

Estudo Comparativo entre o Grupo Especial (*Panel*) da OMC e um Tribunal Arbitral.

Selma Maria Ferreira Lemes *

I - Introdução

A solução pacífica de controvérsias entre Estados é um dos desideratos supremos do Direito Internacional Público,¹ 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. Sob esta ótica a análise do sistema de solução de controvérsias estabelecido pela sociedade de nações transcende de importância, principalmente levando-se em consideração as modificações havidas nos cenários internacionais em que cada vez mais as sociedades estão interligadas, seja financeira ou comercialmente no mundo informatizado.

Vivemos a terceira onda preconizada por Alvin Toffler, em que o futuro edifica-se a partir dos recursos do saber, da inteligência humana e da técnica. Esta é a efetiva e contundente era da globalização.

* Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrou a comissão de redação da Lei sobre Arbitragem (lei nº 9307/96). Foi assessora da Comissão Técnico-Jurídica da Reunião de Ministros da Justiça do MERCOSUL, na elaboração do Acordo Internacional sobre Arbitragem Comercial Privada, firmado em julho de 1998, em Buenos Aires. Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo - CIES/FIESP.

¹ 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, 1981, p. 51/81.

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.² Este é o objetivo primeiro da Organização Mundial do Comércio - OMC (artigo III da Ata Final da Rodada Uruguai),³ 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.⁴ Diz-se que o futuro e vida longa dos Acordos Internacionais Econômicos estão diretamente relacionados com um sistema justo e eficaz de solução de controvérsias.⁵ A inexistência de solução institucional de disputas econômicas deteriora as relações políticas e pode representar a ruptura do Acordo Econômico.⁶

O eminente professor e embaixador Celso LAFER, em palestra proferida, na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP, discursando sobre "A Globalização da Economia. O Papel das Organizações Multilaterais" asseverou: "... a Organização Mundial do Comércio é a expressão da lógica da globalização no

² 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).

³ Texto integral dos Resultados da Rodada Uruguai do GATT, Decreto n° 1355, de 29.12.94 (DOU 31.12.94), São Paulo, Aduaneiras, 1995, 441 p.

⁴ 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.

⁵ Conferir Kristin L. OELSTROM, "A Treaty for the Future: The Dispute Settlement Mechanisms of the NAFTA", *Law and Policy in International Business*, n° 25, p.783, 1994.

⁶ José Luis SIQUEIROS, "La Resolución de Controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre Mexico, Estados Unidos da America y Canada", Universidad Iberoamericana, México, 1991 (inérito).

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 secessão de Estados, dos particularismos e dos protecionismos”.^{7 8} 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, com 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”.^{9 10}

Com efeito, neste trabalho analisaremos os procedimentos estabelecidos nos trabalhos finais da Rodada Uruguaí do Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT, sucedido pela Organização Mundial do Comércio - OMC, que integram o Anexo 2 do Tratado de Marraqueche, denominado “Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias”, especificamente o

⁷ DEBATES, IRS, 1996, Conselho Superior de Orientação Política e Social da FIESP/CIESP - COPS, nº 1, p. 8.

⁸ 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.

⁹ Op. cit. ps. 10/11.

¹⁰ 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

Grupo Especial ou Painel (*Panel*). Efetuaremos análise comparativa entre o procedimento que regula o Grupo Especial e um Tribunal Arbitral, estabelecendo as diferenças e semelhanças existentes.¹¹

Antes, porém, convém efetuar incursão ao sistema geral de solução de controvérsias da OMC, comparando-o com a antiga regulamentação do GATT. Quanto à arbitragem, impende observar as características e princípios jurídicos, tanto sob o prisma do direito internacional público como privado.

II- 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 Comércio.¹² 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*

jurista, mas também de diplomata, que esteve à frente da Representação Brasileira em Genebra e exerceu o cargo de presidente do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

¹¹ Cf Celso LAFER, “O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio”, IN: *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?*, Paulo Borba CASELLA e Araminta MERCADANTE (orgs.), São Paulo, LTr, 1998, p. 728/55.

¹² Em vigor no Brasil por força do decreto (de promulgação) nº 1.355, de 30.12. 94, DOU de 31.12.94.

são as referentes aos acordos relacionados no Apêndice 1 ¹³, 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. ¹⁴

Como elemento histórico cumpre observar o relato do representante australiano na Rodada Uruguai, Palitha T.B. KOHONA ¹⁵, 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).

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,

¹³ 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.

¹⁴ Art. 1.1 do Anexo 2.

¹⁵ Palitha T.B. KOHONA, “Dispute Resolution under the World Trade Organization - An Overview”, *Journal of World Trade*, 28 (2): 23, 1994.

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.¹⁶

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*.¹⁷

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,¹⁸ 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 a possibilidade de as Partes Contratantes utilizarem, opcionalmente, o disposto no Capítulo 20 ou a OMC,

¹⁶ Op. cit. p. 24.

¹⁷ Celso LAFER, *O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio*, ESTUDOS, IRS, Sistema FIESP, nº 3, p.15, 1996.

¹⁸ Op. cit. p. 23 (vide nota 15).

para casos que especifica, sendo que o atrativo maior apresentado era a possibilidade de que o rito do NAFTA ser mais célere.¹⁹

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.²⁰

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.²¹

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

¹⁹ 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.

²⁰ Op. cit. p.24 (vide nota 15).

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”.

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 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).²²

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.²³

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*

²¹ Op. cit. p. 24 (vide nota 15).

²² Artigo 2.1.

²³ Artigo 2.4

*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. ²⁴*

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*. 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) ²⁵ 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).

²⁴ Op. cit. p. 29 (vide nota 17).

²⁵ 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).

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 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.²⁶ 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.²⁷ Deverão observar o Código de Conduta estabelecido pelo DSU e as decisões

²⁶ Artigo 8. 2 e 8. 3.

que emitirem serão a título pessoal e não como representantes de governos ou de uma organização.²⁸ 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 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.²⁹

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 Missión* 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.³⁰

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

²⁷ Artigo 8.6.

²⁸ Artigo 8.9.

²⁹ Artigo 11.

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).³¹

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 painelistas, 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

³⁰ 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.

³¹ 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, 1998, p. 756/86.

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.³² 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 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 das partes, 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.³³

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 painelista no GATT, assevera que a revisão intermediária pode constituir intervenção imediata à independência dos painelistas.

³² Artigo 15.

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.³⁴

Vale observar, ademais, que procedimento idêntico de revisão de Relatório Inicial está previsto no Capítulo XX do Tratado do NAFTA, que dispõe sobre o acordo institucional de solução de disputas,³⁵ observando-se que no Tratado anterior firmado entre os Estados Unidos e Canadá (*Free Trade Agreement - FTA*) está era providência facultativa.³⁶

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.³⁷ 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

³³ Artigo 12.9.

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

³⁵ Artigo 2016 do NAFTA.

³⁶ Artigo 1807.5 do FTA.

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 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.³⁸

Estas são, em linhas gerais as principais características do DSU. Vejamos, agora, as premissas e princípios que norteiam o instituto jurídico da arbitragem no direito internacional público e privado.

³⁷ Artigo 17.1.

III - Arbitragem de Direito Internacional Público

A eleição de terceiros independentes e imparciais para solucionar conflitos entre Estados acompanha a humanidade desde os primórdios da civilização.³⁹ J.F.REZEK classifica-a como um mecanismo jurisdicional *não-judiciário*, mencionando que o foro arbitral não tem permanência, não tem profissionalidade.⁴⁰ Geralmente o tribunal arbitral é instalado e os árbitros são escolhidos quando o conflito já está instaurado. O instrumento que outorga competência aos árbitros será o compromisso firmado, que poderá ser por meio de tratado ou convenção para esse fim específico ou cláusula arbitral inserta em tratado de qualquer outra natureza. Este instrumento disporá quanto ao prazo em que o laudo arbitral será ditado, lei aplicável, procedimento etc. A decisão arbitral deverá ser acatada pelos Estados Partes e, salvo disposição especial prevista no Tratado, não ficará sujeita a nenhuma instância recursal. A decisão é firme e obrigatória para as partes. A sentença arbitral é definitiva. A não observância da decisão arbitral representa ilícito internacional, a violação dos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda* e não mera deselegância ou imprudência, acentua REZEK.⁴¹

Verificamos, também, que na arbitragem de Direito Internacional Público os Estados Partes podem dispor da arbitragem *ad hoc* ou elegem Instituição Arbitral que administrará o procedimento. A arbitragem *ad hoc* é aquela em que os Estados envolvidos no conflito dispõem sobre o procedimento e escolha dos

³⁸ Cf Celso LAFER, op. cit. p. 128 (vide nota 10).

³⁹ Cf Antonio MERCHAN ALVAREZ, “*El Arbitraje-Estudio Histórico Jurídico*”, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981. 351 p.; Georges ABI-SAAB, “Du Règlement Pacifique des Différends Internationaux”, IN: *O Direito Internacional no Terceiro Milênio*, Estudos em Homenagem ao prof. Vicente MAROTTA RANGEL, Luiz Olavo BAPTISTA & José Roberto FRANCO DA FONSECA (orgs)., São Paulo, LTr, 1998, p.737/49.

⁴⁰ J.F. REZEK, *Direito Internacional Público*, Saraiva, São Paulo, 1989, p.351.

árbitros, moldando a arbitragem para o caso concreto. Por outro lado, a arbitragem de direito internacional público pode transcorrer frente à uma instituição arbitral permanente.

Na arbitragem internacional pública o procedimento é fixado pelas partes no Tratado ou compromisso e, quando nada for estipulado, será o procedimento fixado pelos árbitros, podendo, inclusive a título subsidiário utilizar as disposições estipuladas nas duas convenções da Haia. Em geral, o processo compreende uma parte escrita e outra oral, aplicando-se os princípios do contraditório, da igualdade das partes e do livre convencimento dos árbitros.⁴²

Cumprindo observar que um dos mais importantes Tratados referentes a investimentos, o Tratado da Carta Energética firmado em Lisboa em 17.12. 1994, "*The Energy Charter Treaty*", que objetiva proteger investimentos ocidentais efetuados nos países do leste europeu na Comunidade de Estados Independentes (ex-URSS) prevê a arbitragem para solucionar conflitos entre os Estados Partes (artigo 27) instituindo a arbitragem *ad hoc*, seguindo o procedimento das Regras da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional) competindo ao Secretário Geral da Corte Permanente de Arbitragem indicar os árbitros e a sede da arbitragem será Haia.⁴³

Corte Permanente de Arbitragem - CPA

⁴¹ Op. cit. p. 356.

⁴² Cf nossos artigos "Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado", RT 686/73, dez.,1992. e "Os Princípios Jurídicos da Lei de Arbitragem", IN: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Pedro A BAPTISTA MARTINS *et alii*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 73/111 .

⁴³ Conferir Thomas W. WÄLDE, "Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty - From Dispute Settlement to Treaty Implementation", *Arbitration International*, 12 (4): 439, 1996.

As Convenções da Haia, de 1899 e 1907, relativas à solução pacífica dos conflitos instituíram a Corte Permanente de Arbitragem - CPA, que não obstante a designação de permanente, só funciona quando é instada pelos Estados.⁴⁴ Possui lista de árbitros mantida na Secretaria da Corte à disposição dos Estados Partes na controvérsia. Esta lista, contudo, não é obrigatória e as próprias partes conservam a liberdade de indicar outras pessoas. O Brasil várias vezes recorreu à arbitragem da CPA, bem como em tantas outras teve seus representantes indicados como árbitros.⁴⁵ Impende observar, por oportuno, que a Corte Permanente de Arbitragem não é um Tribunal, tal como a Corte Internacional de Justiça que está instalada na mesma cidade holandesa.⁴⁶ Ressalte-se que em 1962 foi elaborado documento denominado "*Rules of Arbitration and Conciliation for Settlement of International Disputes between Two Parties of which Only One is a State*", vale dizer, é permitida a participação de terceiros que não sejam Estados em arbitragens na CPA.

A Arbitragem no Contexto de Acordos Econômicos Regionais

Em Acordos Econômicos Regionais, tais como o NAFTA e o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, há disposições específicas que prevêm a arbitragem para solução de controvérsias entre os Estados-Partes, tais como o Protocolo de Brasília no âmbito do

⁴⁴ Cf Hildebrando ACCIOLY e Geraldo Eulálio do NASCIMENTO E SILVA, *Manual de Direito Internacional Público*, Saraiva, São Paulo, 12º ed., 1996, p.428.

⁴⁵ ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA e REZEK nas obras acima citadas elaboraram sínteses destes casos.

⁴⁶ Recorda-nos Jean TOUSCOZ que "*foram julgados cerca de vinte casos neste quadro (Corte Permanente de Arbitragem) no princípio do século, mas a instituição caiu no sono, pois os estados preferiram conservar sua liberdade neste domínio. O Acto Geral de Arbitragem, assinado em 1928, e o Acto Geral para a Resolução dos Conflitos adaptado em 1949 sob os auspícios da ONU não tiveram grande sucesso pelas mesmas razões.*" (*Direito Internacional*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1994, p.347).

Mercosul ⁴⁷ e disposições específicas incluídas no Tratado que institui o NAFTA (capítulo XI), prevendo inclusive a participação de particulares em questões sobre investimentos. ⁴⁸

Centro Internacional para Solução de Conflitos em Matéria de Investimentos - ICSID

A Convenção Internacional relativa à Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, firmada em Washington, em 18.03.65 e em vigor em 126 Estados instituiu o Centro Internacional de Solução de Conflitos relativos aos Investimentos (*International Center for Settlement of Investment Disputes - ICSID*) com o objetivo de administrar arbitragens envolvendo o Estado receptor do capital e o investidor privado nacional da outra Parte Contratante. ⁴⁹ O sistema proposto pela Convenção de Washington contrabalança os interesses do investidor estrangeiro. ⁵⁰

Em 1978 foi estabelecido o Mecanismo Complementar do ICSID para a Administração de Procedimentos de Conciliação, Arbitragem ou Investigação (*Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding*) com o

⁴⁷ A propósito conferir Luiz Olavo BAPTISTA, *O MERCOSUL, suas Instituições e Ordenamento Jurídico*, São Paulo, LTr, 1998, 272 p.; Eduardo GREBLER, “A Solução de Controvérsias no Tratado do MERCOSUL”, IN: *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, LTr, São Paulo, p. 348, 1996. Vicente MAROTTA RANGEL, “Solução de Controvérsias após Ouro Preto”, na obra citada p. 692. Guido da Silva SOARES, “Uma Revisão Profunda em 1996: As Instituições do MERCOSUL e as Soluções de Litígios no seu Âmbito – Sugestões”, IN: *MERCOSUL - Das Negociações à Implantação*, Luiz Olavo BAPTISTA *et alii*, 2º ed., São Paulo, LTr, 1998, p. 31/162;

⁴⁸ Cf nossos artigos (vide nota 31) e “Mercosul e Nafta. Os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos. A Solução de Controvérsias por Arbitragem”, IN: *A Arbitragem na Era da Globalização*, José Maria Rossani GARCEZ (org.), Rio de Janeiro, 2º ed., Forense, 1999, p. 215/53.

⁴⁹ Desde a sua instituição o Centro ICSID já procedeu a 44 arbitragens (*ICSID Cases*, Doc. ICSID/16/Ver.5 November 30, 1996).

⁵⁰ Cf Carolyn B. LAMM e Abby C. SMUTNY, “The International Centre for Settlement Investment Disputes: Responses to Problems and Changing Requirements”, *Arbitration*, 64 (1):22/28, fev., 1998.

intuito de tornar acessível as facilidades do ICSID na resolução de disputas que não estejam no âmbito da Convenção de Washington de 1965, quando uma das partes é nacional de um país não contratante da mencionada Convenção ou o Estado envolvido não é parte na Convenção.⁵¹

IV- Natureza Jurídica do Grupo Especial (*Panel*)

Após expormos a panorâmica do Sistema de Solução de Disputas da OMC (DSU) indicando as características do Grupo Especial (*Panel*) e demonstrarmos as peculiaridades da arbitragem de Direito Internacional Público devemos perquirir quanto à natureza jurídica do *Panel*.

Pierre PESCATORE elaborou quadro que exterioriza três fases no procedimento de disputas referindo-se ao sistema do GATT, todavia, suas proposições permanecem válidas no atual sistema (DSU). Assim preleciona que *“o sistema de solução de controvérsias do GATT pode ser apresentado em três procedimentos consecutivos. O primeiro é a fase política, com a constituição do Painel e a determinação do Termo de Referência. O segundo é a fase genuinamente judicial, com a preparação do relatório pelo Painel, que o faz completamente independente. Essa independência é a marca distintiva de um juiz. A terceira e última fase é a política que se configura na aprovação do relatório final do painel. Note-se, portanto, que a primeira fase é completamente jurisdicizada com o “direito ao painel” e o Standard Terms of Reference. Em contraste, a terceira fase permanece largamente*

⁵¹ Cf Bette E. SHIFMAN, “International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *World Arbitration Reporter*, Transnational Juris, New York, v. 3, p. 3054, 1994.

*política, mas com fronteiras definidas no relatório do painel*⁵²
(tradução livre).

Completando a análise acima, Celso LAFER⁵³ valendo-se dos comentários do mesmo autor acentua que os *Panels* não são um tribunal arbitral pelos seguintes motivos:

a) seus membros não são escolhidos pelas partes *“as partes usualmente concordam, após consultas com o Secretariado. Na inexistência de acordo, podem ser indicados pelo Diretor-Geral (GATT). Nacionais das partes envolvidas não deveriam integrá-los e sempre os chamados “peritos”, como tais entendidos membros de delegações do GATT familiarizados com os assuntos e percebidos como “neutros” em relação à controvérsia e depois, no correr do tempo, acadêmicos com formação jurídica e/ou em comércio internacional.*

b) *Não existia um “compromis” que fixasse ad hoc a competência do panel. Esta resultava usualmente dos standard terms of reference - que basicamente estipulava que o assunto, objeto da controvérsia, deveria ser examinado in the light of relevant GATT provisions.*

c) *Os findings, recommendations, rulings dos panels não constituíam uma **sentença arbitral**. Só adquiriam força jurídica mediante sua adoção, por consenso das Partes Contratantes, reunidas numa sessão formal do Conselho. São, enquanto tal, um*

⁵² Pierre PESCATORE, “The GATT Dispute Settlement Mechanism”, *Journal of International Arbitration*, v. 10, nº 1, p. 36,(1993).

⁵³ Op. cit. p.21. (vide nota 17).

parecer, ou como dizia Bobbio, um **conselho** dotado de *vis directiva*, e não um **comando** com *vis cogendi*, conselho cujo cumprimento requeria o consentimento do destinatário - no caso, as Partes Contratantes, que tinham ex-vi do art. XXIII os **quasi-judicial powers**. **Precisamente porque são conselhos e não comandos os panel reports são nas palavras de Pescatore, persuasive not descriptive documents**", (negrito nosso).⁵⁴

Destarte, em fase das razões acima expendidas podemos apontar as seguintes semelhanças entre os procedimentos do Grupo especial e um Tribunal Arbitral:

1. Ambos prevêem a aplicação dos princípios do contraditório e da igualdade das partes.
2. Os árbitros e os painelistas devem ser independentes e imparciais e observarem um código de conduta.
3. As decisões são confidenciais.
4. O princípio do livre convencimento dos árbitros e painelistas em apreciar as provas e os fatos.

Por outro lado, há também diferenças, quais sejam:

1. No Grupo Especial as deliberações apesar de adotadas em confidencialidade oferecem às partes (considerando os procedimentos de apresentação do relatório provisório antes do relatório definitivo) condições de influenciar os painelistas, haja vista os comentários expendidos acima por PESCATORE.

⁵⁴ Op. cit. p. 21 (vide nota 17).

Diferentemente, um Tribunal Arbitral exara sua decisão sem demandar a apreciação prévia das partes. A independência e livre convicção dos árbitros é plena, não fica sujeita a nenhuma influência externa.

2. Após apresentação do relatório final, este só se tornará obrigatório se aprovado pelo DSB e havendo apelação, após manifestação do Órgão de Apelação. No Tribunal Arbitral a decisão dos árbitros é firme e terminativa; possui força cogente.

3. Não são as partes que escolhem os painelistas. São indicados pelo DSB e poderão ser objetados somente em circunstâncias imperiosas. Ao contrário, na arbitragem, esse é um direito inerente às partes; todavia, se quiserem, poderão estabelecer que um terceiro faça a indicação por elas.⁵⁵

V- Conclusão

Concluimos que, apesar do componente de legalidade e previsibilidade que se pretendeu outorgar ao Grupo Especial - valendo-se dos princípios do direito internacional público para orientar a interpretação dos Acordos Abrangidos -, a realidade é que se refere a um foro privilegiado, para abordar questões do comércio internacional, com peculiaridades próprias, envolvido em ambiente político. Não se trata, portanto, de um Tribunal Arbitral. O componente de juridicidade (*due process of law*) que acompanha a

⁵⁵ *A latere*, cumpre observar que um dos casos mais comentados nos periódicos de arbitragem internacional justamente trata do fato de numa arbitragem *Multi Party* CCI, as partes não tiveram a oportunidade de, em igualdade de condições, escolher seu árbitro. Tratava-se do caso DUTCO e o laudo arbitral foi anulado pela Corte de Cassação Francesa. Conferir Jean-Louis DELVOLVÉ, “Multipartism: The *Dutco* Decision of the French Cour de Cassation”, *Arbitration Internacional*, 9 (2): 197/202, 1993.

formação e o desempenho do Grupo Especial não tem, pelos motivos apontados, o condão de permitir que se qualifique o Grupo Especial como um Tribunal Arbitral. Enfim, o *Panel* da OMC não tem a natureza jurídica de um Tribunal Arbitral.