Advocacia Internacional do Estado: O Brasil Precisa desse Serviço?

ANTENOR PEREIRA MADRUGA FILHO

Advogado da União, Procurador Regional da União 1ª Região Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Ex-Consultor da União para assuntos internacionais e ex-Adjunto do Procurador-Geral da União para assuntos internacionais da Procuradoria-Geral da União.

Professor do Instituto Rio Branco (MRE), do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

"Vivemos hoje num cenário global que traz novos desafios às sociedades e aos Estados nacionais. Não é nenhuma novidade dizer que estamos numa fase de reorganização tanto do sistema econômico, como também do próprio sistema político mundial. Como conseqüência desse fenômeno, impõe-se a reorganização dos Estados nacionais, para que eles possam fazer frente a esses desafios que estão presentes na conjuntura atual."

Fernando Henrique Cardoso¹ Presidente da República.

a. Introdução

Este artigo procura verificar se a atuação do Estado brasileiro em foros de solução de controvérsias internacionais, que tenham características judiciais ou *quase-judiciais*, reclama o auxílio de advogados especializados na condução de processos contenciosos e em que medida deveria a Administração Pública Federal se organizar para

atender à demanda por esse serviço, caso exista.

No modelo tradicional das relações internacionais, os interesses e conflitos dos Estados eram conduzidos principalmente por intermédio da diplomacia e do direito internacional clássico, no qual conceitos de independência e soberania bem definidos demandavam quase sempre soluções

In: Pereira, Bresser; Spink, Luiz Carlos. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 15.



políticas. Nesse modelo, a visão clássica do Direito Internacional Público significa, como lembra Celso Lafer,² hoje Ministro das Relações Exteriores, estabelecer uma fronteira que separa com nitidez o interno do externo, sob o pressuposto da plenitude irrestrita da soberania jurídica. Em outras palavras, essa visão distingue dois claros campos de atuação jurídica, nitidamente separados: o direito interno, com seus conflitos internos, e o direito externo, com seus conflitos externos.

Com uma grande parte da atividade econômica sendo conduzida dentro de fronteiras nacionais³ e um relativo isolamento internacional do Estado brasileiro, o direito externo (internacional) e seus conflitos perderam prioridade, tanto na formação de juristas especializados, como na ordem de prioridade do aparelhamento dos órgãos jurídicos do Estado. No âmbito da organização do Estado brasileiro, o modelo tradicional das relações internacionais e a realidade a ela adjacente permitiram que a preocupação quanto ao conteúdo jurídico das relações internacionais fosse atribuída não aos órgãos da administração especializados em

questões jurídicas, mas aos órgãos da administração especializados em questões diplomáticas. Assim, a defesa do Estado em foros internacionais ou estrangeiros jamais foi atribuição específica da *advocacia* do Estado, mas da *diplomacia* do Estado.

Entretanto, o fenômeno que se convencionou chamar *nova ordem mundial* ou *globalização* nitidamente redefine o modelo tradicional das relações internacionais.

"São as realidades da interdependência dos Estados que levam à diluição das fronteiras e amainam a diferença entre o *interno* e o *externo* – sob o impacto psicológico e material da comunicação, do transporte, da indústria moderna e do comércio" (LAFER, 1999).4

A agenda das relações internacionais torna-se mais complexa no novo cenário, exigindo dos Estados não apenas uma capacidade de leitura e atuação diplomáticas, mas também, em determinadas situações, cada vez mais freqüentes, a capacidade de articular a defesa internacional do Estado através de um discurso eminentemente jurídico. Entre os fenômenos que caracterizam a nova

^{*} Idem, ibid.



LAFER, Celso. Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos – Reflexões sobre uma Experiência Diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 26.

^{&#}x27; Idem, p. 27.

sociedade internacional está o que o Ministro Celso Lafer chamou, em relação à Organização Mundial do Comércio, de *adensamento da juridicidade*.⁵

O adensamento da juridicidade, que diferencia bem a Organização Mundial do Comércio do seu arcabouco normativo antecessor, o GATT, não é fenômeno característico apenas do novo modelo das relações comerciais internacionais. A criação de tribunais internacionais de jurisdição obrigatória, como o Tribunal Penal Internacional e a Corte Interamericana de Direito Humanos, a redefinição do sentido de soberania, o aumento da produção normativa internacional e a tentativa de reforço na eficiência do direito internacional através de medidas como, por exemplo, a limitação da possibilidade de reservas nos tratados internacionais. são alguns dos dados que revelam o fenômeno que também poderia ser denominado jurisdicização das relações internacionais. Analisemos com mais detalhe o reflexo desse fenômeno sobre o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC).

A jurisdicização de conflitos internacionais: o exemplo OMC

O Brasil sentiu a necessidade de recorrer ao assessoramento de um escritório de advocacia nos dois mais importantes casos em que recorreu ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (imposição pelos Estados Unidos de barreiras não tarifárias à importação de gasolina brasileira e, mais recentemente, a disputa com o Canadá sobre a legalidade dos respectivos programas de apoios à exportação de aeronaves). Em ambos os casos, o Governo brasileiro recorreu à assessoria jurídica de um escritório de advocacia norte-americano, o Powell, Goldstein, Frazer & Murphy LLP, cujos honorários foram pagos pelas empresas brasileiras mais diretamente interessadas no resultado daquelas disputas (Petro-BRÁS e EMBRAER, respectivamente).

Essa necessidade de recorrer a um serviço de advocacia é, já, uma consequência do adensamento da juridicidade observado pelo Ministro Celso Lafer, ou do distanciamento do approach diplomático em direção ao jurídico, visto pelo

LAFER, Celso. O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (versão em português, revista e ampliada, da Conferência pronunciada em inglês, em Genebra, na Comissão de Direito Internacional da ONU, em 18 de junho de 1996, na série das Gilberto Amado Memorial Lecutres). São Paulo: Instituto Roberto Simonsen, Coleção Documentos, Debates, Estudos, vol. 3. passim.



advogado David Palmeter, sócio do escritório americano que auxiliou o Ministério das Relações Exteriores nos caso acima mencionados:

"The move from Gatt to the WTO very much reflects a move away from a diplomatic approach to solving problems toward a juridical approach. Brazil's ambassador to the WTO, Celso Lafer, has used the term "thickening of legality" to describe the change. Vestiges of the diplomatic remain in dispute settlement, as we shall see, and at times these have provided ammunition for critics of the WTO."

O processo de uma reclamação no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em pouco, ou nada, difere de um processo judicial. Portanto, quando não se alcançou uma solução negociada, a defesa dos interesses do Estado nesse fórum será articulada e julgada com base na interpretação do sistema *jurídico* da OMC e no poder de convencimento das partes em um contraditório escrito e oral, conforme descreveu Lafer:⁶

"O processo de solução de controvérsias na OMC é o resultado da codificação e desenvolvimento progressivo do sistema do GATT. É um *two-track approach*. Oferece uma ampla oportunidade para uma

solução negociada ao modo da jurisprudência diplomática do GATT. Na impossibilidade de uma solução negociada, assegura a qualquer membro um caminho jurídico que é dado pela automaticidade do direito a um panel ao Órgão de Apelação, cabendo observar que a nova regra do consenso invertido tornou legalmente obrigatórios estes findings e recommendations. O cumprimento da decisão é monitorado multilateralmente pelos membros da especialização funcional do seu Conselho Geral, que se reúne como o Órgão de Solução de Controvérsias. O não-cumprimento das decisões é sancionável pela suspensão de concessões tarifárias. Estas sanções são disciplinadas por normas e caracterizam-se como sanções típicas do Direito Internacional de Cooperação pois representam a não participação do membro inadimplente nos benefícios de cooperação (...)

... este original adensamento de juridicidade equivale a uma jurisdição obrigatória no plano internacional."

No mesmo sentido, François Huwart, Secretário de Estado para o Comércio Exterior da França, afirmou:⁷

"Il me semble que l'ouverture commerciale et la baisse des tarifs, telle qu'elles sont négociées, orga-

http://www.commerce-exterieur.gouv.fr/pages/Ministre/Communication/Discours/fh9910142.htm



⁶ Comércio, Desarmamento, Direitos Humamos ... Op. cit. p. 43-44.

nisées, contrôlées par l'OMC, sont déjà pleinement de la régulation.

Qui dit régulation, dit règles, mais aussi conflits de règles, interprétation de règles, application de règles.

C'est donc tout à fait, logiquement que l'OMC dispose d'un tribunal qui permet de faire vivre, de rendre effective la règle du droit."

Não se quer dizer que o approach jurídico tenha afastado o approach diplomático. Trata-se, na verdade, de um two-track approach, como observou o Ministro Lafer, onde o track jurídico se apresenta como uma ferramenta ou serviço que deve ser prestado ao track diplomático. "A OMC", diz Lafer em outra passagem,

"como foro institucional para criação de normas, abre a possibilidade de um processo que proporciona tanto barganha quanto argumentação."8

A advertência do Embaixador Gilberto Amado à Comissão de Direito Internacional da ONU poderia se aplicar à OMC, no sentido de que à formação contenciosa do advogado deve se aliar a característica negociadora do diplomata:9

"A CDI deve evitar o risco de ser um corpo de juristas fechados em uma torre de marfim, pois o trabalho de codificação, como o do desenvolvimento do direito internacional, deve ser feito em cooperação com as autoridades políticas dos Estados."

Não há como se afastar a atividade diplomática da condução das relações internacionais, mesmo quando pautadas por conteúdo eminentemente jurídico, principalmente levando-se em conta a realidade brasileira. Aqui o Ministério das Relações Exteriores construiu uma excelência ímpar na formação de sua burocracia e na orientação consistente e permanente da atuação internacional do País. Sua atuação diplomática é exemplar e respeitada em todo o mundo. Portanto, não concordamos com críticas que vêm sendo publicadas a respeito da atuação do Itamaraty na condução da defesa do Brasil na OMC, algumas contundentes, como a que proferiu o Professor de Direito Internacional da Fundação Getúlio Vargas, Dr. Duval Noronha Goyos Jr.10

"...tendo sido o país mais contundentemente derrotado por um

Trecho de palestra proferida em Los Angeles, Califórnia, EUA, por ocasião do Seminário de Internacional "A criação da Alca e a Questão tributária nas Américas", no período de 09 a 12 de abril de 2001, promovido pela Sinafresp – Sindicato dos Agentes Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo. Disponível em http://www.noronhaadvogados.com.br/pal77dtp.htm, acesso em 8.10.2002, 23h.



⁸ Idem. p. 47.

Apud Lafer, Celso. O Sistema... Op. cit. p. 11-12.

manifestamente iníquo sistema jurisdicional, como se explicaria o fato de o Brasil ter sido omisso na denúncia das falhas da resolução de disputas no âmbito da OMC; ter deixado de propor amplas e substantivas reformas; e ter se omitido na mobilização de outros países em desenvolvimento na defesa comum da juridicidade e da prevalência do estado de direito nas relações internacionais?

(...)

Uma análise realista dos resultados dos últimos cinco anos da , participação brasileira na OMC levará à inexorável conclusão de que os diplomatas brasileiros apresentaram-se incompetentes para a defesa dos interesses nacionais, não somente nos casos contenciosos. mas também institucionalmente, no sentido da reforma do iníquo sistema que se implantou, bem como na criação de mecanismos internos de defesa a ações unilaterais, como aquelas a que tem sido vítima tradicional o Brasil da parte dos EUA e, mais recentemente, do Canadá. Nossos diplomatas, frequentemente mais preocupados com as próprias sinecuras; confundidos pelas pequenas disputas internecinas; promovidos por interesses políticos e não por mérito; distanciados do País e de seus interesses; mal preparados para os duros embates das negociações comerciais; sopitados pela intriga; emaciados pela soberba, pela arrogância e pela sobranceria, tornaram-se pequenos e caricatos sátrapas da política interna de clientelismo e não defensores dos interesses internos e agentes da juricidade internacional."

Contudo, não obstante a reconhecida competência negociadora do corpo diplomático brasileiro, é forçoso reconhecer que essa capacidade de negociação, por melhor que seja, não dispensa os instrumentos teóricos e práticos próprios da formação advocatícia, quando os interesses em disputa devam ser submetidos a um sistema de solução de controvérsias judicial ou quase-judicial. A interpretação e argumentação de normas jurídicas e a apresentação de provas em procedimento contencioso-contraditório dirimível por árbitros ou juízes, ou seja, a sustentação de uma ação judicial ou arbitral, não pode prescindir da expertise de advogados, principalmente quando em jogo os mais altos interesses econômico-comerciais do País e quando se sabe que os principais concorrentes do comércio internacional participam do sistema com uma força-tarefa multidisciplinar, integradas também por litigantes experientes.

O prejuízo competitivo decorrente da utilização, sem a devida assistência jurídica, do atual modelo de solução de controvérsias da OMC é um dos problemas mais apontados nesse sistema, sofrido especialmente por países em desenvolvimento, sem capacidade de desenvolver um quadro próprio de



advogados ou, muito menos, de contratar escritórios de advocacia privados, como demonstra a avaliação da ONG *Third World Network*:¹¹

"The second problem the WTO system faces is in relation to weaker or poorer members of the organization, especially the developing countries (DCs) and the economies in transition (ETs). Here the WTO system, if anything, has worsened matters for them. Why? For two reasons. One is that they cannot afford the high cost of litigation. International law firms charge anything from US\$250 to \$1,000 per bour in fees for WTO cases. Few DCs and ETs can afford the fees. The result is that whist there are potentially hundreds of cases that they could bring to the WTO on nonimplementation by the developed countries of their obligations to the DCs and the ETs, they cannot afford to use the dispute settlement system of the WTO. Thus the rich get off the book simply because the poor cannot afford the cost of litigation. In the first five years of the WTO, out of more than 100 DCs and ETs. only 20 have participated as party and 16 as third party in 24 dispute settlement panels. To make matters worse, they can be bauled before the WTO panels and be forced to defend their rights only to find that matters are so complex and legalistic that in order to defend these they have to hire American or European lawyers whose fees are forbiddingly high. So they face the prospect of losing cases through default."

Karen J. Alter, embora discordando do modelo de juridicização do sistema de solução de controvérsias da OMC, não deixa de reconhecer o diferencial competitivo representado pela maior capacidade de advogar posições nesse sistema:¹²

"... countries with a comparative advantage in lawyering – the United States and Europe – become even more advantaged in negotiations over compliance with WTO rules."

O então Diretor-Geral da OMC, Mike Moore, foi claro ao apresentar esse problema em discurso proferido na instalação oficial do Centro de Aconselhamento para o Direito da OMC (Advisory Centre for WTO Law), organização internacional criada justamente para tentar providenciar um serviço de advocacia especializado e a menores custos para países membros em desenvolvimento, no âmbito do sistema OMC:¹³

Disponível em http://www.wto.org/english/news_e/spmm_e/spmm71_e.htm .



Disponível em http://www.twnside.org.sg/title/propose-cn.htm .

ALTER, Karen J. "Resolving or Exacerbating Disputes? The WTO's New Dispute Resolution System" http://wiscinfo.doit.wisc.edu/eucenter/Publications/Alter.htm.

"Some of the elements that I bave just mentioned as contributing to the considerable problem of access to justice in national legal systems, can also be recognized in the international legal system with its proliferation of legal rules and of courts. The WTO is a case in point: it has expanded the rules of international trade manifold compared to the GATT and created a new "court" system with a possibility of appeal. Accordingly, legal advice in this sector is very expensive. Thus creating considerable problems of access to justice for developing countries."

Evidenciada a necessidade de um serviço de advocacia para a representação dos interesses de quaisquer atores dos modernos sistemas de solução de controvérsias internacionais, a exemplo do que ocorre na OMC, é preciso avaliar como a Administração Pública Federal reage a essa demanda.

c. A necessidade de repensar o modelo de defesa jurídica internacional do Brasil

Em 22 de fevereiro de 2000, a Gazeta Mercantil noticiava:

"O Órgão de Solução de Controvérsias da OMC está se transformando num verdadeiro tribunal internacional para o comércio exterior e a delegação do Brasil em Genebra já tirou lições disso. Concentrou um de seus principais negociadores no acompanha-

mento quase exclusivo de todas as disputas comerciais."

A despeito das lições que o Itamaraty possa ter tirado da constatação de que o Órgão de Soluções de Controvérsias da OMC está se transformando num verdadeiro tribunal internacional para o comércio exterior, é fato que a Administração Federal ainda não reagiu à necessidade de organizar um serviço de advocacia para auxiliar a defesa dos interesses do Estado brasileiro em contenciosos internacionais.

Quando o País estava relativamente isolado da participação internacional e o fluxo dos interesses além fronteiras não se mostrava tão relevante quanto hoje, o Estado brasileiro pôde perfeitamente tratar suas preocupações jurídicas internacionais como um apêndice da atividade diplomática, assim como eram tratadas todas as questões transfronteiriças de interesse das demais áreas técnicas do Governo, como economia internacional, comércio exterior, exportação e importação de produtos agrícolas, etc.

O aumento da participação internacional do Estado brasileiro e a redução na distância entre os aspectos internos e externos das questões discutidas no foros internacionais levaram o Itamaraty a se coordenar com os ministérios internamente responsáveis por essas questões. Assim, por exemplo, economia internacional passou a ser



preocupação também do Ministérios da Fazenda e Planejamento, negociações agrícolas internacionais receberam o apoio de técnicos do Ministério da Agricultura e o comércio exterior entrou na agenda do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, que inclusive passou a se chamar Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. A Advocacia-Geral da União, órgão da União responsável por sua representação judicial e extrajudicial, entretanto, jamais se preocupou sistematicamente com os interesses jurídicos do Estado brasileiro deduzidos em contenciosos internacionais. Embora essa instituição concentre hoje a responsabilidade pelos serviços jurídicos consultivos e contenciosos da União, atuando em praticamente todos as questões legais de interesse do Estado, sua atuação esteve sempre à margem dos foros internacionais e dos interesses jurídicos do Estado brasileiro situados além fronteiras.

As estruturas atuais do Ministério das Relações Exteriores e da Advocacia-Geral da União sempre funcionaram muito bem, cada uma assumindo parte das preocupações jurídicas do Estado brasileiro. Por que mudar um modelo que sempre funcionou bem? Porque o mundo mudou e está mudando cada vez mais rápido e, portanto, é preciso

se impor, como disse o Presidente. Fernando Henrique Cardoso,

"a reorganização dos Estados nacionais, para que eles possam fazer frente a esses desafios que estão presentes na conjuntura atual:"¹⁴

"Vivemos hoje num cenário global que traz novos desafios às sociedades e aos Estados nacionais. Não é nenhuma novidade dizer que estamos numa fase de reorganização tanto do sistema econômico, como também do próprio sistema político mundial. Como conseqüência desse fenômeno, impõe-se a reorganização dos Estados nacionais, para que eles possam fazer frente a esses desafios que estão presentes na conjuntura atual."

Como dito acima, o adensamento da juridicidade é uma característica inevitável do cenário internacional que se forma, tornando a defesa do Estado perante jurisdições estrangeiras e internacionais tão importante quanto a defesa nos tribunais nacionais. Como pretende o Estado brasileiro ser competitivo nessa conjuntura, sem o auxílio de advogados especializados?

Estando claro que a administração federal precisa ter à sua disposição um serviço de advocacia especializado no contencioso internacional, haveria duas maneiras de se obter esse serviço:

Op. Cit. p. 15.



- a) contratando escritórios de advocacia particulares; ou
- b) preparando um quadro de advogados especializados.

A contratação de escritórios de advocacia somente é indispensável quando se está diante de cortes de outros países, em razão de exigência quanto à capacidade postulatória reservada. Fora desta hipótese, a contratação será recomendável quando a administração precise de orientação em direito estrangeiro ou em questões muito específicas, como, por exemplo, a captação de recursos no exterior por meio do lançamento de títulos públicos.

Contudo, em foros internacionais, como o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, a contratação de escritórios de advocacia não é indispensável. As questões jurídicas ali debatidas podem ser argumentadas por funcionários dos Estados envolvidos. Em algumas situações, o reforço da assistência de um escritório de advocacia ou de especialista, alheio aos quadros da administração pode ser aconselhável. Porém, não há como terceirizar a capacidade de o Estado se defender e orientar sua participação jurídica internacional.

O serviço privado de advocacia, contratados pelo setores econômicos ou empresas nacionais eventualmente interessadas em conflito levado à OMC, por exemplo, poderiam atuar em conjunto

com o Estado. Mas parece-nos ser estrategicamente essencial ao fortalecimento da atuação do País em contenciosos internacionais desenvolver a auto-suficiência da Administração Pública na orientação jurídica dessa participação.

Não vemos como alcançar esse objetivo mantendo as antigas estruturas do Ministério das Relações Exteriores e da Advocacia-Geral da União. Mostra-se fundamental e urgente que esses órgãos, juntos, comecem logo a pensar na formação de um quadro de advogados especializados em questões jurídicas internacionais. Parafraseando o Presidente Fernando Henrique Cardoso, já estamos na fase de reorganização tanto do sistema econômico, como também do próprio sistema político mundial, mas talvez ainda estejamos apenas no começo.

d. Como a AGU pode contribuir para a participação internacional do País: A missão da AGU

A missão estabelecida na Lei Complementar n. 73 é bastante clara: a AGU é o órgão de advocacia da União, ou, se preferirem, é o escritório de advocacia da União, ao qual compete as duas atividades básicas da advocacia: a de representação judicial e extrajudicial e a de consultoria e assessoramento.

No campo do contencioso já se demonstrou que o adensamento da



juridicidade nas relações internacionais criou verdadeiros tribunais internacionais, como o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e o Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na área de consultoria e assessoramento, a demanda por orientação jurídica especializada em questões internacionais é decorrência patente da própria atuação internacional de vários ministérios.

À AGU não compete parte da advocacia da União, ou apenas a advocacia interna da União. Compete-lhe, sim, a advocacia geral da União, da qual não se pode excluir a advocacia internacional dos interesses jurídicos do Estado brasileiro. Relevando a advocacia internacional, a AGU não está satisfazendo completamente sua missão e, mais grave, está deixando de contribuir para fortalecer com sua experiência jurídica a atuação política do Itamaraty nos foros internacionais.

A experiência da Advocacia-Geral da União na condução dos mais complexos litígios jurídicos e seu quadro de aproximadamente dois mil advogados, a ela vinculados direta ou indiretamente, têm certamente muito a contribuir para, em conjunto com o Ministério das Relações Exteriores, aprimorar a representação do Brasil em contenciosos internacionais.

A recente criação na Advocacia-Geral da União uma área especializada em assuntos internacionais no âmbito da Procuradoria-Geral da União já foi suficiente para demonstrar a contribuição que a instituição pode vir a dar nessa seara. A atuação no caso do Tribunal Regional do Trabalho, a recuperação do apartamento do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, a obtenção de provas em diversas jurisdições, a partição em negociações de tratados de cooperação judiciária internacional, as orientações dadas em problemas internacionais de diversos órgãos da Administração e o reconhecimento público da eficiência desse trabalho, permitem acreditar que a AGU deve concentrar esforços na ampliação de sua atuação internacional e na formação de um quadro de advogados especializados em contenciosos internacionais.