

Possibilidades e Perspectivas para o Sistema de Solução de Controvérsias na Área de Livre Comércio das Américas - ALCA

Selma Maria Ferreira Lemes *

I - Introdução

O fenômeno de integração regional longe de ser moda recente ou passageira representa uma das características definidoras do período pós II Guerra Mundial, ¹ tal como ocorrido com a instituição da Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA, em 1952, que após anos de negociações e aperfeiçoamento de suas instituições alcançou o estágio da União Européia.² Esses movimentos foram intensificados no pós Guerra Fria ³ e, como notara o embaixador Rubens RICÚPERO, entre 1947 a 1994, haviam sido notificados ao GATT/OMC nada menos de 109 acordos, dos quais 11 entre países em desenvolvimento”. ⁴

A integração econômica regional, em seus diversos estágios e modelos, objetiva com a eliminação de barreiras nacionais ao trânsito de bens, produtos, serviços, capitais e pessoas, o desenvolvimento

* Advogada, Mestre em Direito Internacional, membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem e Consultora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo - FIESP/CIESP. Autora do livro *Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade*, LTr, 2001. selma@selmalemes.adv.br Advogada Titular de Selma Lemes Advogados Associados. Coordenadora e Professora do Curso de Arbitragem, Negociação e Mediação do Programa GVLAW –FGV. Palestra proferida no Congresso Internacional de Resolução de Disputas – *A Arbitragem e a Mediação no Contexto Sócio-Econômico do Séc.XXI*, realizado em Recife de 25 a 29 de novembro de 2001 no Tribunal Regional Federal, em comemoração aos 5 anos de vigência da Lei de Arbitragem.

¹ Cf Rubens RICÚPERO, “Um Mundo sem Fronteiras”, Folha de São Paulo, 25.11.95, p. 2.2.

² Cf Bruno RATTI, *Comércio internacional e câmbio*, São Paulo, 5ª ed., Aduaneiras, 1985, p. 377.

³ Cf Henrique ALTEMANI DE OLIVEIRA, “A ALCA e os blocos internacionais”, *Relações internacionais e sua construção jurídica*, São Paulo, FDT, José Augusto GRILHON ALBUQUERQUE et alii, 2º Vol. , 1998, p. 8

⁴ Op. cit. p. 2.2.

econômico dos países do bloco e a melhoria da condição de vida de seus povos.⁵

A Área de Livre Comércio das Américas – ALCA tem suas origens na iniciativa dos chefes de Estado e de Governo do hemisfério (34 países, com exceção de Cuba), que ao firmarem a Declaração de Princípios da Cúpula de Miami, em dezembro de 1994, nela identificaram a integração econômica e o livre comércio como elementos essenciais para a prosperidade dos povos do continente americano e resolveram

⁵ Estudos publicados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID declaram que “a integração propriamente dita é o *status* jurídico no qual os Estados entregam algumas de suas prerrogativas soberanas, com o fim de constituir área na qual circulem livremente e recebam o mesmo tratamento as pessoas, os bens, os serviços e os capitais, mediante harmonização das políticas correspondentes e sob égide supranacional”. Desta definição e da natureza do processo de integração podem ser extraídos seus principais elementos, quais sejam: 1) A integração supõe a eliminação das barreiras econômicas que interferem no livre movimento de bens, pessoas, serviços e capitais, isto é, a livre circulação dos fatores de produção no mais amplo sentido. 2) Para permitir esta livre circulação, a integração supõe a harmonização das políticas nacionais, particularmente as políticas econômicas, a fim de assegurar a maior racionalidade e eficácia no âmbito que se procura integrar. 3) Para que os elementos anteriores possam operar requer-se a transferência de competências estatais em matérias próprias de integração para um órgão institucional “supranacional” ou “comunitário” que se encarregue de elaborar e aplicar as medidas necessárias, encaminhadas para a unificação das economias dentro das linhas gerais estabelecidas no tratado ou instrumento constitutivo, assim como de orientar e coordenar a marcha do processo de integração. No âmbito do processo de integração os interesses nacionais e os regionais complementam-se em equilíbrio e harmonia. Estes elementos essenciais se manifestam em intensidades diferentes nos processos de integração. Este fator é exteriorizado pelas diversas formas que podem adotar um processo de integração: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum (artigos XXIV do GATT/94). **Zona de Livre Comércio**, é a etapa inicial do processo de integração, uma vez que os Estados que a integram suprimem os direitos aduaneiros e restrições comerciais para os produtos originários dos territórios dos Estados que os integram. Não há uma tarifa comum nem uma regulamentação comercial comum em relação a terceiros Estados. **União Aduaneira**, se caracteriza pela existência de um único território aduaneiro. Esta união aduaneira representa juridicamente um duplo aspecto. No plano interno, a missão aduaneira exige a eliminação de direitos aduaneiros e das regulamentações comerciais restritivas entre os territórios constituídos da união. No plano externo, a união aduaneira exige a instituição de tarifa comum e regulamentação comercial comum a respeito de terceiros países. **Mercado Comum**, é a forma mais desenvolvida de integração econômica em que há uma liberdade de circulação de mercadorias, pessoas e capitais, bem como é fixada uma política econômica em relação aos não membros. **União Econômica**, se caracteriza por certa harmonização das políticas econômicas, monetárias, financeiras e sociais, complementando características que são próprias de um mercado comum. **Integração Econômica Total** pressupõe a unificação de políticas e a instituição de autoridades supranacionais, tendendo a identificar-se com a plena integração política. Estas duas últimas formas de integração, a união econômica e a integração econômica total, são consideradas por alguns autores como “mais evoluídas” ou “avançadas”. Cumpre observar que a integração econômica em seus diversos níveis corresponderá, proporcionalmente, para os Estados Partes em diminuição de soberania, delegando algumas competências para a organização internacional que administra a integração. (Cf Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, “Derecho de la Integración Latinoamericana”, Depalma, Buenos Aires, p. 03/41, 1969. Celso D. de Albuquerque MELLO, “Direito Internacional da Integração”, Renovar, Rio de Janeiro, p.117/121, 1996).

iniciar o processo de construção de uma área de livre comércio no continente, na qual as barreiras ao comércio e ao investimento serão progressivamente eliminadas a partir de 2005.⁶ Na Reunião Ministerial realizada em Denver, no Estados Unidos, em 1995, os Ministros responsáveis pelo comércio definiram um programa de trabalho para preparar o início das negociações e reiteraram que estas deverão estar concluídas até 2005.⁷

⁶ Observa Armando A. GARCIA JR, que a participação brasileira na ALCA, desde a I “Cúpula Hemisférica em Miami teve natureza essencialmente política. Sob a ótica econômica o país teme iniciar um novo choque traumático que seria provocado pela liberalização decorrente de uma área de livre comércio.” Cf *ALCA – A Área de Livre Comércio das Américas e o Marco Jurídico*, São Paulo, LTr, p. 24, 1998. Nesta mesma linha, pesquisa recente efetuada junto ao empresariado nacional revelou alto grau de ceticismo quanto aos benefícios oriundos com as liberações comerciais resultantes da ALCA. Auxiliada pelas Câmaras Americanas de Comércio no Brasil, a empresa de consultoria A T KEARNEY colheu a opinião de 231 empresas latino-americanas em outros 17 países da região. Constatou-se que os empresários brasileiros estão menos preparados para a ALCA, do que os dos outros países (note-se que a partir de 2002 as negociações terão ritmo acelerado). A pesquisa revelou que aprovaram genericamente o conceito da ALCA 51% dos executivos brasileiros. Nos outros países do MERCOSUL (Argentina, Paraguai e Uruguai) o índice da aprovação chega a 84%. No México é de 86%. Os empresários deste país pensam exatamente ao contrário dos empresários brasileiros; com o NAFTA as exportações mexicanas aumentaram, bem como atraíram os investimentos de empresas americanas que abriram filiais no território mexicano para aproveitar o baixo custo da mão-de-obra. (“Pesquisa mostra Despreparo dos Empresários para enfrentar a ALCA, Valor Econômico, 21.11.01, 1º Caderno).

⁷ Nessa reunião foram criados sete grupos de trabalho, nas seguintes áreas: acesso a mercados; procedimentos aduaneiros e regras de origem; investimentos; normas e barreiras técnicas ao comércio; medidas sanitárias e fitossanitárias; subsídios, antidumping e direitos compensatórios; e economias menores. No âmbito brasileiro, cumpre observar que foi criado por decreto do Presidente da República um mecanismo de coordenação entre os diversos órgãos internos do Governo brasileiro para questões de ALCA, denominado Seção Nacional de Coordenação dos Assuntos Relativos à ALCA (SENALCA). Logo depois, entidades representativas da sociedade civil como a Confederação Nacional da Indústria, a Confederação Nacional da Agricultura, a Confederação Geral dos Trabalhadores, a Central Única dos Trabalhadores, a Força Sindical, dentre outras organizações, passaram a participar dos trabalhos da SENALCA, que é presidida pelo Subsecretário-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior do Itamaraty, a quem incumbe representar o Brasil no Comitê de Negociações Comerciais. A preocupação central do Itamaraty tem sido a de reforçar o papel da SENALCA, como fonte inspiradora e legitimadora das ações diplomáticas brasileiras no processo da ALCA, de maneira a aprofundar a participação da sociedade brasileira na negociação. Em 07 de abril de 2001, na reunião realizada em Buenos Aires, a principal decisão do encontro ministerial foi confirmar o término das negociações para o ano de 2005. A decisão sobre os prazos foi confirmada pelos Chefes de Estado e de Governo reunidos na III Cúpula das Américas, em Québec, de 20 a 22 de abril deste ano. Nesse sentido, os Ministros recomendaram aos mandatários que “estabeleçam as diretrizes para assegurar que as negociações do Acordo da ALCA sejam concluídas, o mais tardar, em janeiro de 2005 para a sua entrada em vigor o quanto antes, até, no máximo, dezembro de 2005” (Declaração Ministerial de Buenos Aires, parágrafo 2). Também se acordou em Buenos Aires que os grupos de negociação que tratam de temas afetos a acesso a mercados (Grupos de Negociação de Acesso a Mercados, Agricultura Serviços, Investimentos e Compras Governamentais) devem definir métodos e modalidades da negociação tarifária até 1º de abril de 2002. A partir de 15 de maio de 2002 será iniciada a negociação de acesso, com a discussão da definição dos cronogramas de desgravação tarifária. O Brasil, na III Cúpula das Américas realizada em Québec, em abril de 2001 reafirmou as condicionantes básicas para que um acordo hemisférico se coadune com interesses nacionais, consoante salientado no discurso do Presidente Fernando Henrique Cardoso: “A ALCA será bem-

Na III Reunião realizada em Belo Horizonte em maio de 1997, os Ministros responsáveis pelo comércio reiteraram os seguintes pontos: o consenso como princípio fundamental do processo decisório da ALCA; o sentido de que os acordos e decisões da ALCA constituirão um compromisso único ("single undertaking"); a coexistência da ALCA com acordos bilaterais e sub-regionais de integração e de livre comércio mais amplos ou profundos;⁸ a compatibilidade com os acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC); a possibilidade de os países negociarem individualmente ou em bloco, como integrantes de um grupo de integração sub-regional; a necessidade de estabelecer uma secretaria administrativa de caráter temporário para prestar apoio às negociações; o ano de 2005 para a conclusão das negociações; e a transformação da reunião de Vice-Ministros de Comércio em Comitê Preparatório das Negociações. Cumpre notar, também, que a Declaração Ministerial Conjunta de Belo Horizonte reafirmou a importância da participação do setor privado, inclusive dos setores sindicais, no processo da ALCA, por intermédio de mecanismos de diálogo e consulta com os Governos.

vinda se sua criação for um passo para dar acesso aos mercados mais dinâmicos; se efetivamente for o caminho para regras compartilhadas sobre antidumping; se reduzir as barreiras não-tarifárias; se evitar a distorção protecionista das boas regras sanitárias; se, ao proteger a propriedade intelectual, promover, ao mesmo tempo, a capacidade tecnológica de nossos povos." Os próximos passos constituirão novos desafios, tais como a definição de métodos e modalidades das negociações de acesso a mercados, a discussão dos cronogramas de desgravação e o início da co-presidência Brasil-EUA, em novembro de 2002. Na próxima fase da negociação, os negociadores brasileiros deverão não somente atuar ativamente no contexto da negociação, mas sobretudo intensificar sua ação de esclarecimento e contato junto à sociedade civil brasileira para sedimentar uma posição de consenso sobre a ALCA. Cf www.mre.gov.br

⁸ Foi observado pela doutrina a necessidade de os negociadores da ALCA atentarem para o tratamento adequado dos Acordos Regionais existentes, sob pena de perecerem frente a ALCA. Cf Frank J. GARCIA, "NAFTA and the Creation of the FTAA: A Critique of Piecemeal Accession", *Virginia Journal of International Law*, v. 35(3):531/51, 1995. A título de informação salientamos, consoante mencionado pelo citado autor, que a iniciativa dos EUA em um comércio livre hemisférico data de fins do séc. XIX, mas somente em 1990, com a "Enterprise for the Americas Initiative – EAI", que o comércio livre hemisférico se tornou objeto explícito da moderna política comercial americana (p. 540).

Na Reunião de São José, Costa Rica, em 1998, foi decidido que o objetivo geral das negociações é estabelecer uma área de livre comércio no continente, na qual serão progressivamente eliminadas as barreiras ao comércio de bens e de serviços e aos investimentos, concluindo-se as negociações no mais tardar até 2005. Conforme os princípios estabelecidos na Reunião de São José, o acordo final da ALCA será equilibrado, abrangente, congruente com as regras e disciplinas da OMC e constituirá um compromisso único ("single undertaking"), levando em conta as necessidades, condições econômicas e oportunidades das economias menores. As negociações serão transparentes e baseadas no consenso.⁹

A ALCA co-existirá com os acordos bilaterais e sub-regionais de integração e de livre comércio existentes (a exemplo do MERCOSUL), na medida em que estes sejam mais profundos e abrangentes (no sentido de mais integracionistas ou liberalizadores nas relações entre seus membros) do que a futura área de livre comércio continental. A confirmação dos citados princípios para as futuras negociações corresponde aos interesses brasileiros e do MERCOSUL.¹⁰

II – O Sistema de Solução de Controvérsias na ALCA

Dispor sobre a forma de solucionar controvérsias no âmbito do Tratado que instituir a ALCA é tão importante como estabelecer as normas que disporão sobre os fluxos de capitais e mercadorias. Já fora observado que o futuro e a vida longa dos Tratados de Integração Econômica estão diretamente relacionados com um sistema justo e

⁹ Cf os textos oficiais no site www.mre.org.br

¹⁰ Cf Augusto GUILHON ALBUQUERQUE, "A Integração Regional no Continente Americano", *Relações Internacionais e sua Construção Jurídica*, J. A. GUILHON ALBUQUERQUE, et alii, São Paulo, FTD, vol.1, p. 6/ 21, 1998

eficaz de solução de controvérsias .¹¹ Os negociadores precisam estar atentos que devem eliminar parcialidades políticas do procedimento e reforçar as regras do Direito do Comércio Internacional.¹²

Os procedimentos para solução de controvérsias formam parte integrante de todo o Convênio. Estes mecanismos vêm garantir a existência de um meio objetivo para que as partes cumpram o acordado e respeitem as obrigações e os direitos reciprocamente convencionados. Estes procedimentos ou mecanismos de solução podem ir desde a negociação informal até a mediação, conciliação e chegar à arbitragem obrigatória, permitindo que se evitem arbitrariedades e tensões no relacionamento de governo a governo, conforme acentuado pelo professor mexicano J. SIQUEIROS ¹³. Assim, mediante a equidade, rapidez e eficácia nos métodos de solução pacífica, evita-se a interferência dos órgãos jurisdicionais ou administrativos internos. Deste modo governo e empresas podem exercer suas funções confiando em que seus direitos estão protegidos, outorgando-lhes a segurança jurídica e a previsibilidade imprescindíveis às relações comerciais.

Com efeito, se não se encontrar uma solução institucional para as disputas econômicas, as relações políticas poder-se-ão deteriorar em detrimento de todos os interessados. As controvérsias muito prolongadas podem levar à adoção unilateral de medidas de retaliação contra práticas que se estimem desleais no âmbito do comércio internacional. ¹⁴

¹¹Kristin L. OELSTROM, "A Treaty for the Future: The Dispute Settlement Mechanisms of the NAFTA", *Law and Policy in International Business*, vol. 25, p. 783, 1994.

¹² Harry B. ENDSLEY, "Dispute Settlement under the CFTA and the NAFTA: From Eleventh-Hour Innovation to Accepted Institution", 13 *ARS YURIS*, p.267, México, 1995.

¹³ José Luis SIQUEIROS, "La Resolución de Controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre Mexico, Estados Unidos de America y Canada", Universidad Iberoamericana, DF, México, 1991, p.3.

¹⁴ op.cit. p.4 .

Grupo de Negociação sobre Solução de Controvérsias da ALCA

Em face dessa necessidade imperiosa o sistema de Solução de Controvérsias passou a constituir um Grupo de Negociação da ALCA, de acordo com o estabelecido na Reunião Ministerial de São José, confirmada pelos Chefes de Estados e de Governo na II Cúpula das Américas (Santiago do Chile, 18 e 19.04.98) A presidência do Grupo coube ao Paraguai e a vice-presidência ao Chile.

Os objetivos do Grupo de Negociação, consoante estabelecido na Declaração Ministerial de São José são: (1) estabelecer mecanismo justo, transparente e eficaz para a solução de controvérsias entre os países da ALCA, tomando em conta, entre outros, o Entendimento sobre as Regras e Procedimentos que Regem a Solução de Controvérsias, da OMC e (ii) identificar meios para facilitar e fomentar o uso da arbitragem e outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias para resolver disputas comerciais privadas no âmbito da ALCA.

Com efeito, cumpre observar que o sistema de solução de controvérsias a ser instituído terá como órbita de ação interpretar as obrigações recíprocas oriundas dos Acordos firmados e terá como partes os Estados Partes, a ser analisado no contexto do Direito Internacional Público, podendo vir a permitir ou não a participação de pessoas jurídicas ou físicas dos Estados.

Por outro lado, questão diversa e sob a ótica do Direito Internacional Privado será a verificação de como os Estados Partes

tratarão a questão da solução de controvérsias entre os particulares: limitar-se-ão a expedir normas programáticas de incentivo à solução alternativa de disputas ou efetivamente se empenharão e serão partícipes da sociedade em instituir um foro extrajudicial de solução de controvérsias ? Em caso positivo, qual a melhor maneira de proceder ?

Destarte, estas e outras questões serão abordadas nesta preleção, que tem a singela pretensão de suscitar o debate destas complexas questões, limitando-se exclusivamente à discussão do sistema de solução de controvérsias. Assim, analisaremos inicialmente (i) o paradigma da OMC e (ii) a Primeira Minuta do Acordo referente ao Capítulo de Solução de Controvérsias disponibilizado ao público em julho passado e que possui apenas um artigo a regular a solução de controvérsias privadas.

III - A Solução de Controvérsias no Âmbito do Direito Internacional Público. O Paradigma da OMC ¹⁵

A solução pacífica de controvérsias entre Estados é um dos desideratos supremos do Direito Internacional Público,¹⁶ que se projeta no direito interno das nações, tal como no Brasil, que estatui no preâmbulo da Carta Magna o efetivo compromisso, no plano interno e internacional, com a solução pacífica de controvérsias.

¹⁵ Reproduzimos e atualizamos trabalho anterior de nossa lavra “Estudo Comparativo entre o Grupo Especial (*Panel*) da OMC e um Tribunal Arbitral”, publicado na *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 13(3): 375/90, jul./set., 2001.

¹⁶ Assim está disposto na “Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre Estados Conforme a Carta da ONU”, Assembleia Geral das Nações Unidas, 24.10.1970. Cf Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Universidade de Brasília, p. 51/81, 1981.

Neste contexto, as repercussões das decisões econômicas individualmente adotadas por um Estado afetam todos os demais e a existência de regras uniformes estabelecidas pela sociedade internacional, contribui para que não se instaure o caos.¹⁷ Este é o objetivo primeiro da Organização Mundial do Comércio - OMC (artigo III da Ata Final da Rodada Uruguai),¹⁸ e, como corolário, o estabelecimento de um sistema de solução de disputas entre os Estados Partes, que procura amenizar as influências políticas e permitir a prevalência de razões jurídicas objetivas.¹⁹

O eminente professor e ministro Celso LAFER, em palestra proferida, na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP, discorrendo sobre "A Globalização da Economia. O Papel das Organizações Multilaterais" asseverou: *"... a Organização Mundial do Comércio é a expressão da lógica da globalização no pós-Guerra Fria em que vivemos. Repito aqui o que já disse em mais de uma oportunidade. O fim das polaridades definidas Leste-Oeste, Norte-Sul, levou a um período de polaridades indefinidas e a um mundo trabalhado pelo jogo de duas forças profundas: as forças centrípetas, a lógica da globalização, dos mercados, dos valores, da informação; e as forças centrífugas das identidades nacionais, dos fundamentalismos, da*

¹⁷ Peter D. SUTHERLAND, diretor geral do GATT em palestra proferida na OAB/SP em 06 de julho de 1994, discorrendo sobre "The Role of Law in International Trade Relations" asseverou que *"o papel da lei parece óbvio o suficiente: a lei é necessária para criar a ordem e a previsão necessária para os comerciantes e investidores poderem planejar suas ações. Teria os idos de 1930 demonstrado o que acontece na ausência de uma ordem comercial internacional? Cada país tenta obter vantagens econômicas às custas de outros com restrições às importações e subsidiando exportações e se envolvendo numa corrente de desvalorização competitiva. Estas tentativas são a centelha de uma espiral de ações retaliatórias, prolongando a depressão econômica que eles estavam pretendendo manter distante. De acordo com esta linha de argumentação, o papel do GATT, e da futura OMC, é prevenir mencionada destruição mútua."* (tradução livre).

¹⁸ Texto integral dos *Resultados da Rodada Uruguai do GATT*, Decreto nº 1355, de 29.12.94 (DOU 31.12.94), São Paulo, Aduaneiras, 1995, 441 p.

¹⁹ Cf Celso de ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Internacional Econômico*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p.87/100 e Vera THORSTENSEN, *OMC Organização Mundial do Comércio. As Regras do Comércio Internacional e a Rodada do Milênio*, São Paulo, Aduaneiras, 1999, 406 p.

secessão de Estados, dos particularismos e dos protecionismos”.^{20 21} E mais adiante asseverou que “o objetivo da OMC enquanto instância da globalização, está norteado pela idéia de que a atividade econômica é um jogo e que a concorrência, como qualquer jogo, tem regras que devem ser compartilhadas por todos que dele participam. A justiça e a equidade dessas regras do jogo não são algo inequívoco, pois as sociedades e as economias diferem no seu entendimento do que é justo, além de serem distintas em cada uma das sociedades as condições objetivas do que é possível e do que não é possível”.^{22 23}

IV - O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Understanding - DSU*)

O Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes - DSU*) faz parte integrante da Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT e institui a Organização Mundial do

²⁰ DEBATES, IRS, 1996, Conselho Superior de Orientação Política e Social da FIESP/CIESP - COPS, nº 1, p. 8.

²¹ Como elemento de reflexão cumpre atentar às observações de Rubens RICÚPERO, para quem “a falta de coesão e de liderança dos países industrializados na OMC levariam, num futuro imediato, aos avanços na liberalização comercial que se fariam sobretudo no seio de grupos regionais, como a APEC, o NAFTA, o MERCOSUL, e a UNIÃO EUROPÉIA.....o confronto, porém, apenas é transferido de uma organização para outra, por uma simples razão: porque juntamente com a cooperação, o elemento de conflito é parte integrante e irreduzível da dialética da vida internacional. Só enfrentando-o em sua raiz, com coragem e espírito de equidade, será possível evitar a multiplicação de impasses. “ “Depois deles, o dilúvio”, O Estado de São Paulo, 08.12.96, p. A-2.

²² Op. cit. ps. 10/11.

²³ Cf Celso LAFER, *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*, Porto Alegre, Editora do Advogado, 1998, 168 p. Nesta obra, o autor externa não apenas a visão do jurista, mas também do diplomata, que esteve à frente da Representação Brasileira em Genebra e exerceu o cargo de presidente do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Comércio.²⁴ Assim está disposto nos artigos II.2 e III.3 do referido instrumento, o Tratado de Marraqueche, local em que foi firmado em 12.04.94. As controvérsias que estão submetidas ao crivo do *Dispute Settlement Understanding* - DSU são as referentes aos acordos relacionados no Apêndice 1²⁵, bem como as especificações do Apêndice 2. Enfim, cobre todos os Acordos da Rodada Uruguai. As regras e procedimentos do DSU se aplicam igualmente às consultas e solução de controvérsias entre os Estados Membros relativamente a seus direitos ou obrigações ao amparo do Acordo Constitutivo da OMC.²⁶

Como elemento histórico cumpre observar o relato do representante australiano na Rodada Uruguai, Palitha T.B. KOHONA²⁷, asseverando que *"as longas negociações que resultaram no DSU envolveram contrapesos significativos de interesses entre concorrência política, econômica e pressão social de grupos, e a experiência advinda do procedimento de solução de controvérsias do GATT em mais de quatro décadas. É um outro desenvolvimento maior na evolução completa da estrutura da solução de disputas no campo do comércio internacional. O DSU, que expandiu adiante o procedimento de solução de disputas do GATT, incorporando um número de características que não existiam nos Melhoramentos das Regras e Procedimentos de Solução de Disputas do GATT/1989 e que foi desenvolvido pelo Secretariado do GATT"* (tradução livre).

²⁴ Em vigor no Brasil por força do decreto (de promulgação) nº 1.355, de 30.12.94, DOU de 31.12.94.

²⁵ São eles: 1. Acordo Constitutivo da OMC; 2. Acordos Comerciais Multilaterais previstos no Anexo 1A - Acordos Multilaterais sobre o Comércio de Mercadorias. Anexo 1B - Acordo Geral sobre Comércio de Serviços. Anexo 1C - Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio. Anexo 2 - Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias. 3. Acordos Comerciais Plurilaterais. Anexo 4- Acordo sobre o Comércio de Aeronaves Civis. Acordo sobre Compras Governamentais. Acordo Internacional de Produtos Lácteos. Acordo Internacional de Carne Bovina.

²⁶ Art. 1.1 do Anexo 2.

²⁷ Palitha T.B. KOHONA, "Dispute Resolution under the World Trade Organization - An Overview", *Journal of World Trade*, 28 (2): 23, 1994.

Acentua, ainda, o mencionado autor, que uma das características principais do DSU é ressaltar a tendência de que a solução de controvérsias comerciais multilaterais é mais legalista, salientando que o procedimento, prevê prazos mais específicos, estabelece que os componentes do Grupo Especial serão pessoas especializadas em direito comercial internacional, institui um Órgão de Apelação integrado por pessoas com reconhecida experiência em direito internacional, comércio internacional e nos assuntos versados nos Acordos Abrangidos no DSU.²⁸

Neste sentido preleciona Celso LAFER que o sistema de solução de controvérsias da OMC foi concebido para ser um mecanismo *rule oriented*, que procura domesticar as “razões de estado” *power oriented*.²⁹

Impende observar, ademais, que a proposta de novas regras a pautar os procedimentos de solução de disputas foi resultado da experiência pregressa do antigo GATT, construídas em mais de quarenta anos. Por outro lado, vale salientar que o nó górdio do antigo sistema residia na possibilidade de obstrução unilateral de instituição de um painel ou o bloqueio na adoção do relatório,³⁰ sem mencionar, ainda, o tempo transcorrido para chegar à conclusão de um relatório.

O prazo despendido no antigo GATT era alvo freqüente de críticas, sendo oportuno observar que no Acordo de Livre Comércio firmado entre o Canadá, Estados Unidos e México - NAFTA, o Capítulo 20, “Acordo Institucional e Procedimento de Solução de Disputas”, prevê

²⁸ Op. cit. p. 24.

²⁹ Celso LAFER, *O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio*, ESTUDOS, IRS, Sistema FIESP, nº 3, p.15, 1996.

³⁰ Op. cit. p. 23 (vide nota 27).

a possibilidade de as Partes Contratantes utilizarem, opcionalmente, o disposto no Capítulo 20 ou a OMC, para casos que especifica, sendo que o atrativo maior apresentado era a possibilidade de que o rito do NAFTA ser mais célere.³¹

Todos estes fatores (prazos, inconsistências, incertezas e cumprimento inadequado do relatório conclusivo expendido pelo painel) contribuíram e conscientizaram os redatores do DSU de que o novo procedimento de solução de disputas teria que responder às necessidades contemporâneas e endereçadas aos problemas apresentados no procedimento do sistema de solução de disputas do GATT, bem como teria que levar em conta as dificuldades que envolvem a solução de disputas em questões de comércio internacional.³²

Assim, procurou-se instituir um mecanismo que pudesse ser mais transparente, previsível e consistente e que pudesse escorar a estrutura da regras do comércio criadas pelos negociadores. A estrutura criada pelo novo procedimento objetiva, também, dissuadir certos países de recorrer a medidas unilaterais de comércio, endereçadas às questões do comércio internacional.³³

³¹ Levantamento estatístico efetuado demonstrou que nos painéis do GATT, de março de 1988 a agosto de 1992, o tempo médio da solicitação de instauração do painel até a publicação do relatório completo foi de 395 dias, enquanto que o prazo do NAFTA era de 180 dias. Após a divulgação do Relatório no GATT, o período médio até seu cumprimento é de 249 dias. Estas estatísticas foram compiladas das decisões do GATT, por meio dos Instrumentos Básicos e Seleção de Documentos, 36º e 37º Suplementos. Gary N. HORLICK e F. Amanda DEBUSK, "Dispute Resolution under NAFTA: Building on the US - Canadá FTA, GATT and ICSID", *Journal of International Arbitration*, 10(1): 51, 1993. Em termos gerais salientam ainda os referidos autores, que a duração dos processos no GATT podem variar de 181 a 601 dias, citando os exemplos dos casos *Canadian Countervailing Duties on Grain Corn from the United States*, GC/R2 (Jan 13, 1992) e *US Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Seamless Stainless Steel Hollow Products from Sweden*. ADP/47, nº 20, agosto, 1990.

³² Op. cit. p.24 (vide nota 27).

³³ Op. cit. p. 24 (vide nota 27).

Desta forma dispõe o artigo 3.2 do DSU, *verbis*: "O sistema de solução de controvérsias da OMC é elemento essencial para trazer a segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os membros reconhecem que este sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público".

À guisa de informação e para reflexão vale observar que em estudo empreendido pelos professores da Universidade de Montreal, Vilayson LOUNGNARATH e Céline STEHLY no que concerne à possibilidade anteriormente mencionada em utilizar o sistema de solução de controvérsias do NAFTA, Capítulo 20 ou o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC, concluem que com o atual sistema da OMC, que difere do antigo sistema do GATT de 1947, o Capítulo 20 do NAFTA perdeu sua superioridade, sendo preferível para os interesses canadenses utilizar o sistema da OMC. Os autores, após estudarem e compararem os casos ocorridos nos dois sistemas no período de 10 anos, evidenciam que o Capítulo 20 do NAFTA faz parte de uma dinâmica diplomática sendo muito sensível a fatores políticos.³⁴

Órgão de Solução de Controvérsias (Dispute Settlement Body - DSB)

A administração do DSU é outorgada ao "Órgão de Solução de Controvérsias" (*Dispute Settlement Body - DSB*) ao qual compete

³⁴ Cf Vilayson LOUNGNARATH e Céline STEHLY, "The General Dispute Settlement Mechanism in the North American Free Trade Agreement and the World Trade Organization System", *Journal of World Trade*, 34(1):39/71, 2000.

aplicar as normas e procedimentos, bem como as disposições em matéria de consultas e solução de controvérsias dos Acordos Abrangidos, salvo disposição em contrário prevista nestes Acordos. Conseqüentemente o DSB tem competência para estabelecer grupos especiais (*panel*), acatar relatórios dos grupos especiais e do órgão de apelação, supervisionar a aplicação das decisões e recomendações e autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos Acordos Abrangidos (Apêndice 1).³⁵

As decisões exaradas pelo DSB serão por consenso, esclarecendo que o consenso é obtido quando nenhum membro presente à reunião do DSB a elas opuser objeções formais.³⁶

É o DSB que tem a gestão de todo o sistema. É ele que tem autoridade para estabelecer o Grupo Especial (*Panel*) e adotar os seus relatórios, assim como o do Órgão de Apelação. Neste sentido manifestou-se Celso LAFER: *“É ao DSB, como órgão diplomático, que cabe ex-officio maintain surveillance of implementation of ruling and recommendations. É ao DSB que também compete authorize suspension of concessions and other obligations under the covered agreements (DSU, art. 2, § 1º). Em outras palavras, se o **processo de conhecimento** passa pelo iter dos panels e do Appellate Body, o **processo de execução** dos findings transita, ainda que disciplinado por normas secundárias de surveillance of implementation (DSU, art. 21) e de compensation and suspension of concessions (DSU, art. 22), ou seja, sanções, por um órgão político-diplomático - o DSB.”*³⁷

³⁵ Artigo 2.1.

³⁶ Artigo 2.4

³⁷ Op. cit. p. 29 (vide nota 17).

O arcabouço jurídico do antigo GATT consubstanciado no direito aplicado e na jurisprudência é inteiramente preservado, a teor do disposto no artigo 3.1, e que, inclusive, vem sendo citado nos pareceres do DSB, sem com isso, obviamente, afirmar que exista o precedente obrigatório, *stare decisis*.³⁸ Neste sentido o artigo 3.1 do DSU estatui que os membros afirmam sua adesão aos princípios de solução de controvérsias aplicados até o momento com base nos artigos XXII e XXIII do GATT 1947 e ao procedimento elaborado e modificado pelo presente instrumento. Deflui-se, portanto, **a obrigação de consultar** (art. XXII)³⁹ e o de proteção de concessões e vantagens no caso de uma parte contratante considerar que uma vantagem qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do Acordo, **está sendo anulada ou reduzida, ou que um dos objetivos do acordo está sendo dificultado** (art. XXIII).

Foi asseverado que DSU procura preservar os direitos e obrigações dos Membros dos Acordos Abrangidos, destacando-os de acordo com as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público. Mas o artigo 3.2 deixa claro que as recomendações e decisões do DSB não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos Acordos Abrangidos. Assim, fica claro que somente as Partes Contratantes

³⁸ “Não se pode negar que os precedentes advindos dos painéis do GATT criaram uma doutrina no sentido clássico. Os “panels” articularam regras, essas regras informaram subsequenteemente outros “panels” e esses outros “panels” passaram a ser os fundamentos para as regras criadas. Essa doutrina dissiminou-se em outras áreas, desde questões administrativas até complexas questões do comércio livre da sociedade” (tradução livre). Philip M. NICHOLS, “GATT Doctrine”, *Virginia Journal of International Law*, v. 36(2):379/466, 1996.

³⁹ Celso LAFER acentua que “a consulta no Direito Internacional Econômico é uma técnica tanto de elaboração quanto de aplicação de normas. A consulta, na elaboração do direito, leva frequentemente a normas que têm mais a característica de um standard jurídico do que o da tipificação rígida das condutas, posto que a tipificação não capta a mutabilidade da vida econômica. O standard, por sua vez, pela sua própria natureza, quando aplicado à matéria econômica, enseja mais a uma “jurisprudência de interesses” do que a uma “jurisprudência de conceitos” (*op. cit.* p. 17, vide nota 17).

através das negociações podem criar, modificar ou diminuir os direitos do comércio internacional e não por meio de interpretação do DSB.

A referência às normas de interpretação de direito internacional público na implementação do estabelecido nos Acordos Abrangidos contribuem no sentido de acentuar a segurança, a certeza e a previsibilidade do sistema e fornecer base jurídica às decisões do DSB.

Bons Ofícios, Conciliação e Mediação

Segundo o artigo 5.1 as partes na disputa podem concordar em resolver a controvérsia por meio de bons ofícios, conciliação e mediação. A solicitação de bons ofícios, conciliação ou mediação podem ser efetuadas pelas partes na disputa a qualquer tempo, inclusive quando o Painel estiver em andamento. O objetivo sempre perseguido é o do resultado mutuamente aceitável para as partes na disputa.

Grupo Especial (Panel)

O estabelecimento de um Grupo Especial poderá ser solicitado ao DSB, por escrito indicando se foram realizadas consultas, apontando a matéria em controvérsia e fornecendo uma breve exposição do embasamento legal da reclamação. Competirá ao DSB, por consenso, decidir quanto à instauração do Grupo Especial. Os integrantes do Grupo Especial serão pessoas qualificadas, funcionários governamentais ou não, incluindo aqueles que tenham integrado um grupo especial ou a ele apresentado uma argumentação, que tenham atuado como representante de um membro ou de uma Parte contratante do GATT 1947, ou como representante no Conselho ou Comitê de qualquer Acordo Abrangido, ou que tenha atuado no Secretariado, exercido

atividade docente ou publicado trabalhos sobre direito ou política comercial internacional, ou que tenha sido alto funcionário na área de política comercial de um dos Membros.

É permitida a participação de terceiros e a pluralidade de Partes Reclamantes, procurando concentrar questões idênticas em um único Grupo Especial, a teor do disposto no artigo 9.3.

Composição do Grupo Especial

Os membros dos Grupos Especiais deverão ser escolhidos de modo a assegurar a independência dos membros, suficiente diversidade de formação e largo espectro de experiências. Estão impedidos de funcionar nos grupos Especiais os nacionais dos Membros que são parte na controvérsia ou terceiras partes, a menos que as partes acordem diferentemente.⁴⁰ Os Grupos Especiais serão compostos de 3 ou 5 integrantes. São indicados pelo secretariado do DSB e as Partes não deverão se opor a tais candidaturas, a não ser por motivos imperiosos.⁴¹ Deverão observar o Código de Conduta estabelecido pelo DSU e as decisões que emitirem serão a título pessoal e não como representantes de governos ou de uma organização.⁴² A função de um Grupo Especial é auxiliar o DSB a desempenhar as obrigações que lhe são atribuídas no DSU e pelos Acordos Abrangidos.

O Grupo Especial deve fazer análise objetiva do assunto que lhe seja submetido, incluindo avaliação objetiva dos fatos, a aplicabilidade e concordância com aos Acordos Abrangidos pertinentes e

⁴⁰ Artigo 8.2 e 8.3.

⁴¹ Artigo 8.6.

⁴² Artigo 8.9.

formular conclusões que auxiliem o DSB a fazer recomendações ou emitir decisões previstas nos acordos abrangidos. Os Grupos Especiais deverão regularmente realizar consultas com as partes envolvidas na controvérsia e propiciar-lhes oportunidade para encontrar solução mútua satisfatória.⁴³

Termo de Referência

O Termo de Referência é que delimita a controvérsia e poderá ser redigido juntamente com as Partes, a teor do disposto no artigo 7.3. A exemplo do que ocorre nas arbitragens privadas este instrumento demonstra ser muito importante, tal como o *Terms of Reference* ou *Acta de Misión* peculiar ao Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI e que não se verifica em outras instituições arbitrais.⁴⁴

Esta estipulação do DSU é muito salutar pois ao permitir que também as Partes redijam o Termos de Referência pode até propiciar que elas, nesse momento de delimitação efetiva da controvérsia venham a se compor, extinguindo o Grupo Especial. Aliás, o DSU prioriza a solução negociada pelas Partes.

A título de ilustração podemos observar que o *Terms of Reference* passou a integrar outros Acordos Internacionais que instituem a arbitragem, tal como o NAFTA (Capítulo 20).⁴⁵

⁴³ Artigo 11.

⁴⁴ Cf Stephen BOND, “ICC Terms of Reference Save Time and Money While Promoting Common Understanding”, *News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration*, v. 6 (3): 1.4, julho, 1991.

⁴⁵ Cf nosso artigo “O sistema de solução de Controvérsias no North American Free Trade Agreement (NAFTA)”, IN: *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?*, Paulo Borba CASELLA e Araminta MERCADANTE orgs., São Paulo, LTr, p. 756/86, 1998.

Regras Processuais do Grupo Especial

O Grupo Especial estará adstrito ao procedimento previsto nos artigos 12 a 15 do DSU e ao disposto no Apêndice 3, Procedimentos de Trabalho. Nesses dispositivos encontramos as seguintes especificações: calendário de trabalho (Apêndice 3, item 12); aplicação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes (artigos 12.4, 12.6 e Apêndice 3, itens 4 e 10); confidencialidade das deliberações e as opiniões pessoais no relatório do Grupo Especial não serão assinadas (artigo 14.3); confidencialidade dos documentos apresentados ao Grupo Especial, mas as Partes não estão impedidas de tornar públicas suas posições (Apêndice 3, item 3); princípio do livre convencimento dos panelistas, podendo formular perguntas, solicitar assessoramento técnico (artigo 13 e Apêndice 3, item 8); terceiros podem expressar suas opiniões (Apêndice 3, item 6).

Etapa Intermediária de Exame

Digno de nota é o procedimento em que o Grupo Especial inicia sua deliberação. Após a consideração das réplicas e apresentações orais o Grupo Especial distribuirá os capítulos expositivos (fatos e argumentações) de esboço de seu relatório para as partes em controvérsia. Após prazo concedido pelo Grupo Especial as partes oferecerão comentários a respeito, por escrito.⁴⁶ Após o mencionado prazo o Grupo Especial distribuirá às partes o relatório provisório, nele incluindo tanto os capítulos descritivos quanto as determinações e conclusões do Grupo Especial e qualquer das partes poderá apresentar

⁴⁶ Artigo 15.

por escrito solicitação para que o Grupo Especial reveja aspectos específicos do relatório provisório, antes da distribuição do relatório definitivo aos Membros. A pedido de uma da parte, o Grupo especial poderá reunir-se novamente com as partes para tratar de itens apontados nos comentários escritos. No caso de não serem recebidos comentários das partes, no prazo estipulado, o relatório provisório será considerado relatório final e será prontamente distribuído aos Membros.

As conclusões do relatório final do Grupo Especial incluirão uma análise dos argumentos apresentados pelas partes na etapa intermediária de exame. A apresentação do relatório final não poderá ultrapassar o prazo de nove meses, contados da data de formação do Grupo Especial.⁴⁷

Este procedimento de submissão prévia das deliberações do Relatório Provisório desde os tempos dos painéis do GATT vem sofrendo críticas de especialistas. Com efeito, Pierre PESCATORE, juiz da Corte de Justiça das Comunidades Europeias (UE) e painalista no GATT, assevera que a revisão intermediária pode constituir intervenção imediata à independência dos painelistas. Pode emitir avisos prévios às partes e permitir que exerçam pressões sobre os membros do Painel. Mais adiante ameniza dizendo que a seleção dos painelistas é efetuada em bases objetivas e de julgamento seguro, o que pode aliviar esse perigo; contudo há ainda o risco da interferência.⁴⁸

Vale observar, ademais, que procedimento idêntico de revisão de Relatório Inicial está previsto no Capítulo XX do Tratado do NAFTA,

⁴⁷ Artigo 12.9.

⁴⁸ *Apud* David S. HUNTINGTON, “Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement”, *Havard International Law Journal*, 34(2): 410, 1993.

que dispõe sobre o acordo institucional de solução de disputas,⁴⁹ observando-se que no Tratado anterior firmado entre os Estados Unidos e Canadá (*Free Trade Agreement - FTA*) está era providência facultativa.⁵⁰

A adoção do relatório final fica condicionada à aprovação do DSB, que poderá, por consenso, rejeitá-lo. É franqueado à parte recorrer da decisão para o Órgão de Apelação (artigo 16.4).

Órgão de Apelação (*Appellate Body*)

A maior alteração incorporada ao DSU é a instituição do Órgão de Apelação, composto por sete membros, sendo que cada turma do Órgão de Apelação será composta por três membros.⁵¹ Os membros são escolhidos entre pessoas de reconhecida especialidade em direito, comércio internacional e outras matérias estipuladas nos Acordos Abrangidos. As decisões serão adotadas em 60 dias e Órgão de Apelação poderá manter, modificar ou reverter as soluções legais encontradas e as conclusões do Grupo Especial. O relatório final adotado pelo Órgão de Apelação será submetido à aprovação do DSB e aceito incondicionalmente pelas partes na disputa, no prazo de 30 dias em que é editado para os Membros, a menos que o DSB decida, por consenso, não o fazer.

Os artigos seguintes do DSU dispõem sobre a supervisão da aplicação das recomendações e decisões, a compensação e suspensão

⁴⁹ Artigo 2016 do NAFTA.

⁵⁰ Artigo 1807.5 do FTA.

⁵¹ Artigo 17.1.

das concessões, o fortalecimento do sistema multilateral, procedimento especial envolvendo países de menor desenvolvimento relativo, arbitragem e outros.

Arbitragem

O DSB prevê a existência de procedimento específico de arbitragem para questões claramente definidas por ambas as partes, e desde que estas firmem, um Compromisso, a teor do disposto no artigo 25.

Note-se, por oportuno, que o DSB prevê a possibilidade de ser instaurada a arbitragem obrigatória e compulsória, tal como estabelecido no art. 21, 3 (c), com a finalidade específica para determinar o prazo para execução da decisão (*reasonable period of time*). A indicação dos árbitros poderá ser efetuada pelas partes e na ausência de acordo, o Diretor Geral da OMC designará o árbitro, depois de consultar as partes.⁵²

Em decorrência desta disposição do DSU esta fase do processo constitui um verdadeiro contencioso de execução da decisão, que não é deixado à discricção dos Estados.⁵³

Estas são, em linhas gerais as principais características do DSU e que, conforme acentuado na Reunião Ministerial de São José em 1998, representaria o paradigma para o Sistema de Solução de Controvérsias da ALCA. Com fundamento nestas premissas e de acordo com o disposto

⁵² Cf Celso LAFER, op. cit. p. 128 (vide nota 10).

⁵³ Cf Hélène Ruiz FABRI, “Le Contentieux de l’Exécution dans le Règlement des Différends de l’Organisation Mondiale du Commerce”, *Journal du Droit International* (Clunet), n. 3:605/641, jul./ago./set., 2000.

na Reunião de Buenos Aires em abril de 2001, foram disponibilizados para conhecimento público a minuta FTAA.TNC/W/133/Ver.1 em 03.07.01,⁵⁴ cuja estrutura, com algumas peculiaridades observa o sistema da OMC.⁵⁵

Evidentemente não está descartada a possibilidade de o sistema de solução de controvérsias observar o disposto em outros Acordos de Integração, tal como o NAFTA, que prevê a participação privada para determinados assuntos como as questões de investimentos (Capítulo 11, B)⁵⁶ e práticas desleais de comércio (Capítulo 19).⁵⁷

V- A Solução de Controvérsias no Âmbito do Direito Internacional Privado

Os objetivos do Grupo de Negociação, estabelecidos na Declaração Ministerial de São José em 1998 e referendados na Reunião de Cúpula de Santiago, em abril do mesmo ano, além de prever mecanismo justo, transparente e eficaz para a solução de controvérsias

⁵⁴ Texto da Minuta do Acordo do Capítulo de Solução de Controvérsias encontra-se reproduzido no site www.mre.gov.br

⁵⁵ O Grupo Especial da OMC recebe a denominação de Grupo Neutro (art.21). No art. 50 está prevista a confidencialidade do processo, só tendo acesso os Países –Partes. Neste contexto cumpre observar que no âmbito da OMC é reivindicada pela doutrina a observância do *due process of law*, bem como a possibilidade de as partes serem representadas por advogados, posto que se na Corte Internacional de Justiça isso é possível, indaga-se por que o mesmo não pode ocorrer na OMC, que alega ser questão de credencial concedida aos Estados Partes. No mesmo sentido é solicitada a possibilidade de assistência necessária para países em desenvolvimento. Cf, a propósito David PALMETER, “The need for Due Process in WTO Proceedings”, *Journal of World Trade*, 31(1): 53, Feb., 1997.

⁵⁶ Em estudo pregresso tivemos a oportunidade de analisar as formas disciplinadas no MERCOSUL e NAFTA quanto aos acordos de Proteção e Promoção de Investimentos, cf “MERCOSUL e NAFTA- Os Acordos de Proteção e Promoção de Investimentos. A Solução de Controvérsias por Arbitragem”, in *A Arbitragem na Era da Globalização*, José M. Rossani GARCEZ, org. Rio de Janeiro, 2ª ed., Forense, p. 215/253, 1999.

⁵⁷ Cf a propósito nosso artigo “O Sistema de Solução de Controvérsias no *North American Free Trade Agreement - NAFTA*” elaborado para a obra coletiva “Guerra Comercial - Aspectos de Direito Internacional” (Paulo Borba CASELLA e Araminta MERCADANTE orgs.), São Paulo, LTr, p. 756/786, 1998.

entre os países da ALCA, tomando em conta, entre outros, o Entendimento sobre as Regras e Procedimentos que Regem a Solução de Controvérsias da OMC supracitado, também orientou os negociadores do Acordo a identificar meios para facilitar e fomentar o uso da arbitragem e outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias para resolver disputas comerciais privadas no âmbito da ALCA.

Com efeito, é da essência do Direito Internacional da Integração Econômica a existência de instrumentos jurídicos que operacionalizem a solução de controvérsias, bem como facilitem o tráfego jurídico internacional. Estas premissas são válidas não apenas para as controvérsias surgidas entre os Estados Partes, quanto à aplicação das normas reciprocamente estabelecidas em Tratados e outros Atos Internacionais ou no âmbito normativo integrativo, mas também e principalmente, entre particulares, os verdadeiros atores da efetiva integração econômica.

Faz-se mister dotar a sociedade de instrumentos jurídicos de solução extrajudicial de controvérsias compatíveis com a velocidade das transações comerciais internacionais e revestidas de segurança jurídica.

58

⁵⁸ Cf análise similar que empreendemos no âmbito do MERCOSUL com o objetivo de fomentar a elaboração pelos países membros de instrumentos que propiciassem e facilitassem a utilização da mediação e arbitragem nas negociações comerciais entre os particulares dos Estados Membros. Com efeito, referido trabalho redundou em proposta encaminhada pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP ao Ministério da Justiça, que solicitou ao setor privado brasileiro sugestões para o aprimoramento dos textos normativos. Em decorrência, o tema passou a ser incluído na pauta da Reunião de Ministros da Justiça do MERCOSUL, tendo a Comissão Técnico-Jurídica da Reunião de Ministros da Justiça do MERCOSUL elaborado a Convenção Internacional sobre Arbitragem Comercial Privada do MERCOSUL, firmada em Buenos Aires em julho de 1998, à qual tivemos a oportunidade de auxiliar na qualidade de assessora do governo brasileiro. Referida Convenção já fora aprovada pelo Congresso Nacional, aguardando atualmente a publicação do decreto de promulgação pelo Presidente da República. (“MERCOSUL- Proposta de Regulamentação Quanto à Solução de Controvérsias Privadas. Conciliação e Arbitragem”, in *Arbitragem* –

Cumpre salientar que no âmbito da União Europeia a necessidade de fornecer instrumentos mais ágeis e que suplantassem óbices existentes nas legislações internas, oriundas da falta de regulamentação ou em decorrência de disparidades que dificultavam a harmonização legislativa, redundou na elaboração da Convenção Europeia sobre Arbitragem Privada Internacional firmada em Genebra, em 1961.⁵⁹ Nesta linha, a ALCA, a exemplo de outros acordos de integração econômica, tais como o NAFTA e o MERCOSUL, deve incentivar a solução alternativa de controvérsias. Com efeito, na primeira Minuta do Acordo divulgada em 03.07.01 (FTAA.TNC/W/133 Ver.1), no Capítulo de Solução de Controvérsias a questão encontra-se regulada, ainda em versão preliminar, na forma seguinte:⁶⁰

[Artigo 56. Meios alternativos para a solução de controvérsias entre particulares

1. [Tanto quanto] possível, cada Parte promoverá e facilitará o recurso à arbitragem e a outros meios alternativos para a solução de controvérsias comerciais internacionais entre particulares [nacionais das Partes, bem como entre particulares nacionais das Partes e nacionais de terceiros Estados].

Lei Brasileira e a Praxe Internacional, São Paulo, LTr, 2^a. ed., Paulo Borba CASELLA org., p.531/545, 1999).

⁵⁹ Cf Mathieu de BOISSÉSON, *Le Droit Français de L'Arbitrage Interne et International*, Lille, GLN, p. 455 1990. José M. CHILLÓN MEDINA e José F. MERINO MERCHÁN, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Madrid, Civitas, p.266, 1978.

⁶⁰ Observamos que as sentenças em colchetes significam, na linguagem diplomática, que as questões ainda não estão consensadas.

2. *[Para tanto, cada Parte disporá de procedimentos adequados que assegurem a observância das [convenções internacionais] [acordos] de arbitragem [que tiver ratificado] e o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais pronunciados nessas controvérsias. [Considerar-se-á que uma Parte cumpre o disposto no presente parágrafo se for parte de [e cumprir as disposições da] [Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958,] [ou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975.] [ou o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional].]*

3. *[As Partes [poderão estabelecer] [estabelecerão]] [A Comissão [estabelecerá] [poderá estabelecer]] um Comitê Consultivo de Controvérsias Comerciais Privadas, integrado por pessoas que possuam conhecimentos especializados ou experiência em solução de controvérsias comerciais internacionais privadas. O Comitê apresentará relatórios e recomendações de caráter geral relativos à existência, ao uso e à eficácia da arbitragem e de outros procedimentos para a solução dessas controvérsias no âmbito da ALCA.]*

4. *[As Partes Contratantes devem se abster de tomar medidas de proteção diplomática em controvérsias comerciais privadas que surgirem entre seus nacionais.]]*

Em termos gerais verifica-se que a questão referente à solução de controvérsias privadas está sendo convenientemente tratada, haja

vista invocar as Convenções Internacionais mais importantes e que possuem alta capilaridade por terem sido ratificadas, na sua quase totalidade, por todos os Estados Partes da ALCA.⁶¹

Todavia, o Acordo não deveria limita-se a expedir recomendações e deixar apenas que a questão continue a ser tratada no âmbito das respectivas legislações internas. Apesar de fazer referência às convenções internacionais que regulam o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, outras questões de direito material e formal poderiam estar reguladas no corpo do próprio Acordo ou por meio de Anexo ao texto.

Disposições de ordem procedimentais, tais como, quanto à intimação ou citação das partes, evitando-se os transtornos e dificuldades das cartas rogatórias; nomeação de árbitros; relação de instituições arbitrais existentes nos Estados Partes; interagir com o Centro Interamericano de Arbitragem Comercial – CIAC no sentido de auxiliar nas arbitragens comerciais “ad hoc” referente à indicação de árbitros, quando necessário ou administrando o procedimento arbitral, etc. Estas são pequenas sugestões, que na prática, poderiam contribuir para facilitar a operacionalização das arbitragens internacionais. Neste sentido e a título de exemplo salientamos que essas questões foram tratadas no Convênio Europeu firmado em Genebra em 1961, bem como no âmbito do MERCOSUL com a Convenção Internacional sobre Arbitragem Comercial Privada, firmada em Buenos Aires em 1998, que para as citações afastou a necessidade de carta rogatória, tal como no âmbito interno previsto no art. 39, parágrafo único da Lei n. 9307/96.

⁶¹ A Convenção de Nova Iorque de 1958 encontra-se em apreciação no Congresso Nacional, tendo sido aprovada na Câmara dos Deputados em outubro passado.

A instituição denominada de Comitê Consultivo de Controvérsias Comerciais Privadas, consoante disposto no item 3 do art. 56, poderia, além das funções mencionadas, ter papel mais ativo, invocando para si algumas das tarefas acima mencionadas.

É importante salientar que a participação da sociedade civil nas negociações da ALCA foi destacada como alvissareira e conforme disposto na reunião de Buenos Aires, em abril de 2001, por sugestão brasileira, os Ministros concordaram em tomar nota "dos foros e seminários sobre as negociações da ALCA que diferentes organizações da sociedade civil têm realizado nos países da região", convidando essas entidades a "apresentar as conclusões de seus trabalhos ao Comitê de Representantes Governamentais sobre a Participação da Sociedade Civil" (Parágrafo 30 da Declaração Ministerial).

Destarte, simpósios como este são importantes para auxiliar os negociadores a incluir na pauta de discussão as sugestões efetuadas. Compete à sociedade civil auxiliar no que se fizer pertinente e no momento apropriado. Não podemos ficar alheios a esta convocação das autoridades. Não podemos deixar de ser partícipes e elaboradores do processo desta integração econômica hemisférica.

Por fim, para concluir podemos observar que:

1. Seja qual for o sistema de solução de controvérsias eleito pela ALCA, independentemente dos temas que lhe forem submetidos, deve-se atentar para o "*rule oriented*" em lugar do "*power oriented*", conforme previsto na OMC, para atenuar, o quanto possível, as interferências políticas nas decisões emanadas do Órgão de Solução de Controvérsias, notando que mesmo no âmbito da OMC as regras estão

sendo aprimoradas, conforme disposto na reunião de Doha, realizada neste mês de novembro.

2. Na área privada, o futuro acordo de solução de controvérsias no âmbito da ALCA regule questões de ordem procedimental, que efetivamente possam facilitar e incentivar os meios alternativos de solução de controvérsias entre particulares, fornecendo opções mais céleres de solução de contendas que venham a se instaurar no âmbito das negociações comerciais havidas, contribuindo para paz social, e, com isso incentivar e incrementar o comércio regional.

Com efeito, reiteramos que um bem estruturado sistema de solução de controvérsias que forneça a previsibilidade e segurança necessárias aos partícipes no processo de integração – os Estados Partes e as empresas privadas -, contribuirá efetivamente para que a integração econômica em elaboração alcance seus objetivos: incrementar as transações econômicas e melhorar o padrão de vida de seus povos.

Muito obrigada pela atenção dispensada.

Recife, 28 de novembro de 2001