

O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO "NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT" (NAFTA)

SELMA MARIA FERREIRA LEMES ¹

I - INTRODUÇÃO

Assim como um arqueólogo, quando encontra objetos e utensílios que lhe permitirão travar contato com civilizações extintas, conhecer seus hábitos e costumes, o estudioso do direito internacional encontra campo fértil ao deparar com o sistema de solução de controvérsias instituído no âmbito do Acordo de Livre Comércio firmado entre Canadá, Estados Unidos e México (*North American Free Trade Agreement* - NAFTA) em vigor desde 01 de janeiro de 1994,² formando uma área de livre comércio igualável ao "Espaço Econômico Europeu" (EEE), isto é, ao da União Européia³ e EFTA (Associação Européia de Livre Comércio) juntas, com um PNB global de US\$ 6 trilhões e um mercado consumidor de mais de 350 milhões de habitantes.⁴ É a chamada "*six trillion dollars zones*".⁵

¹ Advogada, mestre e doutora pela Universidade de São Paulo.

² " O NAFTA eliminará gradualmente as barreiras ao comércio de bens e serviços na América do Norte, removendo restrições ao investimento e definindo regras para proteção do direito de propriedade industrial. Ao longo do período de transição que se estenderá por até 15 anos, a eliminação de barreiras tarifárias estabelecidas pelo Acordo será parcial e as transações comerciais estarão submetidas a regulamentos de origem bastante restritivos. Nestes termos o NAFTA não é um acordo de livre comércio, mas um acordo de *comércio negociado*, que mantém algumas barreiras às transações intra-regionais. Procura-se, nestas condições, garantir, através de definição de regras de origem, condições de acesso aos mercados e cláusulas de solução de controvérsias, a estabilidade dos fluxos comerciais e de investimento entre os países e evitar a escalada de medidas protecionistas unilaterais ", *in* "O NAFTA e o Impacto sobre as Exportações Brasileiras", Fundação Centro de Estudos de Comércio Exterior - FUNCEX. Para uma análise global do NAFTA, reportamo-nos ao artigo de PATRICIA GUDIÑO, "América del Norte: su Proceso de Integración y el Istmo Centroamericano ", *Integración Latinoamericana*, n.198/199, ps. 15/30 (1994).

³ Para análise global da União Européia e o Espaço Econômico Europeu, consultar a obra de PAULO BORBA CASELLA, " Comunidade Européia e seu Ordenamento Jurídico", LTr Editora, S.Paulo, 1994, ps.40, 581 e seguintes. " O NAFTA não constitui um projeto de *deep integration*, mas pode ser encarado como uma resposta defensiva ao movimento de formação do bloco econômico europeu, que teria a conveniência, segundo avaliação dos negociadores, de não gerar perda de soberania para as partes envolvidas " (supra nota 2, FUNCEX)

⁴ Consoante PAULO ROBERTO DE ALMEIDA, a área formada pelo NAFTA trata-se de uma área de comércio administrado e não de livre comércio, conforme mencionado

O NAFTA conduz ao primeiro capítulo na história da nova ordem econômica mundial.⁶ Consoante assevera PAULO ROBERTO DE ALMEIDA, "a NAFTA desponta como um dos mais promissores blocos regionais dessa nova era de comércio *estratégico*, um renascimento paradoxal do mercantilismo dos séculos XVII e XVIII".⁷ No campo da solução de controvérsias institui mecanismos aperfeiçoados e precursores em tratados internacionais multilaterais, trazendo ao cenário outros partícipes que não os Estados Partes (Partes), mas também os particulares que terão foro apropriado para discutir questões pertinentes a investimentos (Capítulo 11, Seção B) e práticas desleais de comércio (Capítulo 19). Para outras questões, propugna pela utilização da arbitragem e de outros mecanismos de solução de disputas comerciais entre particulares na área do Acordo (artigo 2022), fazendo menção expressa às Convenções Arbitrais Internacionais, a de Nova Iorque de 1958, para o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Internacionais (firmada sob a égide da Organização das Nações Unidas - ONU) e a do Panamá de 1975, Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA). Estabelece, ainda, a criação de um Comitê Consultivo para as Disputas Comerciais Privadas.⁸

acima (nota 2). Conferir sua obra "O Mercosul no Contexto Regional e Internacional", ed. Aduaneiras,S.Paulo,1993, ps.50 e 52.

⁵ JOSÉ LUIS SIQUEIROS, "La Resolucion de Controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre Mexico, Estados Unidos de America y Canada", Universidad Iberoamericana, DF, México,1991,p.7.Assevera que o NAFTA possui 364 milhões de consumidores e uma capacidade produtiva de US\$ 6 trilhões (em 1991). A título de ilustração, vale notar, que a enciclopédia multimídia Encarta 1995, informa-nos que o PNB do NAFTA é de US \$ 7 trilhões .

⁶ ALINA A. C. E. ALDAPE , "A Practitioner 's Introduction to Resolving Cross-Border Disputes under the North American Free Trade Agreement " ,p.187 (1994). O NAFTA constitui a primeira experiência de integração que envolve países desenvolvidos - EUA e Canadá, com nação em desenvolvimento - o México. (supra nota 2 ,FUNCEX). Por oportuno, impende remeter o leitor ao artigo de ALFREDO GUERRA - BORGES, "Nuevo Contexto Mundial para América Latina", Integración Latinoamericana, n.192, ps. 3/10 (1993), no que pertine à análise dos processos econômicos de globalização e regionalização à luz da nova ordem mundial. Em artigo recente intitulado "Um Mundo sem Fronteiras", RUBENS RICUPERO assevera que outra explicação de persistência do regionalismo, longe de ser moda recente ou passageira, a integração regional é uma das características definidoras do período pós-Segunda Guerra Mundial. Basta lembrar, que, entre 1947 a 1994, haviam sido notificados ao GATT nada menos de 109 acordos, dos quais 11 entre países em desenvolvimento", in Folha de São Paulo, 25.11.95, p. 2.2.

⁷ op.cit. p.53 (supra nota 4).

⁸ A referida iniciativa foi por nós louvada em recente palestra proferida em Simpósio Internacional no âmbito do MERCOSUL, quando discorreremos sobre "O Papel do Advogado no Procedimento Arbitral e a Escolha dos Árbitros" (Curitiba,setembro de 1995), salientando que o disposto no NAFTA deveria servir de paradigma, quanto ao

Faculta às Partes na resolução de controvérsias, valer-se tanto dos instrumentos previstos no NAFTA, como utilizar os da Organização Mundial do Comércio - OMC. Também traz à sua órbita a aplicação outros instrumentos internacionais, entre eles a Convenção de Washington de 1965, instituída sob os auspícios do Banco Mundial, para a Solução de Diferenças Referentes a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID) e, também elege, nomeadamente, as regras de Conciliação e Arbitragem da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional), tendo em vista a solução de disputas referentes a investimentos.

A Importância do Sistema de Solução de Controvérsias em Acordos Internacionais

Os negociadores do NAFTA estavam perfeitamente cientes de que o futuro e vida longa do Acordo de Livre Comércio estariam diretamente relacionados com um sistema justo e eficaz de solução de disputas.⁹ Precisavam eliminar parcialidades políticas do procedimento e reforçar as regras do Direito Comercial Internacional.¹⁰

Acentua o professor mexicano J. SIQUEIROS ¹¹, que 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 os direitos e obrigações 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. 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 e

incentivo à utilização da arbitragem para diferendos comerciais entre particulares. Poderia merecer tratamento específico e em nível do Acordo, por proposição e no âmbito do Forum Consultivo Econômico - Social, instituído no Protocolo de Ouro Preto.

⁹KRISTIN 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).

¹⁰ 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).

¹¹ op.cit. p.3 (supra nota 5).

em estar suas relações comerciais reguladas de acordo com princípios jurídicos.

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.¹²

Portanto, valendo-se de instrumentos pregressos, tais como o Acordo de Livre Comércio firmado entre Estados Unidos e Canadá em 1988 (*United States - Canada Free Trade Agreement - FTA*) e regras do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*) tiveram os partícipes do NAFTA a oportunidade de dar novas feições às relações econômicas internacionais, aperfeiçoando instrumentos existentes, superando dificuldades de base ao unirem sociedades com sistemas jurídicos diferentes. Tanto os Estados Unidos como o Canadá, do sistema do *common law*, logo mais suscetíveis aos mecanismos propostos no NAFTA, como o México, da corrente do *civil law*, com estrutura mais rígida e apegado a outros padrões, que lhe impôs adaptação à legislação interna. Como será oportunamente exposto neste trabalho, o NAFTA estabelece um sistema peculiar de aplicação da lei interna e de controle de alteração nas leis nacionais referentes às matérias *antidumping* e direitos compensatórios (capítulo 19). Institui um mecanismo com autoridade supranacional, com características próprias e propugna pela uniformização da legislação referente às práticas desleais de comércio.

Verifica-se, assim, que não pecamos pelo excesso ao afirmar que o sistema de solução de controvérsias no âmbito do NAFTA possui amplo campo de estudo. Neste artigo procuraremos discorrer sobre os aspectos genéricos, analisando os três capítulos que tratam da solução de disputas (i) quanto ao procedimento genérico de solução de controvérsias (Capítulo 20); (ii) *antidumping* e direitos compensatórios (Capítulo 19) e (iii) investimentos (Capítulo 11). As disposições aplicáveis às contendas comerciais entre particulares previstas no artigo 2022, ficarão para nova oportunidade, haja vista que por sua importância merece análise específica. Sempre que possível será traçado um paralelo com as normas do FTA e do GATT/OMC, bem como procuraremos detectar a razão teleológica de muitos dos institutos previstos no NAFTA. Antes, porém, analisaremos as razões que levaram os Estados Unidos a iniciar tratativas paralelas, isto é, em firmar

¹² op.cit. p.4 (supra nota 5).

acordos bilaterais ou trilaterais (NAFTA), à margem do GATT, atual OMC.
13

Ressalte-se, ainda, que pelos mecanismos arrojados de solução de controvérsias que institui, pelos princípios jurídicos que nele se alojam, é oportuno reproduzir as observações de K. OELSTROM quando assevera: " os mecanismos de solução de disputas do NAFTA são designados por ser "*rule-based*" em vez de "*power-based*", num esforço de promover um eficiente e justo futuro funcionamento integral de todo o sistema. Se este objetivo puder ser alcançado, os procedimentos do NAFTA poderão tornar-se um modelo para futuros acordos regionais".¹⁴

Os Estados Unidos e o Surgimento de Acordos Regionais

As dificuldades em obter progressos no encaminhamento de importantes questões comerciais no âmbito do GATT, tais como a proteção da propriedade intelectual, regulamentação de investimentos, produtos agrícolas, comércio de produtos de alta tecnologia e o comércio de serviços levaram os Estados Unidos a firmar acordos bilaterais em que a regulamentação destas questões eram mais fáceis do que em instrumentos multilaterais. Assim, em 1984, o Congresso Americano autorizou o Executivo a firmar o Acordo de Livre Comércio com Israel e facilitou o acesso a outros acordos similares. Nessa linha foi firmado o Acordo de Livre Comércio com o Canadá, em vigor desde 01 de janeiro de 1989 (FTA), seguido com o acesso do México, formando o NAFTA em 1994.¹⁵

O que motivou o interesse do Canadá foi o seu grande comércio com os Estados Unidos (que constitui o maior intercâmbio econômico bilateral do mundo) e as excessivas medidas protecionistas dos americanos, que através de um acordo bilateral poderiam ser controladas. Por sua vez, os Estados Unidos procuravam instrumentos mais ágeis do que os dispostos no GATT, que era frequentemente criticado pelos constantes atrasos em formar painéis decisórios. Ademais, aquele sistema exigia consenso e qualquer membro do GATT, inclusive as partes na disputa, poderiam bloquear a formação do painel ou de acolher o relatório. A grande maioria dos casos submetidos aos painéis do GATT foram

¹³ Não obstante, note-se que há na doutrina quem considere que o NAFTA pode ser visto como uma complementação das negociações multilaterais do GATT, em vez de a ele ser uma alternativa. Conferir KISTIN L. OELSTROM, p.783 (supra nota 9).

¹⁴ op.cit. p.785 (supra nota 9), tradução livre da autora.

¹⁵ JOSEPH A. MCKINNEY, "Dispute Settlement under the U.S. - Canada Free Trade Agreement", Journal of International Arbitration, v.8, n. 4, p.89 (1991).

resolvidos num prazo razoável, mas muitos casos levaram mais de 11 anos para ser concluídos, sem mencionar, ainda, a dificuldade em implementar suas decisões.¹⁶

II - ACORDO INSTITUCIONAL E PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS. CAPÍTULO 20.

O capítulo 20 (Seção B) do NAFTA contém a estrutura genérica para a solução de todas as disputas (exceção às questões reguladas nos Capítulos 11, 19 e outras estipulações específicas) entre os Estados Partes (Partes), "referente à interpretação ou aplicação do Acordo, ou situações onde uma Parte considere que uma medida real ou intencionada da outra parte é ou possa tornar inconsistente os compromissos assumidos no Acordo ou cause sua anulação ou enfraquecimento".¹⁷ O Capítulo 20 do NAFTA é essencialmente reprodução do Capítulo 18 do FTA e de disposições do GATT.

O conceito de que uma ação possa causar a "anulação ou o enfraquecimento" dos compromissos assumidos no Acordo, tem sua gênese no artigo XXIII do GATT e deve ser interpretado para incluir ações de uma parte contratante que interfira com a "expectativa razoável" da outra parte contratante. Destarte, considerando este conceito ambíguo, não é necessário que a disputa envolva violação de uma obrigação específica, segundo o GATT.¹⁸

Os órgãos institucionais encarregados de supervisionar a implementação do NAFTA e do Sistema de Solução de Disputas são a Comissão (*Free Trade Commission*) integrada por representantes a nível de Secretários de Estado e o Secretariado que é instituído e supervisionado pela Comissão, compreendendo as respectivas Seções Nacionais, formando uma agência permanente, que também assessoram os painéis como secretários.¹⁹

Princípios da Cooperação e do Consenso

¹⁶op.cit. p.91.

¹⁷ artigo 2004

¹⁸ A aplicação do conceito de "anulação ou enfraquecimento" consta no anexo 2004 . A propósito conferir DAVID S. HUNTINGTON, "Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement ", Harvard International Law Journal, V.34, n. 2 ,p.410 (1993).

¹⁹ Artigos 2001 e 2002 .

O sistema de solução de controvérsias prioriza a cooperação e o consenso através de consultas amigáveis. Com efeito, dispõe o artigo 2003 que as Partes sempre envidarão esforços em concordar com a interpretação e aplicação do Acordo e que efetuarão todas as tentativas, através da cooperação e consulta, para encontrar solução satisfatória mútua referente a qualquer matéria que possa afetar sua operação. Assim, determinada Parte poderá efetuar consultas por escrito à outra Parte com referência a qualquer medida real ou intencionada, bem como de qualquer matéria que considere possa afetar a operação do Acordo.²⁰

Foro de Escolha : NAFTA ou OMC

Segundo o artigo 2005.1 do NAFTA, as disputas surgidas quanto a certa matéria podem ser levadas tanto à OMC, como se submeterem às regras do NAFTA, mediante conveniência da Parte.²¹ Todavia, se não houver consenso das partes quanto ao foro escolhido prevalecerá o do NAFTA. Ademais, há questões que só podem ser tratadas no âmbito do NAFTA, tais como as que versam sobre meio ambiente, proteção da vida humana, animal e vegetal, saúde segurança ou conservação e questões diretamente relacionadas com matérias científicas.²² Uma disposição que constava do FTA e que surpreendentemente foi excluída do NAFTA dizia respeito à notificação de medidas propostas. O FTA estabelece que uma parte que tenha a intenção de adotar uma medida que possa enfraquecer ou ter efeitos negativos quanto aos benefícios que a outra parte estava esperando receber, segundo o Acordo, é obrigada a notificar a outra parte da medida proposta.²³ A supressão desta medida prévia constitui um retrocesso, conforme assevera HECTOR ROJAS, pois, apesar de, às vezes, ser esta obrigação de difícil operacionalização, no mínimo requer que as partes, pelo princípio da boa fé, notifiquem a outra parte previamente de qualquer medida proposta.²⁴

²⁰ Artigo 2006.

²¹ Substituímos, a partir de agora, as referências efetuadas ao GATT no texto do NAFTA por sua sucessora a OMC. Todavia, muitas vezes as observações efetuadas dizem respeito ao antigo sistema de solução de controvérsias. Os Estados Unidos e o Canadá foram membros fundadores do GATT em 1948, enquanto o México ingressou em 1986. Todos os Estados Partes do NAFTA ratificaram o Acordo de instituição da OMC (Rodada Uruguai) . Conferir ALINA A.C.E. ALDAPE ,op.cit. p.189 (supra nota 6) e HARRY B. ENDSLEY, op.cit. p. 287 (supra nota 10).

²² Artigo 2005.4

²³ Artigo 1803 do FTA.

²⁴ "The Dispute Resolution Process under NAFTA ", United States - México Law Journal , v.1, n.1 p.21, Symposium 1993.

É de notar que os dispositivos do Capítulo 20 têm por intenção ser mais rápidos e efetivos do que os do FTA e OMC.²⁵

Consultas, Bons Ofícios, Conciliação, Mediação (ADR) e Painel Arbitral²⁶

Iniciando o procedimento através da consulta acima mencionada, se as Partes após trinta dias não resolverem a questão, aquelas poderão solicitar uma reunião à Comissão.²⁷ Esta poderá (i) convocar

²⁵ Enquanto no NAFTA o prazo do processo é de seis meses, no GATT em painéis 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, mais do que o dobro do prazo do NAFTA. Após a publicação do relatório no GATT, o período médio até seu cumprimento é de 249 dias. Estas estatísticas foram compiladas das decisões do GATT, através dos Instrumentos Básicos e Seleção de Documentos, Trigésimo-Sexto e Trigésimo-Sétimo Suplementos efetuados por GARY N. HORLICK e F. AMANDA DEBUSK, "Dispute Resolution under NAFTA : Building on the U.S. - Canadá FTA, GATT and ICSID", Private Investments Abroad - Problems and Solutions in International Business in 1993, Timer Mirror Book, chapter 3, p.3 - 24, The Southwestern Legal Foundation, Dallas. Este artigo encontra-se publicado também no Journal of International Arbitration, v. 10, n. 1, p.51 (1993). Em termos gerais salientam ainda os referidos autores, que a duração de 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 *U.S. Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Seamless Stainless Steel Hollow Products from Sweden*, ADP/47 (Aug. 20, 1990).

²⁶ Adotamos a tradução literal do termo em inglês "*arbitral panel*". Contudo, argumente-se, por precisão técnica, que o termo "painel arbitral" não encontra equivalência exata com o "tribunal arbitral" ou "juízo arbitral", instituto jurídico de nosso ordenamento privado. Destarte, para fiel acompanhamento das disposições do NAFTA optamos pelo referido anglicismo. A título de ilustração, verifica-se, por exemplo, que nos textos oficiais referentes à OMC têm-se adotado como equivalente do termo "painel" a expressão "grupo" (artigo 12, do Anexo 2 - Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, Decreto 1.355, de 30.12.94, DOU de 31.12.94., p.103 - Suplemento Extra). Ainda, vale asseverar que corroboram com nosso entendimento de que o painel de arbitragem do GATT não se trata de juízo arbitral, os percucientes comentários expendidos por PIERRE PESCATORE, "The GATT Dispute Settlement Mechanism - Its Present Situation and its Prospects", Journal of International Arbitration, v. 10, n. 1, ps. 27/42 (1993).

²⁷ Artigo 2007.1

assessores técnicos ou criar grupos de trabalho ou grupos de especialistas, como julgar necessário; (ii) recorrer aos bons ofícios, conciliação, mediação ou qualquer outro procedimento de solução de disputas; e (iii) fazer recomendações. O papel da Comissão, neste estágio, é de assistir as Partes e facilitar o processo de negociação, em vez de atuar como um terceiro árbitro na disputa.²⁸ Se no decorrer dos trinta dias posteriores à reunião da Comissão os métodos acima mencionados não obtiverem êxito, qualquer das partes poderá solicitar a formação do painel arbitral.²⁹ Neste ponto vale sublinhar que o NAFTA eliminou completamente o caráter vinculante da arbitragem, contrariamente do disposto no FTA, que considerava a arbitragem vinculante para certas matérias ou as que a Comissão assim decidisse.³⁰ HUNTINGTON procurando justificar essa omissão observa: "presumivelmente, contudo, a Comissão do NAFTA optou em mencionar a disputa por arbitragem, simplesmente como integrante da *Resolução Alternativa de Disputas (ADR)*".³¹

Terceira - Parte Interessada na Demanda ("Parte Reclamante").

Após uma Parte ter solicitado a formação do Painel Arbitral para resolver a disputa, esta (a parte solicitante) deverá submeter sua solicitação à outra Parte e a cada Seção do Secretariado. A Comissão, prontamente, ao receber a solicitação constituirá o Painel Arbitral. Uma terceira parte que considere ter um substancial interesse na matéria, terá o direito de juntar-se como "parte reclamante". Basta que a parte entregue a notificação indicando que tem interesse substancial em participar na disputa como um "parte reclamante". A participação da terceira parte é extremamente importante. Se a parte não se junta como "parte reclamante", ficará impossibilitada (preclusão), posteriormente, de iniciar ou continuar o procedimento de solução de disputas no NAFTA ou na OMC com respeito à mesma matéria, se não ocorrerem alterações substanciais nas circunstâncias econômicas ou comerciais.³²

Corpo de Painelistas

²⁸ op. cit. p. 418 (supra nota 18).

²⁹ Artigos 2007.5 e 2008.1.

³⁰ Artigo 1806 do FTA. Conferir op.cit. p. 22 (supra nota 24).

³¹ op. cit. p. 417 (supra nota 18). Artigo 2007.5. Para uma melhor compreensão do conceito e abrangência da "ADR ", reportamos o leitor ao artigo de ROBERT COULSON , "Arbitration and other Forms of Alternative Dispute Resolution - General Overview ", Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes ,World Intellectual Property Organization - OMPI ,Genebra , ps. 21/27 (1994).

³² Artigo 2008.4. Conferir op.cit. p. 22 (supra nota 24).

As Partes estabelecerão um Corpo de Painelistas que serão indicados para servir nos Painéis Arbitrais. A referida lista será formada por trinta pessoas que serão indicadas pelas Partes e por consenso. Servirão pelo período de três anos, podendo ser reconduzidos.³³ Vale observar que uma característica especial deste Corpo de Painelistas é que o Acordo não requer que ele seja formado apenas por cidadãos do Canadá, Estados Unidos ou México. Já o FTA dispunha que a maioria de seus membros fossem cidadãos americanos e canadenses.³⁴ Considerando ser a indicação por consenso, cada País gozará da oportunidade de opinar quanto aos candidatos apresentados pelos outros Países e conhecer, antecipadamente, a perícia e o tipo de indivíduos envolvidos nos painéis.³⁵

Seleção dos Painelistas. Procedimento de Escolha Reversa.

O procedimento de seleção do Painel previsto no Capítulo 20 é muito específico. Quando presentes na demanda duas Partes, o Painel será composto de cinco membros. O primeiro membro selecionado será o presidente do Painel e as Partes se esforçarão em obter consenso. Se, dentro de quinze dias não obtiverem êxito, o presidente será indicado por sorteio, necessariamente pessoa não cidadão das Partes. Após quinze dias da indicação do presidente, cada parte indicará dois painelistas que deverão ser cidadãos da outra Parte. Este processo denomina-se "procedimento de seleção reversa". Exemplificando HECTOR ROJAS salienta: "suponhamos que há um caso entre o Canadá e o México. O presidente do Painel não poderá ser canadense nem mexicano, a menos que as partes decidam o contrário. Os membros selecionados pelo México serão cidadãos canadenses ou americanos e os membros selecionados pelo Canadá serão oriundos dos Estados Unidos ou México".³⁶ Preleciona HARRY B. ENDSLEY que o processo de seleção reversa assegura a imparcialidade do Painel.³⁷

Impende salientar, ademais, que o Corpo de Painelistas será composto de pessoas especialistas ou experientes em direito, comércio internacional ou outras matérias previstas no Acordo ou segundo as regras de solução de controvérsias de convenções comerciais internacionais e serão escolhidos estritamente com base na objetividade, confiança e julgamento seguro. Precisam ser independentes e não vinculados com qualquer Parte ou dela receber

³³ Artigo 2009.

³⁴ Artigo 1807.

³⁵ op. cit. p. 23 (supra nota 24).

³⁶ op.cit. p. 23 (supra nota 24) tradução livre da autora.

³⁷ op. cit. , p. 292 (supra nota 10).

instruções. O Corpo de Painelistas deverá respeitar o Código de Conduta estabelecido pela Comissão.³⁸

Normas Processuais

É incumbência da Comissão estabelecer modelo de Normas Processuais,³⁹ tendo como premissas básicas o disposto no artigo 2012, ou seja, que o processo assegure o direito de, no mínimo, uma audiência perante o Painel, bem como a oportunidade de apresentar, por escrito, razões, contestação e réplica (princípios do contraditório e de igualdade das partes, enfim os corolários do *due process of law*).⁴⁰ As audiências, deliberações, o relatório inicial, bem como todos os documentos e comunicações com o Painel serão confidenciais.

Apresentação do "Terms of Reference"⁴¹

Assevera H. ROJAS, que este é um importante elemento introduzido pelo Capítulo 20. Quando o painel iniciar o processo, o primeiro ato é estabelecer o *terms of reference*. Este enunciado não era previsto no FTA e o *terms of reference* permite que a disputa seja precisamente determinada e convenientemente tratada.⁴²

Órgão de Revisão Científica

Característica importante do Acordo diz respeito à possibilidade de o Painel valer-se de especialistas para auxiliarem em questões referentes

³⁸ Artigo 2009.

³⁹ Acentua HARRY B. ENDSLEY que apesar de o artigo 2012.1 determinar que a Comissão estabeleceria o Modelo de Regras Processuais em 01 de janeiro de 1994, referidas normas não foram ainda editadas. op. cit. p. 292 (supra nota 10).

⁴⁰ A propósito conferir nosso trabalho "Arbitragem . Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado ", RT 686/73 (1992) ,Revista de Informação Legislativa (Senado Federal) 115/441 (1992) e Revista de la Corte Española de Arbitraje, v.VII ,p.31 (1991).

⁴¹"Termos de Referência", não tem equivalente na linguagem técnico-jurídica nacional. Aproxima-se do nosso conceito de Compromisso, *mutatis mutandis* (artigo 1074 do Código de Processo Civil - CPC). É instrumento que delimita os termos da controvérsia, usual inclusive em Regulamentos de Arbitragem de Instituições Arbitrais, tais como o da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, artigo 13, o da *American Arbitration Association*, artigo 7, etc. À guisa de complementação verificar modelo de termos de referência no âmbito da solução de controvérsias na OMC, artigo 7º, anexo 2, do Decreto 1.355, de 30. 12. 94. Para compreensão da natureza e limites do tema, reportamos o leitor a obra de MAURO RUBINO - SAMMARTANO, "International Arbitration Law", Kluwer, Deventer, ps.330/334 (1990).

⁴² op. cit. p. 24 (supra nota 24). Artigos 2012 . 3 e 2016 . 2

ao meio ambiente, saúde, segurança e outras matérias científicas que surjam no decorrer do procedimento. Denomina-se Órgão de Revisão Científica e pode ser solicitado pelas Partes ou pelo Painel.⁴³ Também, o Painel ou as Partes podem solicitar parecer técnico de especialista .⁴⁴

Relatórios Inicial e Final

Antes de emitir a decisão final, o Painel submeterá às Partes o relatório inicial externando as questões de fato evidenciadas e as de direito aplicadas, bem como as recomendações para a solução da disputa. As partes terão a oportunidade de expender comentários escritos e submetê-los ao Painel. Depois disso, o Painel poderá solicitar às partes comentários complementares, reconsiderar seu relatório e efetuar avaliações adicionais se julgar oportuno.⁴⁵ Não obstante a apresentação do relatório inicial se revelar uma nova oportunidade de as Partes mais uma vez externarem suas razões e estancar qualquer alegação de cerceamento de defesa, a doutrina não é unânime quanto à conveniência desta disposição, haja vista que pode representar um risco à independência do julgamento emitido pelo Painel, já que é uma fase em que deve permanecer independente da influência das Partes. Com efeito, assevera PIERRE PESCATORE, juiz da Corte de Justiça da UE e painalista no GATT, 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. A seleção dos painelistas é efetuada em bases objetivas e de julgamento seguro, o que pode aliviar este perigo; contudo, há ainda o risco de interferência .⁴⁶

Após trinta dias da apresentação do relatório inicial o Painel apresentará às Partes em disputa o relatório final, incluindo opiniões dissidentes . As Partes transmitirão o relatório final à Comissão, incluindo relatório do Órgão de Revisão Científica e opiniões escritas que as Partes em disputa desejem sejam anexadas. A Comissão normalmente publicará o relatório final dentro de quinze dias após o recebimento.⁴⁷

Operacionalização e Execução do Relatório Final

⁴³ Artigo 2015.

⁴⁴ Artigo 2014.

⁴⁵ Artigo 2016. Note-se que no FTA a apresentação do relatório inicial às partes era facultativa, isto é, quando o Painel julgasse apropriado(artigo 1807.5).

⁴⁶ Citação efetuada por D. HUNTINGTON op. cit. p. 422 (supra nota 18).

⁴⁷ Artigo 2017.

As questões referentes à operacionalização e execução de decisões são as mais tormentosas e delicadas no âmbito da solução de disputas internacionais. No caso do NAFTA, disposto no Capítulo 20, a operacionalização do relatório editado pelo Painel é da competência das Partes e não da Comissão. Note-se que no FTA competia à Comissão operacionalizá-lo.⁴⁸ Assevera o artigo 2018 que as partes entrarão em acordo quanto à solução que "normalmente estará conforme à determinação e recomendação do Painel". A resolução, geralmente, envolverá a remoção ou não implementação de medidas em discordância com o Acordo, que cause sua anulação, enfraquecimento, ou o pagamento de uma apropriada compensação.⁴⁹

Quando não for cumprido, pela parte vencida, o determinado no Painel, restará à outra Parte adotar medida de retaliação, consistente na possibilidade de suspender benefícios de efeitos equivalentes, preferencialmente no mesmo setor, se não for possível ou efetivo suspender benefícios no mesmo setor ou setores, poderá suspender benefícios em outras áreas.⁵⁰ Qualquer parte que considere ter sido a retaliação excessiva, pode solicitar a formação de um Painel que emitirá uma avaliação, consoante as regras processuais estabelecidas (e mencionadas acima).⁵¹

Característica Não Vinculante do Decisão do Painel Arbitral

Segundo o NAFTA, as Partes na disputa estabelecem se a decisão do Painel será vinculante segundo o Capítulo 19, **mas não no Capítulo 20**. Ademais, o NAFTA omite o requerimento de arbitragem vinculante previsto no FTA para ações de salvaguardas.⁵² Assim, o único remédio para as Partes consoante o Capítulo 20 é a retaliação.⁵³

Experiência no FTA. "Jurisprudência". Capítulo 18.

À guisa de informação releva notar que a experiência no sistema de solução de controvérsias do FTA, Capítulo 18, foi positiva. A maioria das disputas envolveram produtos agrícolas. Houve oito casos processados segundo as normas do Capítulo 18, sendo que apenas dois chegaram ao

⁴⁸ Artigo 1807.

⁴⁹ Artigo 2018. 2 .

⁵⁰ Artigo 2019. 2.

⁵¹ Artigo 2019. 3 e 4 .

⁵² Artigo 1806.1 do FTA.

⁵³ op.cit. p. 3-28 (supra nota 25). Neste sentido igualmente pondera o Prof. SIQUEIROS, que a decisão do Painel não tem caráter obrigatório. op.cit. p.13 (supra nota 5).

painel arbitral. Ambos os casos referiam-se a produtos da indústria pesqueira. O primeiro foi uma reclamação americana do setor de produtos de peixe, alegando que enquanto os produtores canadenses podiam comprar grandes quantidades de salmão e arenque do Alaska, aos americanos eram impostas restrições pela exportação canadense na aquisição desses peixes quando pescados na costa oeste do Canadá. Em três meses o Painel constituído decidiu por unanimidade que as restrições canadenses, impostas para controle da preservação destes tipos de peixes eram inconsistentes e violavam os termos do Acordo. O outro Painel constituído, dizia respeito à regulação americana que impunha tamanho mínimo para comercialização da lagosta, adotada como medida de preservação. Os canadenses alegaram que as lagostas se desenvolviam mais rapidamente em águas frias e, portanto, a imposição americana seria barreira comercial. O Painel Arbitral decidiu não ser a lei americana barreira comercial disfarçada, considerando que era aplicada internamente para impedir a venda de lagostas em tamanho reduzido, fossem nacionais ou estrangeiras.⁵⁴

Verifica-se pela experiência apontada no FTA, que o sistema de solução de disputas funciona, na verdade, como mecanismo a evitar disputas, haja vista que, na maioria dos casos, a solução se alcança pela via negocial.

III - REVISÃO E SOLUÇÃO DE DISPUTAS EM MATÉRIAS DE ANTIDUMPING E DIREITOS COMPENSATÓRIOS. CAPÍTULO 19.

O Capítulo 19 do NAFTA, que disciplina o sistema de solução de disputas envolvendo matérias referentes a *antidumping* e direitos compensatórios, foi uma das matérias mais controvertidas e discutidas no âmbito do FTA, e também no âmbito do NAFTA, que reproduz o disciplinado no capítulo 19 do FTA, com algumas alterações, entre elas a de que compoñham os Painéis juizes aposentados ou em exercício dos três países e novos mecanismos de salvaguardas para proteger o processamento do Painel.

As Partes conservam suas legislações, que regulam a matéria, podendo alterá-las a qualquer tempo.⁵⁵ Todavia, antes de proceder a qualquer alteração na legislação *antidumping* ou de direitos compensatórios, deverá notificar as Partes e não poderá aquela estar em desacordo com os termos do NAFTA ou com as regras da OMC.⁵⁶ Comprometem-

⁵⁴ op. cit. p. 94 (supra nota 15).

⁵⁵ Artigos 1091 e 1902 .

⁵⁶ Artigo 1902.

se em adequá-las aos termos do Acordo. Esta proposição aplica-se principalmente ao México, haja vista que os Estados Unidos e Canadá praticamente estão acordes quanto aos termos do NAFTA.⁵⁷ Nota-se que este procedimento tem por escopo, também, dissuadir alterações protecionistas na legislação comercial.

Alteração na Legislação Doméstica. Painel Binacional

O artigo 1903 estatui poder uma Parte solicitar um Painel Binacional, quando considerar que uma alteração na legislação doméstica poderá afetá-la segundo os termos do Acordo. O processamento do Painel Binacional observará o disposto no Anexo 1903.2, sendo que competirá ao Painel dispor de suas próprias normas, as quais deverão respeitar o padrão mínimo disposto acima (Normas Processuais). No caso de o Painel Binacional recomendar modificação no estatuto alterado, as Partes envolvidas deverão imediatamente iniciar consultas para solução da questão, sob pena de, não sendo alterada no prazo de nove meses, a outra parte poderá editar legislação equivalente ou ação executiva idêntica, ou até denunciar o Acordo, dando-o por findo no prazo de 60 dias a partir da comunicação.⁵⁸

Painel Binacional de Revisão

Consoante estatui o artigo 1904, a constituição do Painel Binacional de Revisão substitui a revisão judicial, referente às determinações administrativas internas conclusivas de um país que afetem produtos de outro no que pertine a direitos compensatórios e *antidumping*. O Painel Binacional de Revisão será independente, composto de juízes e especialistas dos dois países do NAFTA envolvidos. Não obstante o NAFTA ser tripartite, a composição do Painel continua a ser binacional.

Corpo de Painelistas

O anexo 1901.2 do NAFTA, estabelece as regras para formação do Painel Binacional, criando um Corpo de Painelistas. Cada Parte selecionará 25 pessoas que deverão ser cidadãos americanos, canadenses e mexicanos, incluindo juízes na ativa ou aposentados, com ampla prática. As Partes farão consultas mútuas durante a elaboração do Corpo de Painelistas. Os candidatos deverão ter bom caráter, reputação ilibada e ser escolhidos estritamente por critérios objetivos, confiabilidade, julgamento seguro e especialista em

⁵⁷ op.cit. p.293 (supra nota 10).

⁵⁸ Artigo 1903.

direito comercial internacional. Os candidatos deverão ser independentes, não filiados às Partes, bem como não receber delas instruções.⁵⁹

Formação do Painel Binacional de Revisão

Cada Painel será composto de cinco membros, cuja maioria de advogados. Cada Parte indicará dois painelistas, mediante consulta à outra e, normalmente, farão parte do Corpo de Painelistas. Se não for parte do Corpo de Painelistas deverá ser observado o padrão acima mencionado para os membros do Corpo de Painelistas. Cada Parte terá o direito de recusar quatro indicações, simultânea e confidencialmente. As Partes, de comum acordo, indicarão o quinto painalista. Na ausência de acordo, este será designado por sorteio, excluindo os candidatos recusados. A decisão do Painel será por maioria, por escrito, externando suas razões com opiniões dissidentes.⁶⁰

O Painel decidirá de acordo com as leis processuais que regulam o procedimento judicial de recurso, bem como de acordo com os princípios jurídicos gerais que a corte nacional aplicaria para rever a determinação da autoridade administrativa.⁶¹ Se o Painel Binacional de Revisão entender que a autoridade administrativa agiu impropriamente, esta deverá retificar a decisão administrativa.

Este método de solução de disputas possui vantagens, principalmente quanto ao prazo. Um processo judicial levaria vários anos, enquanto o Capítulo 19 prevê o prazo de 315 dias. Consoante assevera J. MACKINNEY, as empresas pequenas ganharam com este sistema. Antes dele, todas as despesas processuais eram assumidas pelos particulares; com o Painel Binacional as despesas correrão por conta dos governos federais.⁶²

Cumprido observar que a decisão do Painel Binacional é vinculante às Partes envolvidas⁶³ e diretamente aplicadas, isto é, não demandam a

⁵⁹ A propósito, reportamos o leitor ao nosso artigo "Árbitro. O Padrão de Conduta Ideal", in Revista de la Corte Española de Arbitraje, v. X, p.11/42 (1994). No mesmo sentido conferir OTTOARNDT GLOSSNER, "Código de Ética para o Juízo Arbitral", Direito e Comércio Internacional (em homenagem a IRINEU STRENGER), LTr Editora, ps. 139/144 (1994).

⁶⁰ Anexo 1901. 2 .2.

⁶¹ Artigo 1904. 3 e 1904.14.

⁶² op.cit. p.93 (supra nota 15).

⁶³ O artigo 1094.9 estatui que a decisão do Painel só vincula as partes envolvidas e restrita a matéria tratada no Painel. Infere-se, com isso, a impossibilidade de se criar

edição de regulamentação interna posterior, sendo esta a dicção do artigo 1904.9 : "*Directly Applicable*" . A revisão da decisão do Painel Arbitral é proibida.⁶⁴ As Partes não podem dispor na legislação doméstica, de nenhum tipo de recurso da decisão do Painel. Todavia, há ainda o Procedimento Extraordinário de Revogação (Comitê Extraordinário), a ser oportunamente analisado.

Pessoas Privadas Podem Solicitar a Instauração do Painel Binacional

Característica especial do Capítulo 19, é estabelecer que pessoas, bem como governos, têm direito de acesso ao procedimento do painel binacional. Para os particulares este procedimento passa a ser uma extensão dos procedimentos domésticos, o que é incomum em tratados comerciais internacionais.⁶⁵ É indubitável que o acesso de particulares a estes Foros é importante para o exercício da cidadania, para a efetiva aplicação do direito. Muitas vezes, por questões de conjuntura política ou econômica, não convém aos Estados instar os procedimentos regulares, preferindo a inércia, mesmo que solicitados por seus nacionais.⁶⁶

À guisa de complementação, cumpre salientar que a participação de particulares como litigantes no sistema das Comunidades Europeias é fator que representa integral e efetivo componente à execução do mecanismo jurídico comunitário .

Destarte, no âmbito do NAFTA, qualquer parte envolvida, pessoa física ou jurídica, pode solicitar a instauração do Painel Binacional quando houver sérias dúvidas de que as medidas impostas pelo país importador estão de acordo com a legislação doméstica no que pertine à legislação *antidumping* e direitos compensatórios.⁶⁷ Os particulares podem participar do processo, consoante dispõe o artigo 1904.14 . A experiência verificada no FTA demonstra que os particulares podem participar do processo sem causar atrasos indevidos ou tumultos.⁶⁸

Comitê Extraordinário

precedentes jurisprudenciais. Conferir, a proposito HUNTINGTON, op.cit. p.435 (supra nota 18).

⁶⁴ Artigo 1904.11

⁶⁵ O Gatt, por exemplo não permite o acesso de particulares, bem como na atual OMC.

⁶⁶ A propósito , é o que ocorre, em determinadas situações, no âmbito do Protocolo de Brasília, que regula o Sistema de Solução de Controvérsias no MERCOSUL.

⁶⁷ Artigo 1904.2.

⁶⁸ op.cit. p. 432 (supra nota 18)

O procedimento extraordinário de revogação ou confirmação é a única possibilidade de "apelação" da decisão do Painel e só pode ser aplicado em limitadas circunstâncias. O acesso a este recurso é restrito aos governos e somente pode ser instituído quando invocado que o Painel incorreu em erro grave ou excedeu em sua competência.⁶⁹ O Comitê será composto de três juízes na ativa ou aposentados, selecionados previamente de uma lista de 15 membros. Cada parte selecionará um membro e o terceiro será por sorteio, os quais examinarão a decisão proferida pelo Painel Binacional. Caso o Comitê conclua que houve extrema falha de um membro ou de todo o Painel, revogará a decisão e determinará o estabelecimento de novo Painel para reapreciar a questão.

A experiência no FTA demonstra ser raro o uso do Comitê Extraordinário. Houve somente dois casos solicitados pelos Estados Unidos e, em ambos, as decisões dos Painéis foram mantidas por unanimidade.⁷⁰ No *leading case*, frequentemente citado pela doutrina, *Fresh, Chilled or Pork* do Canadá, ficou perfeitamente claro que o Procedimento Extraordinário não constituía fase recursal de rotina. Este caso envolveu um pedido de revisão extraordinária por parte do *United States Trade Representatives* sob forte pressão política, após o Painel Binacional, por duas vezes, ter decidido contra os Estados Unidos.

O Comitê enfatizou que o procedimento extraordinário não tinha como função ser uma câmara de apelação rotineira e, rejeitando por unanimidade a alegação americana, manteve a decisão do Painel Binacional, reforçando a autoridade dos Painéis e colocando um freio na interferência política no processo. Os Estados Unidos após protestos acatou a decisão do Comitê Extraordinário.

Considerando este importante precedente, assevera HUNTINGTON, não haver razão para se suspeitar seja diferente no NAFTA.⁷¹

A Questão da Constitucionalidade do Capítulo 19

O Capítulo 19, por suas normas e disposições suscita questões interessantes que acerbam o debate jurídico. Entre elas, a análise de sua constitucionalidade, haja vista a criação de um verdadeiro tribunal

⁶⁹ Artigo 1904.13

⁷⁰ Os casos referidos foram *Live Swine from Canada*, processo n. ECC-93-1904-01 (decisão de 08.04.93) e *Fresh, Chilled or Frozen Pork from Canada*, processo n. ECC - 91-1904-01 (decisão de 14.06.91).

⁷¹ op.cit. p.437 (supra nota 18). Verificar síntese do caso *Pork* efetuada por J.MCKINNEY, op. cit. p.95 (supra nota 15)

supranacional com poderes concorrentes ao judiciário das Partes e integrando por juízes na ativa ou aposentados, além de advogados, aplicando a legislação substantiva dos respectivos países, observando as regras processuais estipuladas, que albergam o *due process of law*. As suas decisões não dependem de implementação para serem executadas internamente. Ademais, o Capítulo 19 passa a ser um foro especializado, que afasta a corte nacional.

Estas proposições foram objeto de acirrados debates tanto em setores acadêmicos⁷² como nos legislativos dos países membros.⁷³ De tal sorte que, através de uma emenda introduzida pelo Congresso Americano no FTA, procurou-se afastar a alegação de violação aos Artigos I, II e III da Constituição Americana e de sua Quinta Emenda (respectivamente, limitação à soberania americana, representantes americanos são indicados pelo presidente e aprovados pelo senado, poder de decisão do painel binacional e do devido processo legal). Assim a seção 401 alínea c do FTA, prevê que qualquer alegação de inconstitucionalidade do Capítulo 19 pode ser proposta perante a Corte de Apelação Americana da Seção Judiciária do Distrito de Colúmbia. A Comissão Judicial da Câmara dos Deputados, após estudos e audiência pública na qual foram colhidas opiniões de especialistas, concluiu, que o Capítulo 19 do FTA era constitucional.

Têm-se notícia de que duas ações foram propostas perante a Corte Americana, a primeira em 1992, intentada pelo Conselho Nacional de Defesa Industrial e Associação Americana de Engenharia, as quais tiveram efeito de um torpedo nas negociações do NAFTA, que eram realizadas naquela época. O processo foi rejeitado por motivos processuais (incompetência do foro). O outro processo instaurado em 1994, pelo setor madeireiro, foi retirado pelos proponentes em face de ajuste firmado entre os governos americano e canadense.⁷⁴

⁷² No caso americano, o professor David Shapiro expressou ter sérias dúvidas quanto à constitucionalidade do Capítulo 19. Conferir OELSTROM, op. cit. p. 797 (supra nota 9).

⁷³ Observe-se que a questão da constitucionalidade do capítulo 19 sob a ótica de restrição à soberania americana continua acesa no Congresso Americano. Com efeito, a imprensa noticiou, recentemente, que senadores americanos enviaram correspondência ao Presidente Clinton, denunciando o fato e insurgindo-se contra as disposições do sistema de solução de controvérsias reguladas no Capítulo 19, acentuando que em futuros Acordos a questão tenha tratamento diferenciado. "Dole, other GOP senators attacking NAFTA's dispute settlement clause", Journal of Commerce(The Atlanta Journal and Constitution) Aug. 23, 1995 p. 7F, e "NAFTA rules on settling disputes under fire ", The Phoenix Gazette, Aug. 23, 1995 p.C5.

⁷⁴ op.cit. p.281 ,ENDSLEY, (supra nota 10).

No âmbito mexicano, o problema surge sob a égide do sistema do "amparo", que se traduz na impossibilidade de renúncia de revisão judicial quando a questão envolve matéria de constitucionalidade. Todavia a questão pode, de certa forma, ser contornada, já que o Painel Binacional é um sistema privado de arbitragem e não um sistema (judicial) em que a Corte institui a arbitragem (neste caso, sujeito ao recurso de amparo). Ademais, a legislação arbitral mexicana esta em sintonia com as obrigações assumidas no NAFTA.⁷⁵

Não obstante os percalços apresentados, o fato é que o NAFTA, segundo ENDSLEY, "veio para ficar ". Apesar de a ausência de estrutura institucional, dos painéis ser *ad hoc*, e da constante preocupação da alegação de objeção, os painelistas têm demonstrado um excepcional comprometimento com o processo, externando opiniões consistentes e de alta qualidade. Todos os atores desse cenário, Conselhos dos Governos e membros de foros comerciais têm atuado com extraordinário nível de eficiência, habilidade e competência nesta complexa área do direito comercial.⁷⁶

IV SOLUÇÃO DE DISPUTAS REFERENTES A INVESTIMENTOS. CAPÍTULO 11. SEÇÃO B.

Este Capítulo é inédito. Não constava do FTA. Assim preceitua o artigo 1115, que sem prejuízo dos direitos e obrigações das Partes, segundo o Capítulo 20 (acordo institucional e procedimento de solução de disputas), este Capítulo estabelece mecanismo para solução de disputas referentes a investimentos, assegurando igualdade de tratamento entre investidores das Partes, de acordo com o princípio internacional da reciprocidade e do devido processo perante um tribunal imparcial.⁷⁷

O Capítulo 11 permite que investidores recorram à arbitragem internacional (de caráter vinculante) se o governo receptor do capital violar disposições sobre investimentos previstos no NAFTA. Um investidor pode recorrer à arbitragem se uma Parte (Canadá, Estados Unidos ou México) violar os compromissos assumidos, dispensando tratamento menos favorável a um investidor de uma Parte do que a seus nacionais ou de outros países.⁷⁸

⁷⁵ op. cit. p.798 OELSTROM, (supra nota 9).

⁷⁶ op. cit. p.305, ENDSLEY (supra nota 10).

⁷⁷ Para uma análise da problemática envolvendo negócios de particulares com Estados no Direito Internacional, conferir HERMES MARCELO HUCK, "Contratos com o Estado - Aspectos de Direito Internacional", Editora Aquarela, São Paulo, 1989.

⁷⁸ Artigos 1102 e 1103.

Cumprе salientar, portanto, que o Capítulo 11 é aplicado às disputas sobre investimentos envolvendo investidores estrangeiros, o país receptor do capital ou empresa estatal. Não se aplica às questões referentes a investidores estrangeiros e nacionais do país receptor do capital. Todavia, estas questões podem ser levadas à arbitragem, sob o manto do artigo 2022 (disputas entre particulares).

O termo "investimento" no Capítulo 11 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, certos tipos de empréstimos e a outros mencionados no artigo 1139.⁷⁹

O Acordo proibe que as Partes imponham requisitos específicos de desempenho, tais como nível mínimo de exportações, preferência para recursos domésticos, balança comercial, requisitos de transferência de tecnologia, etc.⁸⁰

Não poderá haver restrição quanto à transferência de capital de um investidor da Parte em território da outra Parte, podendo fazê-lo livremente e sem delongas. Essas transferências incluem lucros, dividendos, ganhos de capital pagamento de *royalties* etc.⁸¹ Nenhuma Parte poderá, direta ou indiretamente, nacionalizar ou expropriar investimento de investidor da outra parte no seu território ou adotar medida equivalente a nacionalização ou expropriação de referido investimento, exceto por razões de interesse público, em bases não discriminatórias ou em outras condições.⁸²

Os investidores poderão utilizar o sistema do NAFTA para suas próprias reclamações e, também, aquelas de empresa acionistas ou controladoras no País receptor do capital.⁸³ Em qualquer caso a reclamação deve envolver a alegação de violação da Seção A ou de

⁷⁹ CHERI D. EKLUND, " A Primer on the Arbitration of NAFTA Chapter Eleven - State Disputes ", Journal of International Arbitration, v.11 ,n.4 p.136 (1994). A título de complementação observamos que o conceito de investimento para fins de submissão ao ICSID do Banco Mundial tem sofrido alterações, incorporando atividades-fins, tais como contratos "turn-key", assistência técnica, obras de engenharia etc. Conferir KATHIGAMAR V.S.K NATHAN, "Submissions to the International Centre for Settlement of Investment Disputes in Breach of the Convention", Journal of Internacional Arbitration, v. 12, n. 1, pg. 27/52 (1995).

⁸⁰ Artigo 1106.

⁸¹ Artigo 1109.

⁸² Artigo 1110

⁸³ Artigos 1116 e 1117.

certas proposições que regulam o comportamento de monopólios governamentais previstos no Capítulo 15. As reclamações têm que ser propostas dentro de três anos da data em que o investidor sabe ou deveria saber da alegação de violação do NAFTA e resulte dano, mas concede tempo para as partes na disputa efetuarem consultas e negociações. A reclamação só poderá ser proposta após seis meses transcorridos da violação.⁸⁴

Estão excluídos da aplicação deste Capítulo os serviços financeiros (Capítulo 14), várias leis e setores relacionados no Anexos I a IV do NAFTA. O Anexo 1138.2 também exclui do Capítulo 11, as decisões canadenses protegidas pelo *Investment Canada Act* e, no México, pela Comissão Nacional de Investimento Estrangeiro. Também está excluído deste Capítulo a decisão da Parte receptora do capital que proíba ou restrinja investimentos por razões de segurança nacional.⁸⁵

Capítulo 11. Modelo para Tratados Multilaterais.

O Capítulo 11 estabelece um precedente em tratados multilaterais e passou a ser adotado como modelo para outras negociações. Impende mencionar que a "Carta Européia de Energia", que estaria sendo negociada em Bruxelas pelos Estados Unidos, Canadá, Japão, União Européia, Nações do leste europeu e antigos Estados Soviéticos possui capítulo referente à solução de controvérsias na área de investimentos, cujo teor se assemelha ao do Capítulo 11, Seção B do NAFTA.⁸⁶ Note-se, que a aplicabilidade do direito internacional nas disputas sobre investimentos ganhou impulso a partir do 1980, por meio do desenvolvimento de Tratados Bilaterais de Investimentos (*Bilateral Investment Treaty - BIT*), que se regem por cinco premissas: 1) "tratamento nacional" ou "tratamento da nação mais favorecida", para o investimento estrangeiro;⁸⁷ 2) eliminação de requisitos de desempenho ou condições vinculadas ao investimento, tais como, o uso de material local, limitações às vendas domésticas, padrões mínimos de exportação, etc; 3) garantias, tais como, conversibilidade e repatriação

⁸⁴ Artigo 1120.

⁸⁵ Artigo 1138.1

⁸⁶ Conferir DAVID A. GANTZ, "Resolution of Investment Disputes under the North American Free Trade Agreement", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 10, n. 2. p.335 (1993).

⁸⁷ O conceito de "tratamento nacional" consiste em dispensar ao estrangeiro o mesmo tratamento dos nacionais do país receptor do capital, sem discriminações. "Nação mais favorecida", consiste em dispensar tratamento não menos favorável ao estrangeiro, pelo que o país receptor do capital concederá ao investidor de outro país. op. cit. p.338

do investimento e lucros; 4) proteção contra expropriação, que não se enquadre nos padrões legais internacionais de compensação ; e 5) compulsoriedade da solução de controvérsias por meio de arbitragem internacional vinculante.⁸⁸ Todos os BITs firmados, bem como o NAFTA são recíprocos.

Fator importante a ser ponderado é, por exemplo, que empresas asiáticas ou europeias com subsidiárias americanas ou canadenses poderão utilizá-las como veículos de investimentos no México (ou vice-versa), estando protegidas pelo NAFTA e, portanto, utilizar o Capítulo 11.⁸⁹

Os Estados Unidos enfrentavam muitas dificuldades em firmar estes tipos de acordos em organismos multilaterais, principalmente em face da resistência de países latino-americanos, em decorrência da denominada "cláusula Calvo", na qual os estrangeiros não tinham direito a privilégios que não estavam disponíveis aos nacionais do país receptor do capital.⁹⁰ Assim, os estrangeiros deveriam submeter reclamações que envolvessem propriedades no foro doméstico, renunciando proteção diplomática. Destarte, a adoção, pelo México, do Capítulo 11, representou significativa mudança de comportamento, quando acolheu a solução de disputas por meio da arbitragem.⁹¹

Início do Procedimento de Solução de Disputas

Consultas e Negociações

Antes de iniciar o procedimento arbitral, as partes na disputa precisam efetuar consultas recíprocas e tentar a solução através da negociação.⁹²

Notificação da Intenção em Submeter a Questão à Arbitragem

⁸⁸ op.cit. p. 339.

⁸⁹ Artigo 1139.

⁹⁰ Quanto à "cláusula calvo", que tem o nome do jurista argentino, Carlos Calvo, que no século XIX propugnou referida tese, conferir o artigo de IBRAHIM SHIHATA, "A Despolitização dos Litígios de Investimentos", Anais do Congresso Internacional sobre Arbitragem Internacional, Rio de Janeiro, 29 a 31 de julho de 1985, ps.162/169, Confederação Nacional do Comércio.

⁹¹ Observe-se, inclusive, que a doutrina Calvo faz-se presente na Constituição Mexicana, art. 27 § 1º .

⁹² Artigo 1118.

O investidor prejudicado enviará à Parte (Estado Receptor) notificação de sua intenção de submeter a questão à arbitragem com antecedência prévia de 90 dias da solicitação de instauração da arbitragem. A mencionada notificação deverá especificar: a) o nome endereço do investidor reclamante e , quando for pessoa jurídica , a razão social e endereço; b) os artigos do Acordo que foram violados e outros que forem relevantes; c) as questões de fato e base para reclamação; e d) a reparação pretendida e a a quantia aproximada dos danos sofridos. ⁹³

Arbitragem. Opções

O sistema de solução de disputas sobre investimentos no NAFTA não estabelece um novo regime processual mas, em vez disso, permite que o investidor procure a arbitragem ⁹⁴ por violação do NAFTA através: a) da convenção ICSID, quando ambos os países (país receptor e país do investidor) forem partes na convenção; b) Normas da ICSID de Facilidades Adicionais, quando uma das Partes houver ratificado a Convenção de Washington de 1965; e c) tribunal arbitral *ad hoc* estabelecido segundo as regras de arbitragem da UNCITRAL. ⁹⁵

As arbitragens ICSID são estabelecidas sob os auspícios do Banco Mundial, para solucionar disputas entre governos e investidor privado. ⁹⁶ As Normas de Facilidades Adicionais da ICSID, são designadas, *inter alia*, para arbitragens sobre investimento quando uma das Partes for membro da Convenção ICSID e a outra não. ⁹⁷ As Regras da UNCITRAL

⁹³Artigo 1119

⁹⁴ Neste passo, releva notar que se trata efetivamente da instituição do juízo arbitral, com todas as características pertinentes ao instituto jurídico de direito privado, e não mais de um painel arbitral (*supra* nota 26). Para compreensão do instituto jurídico do juízo arbitral no direito brasileiro reportamos o leitor à monografia de CARLOS ALBERTO CARMONA, " A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro", Malheiros,São Paulo, 1993. Para visão da arbitragem no cenário internacional, verificar JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, "Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional",Saraiva, São Paulo,1993. Ademais, é oportuno remeter o leitor à monografia de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, "O Estado na Arbitragem Privada", Max Limonad, São Paulo, 1988.

⁹⁵Artigo 1120

⁹⁶ Quanto ao Centro de Solução de Controvérsias do Banco Mundial, remetemos o leitor ao livro de GUIDO F.S. SOARES, "Órgãos das Soluções Extrajudiciárias de Litígios", RT, São Paulo,ps.73/90 (1985).

⁹⁷ O Canadá e o México não são partes na Convenção de Washington de 1965. Conferir Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties (as of April 1, 1995) *in* News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration, v. 10, n. 2 April - 1995.

são opcionalmente regras que as partes podem escolher e adotar para regular as controvérsias surgidas de contratos ou outras disputas.⁹⁸

Condições Prévias para Submeter uma Questão à Arbitragem

Os artigos 1121 e 1122 estabelecem os requisitos para se submeter à arbitragem. O investidor deve exarar, por escrito, sua concordância em se submeter à arbitragem segundo as regras estabelecidas no Acordo, bem como em renunciar ao direito de interpor ou continuar a qualquer ação judicial local ou em outro foro, com exceção para interditos de injunção, declaratórios ou outras formas extraordinárias de auxílio.⁹⁹ Para que o país receptor do capital não possa frustrar a arbitragem, retirando seu consentimento, está previsto no artigo 1122 o consentimento antecipado dos governos integrantes no NAFTA.

Escolha e Indicação de Árbitros

Consoante dispõe o artigo 1120.2, aplicam-se os regulamentos de arbitragem acima mencionados, exceto no que for alterado nesta Seção. Assim, o tribunal arbitral será composto de três árbitros, salvo estipulação em contrário, das partes em disputa.¹⁰⁰ É estabelecido que cada parte indicará um árbitro e o presidente do tribunal arbitral será escolhido de comum acordo entre as partes em disputa. Caso as partes em disputa, não chegem a um acordo quanto ao terceiro árbitro, este será indicado pelo secretário geral da ICSID, bem como, se qualquer das partes deixar de indicar, um árbitro, mediante lista preparada pelas Partes (Governos) contendo quarenta e cinco pessoas com experiência em direito internacional e investimentos.¹⁰¹ Não há necessidade de que os membros do tribunal arbitral sejam nacionais dos países do NAFTA.¹⁰²

⁹⁸ Quanto às Regras emanadas da UNCITRAL verificar JACOB DOLINGER e CARMEN TIBURCIO, "Vade Mecum de Direito Internacional Privado", Renovar, Rio de Janeiro, ps.974/988, (1994).

⁹⁹ Quanto aos institutos processuais que se constituem garantias constitucionais ativas no sistema anglo - americano, reportamos o leitor ao compêndio de J. M. OTHON SIDOU, "Habeas Data, Mandado de Injunção, Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular. As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, Segundo a Nova Constituição", Forense, 3º ed., ps. 26/29, Rio de Janeiro (1989).

¹⁰⁰ Artigo 1123.

¹⁰¹ Artigo 1124. 2 e 1124. 4

¹⁰² As regras da ICSID (Convenção e Facilidades Adicionais) estabelecem que a maioria dos membros do tribunal podem não ser nacionais das partes na disputa , exceção quando se tratar de árbitro único ou for indicado mediante acordo das partes na disputa. As regras da UNCITRAL recomendam que os árbitros sejam de nacionalidades diversas das partes.

Prevê, ainda, o artigo 1126 a possibilidade de constituição de "litisconsórcio" quando houver mais de um investidor com reclamação idêntica. Neste caso os três membros do tribunal serão indicados pelo Secretário Geral da ICSID, entre os membros da lista elaborada pelas Partes e, se não houver pessoa disponível, será indicado membro do corpo de árbitros da ICSID. O presidente não poderá ser nacional das Partes.¹⁰³

Sede da Arbitragem

Os artigos 1127 a 1129 habilitam as Partes no NAFTA, que não estejam envolvidas na arbitragem, a ser informadas dos fatos relevantes e de outras questões, bem como a expender opiniões quanto à interpretação do Acordo. Com o objetivo de assegurar o cumprimento do laudo arbitral, o artigo 1130 estabelece que, a menos que de outra forma as partes em disputa resolvam, a arbitragem terá sede em um país subscritor da Convenção de Nova Iorque de 1958.

Lei Aplicável

O tribunal arbitral, formado com base nas regras do Capítulo 11, decidirá as questões submetidas de acordo com os termos do Acordo e a aplicação das regras de direito internacional. Impende notar que as normas de interpretação do Acordo expendidas pela Comissão,¹⁰⁴ são vinculantes ao Tribunal Arbitral. Desta forma, vislumbra-se, neste passo, a criação de um verdadeiro direito "comunitário" secundário.¹⁰⁵

Parecer Técnico

Sem prejuízo de indicar outros tipos de especialistas, segundo as regras do regulamento de arbitragem eleito, o tribunal arbitral, mediante

¹⁰³ Artigo 1126. 5

¹⁰⁴ Artigo 2001.

¹⁰⁵ Direito " Comunitário " Originário é o próprio tratado do NAFTA. Verificar CASELLA, op. cit. p. 122 (supra nota 3). Na União Européia, normalmente, os atos administrativos classificados como regulamentos, diretivas e decisões têm natureza vinculante, e pareceres e recomendações de não vinculante (CEE e EURATOM) . Conferir UMBERTO FORTE, União Européia, Malheiros Editores, S.Paulo, p.32 (1994). Também é oportuno reportar o leitor ao artigo de GUIDO F.S.SOARES, "O Direito Supranacional nas Comunidades Européias e na América Latina : O Caso da ALALC/ALADI e o Mercado Comum Brasil - Argentina " ,RT 668/11 (1991), no qual analisa o direito supranacional e o fenômeno de integração.

solicitação das partes em disputa, ou ao menos que as partes não aprovem, por sua própria iniciativa, poderá solicitar o parecer referente à questão de fato nas áreas de meio ambiente, saúde, segurança e outras questões científicas, que possam surgir na disputa.¹⁰⁶

Medidas Cautelares de Proteção

O artigo 1134 estabelece que o tribunal arbitral pode determinar, ou recomendar, medidas cautelares de proteção para preservar direitos da parte em disputa ou assegurar que o poder jurisdicional do tribunal seja efetivo e plenamente exercido. É interessante notar que, não obstante seja competência do tribunal e constitua base da reclamação, o tribunal arbitral não pode expedir nenhuma ordem ou aplicar medida de paralização que constitua alegação de violação do NAFTA. Esta alteração, imposta pelo Acordo, representa uma limitação no poder do tribunal que altera aquelas regras. Ressalta, por exemplo, EKLUND, que o Regulamento da UNCITRAL, estabelece que o tribunal pode adotar qualquer medida cautelar julgada necessária com respeito a matéria objeto da disputa.¹⁰⁷ Não obstante a limitação imposta pelo NAFTA, assevera citado autor que podem ser impostas medidas cautelares extensivas pela Corte, aplicando a legislação nacional, citando a legislação federal canadense (artigo 17 do Código Federal) que autoriza a expedição de medidas cautelares para garantir o procedimento arbitral.¹⁰⁸

Laudo Arbitral

O laudo arbitral está limitado à reparação monetária de danos, fixação de juros ou a restituição, ou a combinação de ambos.¹⁰⁹ O laudo arbitral que determina a restituição pode estabelecer a alternativa de compensação em dinheiro. O laudo arbitral não poderá fixar indenizações suplementares compensatórias (indenizações punitivas).¹¹⁰

Efeitos e Execução do Laudo Arbitral

O laudo arbitral só vincula as partes em disputa e em relação à matéria apreciada.¹¹¹ Cada Parte no NAFTA providenciará para que o laudo

¹⁰⁶ Artigo 1133

¹⁰⁷ op.cit. p. 151 (supra nota 79).

¹⁰⁸ op.cit. p. 152 (supra nota 79).

¹⁰⁹ Esta possibilidade alternativa de cumprimento não é usual nos BITs. Conferir GANTZ, op. cit. p. 346 (supra nota 86).

¹¹⁰ Artigo 1135. 3.

¹¹¹ Artigo 1136. 1

arbitral seja executado no seu respectivo território. A execução do laudo arbitral só pode ser proposta pelo investidor cento e vinte dias após ter sido ditado, ou após a revisão ou o processo de anulação ter sido completado, segundo as regras da ICSID; três meses após o laudo ter sido ditado ou a Corte dissolver ou permitir a revisão, revogação ou anulação e não há recurso pendente segundo as regras da ICSID Facilidades Adicionais ou UNCITRAL.¹¹² O investidor pode procurar a execução do laudo arbitral por meio das convenções internacionais sobre arbitragem: a de Nova Iorque de 1958, a de Washington de 1965, ou a Interamericana, do Panamá, de 1975.¹¹³

A possibilidade de revisão judicial do laudo arbitral não é excluído pelo NAFTA. Vale notar que dos regulamentos de arbitragem indicados no Acordo, somente as regras da ICSID prevêm a impossibilidade de revisão judicial, embora admitindo 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 arbitral (artigo 52. 1)

Publicação do Laudo Arbitral

O Anexo 1137.4 estabelece o procedimento para cada Parte com referência a publicação do laudo arbitral. No caso do Canadá e dos Estados Unidos, quando forem Parte na disputa, ou um nacional, o laudo poderá ser publicado. No caso do México, quando for Parte na disputa, aplica-se o que determinarem as regras de arbitragem adotadas quanto à publicação do laudo arbitral.

V - A SOLUÇÃO DE DISPUTAS ENTRE PARTICULARES. O ARTIGO 2022.

O artigo 2022 do NAFTA é norma programática ao estatuir que cada Parte, com a maior abrangência possível, incentivar e facilitará o uso da arbitragem e de outros métodos alternativos de solução de disputas em questões comerciais entre particulares na área do NAFTA. Com esse objetivo, cada Parte estabelecerá procedimentos apropriados para assegurar a observância da solução de controvérsias por arbitragem e para o reconhecimento e execução de laudos arbitrais. Neste sentido,

¹¹² Artigo 1136. 3

¹¹³ Artigo 1136.6

invoca o Acordo, a Convenção das Nações Unidas sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros (Nova Iorque, 1958) e a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (OEA- Panamá, 1975).¹¹⁴

A Comissão formará um Conselho Consultivo para Disputas Comerciais Privadas, integrado por especialistas com experiência na área de solução de disputas comerciais internacionais, que terão como mister estudar e sugerir à Comissão medidas disponíveis que poderão dar efetividade à arbitragem e outros procedimentos de solução de disputas na área do NAFTA.

O referido Conselho já iniciou seus trabalhos, estabelecendo que será criado, no âmbito da *American Arbitration Association- AAA*, um Centro Internacional de Solução de Disputas Comerciais, que adotarão o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.¹¹⁵

Como mencionamos no início deste trabalho, as disposições do artigo 2022, refogem ao escopo e dimensão deste trabalho e serão objeto de análise, oportunamente.

VI- CONCLUSÃO

Após a análise das disposições referentes às soluções de controvérsias no NAFTA, fica-nos a conclusão de que nenhum processo de integração e de relação recíproca, bem como de que o comércio e negócios no mercado mundial poderão ocorrer sem as adaptações legais necessárias e a cooperação mútua de todos os envolvidos.¹¹⁶ Não se pode regular questões complexas, surgidas em dimensões distintas, com os instrumentos jurídicos internos ou mesmo internacionais, criados ao sabor de realidades diferentes.

¹¹⁴ Cumpre notar, todavia, que o Canadá não ratificou a Convenção do Panamá de 1975. Quanto à Convenção de Nova Iorque de 1958, vigora em todos os países do NAFTA. Conferir Scoreboard of Adherence to Transnational Arbitration Treaties (as of April,1995) elaborado pelo The Institute for Transnational Arbitration, Richardson, Texas.

¹¹⁵ News and Notes from The Institute for Transnational Arbitration , v.9 , n.4 , ps. 1/4 , October, 1994.

¹¹⁶ *A latere*, vale relatar a experiência do Prof. K. BÖCKSTIEGEL , que quando atuava em uma arbitragem em Estocolmo , que a certa altura tratava da legislação européia sobre concorrência e que se tornou importante para as partes sua elucidação. Assim, mediante anuência do tribunal arbitral, as partes resolveram efetuar consulta à Comissão Européia em Bruxelas, cuja opinião o tribunal arbitral deveria levar em conta. " The Problems Facing Arbitration in the European Union " , Arbitration,v. 61, n.3 p. 192 (1995).

O NAFTA é a prova inconcussa desta visão. Seus membros, para darem efetividade ao comércio internacional, reescreveram as leis aplicáveis e criaram foros especializados. A experiência obtida no âmbito do FTA foi promissora e demonstrou que o sistema de solução de controvérsias é eficaz. As decisões que defluraram dos Painéis deixaram claro que eram embasadas no direito e que os árbitros não atuavam como advogados das Partes.¹¹⁷ Enfim, por tudo quanto aqui foi tratado, evidencia-se que nos albores do século XXI, estamos iniciando novo capítulo a regular as relações entre os Estados e que firmam novos matizes ao *jus gentium*.

¹¹⁷ No caso *Pork*, por exemplo, todos os panelistas americanos, nas diversas fases, opinaram contra o órgão administrativo americano.