvolvimento, combate à miséria, entre outros, contribuíram para alterar a configuração de poder mundial. A consequência natural desse fenômeno foi o surgimento de diferentes tipos de análises sobre a organização da dinâmica interacional da atualidade.

¹ Ressalte-se o trabalho de J. B. Duroselle (2000) como única exceção que, embora não tenha explicitamente mencionado a URSS, contribuiu com explicações cujos parâmetros conseguem, em alguma medida, explicar o fim do império soviético.

² Como bem demonstrado por Dunne; Hansen; Wight (2013). Nesse mesmo sentido, ver também Mearsheimer; Walt (2013).

Apesar de não haver consenso sobre a atual polaridade do sistema internacional, diversos estudos realizados após a década de 1990 já apresentam certa concordância a respeito de aspectos da configuração mundial. Nesse contexto, o presente artigo pretende realizar um breve esboço sobre o fenômeno jurídico denominado *forum shopping*³. Para tanto, as principais características do sistema internacional contemporâneo serão apresentadas, destacando-se as dificuldades enfrentadas pelas grandes instituições multilaterais em normatizar os principais temas da agenda internacional. Como se verá, o consequente surgimento de concertações informais *ad hoc* entre diferentes atores é uma resposta a essas dificuldades institucionais.

No âmbito do Direito Internacional⁴, a ascensão das incertezas e das controvérsias entre os atores contribuiu para o surgimento de diferentes tribunais e cortes internacionais com distintas jurisdições para o tratamento e a solução de controvérsias. Como será demonstrado, a proliferação de fóruns e órgãos de apelação, fenômeno típico da atualidade, gerou sobreposição de competências em algumas matérias e temas, criando jurisprudências diversas e, em algumas situações, conflitantes. Esse aspecto, somado à dificuldade de se estabelecer um conjunto de normas claras e universais, no âmbito do sistema internacional, gera incentivos à adoção de estratégias de *forum shopping*.

³ De forma resumida, pode-se definir *forum shopping* como a seleção estratégica de um tribunal para julgamento de um caso concreto, e/ou a decisão de se proceder com litigação paralela em diferentes cortes internacionais, e/ou a decisão de levar adiante a litigação seriada em diferentes tribunais. Cada uma dessas estratégias será mais bem explicada mais adiante.

⁴ Para fins do presente trabalho, o termo Direito Internacional refere-se ao Direito Internacional Público ou Direito das Gentes, não devendo ser confundido com o Direito Internacional Privado em que os principais sujeitos são os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, situadas em jurisdições diferentes.

Ao final do artigo, uma breve exposição crítica será realizada e serão apontadas as principais tendências e propostas surgidas na literatura para tentar mitigar esse problema.

2. O Sistema Internacional no pós-Guerra Fria

Com o final da Guerra Fria, a distribuição mundial de poder tem-se alterado de forma significativa. Atores localizados nas regiões a leste e a sul dos tradicionais centros compostos por EUA e Europa passaram a ganhar mais destaque, na medida em que obtiveram maior lastro econômico e financeiro para atuar no mundo. No presente contexto, no entanto, não há ameaças à hegemonia da ordem liberal liderada por Washington, que permanece plenamente ativa e com perspectivas de perdurar por muito tempo. Como a emergência de outras potências tem ocorrido por meio de adesões a essa ordem, as tensões ideológicas causadas pelo comunismo deixaram de ser uma ameaça à paz mundial. Mesmo países com regimes políticos autoritários, como a China, atuam no sistema internacional procurando adequar suas ações à maior parte das regras e dos procedimentos estabelecidos pela ordem em questão.

Instituições e organizações internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e a Organização das Nações Unidas (ONU) desempenham importantes funções dentro da atual dinâmica liberal e não têm sua existência questionada pelos principais atores emergentes. Países como Brasil, Rússia e China defendem reformas nessas instituições de modo a torná-las mais condizentes com a nova configuração mundial de poder, já que a defasagem em suas estruturas decorreria do fato de tais organismos terem

sido desenhados ao final da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, as alterações propostas buscariam espelhar a atual correlação de forças entre os países e dar às novas potências maior participação nas decisões dessas instituições.

Em outras palavras, percebe-se que os atores emergentes não desejam alterar ou substituir as regras e os princípios básicos que regulam o funcionamento da ordem liberal vigente, mas sim exercer maior protagonismo dentro dessa ordem (IKENBERRY, 2011). Para além das efetivas ações diplomáticas, a busca desse objetivo é evidenciada por meio das diversas declarações públicas dos representantes das potências em ascensão:

Os chefes de Estado e Governo expressaram a visão de que a legitimidade do FMI depende de uma reforma fundamental de quotas e voz que seja mais representativa dos países em desenvolvimento. A reforma deve efetivamente reduzir o grave desequilíbrio entre a ampla maioria de poder de voto ora detida pelas economias avançadas e a participação insatisfatória dos países em desenvolvimento⁵.

As muitas críticas às ações dos EUA no cenário internacional não devem ser interpretadas como contestações à ordem liberal mundial. Tais objeções devem ser compreendidas como desaprovações a ações norte-americanas que não têm legitimidade no arcabouço de regras e diretrizes impostas pela ordem vigente. Destaca-se nesse sentido, por exemplo, o fato de o governo de Washington ter discurso favorável à promoção dos Direitos Humanos, mas permanecer refratário à Convenção Ameri-

⁵Declaração conjunta da I Cúpula do Fórum de Diálogo Índia-Brasil-África do Sul (IBAS). Brasília, 13 de setembro de 2006. (BRASIL, 2007, p. 231). Nesse mesmo sentido, ver também: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/04/100415_brics_final_fa_np.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2015.

cana de Direitos Humanos celebrada em San José, na Costa Rica, em 1969, além de manter em funcionamento sua prisão militar em Guantánamo. Assim, no âmbito da proteção e promoção internacional dos Direitos Humanos, falta legitimidade aos Estados Unidos para condenar abusos e violações de outros países. O aspecto da legitimidade é importante para as relações internacionais do atual contexto e têm ganhado significativa relevância após 1990⁶.

Ao reconhecer e adotar as instituições internacionais do Sistema Bretton Woods, as potências emergentes auferem ganhos, advindos do funcionamento da ordem liberal vigente e, também, legitimidade às suas ações. Como exemplo de ganho significativo, pode-se citar o estabelecimento de confiança mútua entre as diferentes potências, decorrente da previsibilidade de ação proporcionada pelas regras e pelas normas estabelecidas pelas instituições internacionais. A emergência da China desperta temor nos países de seu entorno, proporcionando um contexto regional caracterizado por incertezas. Para convencer seus vizinhos de que sua ascensão econômica e política constitui um processo pacífico, Pequim busca integrar-se à ordem liberal internacional de forma inequívoca, o que tem feito com algum grau de sucesso⁷.

⁶ A legitimidade como questão internacional relevante foi bem abordada pelo embaixador Gelson Fonseca Júnior (1998). Após 1990, houve ascensão da importância da legitimidade como base para a atuação no cenário internacional, em comparação às ações baseadas unicamente na força. Nesse sentido, o *referendum* e o princípio da autodeterminação dos povos são exemplos de ações e de ideias usadas nos discursos da diplomacia russa para tentar dar legitimidade à anexação da Crimeia. Apesar de o simples uso de ideias e argumentos não gerar automaticamente legitimidade, ainda mais nesse caso, o exemplo mencionado é importante por demonstrar que, mesmo impondo sua vontade por meio da força, a chancelaria russa preocupou-se em tentar dotar de legitimidade suas ações.

⁷ Caso contrário, grande parcela dos Estados do Sudeste asiático e do mar da China demandará uma presença

Segundo Ikenberry (2011), num mundo de crescente interdependência nas áreas econômica e de segurança, o custo de permanecer alheio às normas e aos princípios liberais, deixando de conceber e/ou participar de redes de cooperação, eleva-se de forma considerável. As estratégias adotadas para a criação de redes e vínculos com outros parceiros internacionais são variadas entre os atores globais. A despeito da existência de diversas maneiras e abordagens para a consecução desse objetivo, duas opções têm-se destacado nas últimas décadas: o fortalecimento dos grandes sistemas de regulação multilateral e a consolidação de diferentes esferas de atuação com suas respectivas coalizões específicas. Em ambas as linhas de ação, o principal interesse subjacente à participação dos países nessas redes⁸ é angariar recursos políticos e econômicos com vistas a influenciar o desenvolvimento da governança global⁹, tornando a ordem internacional mais condizente com interesses nacionais específicos. Novamente, vale destacar que tentar influenciar o desenvolvimento da governança global e tornar a ordem internacional mais favorável às aspirações nacionais não significa contestar os fundamentos desse ordenamento. As potências emergentes buscam alterar algumas características da ordem liberal, mas sem modificar sua estrutura básica.

Apesar das significativas expectativas geradas pelas grandes conferências que dominaram a década de 1990¹⁰, o fortalecimento

maior dos Estados Unidos na região, prejudicando os interesses chineses ao restringir a área de influência sínica.

⁸ Tanto as potências desenvolvidas quanto as emergentes.

⁹ Utilizar-se-á no presente trabalho a definição de “governança global” de Stewart Patrick, que a entende como “o esforço coletivo feito por Estados, Organizações Internacionais e outros atores no sentido de estabelecer desafios comuns e buscar oportunidades que vão além das fronteiras nacionais”. (PATRICK, 2014).

¹⁰ Como bem explorado por Alves (2001).

dos grandes sistemas de regulação multilateral tem perdido espaço para concertações informais *ad hoc* entre diferentes atores. Muitos organismos internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), têm perdido influência em decorrência da falta de acordo entre seus membros sobre determinadas matérias; a falta de previsão para a conclusão da Rodada Doha é sintomática a esse respeito. Nos últimos dez anos, o surgimento e o fortalecimento de grupos e de iniciativas compostos por diferentes nações tornaram-se evidentes. O G-7/G-8, o G-20 comercial, o G-20 financeiro, os BRICS, o IBAS, o BASIC, além dos blocos de concertação regional, têm oferecido respostas multilaterais efetivas para muitos problemas que não podem ser resolvidos por meio das instituições de caráter global:

effective multilateral responses are increasingly occurring outside formal institutions, as frustrated actors turn to more convenient, *ad hoc* venues. The relative importance of legal treaties and universal bodies such as the UN is declining, as the United States and other states rely more on regional organizations, “minilateral” cooperation among relevant states, codes of conduct, and partnerships with nongovernmental actors (PATRICK, 2014).

Nesse contexto de pluralidade de instituições e de espaços de concertação, os Estados têm estabelecido arranjos mais flexíveis que lhes possibilitem enfrentar desafios e problemas complexos de forma eficaz. Como resultado, alguns itens da agenda internacional são selecionados e tratados pelos atores mais relevantes daquele tópico, dando ensejo ao que Patrick (2014) denominou “governança global em pedaços”. Como exemplo, esse autor menciona os regimes do clima, de saúde, do comércio internacional e duas iniciativas lançadas pelo governo de Barack Obama, a Parceria Transpacífica e a Parceria Transatlântica de comércio e de investimento (PATRICK, 2014).

No contexto da atual ordem liberal e de forma complementar às visões de Ikenberry (2011) e de Patrick (2014), Robert Keohane (2012) apresenta três grandes tendências que vêm ganhando força desde 1990: o aumento na legalização das ações e dos procedimentos internacionais; o aumento do legalismo e do moralismo de lideranças da sociedade civil; e as alterações na coerência interna em alguns regimes internacionais.

O processo de aumento da legalização estaria diretamente vinculado às instituições. As regras estabelecidas pelas organizações internacionais são claras e vinculantes, provendo arranjos necessários para a adjudicação da solução de eventuais litígios a uma terceira parte e reduzindo a possibilidade de eventuais conflitos armados entre os lados em disputa. Como consequência, para o autor, haveria uma redução das

incertezas a respeito das regras válidas e um maior conhecimento sobre suas aplicações nos casos concretos (KEOHANE, 2012)¹¹. Evidência desse processo de legalização, nas últimas duas décadas, é o aumento significativo da utilização dos aparatos institucionais destinados à resolução de controvérsias entre diferentes atores internacionais.

A segunda tendência apresentada por Keohane (2012) está vinculada à percepção de mundo que a sociedade civil vem desenvolvendo nos últimos anos. Assim, o aumento do legalismo e do moralismo das lideranças da sociedade civil pode ser resultado do aumento de importância, ao redor do mundo, de dois valores normativos: a crença de que progressos morais e políticos podem ser obtidos por meio da aplicação do Direito; e a crença de que princípios morais fornecem valiosos guias para a atuação política de líderes, Estados e organizações, além de fornecerem balizas para o posterior julgamento de suas ações¹². Para Keohane (2012), os principais benefícios advindos dessa tendência seriam: o fornecimento de parâmetros adequados e necessários à legitimação da influência exercida pelos atores hegemônicos; e o estabelecimento de uma base moral capaz de guiar as pressões de movimentos sociais locais que buscam promover valores liberais e democráticos.

A terceira tendência relaciona-se tanto à questão da coerência quanto às instituições internacionais. Segundo Keohane (2012), uma

instituição ou um conjunto de instituições demonstram coerência quando têm estruturas hierárquicas suficientemente claras para não deixar dúvidas sobre que regras e/ou normas devem ser aplicadas num caso específico ou, ao menos, quando apresentam estruturas capazes de deixar evidente que instituições têm adjudicação para determinar as regras aplicáveis ao caso concreto. Para Keohane (2012), considerar uma instituição ou um conjunto de instituições como um “regime internacional” é o mesmo que reconhecer a existência de um alto grau de coerência interna em sua estrutura. Nesse ponto, a visão desse autor, além de complementar, aproxima-se muito das concepções de Ikenberry (2011) e de Patrick (2014):

As I suggested, I see signs that the coherence of international regimes is declining. In several domains regimes or attempted regimes are becoming “regime complexes”: loosely coupled arrangements of rules, norms and institutions marked both by connections between several specifics functionally related institutions and by the absence of an overall architecture or hierarchy that structures the whole set. (KEOHANE, 2012, p. 129).

Desse modo, tanto para Keohane (2012) quanto para Ikenberry (2011) e Patrick (2014), o desenvolvimento das concertações informais *ad hoc* entre diferentes atores ocorre, na atualidade, como consequência da perda de capacidade das grandes organizações multilaterais em regular eficaz, rápida e adequadamente os principais regimes internacionais e seus respectivos temas e agendas.

Como tentativa de sintetizar as principais ideias até aqui apresentadas, pode-se afirmar que a ordem liberal passou a ter escala global, depois da Guerra Fria, em decorrência do fim do bloco comunista e da ascensão de novos

¹¹ Como se notará mais adiante, o fato de haver mais tribunais internacionais não significa, muitas vezes, maior clareza a respeito das regras aplicáveis.

¹² Nesse ponto, é importante destacar que Keohane (2012) diferencia “legalismo” de “moralismo” por entender que um aumento no primeiro pode ser uma tentativa de esconder o exercício de poder por parte de um ator determinado. Em sua visão, o Direito e a sua eficácia sempre se sustentam em estruturas de poder; logo, a aplicação de regras e normas pode tornar-se muito desigual em contextos em que as partes em oposição são muito distintas em termos de poder. Para maiores informações sobre esse aspecto, ver Keohane (2012).

atores econômicos e políticos, como os países emergentes. Apesar de um início promissor, o esforço realizado pelas grandes instituições multilaterais para regular os principais temas da agenda da ordem liberal não tem apresentado o resultado desejado. Com isso, houve um aumento do grau de incertezas entre os atores internacionais, um incremento no número de divergências sobre diferentes matérias e um maior número de desacordos e controvérsias pontuais sobre tópicos específicos. Para enfrentar esses problemas, os Estados têm recorrido à formação de coalizões *ad hoc* para tratar temas relevantes da agenda internacional e, com mais frequência, têm recorrido aos meios jurisdicionais de solução de controvérsia¹³. Esse segundo aspecto foi o responsável pela proliferação de tribunais, cortes internacionais e órgãos de apelação, o que, por um lado, tem sanado de forma pacífica expressivo número de conflitos, mas, por outro lado, tem levado à sobreposição de competências em algumas matérias, criando jurisprudências diversas e conflitantes, em algumas situações.

A próxima seção apresentará uma breve descrição dos principais meios de solução pacífica de controvérsias para, em seguida, expor o principal problema resultante do desenvolvimento dos meios jurisdicionais de solução de controvérsias nos últimos anos: o *forum shopping*.

3. Os principais meios de solução pacífica de controvérsias

A solução pacífica de controvérsias é uma das matérias mais importantes do Direito Internacional e sua evolução decorre da crescente restrição do direito ao uso da força por parte dos Estados. As convenções da Haia de 1899 e 1907 regularam a solução de litígios entre os Estados em vários de seus artigos, dando início a uma nova fase do Direito das Gentes cuja principal característica foi a crescente institucionalização dos meios de resolução de disputas. Em 1921, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) foi instituída no âmbito da Liga das Nações e constituiu importante passo para judicializar as controvérsias entre os países. O Pacto de Paris, também conhecido como Tratado Briand-Kellog, de 1928, restringiu quase completamente o uso da força por

¹³ A tendência que Keohane (2012) denominou “legalização” pode também ser entendida como uma propensão crescente de judicialização das controvérsias internacionais. Ao não ter uma interpretação comum sobre a aplicação das regras e normas que regem um determinado regime internacional, ou um tema específico, as partes em conflito buscam órgãos, tribunais e cortes internacionais para resolver suas controvérsias. Tais organismos são responsáveis por dizer às partes o direito aplicável – o *jus dicere*, que deu origem à palavra *jurisdição*. Ao adjudicarem a um terceiro a responsabilidade de pôr fim a uma controvérsia, as partes em litígio submetem-se à jurisdição daquele órgão naquele único caso ou em todos os demais que surgirão a depender da vontade de cada Estado.

parte dos Estados¹⁴. Após a Segunda Guerra Mundial, a Carta das Nações Unidas também vedou o uso da força pelos Estados¹⁵, considerando tal medida defensável em duas possibilidades: quando empregada como instrumento de legítima defesa, desde que a força utilizada seja proporcional à agressão sofrida, e quando devidamente autorizada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. A Carta da ONU também criou a Corte Internacional de Justiça (CIJ), cujo estatuto derivou daquele utilizado por sua antecessora, a CPIJ.

Segundo Alberto do Amaral Júnior (2008), o interesse pelos meios pacíficos de solução de controvérsia aumentou significativamente após o conflito mundial de 1939-1945. Junto com a crescente sofisticação das formas diplomáticas de composição dos conflitos, verificou-se o aperfeiçoamento da arbitragem e o aumento significativo do número de cortes judiciais, em escala regional e universal. Tais tendências inserem-se no processo abrangente de normatização da política mundial que tem ocorrido nas últimas décadas. “A expansão das regras de julgamento constitui apenas uma das facetas desse processo, que contou ainda com o notável alargamento do campo regulatório do direito internacional” (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 238).

Para melhor compreensão dos tipos de meios pacíficos de solução de controvérsias, é importante definir o último termo. Pode-se afirmar que uma controvérsia surge quando há desinteligência entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional Público sobre questões de fato e/ou de direito. O desacordo ocorre, por exemplo, quando um Estado, ao interpretar um fato e/ou norma, formula uma pretensão explícita ou implícita a respeito de um objeto, afetando de forma direta ou indireta as pretensões e os interesses de outro Estado. Caso este conteste a interpretação dada por aquele, apresentando entendimento diferente a respeito do mesmo objeto, uma controvérsia estará configurada (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 238). As partes em desacordo poderão entender-se por meio de negociações diretas ou poderão submeter o litígio a um terceiro ator, que ficará responsável pela aplicação do direito necessário à resolução da controvérsia.

A Carta das Nações Unidas, em seu artigo 33, prevê que, antes de tomar qualquer ação, as partes envolvidas em uma controvérsia que possa ameaçar a paz e a segurança internacionais buscarão encontrar

¹⁴ Interessante exceção à restrição ao uso da força foi feita em relação aos territórios coloniais.

¹⁵ O art. 2, IV, da Carta das Nações Unidas (1945) tem o seguinte texto “todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas”.

uma solução para sua disputa por meio da negociação, do inquérito, da mediação, da conciliação, da arbitragem, da solução judicial, do recurso a entidades ou a acordos regionais, ou por meio de qualquer outro recurso pacífico.

De acordo com a literatura, os dois principais canais de solução pacífica de controvérsias são os diplomáticos (negociações diretas, bons ofícios, mediação e conciliação) e os jurisdicionais (arbitragem e decisões de cortes e tribunais internacionais). Esses canais, com seus respectivos meios de solução de litígio, são válidos no âmbito do Direito Internacional e podem ocorrer de forma paralela em algumas situações.

As negociações diretas costumam ocorrer pelas vias diplomáticas de que dispõem as partes em desacordo. Esse meio de solução de controvérsias geralmente precede os demais; no entanto, nada impede que, a qualquer tempo, diálogos entre as autoridades e os diplomatas de cada Estado aconteçam de forma paralela ou posterior à evolução de outro procedimento eventualmente já adotado no caso concreto. Quando as negociações, por qualquer razão, deixam de evoluir ou passam a enfrentar dificuldades consideráveis, as partes poderão solicitar a atuação de terceiros que, por meio de seus bons ofícios, propiciam meios para facilitar o diálogo entre os litigantes. Os bons ofícios podem ser ofertados por Estados, organizações internacionais ou indivíduos, mas seu uso está condicionado à aquiescência das partes em conflito (SHAW, 2003, p. 918-923).

A mediação é forma de solução de controvérsias na qual um terceiro sujeito age de forma a sugerir medidas, ações e meios capazes de pôr fim à disputa, a convite das partes em litígio. As diferenças em relação aos bons ofícios nem sempre são claras; mas, no caso da mediação, pode-se perceber uma atuação mais substancial do facilitador, no sentido de pro-

por soluções que sejam aceitáveis para ambos os lados em disputa, tentando influenciá-los em suas decisões¹⁶.

Quando há desinteligências a respeito de questões de fato, o meio mais empregado costuma ser a instituição de uma comissão de inquérito, composta por especialistas técnicos renomados. Prevista pela primeira vez na Convenção da Haia de 1899, esse meio surgiu como alternativa à arbitragem. Na atualidade, o inquérito tem sido usado como etapa preliminar à conciliação e à arbitragem, uma vez que sua capacidade para elucidar os fatos relacionados a uma controvérsia produz bons subsídios aos meios mais complexos de solução de controvérsias. A composição da comissão de inquérito não precisa ser neutra. Os técnicos escolhidos poderão, ou não, ser nacionais dos países em disputa (SHAW, 2003, p. 923-925).

A conciliação foi muito praticada no período do Entreguerras, apresentando significativo desenvolvimento na segunda metade do século passado. É meio de solução de controvérsias mais elaborado em relação aos mencionados, já que envolve uma investigação levada a cabo por uma terceira parte e a submissão da disputa a uma comissão de conciliadores. Ao contrário da arbitragem, a decisão final proferida pela comissão não é vinculante: tem apenas caráter propositivo para as partes envolvidas.

As decisões dos organismos internacionais podem ser jurisdicionais ou podem ser políticas. As determinações dessas instituições se-

¹⁶Exemplo recente de dificuldade na classificação e diferenciação entre bons ofícios e mediação encontra-se na atuação do Papa Francisco no sentido de aproximar Washington e Havana – em que pese não existir, formalmente, uma controvérsia específica a opor Estados Unidos e Cuba, sendo a situação atual mais decorrente de uma oposição ideológica e de anos de hostilidade entre os dois Estados. Como não se conhecem bem os limites da atuação do Pontífice para facilitar o diálogo entre os dois países, o caso pode ser enquadrado tanto numa quanto noutra modalidade.

ção políticas nas situações em que o organismo não conta com órgão específico para a solução de controvérsias ou, caso o tenha, profere determinada decisão sem consultá-lo.

Apresentados os principais meios diplomáticos, é necessário abordar os meios jurisdicionais. O elemento básico para a constituição de uma decisão jurisdicional é a presença de um ator que, não envolvido na controvérsia, atue de forma imparcial e independente e cujas atribuições sejam compostas da responsabilidade de proferir decisões de caráter obrigatório às partes em disputa¹⁷.

A arbitragem é um meio de resolução pacífica de conflitos que atende a esse requisito. Essa modalidade pressupõe a escolha, por parte dos litigantes, de um ou mais árbitros, que deverão proferir sentença de acordo com o Direito Internacional Público e dentro dos limites de seus mandatos. No final do século XIX e ao longo do século XX, a arbitragem foi empregada em diversas ocasiões para encerrar disputas internacionais de modo amigável. No caso do Brasil, esse instrumento foi importante para a delimitação pacífica de parcela expressiva das fronteiras nacionais¹⁸.

Na atualidade, diversos tratados internacionais, bilaterais ou multilaterais, estabelecem o recurso à arbitragem como forma de dirimir eventuais conflitos surgidos em seus âmbitos. No entanto, existindo uma controvérsia, os sujeitos de Direito Internacional podem fazer uso desse meio, independentemente da existência da referida previsão, bastando, para tanto, celebrar tratado específico para esse fim. Do referido instrumento deverá constar a “qualificação das partes; o nome dos árbitros e dos respectivos substitutos; o objeto do litígio, com descrição minuciosa dos fatos controversos; bem como as regras que regerão a instalação e funcionamento do tribunal arbitral [...]” Além disso, é necessário “explicitar as normas processuais e materiais que orientarão os árbitros” e o Direito aplicável (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 248). O laudo arbitral é o documento que põe fim ao processo de arbitragem, com uma deci-

¹⁷ Apesar do caráter vinculante, as decisões obtidas pelos meios jurisdicionais de solução de conflitos não têm como ser executadas automaticamente, como ocorre no âmbito doméstico, por exemplo. Como os Estados soberanos podem ou não cumprir as decisões contra eles proferidas, a Carta das Nações Unidas estabeleceu, em seu artigo 94, IV, a possibilidade de um Estado recorrer ao Conselho de Segurança da ONU, caso sua contraparte litigante deixe de cumprir as determinações advindas de uma decisão da Corte Internacional de Justiça. Para garantir a execução das sentenças da CIJ, o Conselho de Segurança poderá fazer recomendações à parte inadimplente ou decidir que medidas deverão ser tomadas no caso concreto.

¹⁸ No caso do Brasil, vale ressaltar a arbitragem realizada por Cleveland, presidente norte-americano, na Questão de Palmas, que opôs o Brasil à Argentina; a realizada por Vitor Emanuel II, rei da Itália, na Questão do Pirara, que opôs o Brasil ao Reino Unido; e a realizada por Walter Hause, Presidente da Confederação Suíça, na Questão do Amapá, que opôs o Brasil à França.

são devidamente fundamentada a respeito do litígio. Seus termos são obrigatórios e definitivos, devendo as partes acatá-los e executá-los de boa-fé (SHAW, 2003, p. 955-956).

Por fim, o meio de solução de controvérsias que apresentou grande evolução nas últimas décadas foi a litigação sob amparo de cortes, tribunais e órgãos de solução de controvérsias¹⁹. As decisões dessas instituições têm caráter vinculante, devendo ser observadas pelos Estados que eventualmente venham a adjudicar determinado litígio a esses órgãos. Ademais, na medida em que as decisões proferidas por essas instituições passam a fazer parte da jurisprudência do Direito das Gentes, que, conforme previsto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, configura uma das fontes do Direito Internacional Público²⁰, os princípios emanados dos julgamentos desses órgãos devem ser observados pelos demais sujeitos de Direito Internacional.

A dificuldade de se ater à jurisprudência internacional intensifica-se quando há uma proliferação de tribunais, cortes e órgãos de apelação com jurisdições sobrepostas e que passam a proferir sentenças e decisões por vezes conflitantes sobre um mesmo tema ou questão. Esse será o ponto a partir do qual haverá a configuração do *forum shopping*.

4. Os principais fatores que ensejaram o surgimento do *forum shopping*

Até a década de 1990, podiam-se enumerar, sem grande dificuldade, todas as cortes e os tribunais internacionais então existentes²¹. No entanto, após o fim da Guerra Fria, o número de órgãos jurisdicionais aumentou de forma exponencial, o que acarretou a sobreposição de jurisdições e da concorrência entre os diferentes fóruns. O aumento do número de tribunais internacionais, a emergência da jurisdição “automática”²² e o

¹⁹ Vale destacar que adjudicação de controvérsias a determinada jurisdição, no Direito Internacional, significa que o Estado tem o poder de definir o direito e as normas a serem aplicadas para a resolução da questão, assim como delimitar os termos da própria adjudicação em si. Algo muito similar ao que foi apresentado a respeito do mandado arbitral.

²⁰ O artigo 38 prevê as seguintes fontes para o Direito Internacional: os tratados internacionais; os costumes internacionais; os princípios gerais de Direito; a jurisprudência formada pelas decisões judiciais e pelas doutrinas de grandes juristas de diferentes países. Além disso, a equidade poderá ser utilizada, desde que as partes estejam de acordo.

²¹ Havia a Corte Internacional de Justiça, as Cortes Europeias, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte de Benelux e a Corte de Justiça da Comunidade Andina.

²² Importante influência prática e doutrinária no Direito Internacional dos últimos anos, a jurisdição automática tem ganhado destaque nos principais acordos e tratados de comércio e de investimentos. A introdução de cláusulas que normatizam as condições para a solução de eventuais conflitos tem-se tornado muito comum e permitido às partes que se sintam lesadas no acesso automático às cortes e/ou aos tribunais previamente determinados pelos tratados assinados.

crescente acesso aos meios jurisdicionais de solução de controvérsias pelos atores privados transnacionais propiciaram o contexto ideal para a proliferação das estratégias de *forum shopping* (SALLES, 2014, p. 18).

Forum shopping is a dirty word: but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one in which he thinks his case can be most favorably presented; this should be a matter neither for surprise nor for indignation (LORD SIMON, 1973 apud SALLES, 2014, p. 29).

De fato, como afirma Lord Simon, as estratégias de *forum shopping* são utilizadas pelos litigantes como instrumento para tentar garantir o atendimento de seus interesses próprios, o que, a princípio, não deveria causar surpresa ou indignação, não fossem as consequências negativas dessas ações para o Direito Internacional como um todo.

O aspecto negativo vinculado ao termo *forum shopping* decorre da rotineira má-fé vinculada ao uso das estratégias de escolher um fórum em particular, de litigar de forma paralela e de litigar de forma seriada. O primeiro caso ocorre quando, diante da possibilidade de ingressar com litígios em mais de um tribunal, uma das partes adjudica a controvérsia a um órgão que considera mais benéfico aos seus interesses, seja em razão da jurisprudência da corte, seja em decorrência do corpo de juízes que compõem o fórum.

A litigação paralela ocorre quando uma das partes adjudica simultaneamente o litígio a mais de um tribunal internacional em busca de sentenças favoráveis, independentemente de outras já proferidas ou em vias de serem concluídas. Como exemplo, pode-se citar a controvérsia que envolveu o Chile e a União Europeia a respeito da exploração do

peixe-espada no sudeste do Pacífico. As partes acionaram, ao mesmo tempo, a OMC e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, tendo sido suspensos os procedimentos de análise do caso, em ambas as cortes, somente após os dois litigantes entrarem em acordo direto, em 2001.

A litigação seriada consiste em criar múltiplas representações contra uma parte, num mesmo tribunal ou em diferentes fóruns. O litigante que lança mão dessa estratégia costuma apresentar de forma reiterada um conjunto de teorias e argumentos em diferentes tribunais, além de, em algumas situações, poder valer-se de várias pessoas jurídicas diferentes para figurarem como polo ativo das diversas ações propostas. Por meio da litigação seriada, um Estado, por exemplo, poderia acionar outro país em diversas cortes e tribunais utilizando, para tanto, as ações de empresas transnacionais, indivíduos, organizações internacionais e até mesmo outros Estados²³.

Com frequência, a parte que recorre a essas ações já sabe que será condenada, mas tenta valer-se da falta de coordenação entre as diferentes cortes internacionais para evitar indenizar a contraparte que sofreu um dano. Como consequência, há o acionamento de número grande de profissionais altamente especializados, de diferentes órgãos, para analisar uma mesma controvérsia ou para avaliar uma infinidade de recursos sobre uma controvérsia já apreciada pelo tribunal. A solução das controvérsias deixa de ser o objetivo final e dá lugar à tentativa de atrasar, obstar ou dificultar ao máximo os trabalhos dos órgãos jurisdicionais acionados. Outra importante consequência negativa ocorre quando os tribunais emitem pareceres diferentes a respeito de um mesmo tema, dificultando

²³ A apresentação de recorrentes recursos às decisões de um tribunal também pode ser denominada como litigação seriada.

tando assim a formação de uma jurisprudência coerente sobre a matéria e dando margem para estender as discussões a respeito da controvérsia em benefício da parte infratora.

Para se compreender como surgiu um “mercado” para os adeptos das estratégias de *forum shopping*, é necessário expor, ainda que de forma resumida, os três fatores que lhe deram causa: o aumento significativo das cortes e dos tribunais internacionais; o aumento da influência da litigação compulsória; e o maior recurso aos meios jurisdicionais de solução de conflitos por parte de Estados e de outros atores transnacionais.

Como exemplo da primeira vertente, podem-se mencionar as diversas cortes e tribunais que surgiram nos últimos anos e que, além de complementarem a atuação das mais antigas, passaram a concorrer com elas em diferentes matérias. Apenas a título de exemplo, mencionem-se algumas das principais cortes e tribunais que atuam no atual contexto internacional e cujas jurisdições podem sobrepor-se e dar ensejo às práticas de *forum shopping*.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Integrante da estrutura da ONU, a CIJ demonstra profunda continuidade em relação aos trabalhos desenvolvidos pela CPJI, na medida em que tem estatuto baseado no de sua predecessora e profere decisões que frequentemente remetem aos julgados da CPJI.

A competência da CIJ abrange qualquer controvérsia entre Estados relativa à interpretação e/ou à aplicação de quaisquer normas ou princípios de Direito Internacional. Apesar de crescentes críticas, as organizações internacionais e os indivíduos não figuram como partes em processos na CIJ, somente os Estados que se submetam à sua jurisdição. Essa aceitação pode ser para um caso concreto específico ou para todas as controvérsias envolvendo ou-

tro Estado que também tenha manifestado concordância em se submeter à jurisdição da CIJ. Idealizada pelo diplomata brasileiro Raul Fernandes, a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória foi criada na década de 1920 e sujeita os países que a subscrevem a aceitar a jurisdição da CIJ, em condições de reciprocidade, em eventuais controvérsias que envolvam alegadas violações do Direito Internacional (SHAW, 2003, p. 978-982)²⁴.

É ponto pacífico na doutrina a necessidade de consentimento pelos litigantes para a atuação da Corte, sendo necessária a submissão espontânea dos Estados em conflito à sua jurisdição. No entanto, caso um país acione a CIJ contra uma nação que não reconhece a jurisdição daquela Corte, as decisões proferidas pelo Tribunal só não serão válidas na hipótese dessa mesma nação contestar o foro no qual o litígio se encontra, ou seja, contestar a competência da CIJ para proferir decisão que a vincule. Por outro lado, caso a nação acionada conteste o mérito da controvérsia, isso será suficiente para firmar a competência da CIJ, por ser considerada uma submissão tácita à jurisdição desse Tribunal (SHAW, 2003, p. 973-978)²⁵.

²⁴ O principal objetivo da referida cláusula foi fortalecer a CIJ ao mesmo tempo em que mantinha o direito de os Estados se submeterem à jurisdição daquela Corte pelo período desejado e nas matérias escolhidas, podendo os países excluir litígios que envolvessem temas considerados por eles como sensíveis ou prejudiciais a seus interesses nacionais.

²⁵ A doutrina denomina tal princípio *forum prorogatum*. Sua aplicação no caso concreto encontra-se bem exemplificada no Caso do Estreito de Corfur que opôs o Reino Unido à Albânia. De forma muito resumida: em 22/10/1946, dois navios de guerra britânicos colidiram com minas nas águas territoriais albanesas; o Reino Unido ingressou na CIJ com uma petição de reparação dos danos sofridos, alegando que a Albânia era responsável pelas condições de suas águas territoriais; este país, porém, em vez de apresentar contestação preliminar arguindo a incompetência da CIJ para julgar o litígio, escreveu àquela Corte afirmando que a petição do Reino Unido não era o instrumento adequado para acionar aquele Tribunal, reconhecendo, assim, tacitamente, a jurisdição da CIJ para aquele caso específico.

As sentenças da CIJ são obrigatórias e vinculam as partes por terem força de coisa julgada e por não darem direito a recurso. Além disso, como já foi mencionado, suas decisões passam a fazer parte da jurisprudência internacional, constituindo precedentes a serem observados por todos os países e demais sujeitos de Direito Internacional. Para além de sua competência para dirimir litígios e controvérsias, a CIJ tem competência consultiva ao ser acionada pela Assembleia Geral, pelo Conselho de Segurança ou pelas organizações internacionais integrantes da ONU – e pode elaborar pareceres de grande valor doutrinário (SHAW, 2003, p. 1.000-1.004).

Outro fórum cuja atuação tem grande importância é o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), criado pela Convenção de Montego Bay, de 1982. Em 1996, após reunir número suficiente de ratificações, esse órgão passou a funcionar, com sede em Hamburgo, com o objetivo de julgar litígios derivados do referido tratado. Composto por 21 juízes, independentes e eleitos entre juristas com alta reputação, seus membros devem representar os principais sistemas jurídicos do mundo, além de ter uma distribuição geográfica equitativa.

Diferentemente da CIJ, o TIDM é aberto a diferentes sujeitos de Direito Internacional além dos Estados: a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos; as organizações internacionais cuja maioria dos membros seja parte da Convenção; as empresas estatais; e as pessoas físicas e jurídicas. A competência da Corte abrange controvérsias relacionadas à interpretação e/ou aplicação da Convenção de Montego Bay e de outros acordos que se relacionem com os objetivos desse Tratado e que atribuam ao Tribunal a referida competência. Assim como a CIJ, o TIDM também tem competência consultiva, podendo emitir pareceres quando provocado (SHAW, 2003, p. 1.005-1.006).

Com o início do funcionamento do TIDM, a CIJ passou a concorrer com essa Corte na resolução de conflitos referentes ao direito do mar. A Convenção de Montego Bay permite que as partes escolham entre a CIJ, o TIDM e a arbitragem para resolver eventuais disputas. Como bem lembrado por Amaral Júnior (2008), em matérias que envolvam atividades econômicas marítimas, há ainda a possibilidade de concorrência desses dois tribunais com o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC²⁶.

Outro campo em que a multiplicidade de tribunais também ocorreu diz respeito aos direitos humanos. No início da década de 1990, a extin-

²⁶ Novamente, serve como exemplo o caso da pesca do peixe-espada no sudeste do Pacífico, que opôs o Chile à Comunidade Europeia e acabou sendo resolvido por meio de um acordo entre as duas partes, o que deu ensejo à suspensão dos procedimentos para a solução de controvérsias iniciadas na OMC e no TIDM.

ta Iugoslávia entrou em guerra civil e diversos crimes de guerra ocorreram em seu território. Pouco tempo depois, o Conselho de Segurança decidiu criar um Tribunal Internacional para julgar os responsáveis pelas violações ocorridas a partir de 1º de janeiro de 1991. A Resolução 827, de 1993, aprovou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia, proporcionando as condições adequadas ao seu funcionamento e vinculando essa Corte ao Conselho de Segurança da ONU. Como órgão subsidiário desse Conselho, esse Tribunal obteve competência para julgar os acusados de ilícitos internacionais de caráter humanitário²⁷.

Pouco tempo depois da criação do Tribunal para a antiga Iugoslávia, procedimento parecido foi tomado para os conflitos ocorridos em Ruanda. Em 1994, confrontos entre as etnias hutu e tutsi vitimaram mais de 500 mil pessoas em Ruanda, além de gerarem número expressivo de refugiados. Diante desse grave quadro, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por meio da Resolução 955, de 1994. Com sede em Arusha, na Tanzânia, essa Corte tem competência para apreciar as violações de direitos humanos, como o genocídio, a escravidão, a tortura, as perseguições religiosas, entre outros delitos, ocorridos entre 1º de janeiro e 31

de dezembro de 1994, no território de Ruanda e nos países vizinhos.

Também no âmbito dos Direitos Humanos, o Estatuto de Roma, aprovado em 1998 e em vigor desde 2002, criou o Tribunal Penal Internacional (TPI). Influenciado pelos resultados jurisprudenciais dos Tribunais de Nurembergue e de Tóquio, essa Corte Penal consolidou o entendimento de que a configuração de um ilícito internacional não depende dos termos da legislação doméstica dos países, mas tão somente da configuração de um crime definido e previsto no Direito Internacional. Nesse sentido, o TPI não reconheceu imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito das Gentes e não aceitou o argumento do cumprimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade para eventual delito cometido (PORTELA, 2010, p. 423-432).

O TPI atua como Corte universal independente e de caráter complementar às jurisdições domésticas. Suas ações são esporádicas e excepcionais, devendo cobrir as lacunas deixadas pela incapacidade ou falta de disposição dos Estados em processar e julgar eventuais responsáveis por delitos internacionais. Dessa forma, essa Corte só aceita a propositura de uma ação contra um indivíduo caso esteja configurada uma inação do Judiciário estatal em relação ao caso concreto em análise.

A competência do TPI abrange os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, conforme previsto pelo Estatuto de Roma. Qualquer Estado parte desse tratado, além do Conselho de Segurança da ONU, pode formular denúncia à promotoria do tribunal, com vistas a dar início às investigações para apurar a responsabilidade por eventuais delitos. A jurisdição do TPI depende da adesão dos Estados ao Estatuto de Roma, não havendo a possibilidade de reservas à ratificação do referido instru-

²⁷ É assunto controverso o paralelo entre os Tribunais de Nurembergue, de Tóquio, para a Iugoslávia e para Ruanda com tribunais de exceção, nos quais o princípio do juiz natural não é respeitado. Não haveria dúvidas de que essas quatro cortes se enquadrariam nessa nomenclatura caso tivessem sido instauradas no âmbito doméstico de um Estado Democrático de Direito. No entanto, na esfera internacional, tal entendimento passa a ser mais problemático. Como não há uma "norma fundamental", no sentido de Hans Kelsen (2001), no contexto internacional, a necessidade de previsibilidade para o atendimento do princípio do juiz natural não pode ser plenamente atendida. Em que medida a Carta da ONU e o Estatuto da Corte Internacional de Justiça podem ser considerados como as fontes primárias necessárias para garantir que tribunais de exceção não ocorram na esfera internacional é aspecto que foge ao objeto do presente artigo. Para maiores detalhes a esse respeito, ver Kelsen (2001) e Moraes (2004).

mento, dada a natureza jurídica dos dispositivos que o integram. As sentenças proferidas pela Corte aplicam-se a quaisquer indivíduos, independentemente de suas funções públicas ou privadas, não havendo, assim, imunidade para Chefes de Governo ou de Estado (PORTELA, 2010, p. 428-432).

Vale ainda mencionar a existência e a atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que integram, respectivamente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Com competência para analisar e julgar eventuais violações de direitos humanos, a jurisdição desses tribunais concorre com a atuação da CIJ e pode sobrepor-se, também, à do TPI, dependendo de cada caso.

Poder-se-iam apresentar e enumerar vários outros órgãos jurisdicionais criados entre 1990 e a presente data, mas os exemplos mencionados são suficientes para demonstrar o primeiro aspecto que contribuiu para a formação de um “mercado” propício à prática de estratégias de *forum shopping*: a proliferação de diversas cortes e tribunais internacionais. Segundo Amaral Júnior (2008, p. 262-263):

Não houve, até agora, a necessária preocupação em coordenar, segundo uma diretriz comum, as várias jurisdições criadas. [...] O método descentralizado de atribuir a órgãos distintos competência para a solução de disputas enseja a probabilidade de conflitos e sobreposições ao se considerar que a mesma controvérsia pode recair no âmbito de instâncias jurisdicionais diferentes. [...] as tensões resultantes do conflito de jurisdição afetam a previsibilidade, a eficácia e a credibilidade do Direito Internacional.

O surgimento de um número maior de tribunais no contexto internacional pode trazer benefícios como atender a demandas reprimi-

das e salientar todos os aspectos técnicos de um litígio multifacetado. Também pode acontecer um aumento na qualidade dos trabalhos e das decisões proferidas pelos órgãos, na medida em que se intensifica uma maior concorrência entre os diferentes fóruns. No entanto, quando esse aumento no número de cortes e tribunais é acompanhado pelo surgimento do princípio da jurisdição “automática” ou litigação compulsória – segunda vertente que tem contribuído para o aumento do uso das estratégias de *forum shopping* –, ganha força o problema de como coordenar a sobreposição jurisdicional (SALLES, 2014, p. 20-21).

Nos últimos anos, mudança significativa ocorreu em relação à prática internacional de adjudicação dos litígios. Como já demonstrado e de acordo com a doutrina tradicional, um consentimento específico e expresso de ambas as partes em conflito é requisito necessário para a submissão de qualquer controvérsia à jurisdição de um determinado órgão. No entanto, uma nova prática tem atribuído caráter compulsório à submissão das partes à jurisdição de cortes e tribunais internacionais²⁸, ao mesmo tempo em que vem apresentando influência doutrinária crescente nos últimos anos. Essa vertente tem como característica o entendimento de que o consentimento prévio dos litigantes é redundante e/ou desnecessário para o julgamento de uma controvérsia. Seus

²⁸ Existem também algumas normas e princípios que, por sua própria natureza, são tidas como universais e, por isso, aplicáveis a todas as pessoas de Direito Internacional Público: a literatura denomina-as *jus cogens*. As normas do Direito das Gentes são obrigatórias, mas somente as do tipo *jus cogens* têm caráter imperativo. Elas têm origem nos tratados e nos costumes. Do primeiro tipo são as regras que proíbem o emprego e a ameaça de emprego da força, as normas que proíbem a pirataria, o genocídio e os crimes contra a humanidade. Do costume derivam as normas que exigem assistência às pessoas, aos navios e aos aviões que se encontrem em situação de perigo. Para maiores informações sobre *jus cogens*, ver Nieto-Navia, (2003).

defensores afirmam que a ratificação dos tratados que criam os órgãos jurisdicionais já constitui uma aquiescência em relação à jurisdição prevista para a respectiva Corte internacional. Outros defendem, simplesmente, a possibilidade de se levar adiante, de forma unilateral, o processo de litigação, independente da vontade da parte acionada, caso o tratado ou contrato que vincula as partes tenha cláusula arbitral ou cláusula que especifique o foro ou os procedimentos para eventual solução de conflitos.

Naturalmente, o paradigma de jurisdição compulsória ainda enfrenta a resistência de diferentes pessoas jurídicas de Direito Internacional, principalmente por parte dos Estados quando na situação de acionados. No entanto, há âmbitos em que sua aplicação tem sido bem difundida, podendo ser considerada regra, por exemplo, nos casos de violações de direitos humanos nos âmbitos interamericano e europeu. As partes lesadas²⁹ podem acessar as Cortes de Direitos Humanos de ambos os sistemas, à revelia dos Estados infratores, desde que cumpram determinados requisitos para tanto.

Outro exemplo é a jurisdição do TPI, cujos princípios subjacentes são os mesmos verificados nos casos da CEDH e da CIDH, embora busquem punir os indivíduos que deram causa a eventuais ilícitos internacionais. Outro âmbito em que a jurisdição automática tem sido recorrente são os acordos regionais de comércio e investimentos e os acordos internacionais no âmbito da OMC. Em ambos os casos, os Estados lesados podem acionar os órgãos de solução de controvérsia eventualmente existentes no âmbito regional ou o OSC da OMC, sem necessitar da anuência do Estado infrator. Ademais, nos últimos anos, tornou-se muito comum, nos acordos internacionais de comércio e de investimentos firmados, a formulação de cláusulas arbitrais com previsão de acionamento automático para solução de controvérsias (SALLES, 2014, p. 22). O efeito mais importante desse fenômeno, entretanto, é o incentivo que ele causa ao surgimento de estratégias de *forum shopping*, já que a parte interessada passa a ter a capacidade de acionar um Tribunal escolhido, independentemente da vontade da outra(s) parte(s) envolvida(s) na controvérsia (SALLES, 2014, p. 22).

O terceiro fator que tem estimulado práticas de *forum shopping* é a emergência de atores não estatais como partes litigantes e o consequente aumento do número de processos e casos tratados pelos tribunais e pelas cortes internacionais. Como as empresas e as organizações internacionais se preocupam menos com retaliações de Estados ou com problemas de cunho diplomático, esses atores desfrutam de maior liberdade para

²⁹ Em sua grande maioria, indivíduos.

figurar no polo ativo de processos contra qualquer parte que lhes provoque prejuízos. O protagonismo desses agentes junto às Cortes e aos Tribunais internacionais ocorre também por outra via. Por vezes, Estados recorrem a órgãos jurisdicionais por sofrerem pressões domésticas de empresas, organizações transnacionais e indivíduos que querem fazer valer seus interesses particulares. Dessa maneira, num contexto de maior oferta de fóruns jurisdicionais, diferentes grupos domésticos de interesse têm conseguido aumentar sua capacidade de influenciar a litigação interestatal ao pressionar politicamente seus governos nacionais (KEOHANE; MORAVCSIK; SLAUGHTER, 2000).

A esse panorama de difícil distinção entre os interesses públicos e privados soma-se a crescente dependência econômica entre os países e o aumento dos laços transnacionais estabelecidos por entidades privadas, o que torna mais difícil a tarefa de produzir uma distinção adequada entre os âmbitos doméstico e internacional para a aplicação do Direito Internacional (SALLES, 2014, p. 25). Além disso, o problema é ainda composto pela falta de uma divisão e coordenação de trabalho abrangente entre os tribunais e as cortes internacionais, cujos trabalhos têm apresentado crescente especialização em determinados temas e regimes, muitas vezes comuns a dois ou mais órgãos jurisdicionais.

Estudos recentes inovaram ao propor soluções procedimentais ao problema do *forum shopping*, distanciando-se das abordagens normativas, até então comuns a essa questão. Como os Estados são soberanos e somente se subordinam às jurisdições de cortes e tribunais internacionais caso manifestem prévia aquiescência, as normas procedimentais que regulam a adjudicação dos conflitos e a sua respectiva resolução teriam capacidade de evitar as estratégias de *forum shopping*.

Segundo Luiz Eduardo Salles (2014), as normas procedimentais podem contribuir para evitar a proliferação de estratégias de *forum shopping*, na medida em que são capazes de estabelecer regras e normas que regulamentarão o relacionamento entre as partes litigantes, o relacionamento entre o tribunal escolhido e cada uma das partes e o relacionamento entre os diferentes tribunais internacionais. Para tanto, Salles afirma que essas normas devem buscar: delimitar o âmbito de atuação da corte que julgará a controvérsia, de modo a garantir o exercício de sua autoridade; garantir o acesso das partes de um tratado e/ou acordo ao judiciário, caso seja necessário; garantir que as partes disporão dos mesmos recursos para suas defesas, ou seja, a equidade de instrumentos aos litigantes, garantindo justiça e equilíbrio de meios de defesa às partes; estabelecer o mínimo de coordenação entre os diferentes fóruns internacionais, de modo a produzir uma efetiva divisão de trabalho entre esses órgãos (SALLES, 2014, p. 30-31).

Seja como for, o problema ainda está longe de ser solucionado no curto ou no médio prazo e, ao que tudo indica, as estratégias de *forum shopping* continuarão a ocorrer nos próximos anos, gerando dificuldades para o Direito Internacional. Das três tendências que estão na base desse fenômeno, somente a proliferação de tribunais e cortes parece ter arrefecido nos últimos anos; no entanto, nada garante que essa tendência se consolide no cenário internacional. Certo é que a criação de métodos, regras e normas com vistas a regular o relacionamento entre os diferentes fóruns é uma necessidade crescente do atual contexto, que deve ser suprida o quanto antes, por meios procedimentais ou por meios normativos, sob pena de obstar o desenvolvimento do Direito das Gentes e ameaçar a efetividade das sentenças e das decisões proferidas pelas diversas cortes internacionais.

5. Conclusões

O presente artigo buscou demonstrar como o contexto pós-Guerra Fria propiciou o surgimento do fenômeno jurídico denominado *forum shopping*. As significativas mudanças na configuração mundial de poder têm causado dificuldades às instituições multilaterais, na medida em que suas estruturas não demonstram capacidade para resolver diversos problemas da atualidade. Diante de um maior grau de incertezas gerado pela paralisação dos principais órgãos multilaterais e de um maior número de divergências sobre diferentes matérias e tópicos específicos, os Estados têm recorrido à formação de coalizões *ad hoc* para tratar temas relevantes da agenda internacional e recorrido, com mais frequência, aos meios jurisdicionais de solução de controvérsia.

A proliferação de tribunais, cortes internacionais e órgãos de apelação que buscam resolver de forma pacífica expressivo número de conflitos é consequência direta de uma ordem internacional em transição. Somado a esse crescente número de órgãos jurisdicionais – e à consequente sobreposição de competências em algumas matérias –, o surgimento da ideia de jurisdição automática e o acesso de maior número de atores não estatais aos tribunais e às cortes internacionais propiciou a ocorrência de estratégias de *forum shopping* no âmbito global. Assim, a seleção estratégica de tribunais, a litigação paralela e a litigação seriada têm gerado efeitos prejudiciais à efetivação das sentenças e das determinações exaradas pelas cortes internacionais, na medida em que prolongam os debates em torno de uma determinada controvérsia, beneficiando eventuais infratores e gerando prejuízos à parte lesada. Ademais, essas estratégias criam dificuldades para a sistematização de

jurisprudências coesas e coerentes no Direito Internacional.

Apesar dessas dificuldades, tem-se delineado recentemente um importante aspecto positivo. Estudiosos desse campo têm compreendido a importância de se criar uma efetiva sistematização para o relacionamento entre os diversos tribunais e cortes internacionais e têm formulado estudos com sugestões e recomendações perspicazes. Há uma superação dos discursos normativos que se limitavam a julgar de forma subjetiva as estratégias de *forum shopping*. Na medida em que autores talentosos passam a indicar soluções procedimentais com capacidade de eliminar os efeitos negativos do *forum shopping* e de gerar maior coesão entre os órgãos jurisdicionais internacionais, cria-se contexto doutrinário promissor e favorável à sistematização do Judiciário global e à solução de conflitos e controvérsias entre os diversos atores.

Como o equilíbrio e a distribuição de poder entre os grandes atores internacionais continuam a se alterar de forma significativa, a ordem internacional atual ainda não tem todas as suas características bem definidas. No entanto, o surgimento de um Judiciário internacional mais coerente e coeso só tem a contribuir para as relações entre diferentes Estados, atores transnacionais e pessoas jurídicas e físicas. Ao promover maior previsibilidade e garantir respeito às regras internacionais, o Direito das Gentes contribui diretamente para facilitar os fluxos econômicos, políticos, financeiros e de conhecimento estabelecidos entre os diversos atores internacionais. Mesmo ainda não podendo determinar muitas das características políticas da emergente ordem global, pode-se inferir que ela apresentará um sistema jurídico internacional muito mais integrado e efetivo que o vigente durante a Guerra Fria.

Sobre o autor

Mateus Fernandez Xavier é doutorando e mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, DF, Brasil; mestre em Diplomacia pelo Instituto Rio Branco (IRB), Brasília, DF, Brasil; e diplomata de carreira no Ministério das Relações Exteriores. E-mail: mateus.xavier@itamaraty.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³⁰

FORUM SHOPPING, A JURIDICAL PHENOMENON OF THE POST-COLD WAR CONTEXT

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how the Post-Cold War international order triggered the juridical phenomenon called forum shopping. By analyzing the main transformations occurred in the international context since 1990, it was possible to notice how traditional multilateral organizations and institutions were unable to offer appropriate solutions to the demands posed by new world powers and new international actors. Thus, in the international context, diverse *ad hoc* coalitions and different jurisdictional courts and tribunals arise as an answer to the increasingly political and juridical uncertainty. With more States and non-states actors having access to different sorts of international tribunals and courts, forum shopping strategies emerged in the global scope.

KEYWORDS: FORUM SHOPPING. POST-COLD WAR CONTEXT. INTERNATIONAL LAW. THE SETTLEMENT OF DISPUTES BY PEACEFUL MEANS. INTERNATIONAL COURTS.

Referências

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon de. A ONU e a nova ordem mundial. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 9, n. 25, 1995.
- ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio (Org.). *Relações internacionais do Brasil: Temas e agendas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Repertório de política externa: posições do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- DUNNE, Tim; HANSEN, Lene; WIGHT, Colin. The end of International Relations theory?. *European Journal of International Relations*, v. 19, n. 3, p. 405-425, 2013.
- DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Todo império perecerá*. Brasília/São Paulo: Editora da UnB/Imprensa Oficial do Estado, 2000.

³⁰ Sem revisão do editor.

FONSECA JÚNIOR, Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

HELPER, Laurence R. Forum shopping for human rights. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 148, n. 2, p. 285-400, dec. 1999. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3348&context=penn_law_review>. Acesso em: 3 fev. 2016.

IKENBERRY, John. The future of the liberal world order: internacionalism after America. *Foreign Affairs*, may-june 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KEOHANE, Robert O. Twenty years of institutional liberalism. *International Relations*, v. 26, n. 2. 2012. Disponível em: <<http://ire.sagepub.com/content/26/2/125.full.pdf+html>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

KEOHANE, Robert; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. *Legalized dispute resolution: interstate and transnational*. 2000. Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/IODispute.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

MAIA, Marriele. *O Tribunal Penal Internacional na grande estratégia Norte-Americana*. (1990-2008). Brasília: FUNAG, 2012.

MEARSHEIMER, John; WALT, Stephen. Leaving theory behind: Why simplistic hypothesis testing is bad for International Relations. *European Journal of International Relations*, v. 19, n. 3, p. 427-457, sept. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das nações unidas e estatuto da corte internacional de justiça*. 1945.

NIETO-NAVIA, Rafael. International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian Law. In: VORHAH, Lal Chand et al. *Man' Inhumanity to Man Essay of International Law in Honor of Antonion Cassese*, 2003. Disponível em: <<http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

PATRICK, Stewart. The unruled world: the case for good enough global governance. *Foreign Affairs*, jan./feb., 2014. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2013-12-06/unruled-world>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: Juspodivm, 2010.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALLES, Luiz Eduardo. *Forum shopping in international adjudication: the role of preliminary objections*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SHAW, Malcolm. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SABOIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. 2000. Disponível em: <http://www.iccnw.org/documents/Vergne_Saboia.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2016.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.