

TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias

Welber Barral
Organizador

FUNDAÇÃO
BOITEUX

árbitros do TAH e do TPR; o regulamento interno e regras de procedimento no TAH e TPR; a definição do pessoal da Secretaria do TPR; a regulamentação transparente e uniforme da admissibilidade das reclamações dos particulares junto às Seções Nacionais do GMC e da possibilidade de recurso administrativo e judicial quando são indeferidas.

O problema do Direito do MERCOSUL, como ocorre na legislação nacional dos EPs é a dispersão das normas de uma mesma natureza jurídica ("colcha de retalho"). Existe, evidentemente, uma realidade no momento de estabelecer as normas na Região que não pode ser desconsiderada, que é, justamente, conseguir alcançar o entendimento dos EPs assimétricos e selar o consenso. Por isso, é admissível, ao mesmo tempo em que indesejável, um protocolo e seu regulamento incompleto, quando se poderia prever todo o aspecto procedimental e processual para a solução de controvérsias num único instrumento, o que evitaria a dispersão e facilitaria o trabalho dos atores no MERCOSUL. Nem sempre ser e dever ser se conjugam.

Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA)

Mônica Teresa Cherem*

1 Introdução

Criado a partir de um acordo bilateral existente entre Estados Unidos e Canadá (*United States-Canada Free Trade Agreement* – FTA) e das normas do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), o *North American Free Trade Agreement*, ou simplesmente NAFTA, se desdobra em um tratado que institui uma área de livre comércio na América do Norte, que agrega duas economias fortes e estáveis (Estados Unidos e Canadá) e uma terceira economia considerada de terceiro mundo, a economia mexicana.

À época de sua negociação, no final da década de 1980, o NAFTA estabeleceu, de maneira bem determinada, o fim a que se propôs (criação da área de livre comércio). Que não se espere do NAFTA projetos de integração política, social ou cultural. O NAFTA nasce voltado para o comércio (temerário falar mesmo em integração econômica) e não estende linhas além desse objetivo, tanto é que sequer abre margem à livre circulação de pessoas, ponto, aliás, que foi bastante combatido pelos estudiosos mexicanos, quando o tratado entrou em vigor (1994).

Um aspecto interessante se percebe quando se realiza qualquer estudo sobre o NAFTA: uma disparidade de entendimento entre estadunidenses e mexicanos, e uma neutralidade entre os canadenses. Os mexicanos, seja através de notícias de imprensa, seja através de estudos relevantes sobre o TLCAN (*Tratado de Libre Comercio de América del Norte*), como os realizados pelo Prof. Jorge Witker, da Universidade Autônoma do México (UNAM), demonstram uma certa descrença em relação aos benefícios do tratado. Mas esta posição parece não ter reflexo no Executivo nacional, que sempre se manifestou favoravelmente ao acordo.

Os Estados Unidos, atualmente a maior economia mundial, seguem a sua lógica: enquanto o tratado for bom para os Estados Unidos, é um bom tratado. Não há objeções por parte dos estudiosos estadunidenses em relação aos efeitos do bloco na balança comercial americana. O NAFTA facilita os investimentos provenientes dos Estados Unidos no México, estabelece regras proibitivas

*Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora do CNPq.

de práticas comerciais desleais e constrói um sistema de solução de controvérsias *rule oriented*, principalmente em matéria de direitos antidumping.

O Canadá, por sua vez, se não é indiferente ao NAFTA, ao menos não elenca de forma taxativa suas qualidades e defeitos, como o fazem mexicanos e estadunidenses. Mas há um ponto nos termos do NAFTA que se deve, exclusivamente, à pressão canadense: o estabelecimento de um sistema de solução de controvérsias em matéria de direitos antidumping que minimiza as possibilidades claramente protecionistas dos Estados Unidos, já conhecidas por seu vizinho do Norte desde o FTA.

O NAFTA vem se tornando quase um espelho para a criação da ALCA (Área de Livre Comércio das Américas), daí a importância singular que um estudo sobre o Sistema de Solução de Controvérsias (SSC) do bloco pode ter, por exemplo. Além disso, dentre os SSC existentes, o do NAFTA tem se mostrado dos mais eficientes, principalmente em direitos antidumping, o que não deixa de ser uma virtude, uma vez que as decisões deixam de ser meramente políticas e passam a ser juridicamente determinadas.

O objetivo deste trabalho é analisar não todo o acordo, mas, especificamente, as possibilidades de solução de disputas previstas no tratado. Há mais de um SSC no NAFTA, e esta pesquisa se volta aos três mais significativos: os sistemas de solução de controvérsias em matéria de investimentos (Cap. XI), em matéria de direitos antidumping (Cap. XIX) e questões gerais (Cap. XX).

Assim, num primeiro momento, serão feitas considerações gerais acerca do bloco, para que se chegue ao estudo diferenciado de cada uma das possibilidades de solução de controvérsias, que possuem características conjuntas, como a evolução da negociação da controvérsia desde as negociações diretas até o estabelecimento do procedimento arbitral.

Sabendo-se que a possibilidade de efetivação da ALCA é concreta, e que a sistemática de solução de controvérsias proposta para este acordo é diretamente influenciada pela política estadunidense, nada melhor que conhecer um sistema para que se possam visualizar suas falhas, corrigi-las, ou mesmo dispensar, o que não é factível no novo acordo.

2 Considerações gerais sobre o bloco

Não há como estudar qualquer aspecto de um bloco regional (sistemática de solução de controvérsias, por exemplo) sem que se faça, ainda que de forma breve, uma análise geral sobre o mesmo. Com o NAFTA, não se agirá, neste texto, de maneira diferente.

Desta forma, para que se compreenda como funciona o sistema de solução de controvérsias do NAFTA, faz-se necessária a análise de alguns

dados sobre esta área de livre comércio, que é composta pelos Estados Unidos, México e Canadá.

O tratado que dá origem ao NAFTA foi assinado em 12 de dezembro de 1992, e entrou em vigor em 01 de janeiro de 1994, na tentativa de transformar a América do Norte numa zona de livre comércio, que vem a ser, justamente, a modalidade mais simples de integração econômica, talvez por isso a mais utilizada pelos Estados. A zona de livre comércio não prevê nada além da circulação de bens sem que haja barreiras ou restrições de outras espécies (quantitativas ou aduaneiras, por exemplo)¹.

Descendente imediato das regras do FTA, o NAFTA agrega a economia mexicana a duas grandes economias, tornando-se um bloco de PIB significativo e de uma população de quase 400.000.000 de habitantes. As regras determinantes do NAFTA são, em muitos pontos, idênticas às do FTA e decorrentes diretas das normas do GATT.

A economia estadunidense dita as regras do NAFTA, ainda que algumas normas do acordo tenham sido definidas a partir da pressão canadense devido ao reconhecimento da política protecionista norte-americana (o que já era previsto no FTA). A junção das três economias, não necessariamente, se desdobra em crescimento e benefícios ao bloco como um todo. Manuel Castells, em "A sociedade em rede", traz um entendimento interessante a respeito do bloco:

Já nas Américas, a NAFTA simplesmente institucionaliza a já existente interpenetração das três economias norte-americanas. A economia canadense tem sido, há muito tempo, uma região da economia estadunidense. A mudança significativa diz respeito ao México, depois que os EUA conseguiram baixar as barreiras tarifárias, principalmente para vantagens de empresas estadunidenses em ambos os lados da fronteira. Mas a liberalização do comércio exterior e o investimento no México já estavam em andamento na década de 1980, conforme exemplificado pelo programa das maquiladoras. Se acrescentarmos o movimento livre de capital e moedas, os fluxos maciços de mão-de-obra mexicana através da fronteira, e a formação de redes de produção extra-fronteiras na manufatura e na agricultura, o que observamos é a for-

¹ Accioly, 1999, p. 16-17.

mação de uma economia, a economia norte-americana, composta por EUA, Canadá e México, e não o surgimento de um bloco comercial².

O que a idéia de Castells parece comprovar é que não há, verdadeiramente, um ideal integracionista no NAFTA, mas tão-somente a afirmação econômica dos Estados Unidos.

Normalmente, a política externa comercial estadunidense tem sido no sentido de apoiar projetos de integração quando aquele mercado é diretamente (e até mesmo exclusivamente) beneficiado, enquanto passam a ser desinteressante o projeto em que haja qualquer óbice às exportações dos Estados Unidos e concorrência real no mercado interno. Daí a necessidade de uma agenda de negociação definida e tecnicamente eficiente na ALCA, principalmente em matéria de solução de controvérsias, a fim de que as falhas existentes no NAFTA fiquem afastadas dessa possibilidade de integração regional.

O tema central do NAFTA é o comércio de bens e serviços. Logo em seu preâmbulo, o acordo prevê o crescimento econômico decorrente da expansão do comércio e das possibilidades de investimentos entre os países do bloco. Ainda é previsão do NAFTA uma "preocupação" com as relações trabalhistas intra-bloco e com o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente. Justamente por isso o NAFTA agrega ao seu texto outros dois importantes tratados: o NAALC (*North American Agreement on Labor Cooperation*) e o NAAEC (*North American Agreement on Environmental Cooperation*).

Além das regras gerais de comércio internacional decorrentes do NAFTA, o art. 102, que trata dos objetivos específicos do bloco dispõe acerca da obediência à cláusula da nação mais favorecida e às regras de origem, delimitando também que o acordo tratará da eliminação dos obstáculos ao comércio, das oportunidades de investimentos e do direito de propriedade intelectual.

Toda a primeira parte do acordo é dedicada a essas questões gerais, e no art. 201, que trata das definições de aplicação geral, nota-se que não há precisão da definição de investimento e investidor, o que acaba por gerar uma amplitude até mesmo perigosa para os termos.

O acordo segue tratando do comércio de bens, das regras de origem e do tratamento nacional, especificando, por exemplo, entre os arts. 302 e

² Castells, 1999, v. I, p. 154. Maquiladoras: denominação de empresas situadas em lugares próximos das fronteiras de um país, onde se montam produtos com peças e componentes vindos do país vizinho com vantagens decorrentes de mão-de-obra barata, que fazem a montagem e importam praticamente tudo, explorando a mão-de-obra mexicana, por exemplo, que é 15 vezes mais barata que a americana, Altman, 2003.

315, que em relação às regras de origem, serão considerados como originários do bloco e, portanto, não submetidos à taxa aduaneira, produtos que sejam transformados em qualquer um dos países do bloco, desde que essa transformação seja capaz de alterar sua classificação tarifária, além de agregar uma parcela de produção nacional.

Adiante, na terceira parte do NAFTA, estabelece-se a regra essencial de uma zona de livre comércio: a proibição de imposição de barreiras técnicas ao comércio; já a quarta parte trata de compras governamentais. A quinta seção do acordo dispõe sobre temas recorrentes e necessários em tratados comerciais: investimentos; comércio de serviços intra-bloco; telecomunicações; serviços financeiros; direito de concorrência; circulação temporária de pessoas vinculadas a negócios especializados, além de prever a sistemática de solução de controvérsias em matéria de investimentos (Cap. XI).

Os direitos relativos à propriedade intelectual estão previstos na sexta parte do acordo. Na seguinte (sétima parte), que engloba os capítulos XVIII, XIX e XX estão relacionados os temas que de perto interessam a este estudo: conhecimento, regulamentação e controle de legislação interna (Cap. XVIII), solução de controvérsias em matéria de direitos antidumping (Cap. XIX) e a parte geral de solução de controvérsias (Cap. XX), que regulamenta as controvérsias que não envolvem matéria antidumping ou investimentos (prevista no Cap. XI).

Por fim, a oitava parte traz as disposições gerais e finais do bloco, previstas nos arts. 2201 a 2206. Justamente nas disposições finais que estão definidas as possibilidades de emendas e denúncia em relação ao tratado. De acordo com o art. 2202, as partes podem decidir sobre qualquer alteração referente ao tratado, desde que as alterações sejam aprovadas de acordo com os procedimentos formais internos de cada Estado. A partir de então, serão consideradas como texto integral do tratado. Já o art. 2205 estabelece a possibilidade de denúncia: qualquer parte poderá denunciar o tratado, depois de notificar por escrito as outras partes sua intenção de fazê-lo. Se uma parte denunciar o tratado, este permanece em vigor em relação às outras partes.

Nos arts. 2101 a 2106 estão definidas as exceções que podem ser levantadas pelas partes para justificar possível descumprimento das normas do tratado. De acordo com esses dispositivos, as partes podem invocar questões que envolvam a proteção de interesses nacionais, como a moral e a ordem pública, a segurança, vida e saúde humana, por exemplo.

Quanto às estruturas dispostas no tratado, tem-se a Comissão de Livre Comércio (CLC) e o Secretariado. A CLC, cujas atribuições são detalhadas no art. 2001, é formada por representantes (de nível ministerial) de cada Estado parte, é o órgão mais importante do tratado. Reúne-se uma vez por ano e decide por consenso.

A CLC pode ser considerada, também, uma espécie de “guardiã” dos termos do acordo, uma vez que supervisiona a efetividade do mesmo; acompanha seu desenvolvimento; resolve controvérsias que possam surgir a respeito da interpretação ou aplicação do tratado; supervisiona as atividades de grupos de trabalho que, por ventura, surjam e finalmente se diz apta a conhecer e resolver qualquer assunto que possa afetar o funcionamento e execução do tratado (art. 2001.2).

O Secretariado é o órgão de funções burocráticas e administrativas dentro do bloco. Tais funções são executadas através das Secretarias Nacionais (art. 2002.1 e 2002.2). De maneira geral, o Secretariado atende a CLC e tem ainda a função de administrar os painéis e comitês que podem ser estabelecidos pelo NAFTA (art. 2002.3).

Em termos gerais, o NAFTA é considerado um acordo estrategicamente bem delimitado, que advém de um outro acordo entre as duas economias desenvolvidas (Canadá e EUA). Interessante é perceber que há um posicionamento sectário em relação ao NAFTA. Enquanto os EUA apregoam o sucesso do bloco, afirmando, inclusive, que para a economia mexicana o NAFTA representou a solução de vários dos seus problemas, os estudiosos mexicanos do NAFTA, principalmente da UNAM³, têm se mostrado um tanto decepcionados com os resultados concretos para a economia mexicana, chegando a afirmar que o NAFTA, na verdade, apenas legitima a supremacia econômica e comercial dos Estados Unidos, sem que promova o crescimento econômico em todo o continente.

Sob essa perspectiva, o NAFTA estaria afastado de uma idéia progressista acerca do comércio internacional, que não é simplesmente sinônimo de eficiência econômica, mas pode ser, também, agente de promoção do desenvolvimento em seu sentido mais amplo.

3 O sistema de solução de controvérsias em matéria de investimentos (Cap. XI)

Em matéria de investimentos, de pronto, o que se pode ressaltar é que os termos do NAFTA representaram uma mudança significativa na política comercial da América do Norte. O México, por exemplo, era um costumeiro defensor e utilizava-se, efetivamente, da Doutrina Calvo, que enfatizava a soberania nacional sobre investimentos estrangeiros⁴.

³ Perezcano Diaz, 1997, p. 283.

⁴ Hufbauer, Jone; Schott, 2003, p.4. Ainda dos autores: *Mexico had long been a champion of the Calvo doctrine, which called for strict regulation on foreign investment and required that disputes be adjudicated only in local courts.*

Pondo fim a essa restrição mexicana, comum em países que não utilizam a *common law*, os termos do NAFTA referentes a investimentos dão novo rumo às diretrizes mexicanas em matéria de investimentos estrangeiros.

A idéia geral sobre o SSC previsto no Cap. XI é de que este é um sistema que tem atendido bem ao bloco. Gustavo Vegas Canovas ressalta que este capítulo é um eficiente e eficaz método para resolver disputas sobre investimento nos termos do tratado⁵.

Previsto nos arts. 1115 a 1138.2, o SSC em matéria de investimentos estabelece que deve haver igualdade de tratamento entre investidores dos Estados partes, em razão de dois princípios: o da reciprocidade e o do devido processo legal ante um tribunal internacional imparcial. Outro ponto de destaque neste SSC: os particulares têm acesso direto às possibilidades de resolução e negociação da disputa.

O Cap. XI trata, como já mencionado, das questões relativas a investimentos diretos de investidores estrangeiros. Os princípios norteadores deste capítulo são do tratamento nacional e da nação mais favorecida, previstos nos arts. 1102 e 1103. Desta forma, os Estados partes não podem fazer diferenciações entre investimentos estrangeiros e nacionais; a ambos deve ser reservado o mesmo tratamento, nem estender tratamento diferenciado a outros países que não sejam estendidos também aos demais membros do NAFTA.

Não há uma definição precisa acerca do que seja considerado investimento, nos termos do NAFTA, opinião também defendida por Selma Maria Ferreira Lemes: “O termo investimento, no Capítulo XI é amplo, não sendo restrito às empresas, fundos de participação ou débitos securitizados, mas se estendendo à propriedade imóvel ou a outras propriedades tangíveis ou intangíveis e certos tipos de empréstimos.”⁶

Especificamente quanto ao procedimento para solução de controvérsias em matéria de investimentos, este é previsto nos arts. 1115 a 1138. Como em todo o NAFTA, inicia-se o procedimento através de consultas diretas, até que se chegue ao tribunal arbitral. O art. 1118 prevê que as partes em litígio podem, diretamente e por meio de consultas recíprocas, tentar solucionar a disputa através da negociação.

Caso tal entendimento não seja possível, o investidor prejudicado pode requerer a formação de um tribunal arbitral, a fim de solucionar a controvérsia⁷. Formalizado o pedido de solução da controvérsia pela arbitragem (cumprindo-

⁵ Vegas Canova, 2003.

⁶ Lemes, 1998, p. 776.

⁷ Art. 1119. A arbitragem, no NAFTA, tem caráter vinculante.

se os requisitos formais do art. 1119 – qualificação, artigos do acordo que foram violados, questões de fato e fundamentação legal para propor a arbitragem e a reparação pretendida), observa-se que as regras processuais do NAFTA em relação a investimentos não obedecem a um modelo exclusivo.

Tanto a Convenção do ICSID, como as regras estabelecidas pela UNCITRAL ou ainda as normas do ICSID de Facilidades Adicionais (desde que uma das partes tenha ratificado a Convenção de Washington) podem servir de regras processuais para a solução arbitral da controvérsia⁸.

Determinando-se o procedimento, têm-se as condições dos arts. 1121 e 1122, que estabelecem os requisitos para que a questão seja submetida à arbitragem. O que de pronto chama a atenção é a previsão do art. 1121.1 (a), que especifica que o investidor renuncia ao direito de iniciar ou continuar qualquer litígio judicial em outro foro, excetuando-se questões referentes às medidas liminares de caráter suspensivo, ações declaratórias ou procedimentos extraordinários que, entretanto, não impliquem o ressarcimento de danos ou pagamentos de indenizações ante os judiciários locais.

A previsão deste artigo é interessante quando se depara com um problema recorrente em matéria de solução de controvérsias internacionais: a duplicidade de foro. Excluindo essa possibilidade, o NAFTA torna-se um meio eficaz e definitivo de solução de disputas.

O tribunal arbitral é composto, regra geral, por três árbitros, e cabe a cada parte a indicação de um deles, sendo o presidente do tribunal escolhido de comum acordo entre os litigantes. Se as partes não chegam a esse acordo, o presidente é escolhido pelo Secretário Geral do ICSID, como previsto nos arts. 1123, 1124.2 e 1124.4.

É previsto no art. 1130 que a arbitragem tenha sede em um país membro do NAFTA que tenha ratificado a Convenção de Nova Iorque de 1958. Formado o tribunal arbitral, este decidirá de acordo com as regras previstas no tratado (o texto do NAFTA) e, evidentemente, a partir dos princípios do Direito Internacional. Uma vez que a CLC tem papel fundamental na interpretação dos termos do tratado, suas decisões vinculam o tribunal arbitral⁹.

Assim como em outros procedimentos arbitrais, o art. 1133 prevê que o tribunal formado para decidir sobre investimentos pode solicitar, mediante requerimento das partes, que sejam realizados pareceres técnicos, sobre assuntos como meio ambiente, saúde e segurança, por exemplo.

⁸ Art. 1120.

⁹ Art. 2001.

Terminados os procedimentos que antecedem a decisão, tem-se o laudo definitivo, que apenas pode se limitar à reparação de danos ou à restituição de propriedades, que por sua vez, pode ser compensada em dinheiro, de acordo com o art. 1135. 1 (a) e (b).

O art. 1136.1 prevê que o laudo vinculará, exclusivamente, as partes envolvidas e em relação à matéria apreciada, e a execução do mesmo, nos respectivos territórios, caberá às partes (art. 1136.4). Em verdade, todo o procedimento de execução do laudo arbitral é previsto no art. 1136, e o que se destaca deste procedimento é a possibilidade de revisão, desde que não se tenha utilizado as regras do ICSID, onde não há esta previsão.

Entretanto, de acordo com Selma Lemes, pode haver a “possibilidade de objetar, internamente, o laudo arbitral e subsequente anulação, mediante constituição irregular do Tribunal Arbitral, manifesto excesso de poder, corrupção, violação de regras processuais ou não-motivação do laudo arbitral¹⁰”.

Quando uma das partes não cumpre o laudo arbitral, de acordo com o art. 1136.5, a CLC poderá, mediante o requerimento do Estado de que é nacional o investidor interessado, formar um painel arbitral na forma do art. 2008, com a finalidade de que este painel estabeleça que o descumprimento do laudo arbitral é contrário às normas do NAFTA ou que adote uma recomendação informando ao Estado da parte contrária que o ente estatal deve observar, obrigatoriamente, o laudo definitivo.

O SSC relativo aos investimentos não é muito diferente dos demais previstos no NAFTA, e o que se destaca, nesta primeira análise, é a possibilidade de participação direta de particulares, além da objetividade do processo. Desta forma, segue-se a análise das possibilidades de solução de controvérsias no NAFTA com os dispositivos do Cap. XIX, que trata de direitos antidumping.

4 O sistema de solução de controvérsias em matéria de direitos antidumping (Cap. XIX)

O NAFTA também estabelece um procedimento de solução de controvérsias exclusivo a propósito de direitos antidumping, e neste ponto a influência do FTA é clara. Welber Barral destaca que “um dos objetivos principais do Canadá, ao negociar aquele acordo com o Estados Unidos, foi o de remover determinadas incertezas que derivavam do ‘protecionismo contingente’ estadunidense¹¹”.

¹⁰ Lemes, 1998, p. 784.

¹¹ Barral, 1998, p. 246.

Aos particulares também é assegurado o direito de participação direta, o que, na opinião de Barral, substitui o “recurso ao Judiciário das medidas antidumping aplicadas pelas respectivas agências nacionais. Cria-se, na realidade, uma alternativa para as partes envolvidas, que poderão optar pela revisão judicial tradicional ou pela revisão por um painel do NAFTA¹².”

Previsto no Cap. XIX do texto original do NAFTA, o mecanismo específico de SSC em questões antidumping guarda uma característica interessante: as legislações antidumping foram mantidas, ou seja, não há harmonização das regras, cabendo a cada Estado parte determinar suas normas em relação à matéria, como prevê o art. 1902. Porém, o mesmo artigo prevê que a alteração na legislação interna em matéria de direitos antidumping deve ser comunicada às demais partes, e tais alterações devem ser compatíveis com as normas do NAFTA e do GATT (OMC).

De maneira geral, o Cap. XIX do NAFTA prevê três possibilidades de solução de controvérsias em matéria de direitos antidumping:

- a) por arbitragem pode-se revisar medidas antidumping que sejam aplicadas pelas agências nacionais;
- b) a Exceção Extraordinária, que pode anular a decisão arbitral;
- c) a revisão, que se dará, também, por meio de um painel arbitral, que pode revisar as alterações nas normas

Qualquer das partes do tratado pode solicitar a instalação de um painel binacional quando houver uma alteração legislativa em matéria de direitos antidumping de uma das partes. Tal procedimento tem por objetivo avaliar as mudanças legislativas realizadas pelos Estados partes quanto aos direitos antidumping¹³. O painel, neste caso, atua de maneira meramente declaratória, expedindo recomendações quanto à adequação da norma interna às normas originais do NAFTA¹⁴.

Este painel atuará de acordo com o que é previsto no Anexo 1903.2, que descreve que o painel se guiará por suas próprias normas, que devem, evidentemente, respeitar os termos do NAFTA. O art. 1903.3 determina que, se o painel decidir pela modificação da norma alterada, as partes devem iniciar o procedimento de consultas para resolver a questão. Se não houver alteração consensual, dentro de nove meses, a parte prejudicada pode editar legislação semelhante ou até mesmo denunciar o acordo¹⁵.

¹² Barral, 1998, p. 248.

¹³ Arts. 1901 a 1904.

¹⁴ Art. 1903.1.

¹⁵ Art. 1903.3, (b).

Para revisar as medidas antidumping utilizadas pelas agências nacionais, o NAFTA estabelece um sistema arbitral de solução de controvérsias. Neste caso, as empresas diretamente prejudicadas podem iniciar o procedimento, ou podem optar pela revisão judicial tradicional. Barral acrescenta que esta disposição gerou uma discussão nos meios acadêmicos nos Estados Unidos, a respeito da “constitucionalidade do afastamento do judiciário¹⁶”.

Tal painel, formado por cinco árbitros, aplicará, de acordo com o art. 1904.3 os “critérios de revisão” que são os princípios gerais do Direito que seriam aplicados pelo Judiciário da parte importadora, contra uma medida aplicada pela agência nacional. Há um prazo de até trinta dias a partir da publicação da medida a ser aplicada pela agência nacional (nos órgãos oficiais) para que a parte interessada solicite a instalação do painel arbitral, sob pena de preclusão¹⁷.

Do art. 1904.4 ao 1904.7 há regras gerais para a representação das partes. O Estado pode requerer diretamente a instalação do painel, ou fazê-lo em razão de um pedido da empresa interessada; esta, por sua vez, tem o direito de ser representada ante o painel, da mesma forma que a agência nacional que aplicou a medida.

Os requisitos para a formação do painel que, como já esclarecido, será composto por cinco árbitros, estão previstos no Anexo 1901.2 do Cap. XIX. Cada Estado fará 25 indicações para a lista geral de árbitros. Determinando-se a instalação do painel, cada parte indica, mediante consulta com a outra parte, dois nomes da lista. Os quatro árbitros de comum acordo escolhem o presidente do painel. A decisão é tomada por maioria.

O NAFTA estabelece taxativamente o caráter vinculante da decisão. Podem ser conseqüências do procedimento arbitral a confirmação ou revogação da medida aplicável, sendo a decisão do painel irrecorrível, aplicando-se apenas ao caso analisado¹⁸.

O art. 1904.11 dispõe sobre a impossibilidade de alteração da decisão através de mecanismos internos. As decisões são definitivas e não estão sujeitas a nenhuma espécie de revisão judicial pela parte importadora, se a instalação do painel for solicitada dentro dos prazos previstos nesta sistemática. As partes, de fato, não podem estabelecer, por meio de legislação interna, nenhuma possibilidade de impugnar, em seus judiciários nacionais, uma decisão do painel.

Há, por fim, uma possibilidade de rescisão da decisão do painel, o que não deve ser confundido com uma instância recursal. Prevista no art. 1904.13, a

¹⁶ Barral, 1998, p. 248

¹⁷ Art. 1904.4

¹⁸ Arts. 1904.8 e 1904.9

rescisão apenas se dará em casos de vícios processuais graves ou quando o painel exceder os poderes que lhe foram conferidos. Barral afirma que esta Exceção Extraordinária não é um procedimento comum¹⁹.

5 O sistema genérico de solução de controvérsias (Cap. XX)

Há, finalmente, no texto do NAFTA uma possibilidade geral de solução de controvérsias, disposta no Cap. XX do tratado, que engloba todas as matérias não acobertadas pelos sistemas anteriores e pelas regras do NAALC e NAAEC. É uma estrutura genérica que se refere à interpretação do acordo geral, e situações em que um Estado entenda que uma medida tomada por outro Estado é contrária aos compromissos assumidos quando da ratificação do NAFTA, como dispõe o art. 2004.

Assim como em todo o tratado, os princípios da cooperação e consenso são priorizados nas regras do Cap. XX. De fato, o art. 2003 estabelece que as partes devem sempre procurar um entendimento comum em relação ao tratado, e que efetuarão todas as tentativas para encontrar uma solução viável e satisfatória, primeiramente através da cooperação e consulta. De acordo com o art. 2006, qualquer das partes poderá realizar, por escrito, consultas à outra parte, referentes a qualquer medida ou matéria que possa afetar os objetivos do NAFTA.

Um dos primeiros pontos de destaque no sistema previsto no Cap. XX é quanto à possibilidade de escolha do foro. O art. 2005.1 prevê que as partes podem submeter a controvérsia ao NAFTA ou à OMC. Se não houver consenso em relação ao foro, prevalece o do NAFTA²⁰. Selma Lemes esclarece que as disposições deste capítulo procuram dar ao processo maior rapidez que o sistema da OMC²¹.

Uma vez iniciadas as consultas, as partes têm até 30 dias para resolver a questão. Caso não o façam neste prazo, podem solicitar uma reunião junto à CLC, como determina o art. 2007.1. A Comissão não funciona como um árbitro; seu papel é apenas assistir às partes na controvérsia. Seguindo-se adiante, caso não seja possível uma solução através deste procedimento, qualquer das partes poderá solicitar a instalação de um painel arbitral²².

A solicitação de instauração de um painel arbitral é enviada à CLC, que o constitui de imediato. O painel é formado por cinco membros, quando forem duas as partes envolvidas. O art. 2009 dispõe sobre a determinação

do corpo de painelistas, por cada um dos Estados membros do NAFTA. Este corpo é formado por trinta pessoas (não necessariamente mexicanos, canadenses ou estadunidenses), escolhidas pelas partes em consenso, que estarão à disposição dos painéis por três anos.

Há uma determinação interessante na escolha dos árbitros, que numa tradução livre pode ser entendida como “escolha cruzada” ou ainda “escolha reversa”. Cada parte escolherá seus árbitros entre nacionais da outra parte (ou ainda de um terceiro Estado, desde que presente na lista geral). O presidente, por sua vez, é escolhido por consenso, e não pode ser nacional de nenhum dos Estados envolvidos. Se não houver esse consenso, o presidente será escolhido por sorteio. Essa escolha cruzada, de certa forma, garante imparcialidade ao sistema de solução de controvérsias²³.

Além disso, o art. 2009.2 “a”, “b” e “c” ainda determina que os painelistas deverão ser pessoas com sólidos conhecimentos em Direito Comercial Internacional, independentes e não vinculados com qualquer das partes, obedecendo ao Código de Conduta estabelecido pela CLC.

As normas de procedimento são estabelecidas pela CLC, que devem ser decorrentes das previstas no art. 2012, obedecendo a regras mínimas e essenciais como a apresentação de memoriais escritos, contestação e réplica.

Uma terceira parte pode se apresentar como interessada na controvérsia, e se realmente o for, é essencial que se apresente como parte reclamante, por meio de notificação escrita. Se não o fizer, não poderá iniciar procedimento de solução de controvérsias no NAFTA ou mesmo na OMC em relação à mesma matéria, a menos que aconteçam alterações significativas nas conjunturas econômicas ou comerciais²⁴.

As partes ou mesmo o painel podem solicitar pareceres técnicos de especialistas (art. 2014); em caso de questões referentes ao meio ambiente, saúde e questões científicas, o painel poderá determinar a participação de especialistas nas respectivas áreas, se solicitado pelas partes ou por determinação do próprio painel. Este corpo se chamará de “Órgão de Revisão Científica” (art. 2015).

O painel, após conhecer os fatos, submete às partes um relatório inicial, e estas podem apresentar comentários escritos ao painel sobre tal texto²⁵. Trinta dias após a emissão do relatório inicial, o painel apresenta o relatório final. As partes enviam este relatório à CLC, inclusive anexando o parecer do Órgão de

¹⁹ Barral, 1998, p. 251

²⁰ Há, porém, questões que apenas podem ser submetidas ao NAFTA, como as que envolvem meio ambiente, proteção da vida, segurança e questões que envolvam matérias científicas, de acordo com o art. 2005.4

²¹ Lemes, 1998, p. 763

²² Arts. 2007.5 e 2008.1

²³ Art. 2009

²⁴ Art. 2008.4

²⁵ Art. 2016

Revisão Científica e os memoriais escritos que porventura as partes requeiram que sejam anexados. A obrigação de publicar este relatório é da Comissão, o que se faz em até quinze dias de seu recebimento²⁶.

Quanto à execução do relatório final, esta é de competência das partes. O art. 2018.2 é claro quando dispõe que as partes entrarão em acordo quanto ao meio de execução da decisão final. Esta resolução geralmente se dá com a remoção ou não-implementação de medidas contrárias ao acordo, ou ainda com o pagamento de compensação determinada.

Como no Cap. XX a decisão não é vinculante (o que acontece no Cap. XIX) evidentemente pode haver o descumprimento da decisão pela parte vencida, restando à outra parte adotar medida de retaliação suspendendo, por exemplo, benefícios equivalentes na mesma matéria objeto da controvérsia, ou entre outras áreas, se isto não for possível²⁷.

Um outro painel pode ser formado se a parte vencida considerar a retaliação excessiva. Este novo painel agirá de acordo com as normas processuais previamente estabelecidas²⁸.

6 Considerações finais

Quando se discute a eficácia dos sistemas de solução de controvérsias no âmbito internacional, um dos primeiros questionamentos a ser feito é quanto ao cumprimento das decisões. Afinal, uma vez que os Estados cumpram determinações que não são procedentes dos seus próprios ordenamentos, deixam de se submeter a uma ordem que reconhecem como a única superior. Hugo Perezcano Diaz esclarece acerca desta problemática:

Não se deve confundir a obrigatoriedade com a falta de coercitividade. Como já se mencionou, toda resolução em um procedimento desta natureza é obrigatória [...]. Nos procedimentos entre Estados, o cumprimento de uma resolução se reduz a uma decisão soberana do país contra o qual se ditou o laudo. Por tal motivo, o incumprimento da resolução somente pode dar lugar a mecanismos compensatórios ou de pressão política. Nos demais casos, devem ser seguidos os procedimentos internos de reconhecimento e execução de resoluções, ante os tribunais nacionais competentes, para que estes ordenem a execução das mesmas mediante o emprego de força pública.

²⁶ Art. 2017

²⁷ Art. 2019.2

²⁸ Arts. 2019.3 e 2019.4

Mas é certo que haveria um caos nas relações internacionais, sejam de âmbito comercial ou não, se cada Estado se submetesse exclusivamente aos seus ordenamentos jurídicos. As controvérsias dificilmente seriam resolvidas com a imparcialidade necessária, e, além disso, a duplicidade de foro criaria um outro impasse à execução das sentenças: uma vez que dois Estados litigassem entre si, e submetessem uma única disputa aos seus respectivos ordenamentos, em caso de decisões diferentes, qual delas seria executada?

Daí a necessidade de se estabelecer sistemas normativos eficientes, que estabeleçam regras claras e objetivas para a problemática das controvérsias internacionais, que realmente obedeçam aos comandos normativos decorrentes do tratado, não deixando lugar para ingerências políticas, por exemplo. Ou seja, um sistema legalista (*rule oriented*) que atenda, de forma imparcial, aos interesses dos Estados ou de particulares envolvidos em controvérsias internacionais.

Em matéria de comércio internacional, o tema se torna ainda mais importante e necessário, uma vez que o avanço das relações internacionais comerciais é responsável direto pelo aumento de disputas entre Estados, seja em razão de normas internas conflitantes, seja em razão de interpretações diferenciadas para tratados que unem determinados Estados. Estes dois casos são exemplos do que acontece no NAFTA.

A área norte-americana de livre comércio une economias significativas, e da mesma forma, distintas. Não há muito que relatar acerca da economia estadunidense, a grande potência econômica e política da atualidade; o Canadá tem se destacado por um aumento na exportação de produtos manufaturados, deixando de ser apenas a sombra dos Estados Unidos; o México, por sua vez, enfrenta problemas típicos de países em desenvolvimento (o que evidentemente é), porém concentra a maior parcela da mão-de-obra não especializada disponível no continente (o que acaba por favorecer a produção agrícola, por exemplo, dos outros dois países), além de relevante produção de bens primários. A diferença social, econômica, política e de ordenamentos jurídicos é apenas uma parcela dos problemas que circundam qualquer acordo de natureza integracionista, e com o NAFTA não poderia ser diferente.

Aliás, ao contrário do que é de conhecimento comum, o NAFTA não possui essa natureza integracionista. Não há que falar em integração social ou política; o viés é eminentemente comercial. Não se pretende ir além do objetivo demarcado no tratado: a criação e conseqüente sucesso de uma área de livre comércio.

Talvez dessa objetividade possa vir uma certa insatisfação de alguns estudiosos mexicanos a respeito do NAFTA. É interessante destacar a diferença de entendimento que há quanto ao bloco por parte do atual governo mexicano (favorável) e de parte dos economistas, juristas e sociólogos do México, que

não identificam vantagem alguma no bloco. Ao contrário: expressam de maneira firme sua insatisfação, principalmente pela "promessa não cumprida" de uma onda de crescimento na economia e no desenvolvimento mexicanos.

Afastando-se dessa discussão, que certamente rende pesquisas interessantes, o propósito deste estudo é notadamente identificar o funcionamento dos sistemas de solução de controvérsias do bloco, que antes de tudo, é marcado pela especificidade. Explica-se: ao não estabelecer apenas regras gerais para solução de controvérsias de qualquer natureza, o NAFTA traz determinações específicas para determinadas matérias como investimentos, questões de direitos antidumping, controvérsias surgidas a partir de relações trabalhistas e ambientais (através do NAALC e NAAEC), e, finalmente, disposições gerais para outros temas que não estes. Ou seja, não há somente um aglomerado de regras gerais no NAFTA.

Um acordo de livre comércio que une economias tão distintas, certamente há de ser guiado por um eficiente conjunto normativo, que, ao mesmo tempo, deve ser objetivo e capaz de englobar assuntos diversos dentro da esfera comercial. Nem tudo é ineditismo neste sistema. Muitas das regras (direitos antidumping, por exemplo), são quase cópias das determinações do FTA; outras derivam diretamente das disposições do antigo GATT e da OMC. Assim, o sistema de solução de controvérsias do NAFTA não se afasta das determinações gerais do comércio internacional, ao mesmo tempo que determina particularidades não previstas em outros acordos de livre comércio.

Um dos méritos do SSC do NAFTA é a possibilidade de acesso direto dos particulares (na sistemática referente a investimentos e direitos antidumping). Tal disposição, sem dúvida, traz celeridade ao sistema, eis que os quase sempre burocráticos procedimentos de endosso por parte dos Estados constituem um óbice desnecessário à efetividade do SSC. A impossibilidade de participação direta dos particulares em outras questões (nas disposições gerais do Cap. XX) de certa forma compromete a celeridade e imparcialidade de um sistema de solução de controvérsias complexo, porém eficiente, ainda que deixe margem às pressões políticas e econômicas estatais, o que se deve afastar em qualquer sistema internacional de solução de controvérsias.

Área de Livre Comércio das Américas (ALCA)

Roberto Luiz Silva*

1 Evolução do processo de negociação para a – ALCA

A Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) tem por objetivo tornar-se um *agreement*, quiçá uma organização internacional, institucionalizador de uma zona de livre comércio composta pelos países das Américas, a exceção de Cuba, com base nos seguintes princípios negociais: condução transparente; consenso na tomada de decisões; correlação com as regras e disciplinas da Organização Mundial do Comércio (OMC); compromisso único (cláusula *si omnes*); coexistência com acordos bilaterais e sub-regionais; atenção às necessidades menores.

Concebida a partir de uma vago projeto inicial de *Iniciativa para as Américas* proposto, em 1991, por George Bush, a ALCA começou a tomar contornos de instrumento de cooperação internacional mediante integração regional apenas em 1994, após o sucesso da negociação do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), e em obediência à orientação da política comercial e diplomática norte-americana, que busca fomentar negociações regionais em detrimento das negociações multilaterais.

Foi embrião da ALCA a I Cúpula das Américas realizada em Miami, nos Estados Unidos, em dezembro de 1994, quando os Chefes de Estado e Governo de trinta e quatro países das Américas do Sul, Central, do Norte e Caribe acordaram iniciar um processo de negociação¹ objetivando a criação de uma Área de Livre Comércio das Américas até o ano 2005.

Foram então discutidos, entre os líderes de governo lá presentes, um plano de ação que previa expandir e aprofundar as normas dos pactos regionais já existentes, intensificar as relações entre eles e também o estabelecimento de normas continentais na área de livre comércio.

* Doutor em Direito (UFMG), especialista em Direito Econômico Alemão e Comunitário Europeu (Universität zu Köln) e em Direito Internacional (UNITAR), Professor Adjunto na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, convidado na Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (Convênio CAPES-PROCAD) e visitante no Mestrado da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

¹ O início das negociações iniciou-se, efetivamente, em abril de 1998, quando a Cúpula dos Chefes de Estado, reunida em Santiago, definiu seus objetivos, enfoques e estrutura.