

# Judicialização e Globalização no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA)\*

Patricia Isela Hansen\*\*

## I. Introdução

O Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) criou um novo rol de tribunais internacionais com poderes significativos em áreas tradicionalmente reservadas à legislação interna. No entanto, a experiência do NAFTA foi de globalização, só que com judicialização limitada. Os tribunais internacionais criados pelo NAFTA apresentam diferenças significativas com relação aos tribunais estabelecidos por outros acordos, incluindo a União Européia (EU) e mesmo a Organização Mundial do Comércio (OMC). Além disso, ainda que o NAFTA certamente tenha consideravelmente despertado o interesse nos (Poderes) Judiciários dos três países signatários, cada qual adotou medidas com a finalidade de limitar o papel das cortes internas na interpretação e na aplicação do acordo. Relevantes questões agora são levantadas sobre a extensão desses limites.

O NAFTA foi ratificado pelos Estados Unidos da América, pelo Canadá e pelo México em 1993, com a finalidade de promover o comércio e o investimento entre esses três países<sup>1</sup>. Contudo, em contraste com a União Européia, o NAFTA não é uma união aduaneira, não propicia a livre circulação de pessoas e não cria qualquer infraestrutura institucional importante. A responsabilidade pela implementação do acordo recai sobre a Comissão para Livre Comércio, que consiste num gabinete de

---

\* Artigo publicado originalmente em inglês na *Texas International Law Journal*, vol. 38, n. 3, Edição Especial 2003, *University of Texas School of Law*. Tradução para o português de Tâmara Joana Biolo Soares e de Ana Gerdau de Borja, alunas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pesquisadoras do Grupo de Pesquisa CNPq Mercosul e Direito do Consumidor, coordenado pela Professora Doutora Claudia Lima Marques; revisão de Antonia Espíndola Longoni Klee, formada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003, mestranda em Direito Privado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

\*\* Catedrática em Direito J. Waddy Bullion na *University of Texas School of Law (Austin)*.

<sup>1</sup> *Veja* North American Free Trade Agreement, doravante NAFTA, em 17 de Dezembro de 1992, Canadá, México e Estados Unidos da América, art. 1, 32 I.L.M. 289 (1993).

representantes das partes ou seus designados<sup>2</sup>. Embora a Comissão seja assistida por um Secretariado, este consiste, em verdade, em “Seções” nacionais separadas em cada país integrante do NAFTA<sup>3</sup>. O acordo não cria qualquer instituição legislativa ou judiciária. Entretanto, estabelece três mecanismos separados de solução de controvérsias por tribunais internacionais: um mecanismo geral de solução de controvérsias entre os países do NAFTA<sup>4</sup>; um mecanismo especial que substitui a revisão judicial de decisões nacionais a respeito de taxas de *antidumping* e de medidas compensatórias<sup>5</sup>; e um terceiro mecanismo que permite aos cidadãos dos países signatários do NAFTA que investem em outros países integrantes do acordo a submeterem reclamações contra o governo receptor do investimento à arbitragem que obriga e vincula as partes<sup>6</sup>. Mecanismos adicionais de solução de controvérsias foram estabelecidos por dois “acordos laterais” sobre questões ambientais e trabalhistas. Entretanto, minhas observações focalizarão apenas as cláusulas dispostas no NAFTA<sup>7</sup>.

## II. Cláusulas Gerais de Solução de Controvérsias do NAFTA

Os procedimentos gerais de solução de controvérsias do NAFTA assemelham-se aos do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947 (GATT) no sentido de que a participação é limitada aos países que são partes no acordo e que as disputas são decididas por painéis *ad hoc* compostos de *experts* independentes<sup>8</sup>. Todavia, o NAFTA contém um número de provimentos que se combinam para fazer com que o processo de painel pareça mais “judicial” que o processo de solução de controvérsias do GATT. Diferentemente do GATT, o NAFTA não permite que nenhuma das partes da disputa bloqueie a formação do painel. Um painel tem de ser estabelecido como “resposta” de um requerimento de qualquer país do NAFTA<sup>9</sup>. Além disso, se

<sup>2</sup> *Id.* art. 2001.

<sup>3</sup> *Id.* art. 2002.

<sup>4</sup> *Id.* Capítulo 20.

<sup>5</sup> *Id.* Capítulo 19.

<sup>6</sup> *Id.* Capítulo 11.

<sup>7</sup> Os países que assinaram o NAFTA negociaram separadamente os “acordos laterais” sobre questões ambientais e trabalhistas, que também contém previsões especiais sobre solução de controvérsias. Contudo, o mecanismo formal de solução de controvérsias nunca foi utilizado. Um mecanismo separado permitindo às partes privadas submeterem petições requerendo uma investigação real tem sido utilizado frequentemente, mas o relatório resultante não está autorizado a conter quaisquer opiniões legais ou conclusões. Para maiores discussões sobre as provisões do acordo lateral sobre questões ambientais, veja Patricia Hansen, *The Interplay between Trade and the Environment within the NAFTA Framework*, in ENVIRONMENT, HUMAN RIGHTS & INTERNATIONAL TRADE (Francesco Francioni ed., 2001).

<sup>8</sup> *Id.* art. 2009.

<sup>9</sup> *Id.* art. 2008.2. A parte autora deve primeiramente requerer consultas com as partes envolvidas. *Idem* art. 2006. Se as consultas não forem bem sucedidas, a parte deve então requerer um encontro da Comissão para Livre Comércio do NAFTA, que deve utilizar as técnicas de bons ofícios, conciliação, mediação, ou outros procedimentos de solução de controvérsias para resolver a disputa. *Idem* art. 2007. Um pedido para que seja estabelecido um painel não pode ser feito até trinta dias depois da reunião da Comissão. *Idem* art. 2008.1.

o painel determina que houve uma violação do acordo, este autoriza a parte que ganhou a disputa a impor sanções econômicas contra a outra parte, a menos que se alcance um acordo “mutuamente satisfatório” dentro de um prazo de trinta dias após o relatório final ser recebido<sup>10</sup>. As partes do NAFTA também estabeleceram Regras de Procedimento, assegurando o direito de ao menos uma audiência, assim como a oportunidade de promover petições inicial e de réplica escritas<sup>11</sup>. Finalmente, as decisões dos painéis do NAFTA devem ser publicadas em quinze dias, a menos que a Comissão para Livre Comércio decida diferentemente<sup>12</sup>.

Muitas dessas mudanças também foram incorporadas ao processo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC). No entanto, o processo de solução de controvérsias do NAFTA é significativamente menos judicial do que o processo que ocorre na OMC. Diversamente das decisões dos painéis da OMC, as decisões dos painéis do NAFTA não são recorríveis a qualquer órgão permanente de apelação. Ademais, as decisões dos painéis do NAFTA não são vinculantes para nenhuma das partes da disputa. Ao invés disso, o NAFTA dispõe que as partes da disputa “devem concordar” na solução da controvérsia, a qual “normalmente deve ser conforme” às determinações e recomendações do painel<sup>13</sup>.

Os países do NAFTA também têm retido maior controle sobre a seleção dos painelistas do que a seleção que existe na OMC. Na OMC, os painelistas são nomeados pelo Secretariado e não costumam sofrer oposições, exceto por “razões que venham a compeli-los”<sup>14</sup>. Os painéis não devem incluir cidadãos dos países em confronto, a menos que tais países concordem<sup>15</sup>. No NAFTA, contudo, são as partes que selecionam os painelistas. As partes disputantes devem primeiramente tentar concordar a respeito de quem será o presidente do painel, que pode ser um cidadão de qualquer país. Se as partes não conseguem acordar sobre quem irá presidir o painel, dentro de um prazo de quinze dias, uma das partes, selecionada por sorteio, deve escolher um indivíduo que não seja seu cidadão para coordenar o painel<sup>16</sup>. Seguindo à seleção do coordenador do painel, cada parte seleciona dois painelistas cidadãos do outro país<sup>17</sup>. As partes acordam em estabelecer um rol de indivíduos que podem servir nos painéis do NAFTA e proíbem quaisquer impugnações aos painelistas escolhidos do rol, por qualquer outra razão que não sejam conflitos de interesse ou por questões de

<sup>10</sup> *Id.* art. 2019.1.

<sup>11</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 2012.1; North American Free Trade Agreement: Model Rules of Procedure for Chapter 20, <http://www.nafta-sec-alena.org> [doravante Regras de Procedimento] (última visita em 13 de fevereiro de 2003).

<sup>12</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 2017.4.

<sup>13</sup> *Id.* art. 2018.1.

<sup>14</sup> General Agreement on Tariffs and Trade: Multilateral Trade Negotiations (the Uruguay Round): Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 15/Dez/1993, art. 8.6, Documento GATT MTN/FA II-A2, 33 I.L.M. 112 (1994).

<sup>15</sup> *Id.* art. 8.3.

<sup>16</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 2011.1.

<sup>17</sup> *Id.* art. 2011.2.

demonstração (*disclosure issues*, no original) expressos em um Código de Conduta especial<sup>18</sup>.

Na prática, as partes do NAFTA têm sido capazes de exercer inclusive um controle maior sobre a seleção de painéis específicos. Os países integrantes do acordo ainda não têm sido capazes de concordar no rol pré-aprovado de painelistas. Se os painelistas não são escolhidos por meio do rol, o acordo permite que cada parte exerça uma impugnação peremptória contra qualquer painelista proposto, dentro de quinze dias depois da proposta<sup>19</sup>. Este provimento levou a atrasos significativos na formação de painéis, de acordo com os provimentos de solução de controvérsia previstos no NAFTA, posteriormente desencorajando o caráter “judicial” do procedimento de painel.

Além disso, as partes do NAFTA têm raramente recorrido aos procedimentos de solução de controvérsias do acordo. Em vários casos, os países signatários têm optado por invocar as regras da OMC e levado suas disputas àquela organização, a invocar as cláusulas do acordo sobre as regras de solução de controvérsias aplicáveis<sup>20</sup>. Desde que o acordo entrou em vigor em 1995, apenas três decisões de painéis do NAFTA foram emitidas. Em cada um dos casos, os Estados Unidos da América foram a parte vencedora. A primeira decisão defendeu a existência de determinadas tarifas agrícolas canadenses, pela leitura do NAFTA no sentido de incorporar um acordo posterior da OMC que autorizava as tarifas<sup>21</sup>. A segunda decisão determinou que os Estados Unidos da América falharam em justificar restrições temporárias às importações de vassouras mexicanas, porque não explicaram propriamente de que forma aquelas importações causaram problemas para a “indústria doméstica”<sup>22</sup>. Na terceira decisão, um painel do NAFTA entendeu que a contínua moratória dos Estados Unidos da América sobre a entrada de caminhões mexicanos não poderia ser justificada sob o NAFTA<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> O Código requer que sejam reveladas e evitadas as questões “que possam dar margem a uma aparência de impropriedade ou uma apreensão de parcialidade”. North American Free Trade Agreement: Code of Conduct for Dispute Settlement Procedures under Chapters 19 and 20, <http://www.nafta-see-alena.org> [doravante Código de Conduta] (última visita em 13 de fevereiro de 2003).

<sup>19</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 2011.3.

<sup>20</sup> *Veja, e.g.,* Canada – Certain Measures Concerning Periodicals, Report of the Appellate Body, WTO Doc. WT/DS31/AB/R (June 30, 1997). O NAFTA permite que a parte discordante invoque tanto a resolução de controvérsias da OMC, como a do NAFTA, em matérias tratadas nos dois acordos, a menos que o problema envolva certas questões ambientais, de saúde, ou de segurança. NAFTA, nota 1 *supra*, art. 2005. Para uma discussão geral sobre a utilização das cláusulas gerais de solução de controvérsias do NAFTA, veja David Lopez, *Dispute Resolution under NAFTA: Lessons from the early experience* (1997).

<sup>21</sup> *In re* Tarifas Aplicadas pelo Canadá a certos produtos agrícolas norte-americanos (U.S. v. Canada), Painel Arbitral estabelecido relativamente ao Capítulo 20 do NAFTA. Número CDA-95-2008-01. <http://www.sice.oas.org/DISPUTE/nafta/English/ca95081a.asp> (última visita em 13 de fevereiro de 2003).

<sup>22</sup> *In re* Ação Norte-Americana contra vassouras de milho do México (U.S. v. México), Painel Arbitral estabelecido relativamente ao Capítulo 20 do NAFTA. Número USA-97-2008-01. <http://www.sice.oas.org/dispute/nafta/English/us97801a.asp> (última visita em 13 de fevereiro de 2003).

<sup>23</sup> *In re* Serviços de Caminhões Transfronteiriços (U.S. v. Mexico), Painel Arbitral estabelecido relativamente ao Capítulo 20 do NAFTA. Número USA-Mex-98-2008-01, <http://www.sice.oas.org/dispute/nafta/english/us98801a.asp> (última visita em 13 de fevereiro de 2003).

Substancialmente, essas três decisões são bastante similares a “produtos judiciais”, repletas como são de referências à Convenção de Viena sobre Tratados, tratados em direito internacional, e decisões anteriores de outros tribunais internacionais, incluindo a Corte Internacional de Justiça (CIJ), assim como a OMC, o GATT e os painéis do NAFTA. Talvez isso sequer seja uma surpresa, já que a maioria dos painelistas seja professor de Direito e todos, à exceção de um, sejam advogados<sup>24</sup>. As três decisões foram unânimes.

Embora nenhuma questão de observância do acordo tenha sido levantada depois da decisão do primeiro painel (que entendeu não ter havido violação do tratado), foram levantadas questões significativas sobre o cumprimento (do tratado), relacionadas às decisões do segundo e do terceiro painéis. No segundo caso, os Estados Unidos da América finalmente retiraram as impróprias restrições de importação, mas não antes de terem se passados dez meses completos da decisão ter sido prolatada e em um documento que não fez referência à decisão do painel<sup>25</sup>. O cumprimento da decisão tornou-se ainda mais difícil no terceiro caso. Praticamente dois anos depois da decisão do painel, os Estados Unidos da América ainda não permitiram a entrada de caminhões mexicanos, como determinado na decisão<sup>26</sup>.

As cláusulas gerais sobre solução de controvérsias do NAFTA também tornam extremamente difícil para partes privadas e não-governamentais participarem dos procedimentos de solução de controvérsias. Somente as partes signatárias do NAFTA têm o direito de invocar os provimentos gerais para solução de controvérsias do acordo. Uma vez que um país tenha invocado o mecanismo de solução de controvérsias, qualquer outro país signatário pode também participar dos procedimentos<sup>27</sup>. Contudo, embora o acordo permita que os painéis colem informações sobre “qualquer pessoa ou órgão que lhes pareça apropriado”<sup>28</sup> ou requisitar um parecer escrito de um “grupo científico de revisão” em assuntos

<sup>24</sup> O primeiro painel estabelecido de acordo com as cláusulas gerais de solução de controvérsias do NAFTA incluiu dois professores de Direito norte-americanos, dois professores de Direito canadenses, dois advogados mexicanos (um dos quais também era professor de Direito), e um oficial do governo australiano que não era advogado. David Gantz, *Dispute Settlement Under the NAFTA and the WTO: Choice of Forum Opportunities and Risks for the NAFTA Parties*, 14 AM. U. INT'L. L. REV. 1025, 1041 n. 91 (1999). O terceiro painel foi presidido pelo professor de Direito inglês J. Martin Hunter e contou com o professor de Direito norte-americano David Gantz, com o professor de Direito e Advogado mexicano Alejandro Ogarrío, com o advogado mexicano Luis Miguel Diaz, e com o procurador federal e ex-oficial do governo norte-americano C. Michael Hathway.

<sup>25</sup> Veja Proclamação n. 7154, 63 Fed. Reg. 67,761 (3 de dezembro de 1998).

<sup>26</sup> Em novembro de 2002, o Presidente finalmente emitiu uma ordem modificando a moratória para permitir a entrada em solo norte-americano de caminhões mexicanos. Determinação de acordo com o Ato de Conclusão Interestatal da Comissão de Comércio de 1995, em 67 Fed. Reg. 71, 795 (27 de novembro de 2002). Entretanto, uma decisão posterior de uma corte de apelação norte-americana bloqueou toda e qualquer entrada de caminhões mexicanos, até que o Departamento de Transportes realize estudos mais aprofundados sobre o impacto ambiental dos caminhões. Veja *infra* nota 35 e texto que acompanha a nota. O México ainda não tomou nenhuma medida de retaliação contra os Estados Unidos da América.

<sup>27</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 2013.

científicos, os painéis podem apenas proceder dessa maneira "submetidos aos termos e condições com que as partes disputantes concordarem"<sup>29</sup>. Nesse sentido, diversamente dos painéis da OMC, os painéis do NAFTA ainda não permitiram qualquer participação por *amicus curiae* no processo de solução de controvérsias. Ademais, ainda que o NAFTA permita a publicação das decisões finais dos painéis, todos os documentos submetidos, audiências e deliberações dos painéis (e, no momento da publicação do parecer final, mesmo os nomes de cada um dos painelistas) permanecem confidenciais<sup>30</sup>.

Finalmente, as instituições judiciais internas (tribunais nacionais) dos países integrantes do NAFTA têm sido largamente impedidas de desempenhar qualquer papel construtivo na solução de disputas a eles submetidas entre os Estados-partes do NAFTA. O acordo expressamente proíbe o estabelecimento de um direito privado de ação segundo o direito de qualquer país, alegando violação do NAFTA por outros países signatários<sup>31</sup>. Além disso, nos Estados Unidos da América, o Congresso proibiu qualquer outra pessoa além dos do próprio Estado de propor qualquer ação, qualquer objeção à ação ou à omissão governamentais ou qualquer defesa com base no NAFTA<sup>32</sup>. O Congresso também limitou a habilidade das cortes internas, ao formularem leis internas, de considerar as obrigações dos Estados Unidos da América determinadas pelo NAFTA. Qualquer provimento do NAFTA que seja inconsistente com alguma lei federal não tem efeito, e a lei federal que implementa o tratado não deve ser utilizada para emendar ou modificar qualquer lei federal "a menos que especificamente criada para" no acordo<sup>33</sup>. Entretanto, uma lei estadual ou local pode ser declarada inválida com base na sua inconsistência com o NAFTA; tal declaração só poderá ser obtida em ação trazida pelos Estados Unidos da América para aquela finalidade<sup>34</sup>.

Essa estrutura dualista possibilita o conflito, ao invés de cooperação, entre os tribunais internos e internacionais. Por exemplo, a Corte de Apelação do Nono Circuito dos Estados Unidos da América (*U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*) recentemente prolatou uma decisão bloqueando a entrada de caminhões mexicanos nos Estados Unidos da América, até que o Departamento de Transportes Norte-Americano realize estudos mais aprofundados sobre o impacto ambiental dos caminhões<sup>35</sup>. No entanto, a corte federal se absteve de fazer qualquer

---

<sup>28</sup> *Id.* art. 2014.

<sup>29</sup> *Id.* art. 2015.

<sup>30</sup> Código de Conduta, nota 18 *supra*, pt. VI; Regras de Procedimento, nota 11 *supra*, parágrafos 25 (nomeia pessoas que podem comparecer às audiências), 35 (requer que sejam confidenciais as audiências dos painéis, bem como as deliberações e os pareceres iniciais, e todas as comunicações e os documentos escritos submetidos ao painel).

<sup>31</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 2021.

<sup>32</sup> Ato de Implementação do NAFTA (*North American Free Trade Agreement Implementation Act*), § 102 (c), Pub. L. No. 103-182, 107 Stat. 2057 (1993).

<sup>33</sup> *Id.* § 102 (a).

<sup>34</sup> *Id.* § 102 (b)(2).

consideração sobre a decisão do painel do NAFTA relacionada à obrigação dos Estados Unidos da América de permitirem a entrada dos caminhões mexicanos. A corte observou superficialmente que o NAFTA explicitamente permite que cada país mantenha suas próprias medidas ambientais e que o acordo tem a intenção tanto de fortalecer as leis ambientais, como de contribuir para o comércio mundial e a cooperação internacional. Contudo, a corte enfatizou que sua decisão tratou exclusivamente da lei norte-americana e, portanto, não ofereceu conclusões sobre a validade do NAFTA ou o cumprimento do acordo por parte dos Estados Unidos da América.

### III. Disputas de Taxas de Antidumping e de Medidas Compensatórias

As taxas (ou também, para efeitos de tradução, os direitos alfandegários) de antidumping e de medidas compensatórias (“*antidumping and countervailing duties*”, no original) são propostas para minimizar os efeitos dos subsídios governamentais e dos preços discriminatórios ou abaixo do custo. Diversamente da União Européia, o NAFTA não proíbe a imposição de taxas alfandegárias de antidumping e de compensação sobre as importações advindas de outros países que sejam partes do acordo. Ao invés disso, permite a cada país aplicar suas próprias leis sobre taxas de antidumping e de medidas de compensação para importar de outros países signatários<sup>36</sup>. Entretanto, estabelece um mecanismo único de revisão dessas taxas, envolvendo importações dos países signatários do acordo. Frequentemente, cada país do NAFTA autoriza agências domésticas específicas para requisitarem as determinações das taxas de antidumping e de medidas compensatórias, que são submetidas à revisão judicial em corte federal. No entanto, os países signatários podem suprimir a revisão judicial nas cortes federais e requisitar que as determinações das agências, envolvendo as importações de seus territórios, sejam revisadas por um painel binacional *ad hoc* composto por seus próprios cidadãos, assim como cidadãos do país importador<sup>37</sup>.

Diferentemente dos painéis estabelecidos segundo as cláusulas gerais de solução de controvérsias do NAFTA, os painéis binacionais não reexaminam a consistência das medidas domésticas com relação às obrigações legais internacionais impostas pelo NAFTA. Em vez disso, os painéis binacionais realizam a mesma função que é normalmente desempenhada pelas cortes domésticas. Assim como as cortes nacionais, eles devem revisar a consistência das ações das agências internas com relação aos padrões jurídicos *domésticos*. Ao chegarem às suas decisões, os painéis binacionais devem aplicar a mesma lei – incluindo todos os estatutos

<sup>35</sup> Public Citizen v. Department of Transportation, 316 F.3d 1002 (9<sup>th</sup> Circuit, 2003).

<sup>36</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 1902.1.

<sup>37</sup> *Id.* art. 1904.

relevantes, a história legislativa, os regulamentos, a prática administrativa, os precedentes judiciais, o padrão de revisão e princípios gerais de direito - que seriam normalmente aplicados pelas cortes domésticas do país importador<sup>38</sup>.

Assim como as cortes domésticas que eles substituem, os painéis binacionais permitem completa participação de partes não-governamentais. Ainda que a revisão por um painel binacional possa ser requisitada por iniciativa particular de qualquer país integrante do NAFTA, também pode ser requerida por iniciativa de qualquer pessoa que seria legitimada a apelar da determinação em qualquer corte doméstica sob as leis do país importador<sup>39</sup>. Além disso, qualquer pessoa que teria o direito de participar e de ser representada em um procedimento doméstico de revisão judicial deve ter o direito de participar e de ser representada por conselho perante um painel binacional<sup>40</sup>.

Os painéis binacionais são compostos em sua maioria por advogados e, na medida do possível, por juízes ou ex-juízes. Dos cinco membros de um painel binacional, pelo menos três painelistas (incluindo o presidente) devem ser advogados de reputação ilibada<sup>41</sup>. Os painelistas devem ser cidadãos de um país integrante do NAFTA, devem ser pessoas de “bom caráter e alta reputação” familiarizados com o direito do comércio internacional, e não devem ser afiliados a nenhuma parte do NAFTA<sup>42</sup>. As partes são requeridas a estabelecer um rol de potenciais painelistas, que deve incluir juízes ou ex-juízes “na maior medida possível”<sup>43</sup>. Diversamente da lista de painelistas requerida segundo os provimentos gerais de solução de controvérsias do NAFTA, um rol de candidatos para os painéis binacionais tem sido válido por muitos anos<sup>44</sup>.

Diferentemente das cortes domésticas, contudo, os painéis binacionais requerem um processo de seleção de seus membros que propicia manobras políticas em cada disputa. O NAFTA possibilita que cada um dos países envolvidos indique dois dos cinco painelistas, e os dois países devem, então, tentar acordar sobre o

---

<sup>38</sup> *Id.* arts. 1904.2 – 1904.3. Também é requerido às partes do NAFTA fazerem determinadas emendas a suas leis previamente existentes, de forma a cumprir com o acordo, que estabeleceu um mecanismo para revisão de emendas de leis que qualquer país pode desempenhar no futuro. Veja *id.* arts. 1902 – 1903, Anexo 1904.15.

<sup>39</sup> *Id.* art. 1904.5. Nos Estados Unidos da América, determinações sobre taxas de antidumping e de medidas compensatórias podem ser recorridas por qualquer parte interessada (incluindo o fabricante estrangeiro, o produtor, o exportador, o importador norte-americano, o governo do país exportador, e produtores norte-americanos, uniões e associações de comércio representando pessoas engajadas na produção de um produto nacional similar) que também é parte no procedimento que é objeto do recurso. 19 U.S.C. § 1516a(a) (2000).

<sup>40</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 1904.7. Nos Estados Unidos da América, qualquer parte interessada que foi parte no procedimento tem o direito de ser ouvida como uma parte interessada perante a Corte de Comércio Internacional dos EUA. 19 U.S.C. § 1516a(a) (2000).

<sup>41</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, Anexo 1901.2.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> North American Free Trade Agreement: Binational Panel Rosters, <http://nafta-sec-alena.org/english/roster/roster.htm> (última visita em 20 de abril de 2003).

<sup>45</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, Anexo 1901.2.

quinto painelista<sup>45</sup>. O coordenador do painel é indicado dentre os advogados do painel, pela maioria dos votos dos próprios painelistas<sup>46</sup>. No entanto, cada país pode utilizar impugnações peremptórias para desqualificar até quatro candidatos propostos pela outra parte<sup>47</sup>. O acordo possibilita que os painelistas sejam selecionados por sorteio dos integrantes da lista, se os quatro primeiros painelistas não são escolhidos dentro de quarenta e cinco dias e o quinto painelista não é escolhido dentro de sessenta dias. Contudo, os países do NAFTA parecem ter tido alguma dificuldade em cumprir esses prazos<sup>48</sup>.

Os países signatários do NAFTA também enfrentaram significativa dificuldade para encontrar painelistas aptos a obedecer ao Código de Conduta. O Código requer que os painelistas evitem qualquer questão que possa afetar sua independência ou imparcialidade ou que “possa razoavelmente criar uma aparência de impropriedade ou apreensão de parcialidade”<sup>49</sup>, ou que revelem essa questão, quando for o caso. Os membros de painéis binacionais não podem representar nenhum país participante de um procedimento em qualquer procedimento administrativo subsequente, tribunal, ou procedimento de painel binacional envolvendo os mesmos produtos<sup>50</sup>. Também, eles devem esperar um ano inteiro antes de poderem aconselhar ou representar pessoalmente qualquer um dos países em disputa em qualquer questão subsequente sobre taxas de antidumping ou sobre medidas compensatórias<sup>51</sup>. Tais requerimentos impuseram significativas dificuldades para vários painelistas, muitos dos quais são advogados atuantes que precisam continuar suas atividades profissionais durante o processo do painel. Os painéis binacionais têm sido freqüentemente adiados em virtude da repetida retirada de painelistas e da necessidade de suspender um painel até que um substituto seja encontrado<sup>52</sup>.

Semelhantemente às decisões das cortes domésticas, as decisões finais emitidas pelos painéis binacionais são vinculantes para as partes, no que respeita ao problema específico envolvido<sup>53</sup>. A falha em cumprir uma decisão do painel

---

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> Veja James A. Holbein, *NAFTA Chapter 19: The U.S. Secretariat's Perspective*, in *CORPORATE LAW AND PRACTICE COURSE HANDBOOK SERIES 769, 778* (Practising Law Institute 1998).

<sup>49</sup> Código de Conduta, nota 18, pt. II.A. Uma aparência de impropriedade ou apreensão quanto à parcialidade é criada na situação em que uma “pessoa razoável, com conhecimento de todas as circunstâncias relevantes que uma razoável inquirição revelaria, concluiria que a habilidade do membro ou candidato está prejudicada para se incumbir dos deveres com integridade, imparcialidade e competência”. *Id.* no pt. II, Nota introdutória. O teste é elaborado segundo o da “pessoa razoável” ou “observador objetivo”, enunciado no Código de Conduta para juizes norte-americanos, “que foi considerado pelas partes signatárias do NAFTA por refletir os elementos apropriados do teste encontrado na jurisprudência de cada país”. James A. Holbein & Alicia D. Greenidge, *NAFTA Code of Conduct Provides International Guidelines for Ethical Behavior*, 1 *NAFTA: L. & Bus. REV. AM.* 50, 57 (1995).

<sup>50</sup> Código de Conduta, nota 18 *supra*, pt. V.B.

<sup>51</sup> *Id.* pt. V.A.

<sup>52</sup> Esses atrasos podem ser devidos à falta de vontade entre as partes do NAFTA em obedecer às datas limites para as seleções dos painéis, estabelecidas no acordo. Holbein, nota 48 *supra*, p. 778.

<sup>53</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 1904.9.

binacional pode resultar na suspensão do processo do painel binacional ou em outras sanções apropriadas<sup>54</sup>.

Não se pode apelar de decisões do painel binacional em cortes domésticas. Ao invés disso, o NAFTA estabelece um mecanismo de revisão limitada das decisões do painel binacional a um “Comitê Extraordinário de Disputa” (“*Extraordinary Challenge Committee*”, no original) *ad hoc* composto de juízes ou ex-juízes cidadãos dos países do NAFTA<sup>55</sup>. Contudo, o comitê não pode deixar de aplicar uma decisão do painel binacional, a não ser que considere que ela tenha sido “materialmente afetada” por erro ético, procedimental ou jurisdicional, e que o erro seja suficientemente sério para que ele “ameace a integridade do processo de revisão do painel binacional”<sup>56</sup>. Não surpreendentemente, poucos comitês foram formados e ainda não se deixou de aplicar nenhuma decisão pelo Capítulo Dezenove<sup>57</sup>.

Diferentemente das disposições para solução de controvérsias do NAFTA, o processo de painel binacional tem sido freqüentemente invocado, com vinte e nove casos ativos e sessenta e nove casos completos, até 11 de janeiro de 2003.<sup>58</sup> As decisões têm sido, em geral, extremamente profissionais, originadas da discussão extensiva das decisões tomadas anteriormente pelas cortes nacionais e por outros painéis binacionais. Na maioria dos casos, as decisões são unânimes. Em um caso, contudo, os Estados Unidos da América e o Canadá terminaram por negociar uma solução política para a disputa seguida da decisão do painel, que era dividida entre as linhas nacionais<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Se um Comitê especial determina que as leis internas de um país do NAFTA evitaram a implementação de uma decisão, os demais países podem suspender o funcionamento do processo do painel binacional, ou de outros provimentos do acordo, com respeito àquele país. *Id.* art. 1905.

<sup>55</sup> Cada parte da disputa seleciona um dos três membros do comitê. Elas devem então decidir por sorteio quem dentre elas irá selecionar o terceiro membro do comitê. *Id.* Anexo 1904.13.

<sup>56</sup> *Id.* art. 1904.13.

<sup>57</sup> Veja, e.g., *Live Swine from Canada*, ECC-93-1904-01 USA (8 de abril de 1993) disponível em 1993 FTAPD LEXIS 1. A decisão foi prolatada de acordo com os provimentos do painel binacional do Acordo para Livre Comércio entre Estados Unidos da América e Canadá, que formou a base dos atuais provimentos do NAFTA. O Comitê afirmou que “sentiu que o Painel teria errado”, mas “que não estava persuadido de que o Painel manifestamente excedeu” o padrão apropriado de revisão. *Id.* em 14-15. Veja também *Softwood Lumber Agreement*, 29 de maio de 1996. U.S.-Can., 35 I.L.M. 1195 (1996).

<sup>58</sup> Dos casos ativos, vinte e três envolvem as determinações das agências norte-americanas, dois envolvem as determinações da agência canadense, dois envolvem determinações da agência mexicana e um envolve o Comitê Extraordinário de Disputas (*Extraordinary Challenge Committee*, no original). Dos casos completos, trinta e dois envolveram determinações da agência norte-americana, dezessete casos envolveram determinações da agência canadenses e dez envolveram determinações da agência mexicana. Ademais, cinquenta e dois casos foram resolvidos por painéis binacionais, segundo o Acordo para Livre Comércio entre os Estados Unidos da América e o Canadá, o qual precedeu o NAFTA e formou as bases para o processo de painel binacional deste último. Secretariado do NAFTA, *Completed FTA Panel Reviews*, <http://nafta-sec-alena.org/english/decisions/decisions.htm> (última visita em 20 de abril de 2003).

<sup>59</sup> *Softwood Lumber Agreement*, 29 de maio de 1996, 35 LL.M. 1195 (1996); Charles Gastle & Jean Castel, *Should the North American Free Trade Agreement Dispute Settlement Mechanism in Antidumping and Countervailing Duty Cases Be Reformed in the Light of Softwood Lumber III?*, 26 LAW & POL'Y INT'L BUS. 823, 823-24(1995).

O processo binacional tinha, originalmente, a intenção de promover uma solução temporária para impasses políticos entre os Estados Unidos da América e seus parceiros no acordo, considerando o uso contínuo das taxas de antidumping e de medidas compensatórias no âmbito do NAFTA<sup>60</sup>. Para o Canadá, particularmente, a eliminação das taxas de antidumping e de medidas compensatórias dos Estados Unidos da América tem sido uma questão política crítica. Entretanto, os Estados Unidos da América não estão querendo concordar com isso. Enquanto isso, o processo binacional ajudou os países a evitarem o que alguns assumiram como os custos excessivos e atrasos do processo judicial norte-americano<sup>61</sup> e aumentou as percepções de justiça (*fairness*) em procedimentos de antidumping e de medidas compensatórias<sup>62</sup>. Ao longo do processo, o sistema também ajudou os advogados dos países do NAFTA a adquirirem uma melhor compreensão dos sistemas legais dos outros países signatários<sup>63</sup>.

Todavia, há sérias dúvidas sobre a viabilidade do sistema de painel binacional enquanto uma solução em longo prazo dos problemas originados pelas taxas de antidumping e pelas medidas compensatórias. No seu voto dissidente ao Comitê Extraordinário de Disputa em relação ao caso *Softwood Lumber*, o ex-juiz federal dos Estados Unidos da América Malcolm Wilkey expressou fortes considerações sobre a competência de advogados e juizes estrangeiros para aplicar princípios

---

<sup>60</sup> O processo de painel binacional foi primeiramente estabelecido no Acordo para Livre Comércio entre os Estados Unidos da América e o Canadá, o qual estabeleceu o mecanismo para um período de cinco a sete anos "na dependência do desenvolvimento de um sistema de regras substituído em ambos os países para as taxas de antidumping e de medidas compensatórias, como determinado no seu acordo bilateral". Acordo para Livre Comércio entre Estados Unidos da América e Canadá, em 2 de janeiro de 1988, arts. 1906-1907, U.S.-Can., 27 I.L.M. 293 (1988). O NAFTA não inclui qualquer limite temporal na continuidade do sistema binacional, mas prevê que os países signatários possam "consultar" sobre o potencial de um novo sistema de regras. NAFTA, nota 1 *supra*, art. 1907.2.

<sup>61</sup> As regras de procedimento estabelecidas para a revisão do painel binacional foram designadas para permitir o preenchimento de petições iniciais, apresentação de memorandos, sustentação oral e uma decisão escrita do painel dentro de 315 dias. NAFTA nota 1 *supra*, art. 1904.14. O processo de revisão judicial nos Estados Unidos da América pode vir a ser significativamente longo. Veja, e.g., Gary Horlick & Amanda DeBusk, *Dispute Resolution Panels of the US-Canada Free Trade Agreement: The First Two and One-Half Years*, 37 MCGILL L.J. 575, 581 (1992) (citando um estudo sobre as decisões tomadas pela Corte Norte-Americana de Comércio Internacional, mostrando um tempo médio de trinta e dois meses, contados a partir do protocolo judicial até a decisão do tribunal). Para a comparação de eficácia entre o painel binacional e os tribunais norte-americanos, veja Eric J. Pan *Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication*, 40 Harv. INT'L L. J. 379, 391 (1995).

<sup>62</sup> Arun Venkataraman, *Binational Panels and Multilateral Negotiations: A Two-Track Approach to Limiting Contingent Protection*, 37 COLUM. J. TRANSN'T'L L. 533, 578-79 (1999) (argumentando que o sistema binacional também promoveu decisões de "melhor qualidade" e aumentou a legitimidade das decisões do painel, e observando a queda significativa no número de taxas impostas pelos Estados Unidos da América contra o Canadá, desde a adoção dos procedimentos binacionais).

<sup>63</sup> Veja Jimmy Reyna, *NAFTA Chapter 19 Binational Panel Reviews in Mexico: A marriage of Two Distinct Legal Systems*, 5 U.S.-Mex. L.J. 65, 70 (1997); Jimmy Reyna, *Practice Before U.S.-Mexico Binational Panels Under Chapter Nineteen of NAFTA: A Panel Discussion*, 5 U.S.-Mex. L.J. 73, 75-77 (1997).

norte-americanos, considerando a revisão judicial da ação de agência administrativa<sup>64</sup>.

O juiz Wilkey também alertou para que a falta de apreciação dos princípios legais norte-americanos poderia levar a um conjunto divergente de padrões legais de comércio entre os países do NAFTA, situação que não foi vislumbrada, quando o processo binacional foi estabelecido<sup>65</sup>. Outros têm argumentado que o sistema de painel binacional viola previsões constitucionais em cada um dos países do NAFTA<sup>66</sup>. Enquanto esses argumentos constitucionais ainda não foram confirmados<sup>67</sup>, permanece a preocupação com a prudência em substituir a revisão por juízes federais que gozam de proteções constitucionais – tais como mandato vitalício – por painelistas *ad hoc* que devem aplicar leis estrangeiras com as quais não estão familiarizados, ademais de lidarem com as pressões competitivas de carreiras profissionais exigentes.

#### IV. Arbitragem Envolvendo O Estado-Investidor

O NAFTA também possibilita que os cidadãos dos países signatários que invistam em outro Estado-parte tenham direito à indenização monetária, em virtude de medidas estatais que violem as regras atinentes a investimentos, estabelecidas no Capítulo 11 do acordo. Nada obstante, os investidores podem não lançar mão deste mecanismo nas cortes internas dos Estados Unidos da América e do Canadá. Em vez disso, podem submeter o litígio a tribunais *ad hoc*, compostos por três árbitros: um deles é escolhido pela parte autora, outro, pela parte ré, e um terceiro, que presidirá o tribunal, através de um acordo entre ambas as partes,<sup>68</sup> ou pelo

---

<sup>64</sup> *Softwood Lumber Products from Canada*, ECC-94-1904-01USA (3 de agosto de 1994) (voto divergente de Malcolm Wilkey), disponível em 1994 WL 405928.

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> Veja, e.g., Barbara Bucholtz, *Sawing Off the Third Branch: Precluding judicial Review of Antidumping and Countervailing Duty Assessments Under Free Trade Agreements*, 19 MD. J. INT'L L. & TRADE 175 (1995); Robert Burke & Brian Walsh, *NAFTA Binational Panel Review: Should it Be Continued, Eliminated or Substantially Changed?*, 20 BROOK. J. INT'L L. 529, 559-61 (1995); Gregory Carman, *Resolution of Trade Disputes by Chapter Nineteen Panels: Long-Term Solution or Interim Procedure of Dubious Constitutionality?*, 27 STETSON L. REV. 643 (1997); Avi Gesser, *Why NAFTA Violates the Canadian Constitution*, 27 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 121 (1994); Jane Restani & Ira Bloom, *The Quick Solution to Complex Problems: The Article III Judge*, 18 FORDHAM INT'L L.J. 1668, 1673 nn.39-40 (1995). *Contra* Gilad Y Ohana, *Constitutionality of Chapter Nineteen of the United States-Canada Free Trade Agreement: Article III and the Minimum Scope of Judicial Review*, 89 COLUM. L. REV. 897 (1989).

<sup>67</sup> A lei norte-americana que implementa o NAFTA contém uma previsão especial para a revisão judicial da constitucionalidade do sistema de painel binacional. Veja 19 U.S.C. § 1516a(g)(4)(A) (2003). Atualmente, contudo, todas as impugnações constitucionais ao processo de painel binacional foram retiradas, ou rejeitadas por falta de legitimidade de agir. Veja, e.g., *American Coalition for Competitive Trade v. Clinton*, 128 F.3d 761, 762 (D.C. Cir. 1997).

<sup>68</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, art. 1123.

Secretário Geral da Convenção Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (*International Convention for the Settlement of Investment Disputes – ICSID*, no original).<sup>69</sup> Os investidores podem iniciar o processo de solução de disputas previstas no Capítulo 11, tanto em cortes mexicanas, como também nos tribunais administrativos; contudo, desde então perdem eles o direito de intentar quaisquer procedimentos arbitrais.<sup>70</sup>

Ainda que os investidores possam adotar procedimentos domésticos oferecidos pelas cortes dos países signatários, antes mesmo de iniciar a arbitragem calcada no Capítulo 11,<sup>71</sup> não estão eles *obrigados* a esgotar os recursos locais antes de instaurar a arbitragem.<sup>72</sup> Um investidor poderá relutar contra a adoção desde pronto de recursos internos, haja vista a demora que daí poderá resultar. Ademais, qualquer tribunal subsequente, realizado nos moldes do Capítulo 11, irá, provavelmente, preservar as determinações da lei interna por parte da corte doméstica, a não ser que as considere arbitrárias ou maliciosas, envolvendo “demora indevida”, “crítico e inadequado” emprego da justiça, ou “desvio fundamental dos princípios do direito mexicano.”<sup>73</sup>

Os procedimentos previstos no Capítulo 11 são regulados pelas regras de arbitragem comercial internacional, estabelecidas pela Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), ou pelas *ICSID Additional Facility Rules*.<sup>74</sup> Um laudo

<sup>69</sup> Se as partes em litígio não estiverem aptas para concordar quanto à escolha do árbitro que irá presidir o processo, em noventa dias, o Secretário Geral da Convenção Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (*International Convention for the Settlement of Investment Disputes – ICSID*, no original) estará incumbido de assim proceder. Na hipótese em que as partes não concordarem no que toca à lista de possíveis árbitros para presidir a disputa, consoante provisões do acordo, o Secretário Geral haverá de indicar um árbitro para presidente, dentre nacionais que não sejam cidadãos dos países do NAFTA, a partir do Painel de Árbitros da ICSID. *Id.* art. 1124.

<sup>70</sup> *Id.* art. 1121.

<sup>71</sup> Uma vez que um investidor inicia a arbitragem embasada no Capítulo 11, ele renuncia a seu direito de intentar ações indenizatórias, previsto na legislação doméstica. *Id.*

<sup>72</sup> Ainda que o esgotamento de recursos locais não seja de modo geral necessário como um requisito processual da arbitragem do NAFTA, será, sim, requisito substancial no que tange a certas demandas, fundadas diretamente em alegações de violações a tratado em uma ação judicial por uma corte doméstica. Veja BIN CHENG, *GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* 177-80 (1994); veja também William S. Dodge, *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA*, 23 *HASTINGS INT'L & COMP. L. REV.* 357, 376 n. 87 (2000).

<sup>73</sup> *Azinian v. United Mexican States*, Award, ¶¶ 96-99, 102-03, 120 (NAFTA Arb. Trib. 1 Nov. 1999), reimpresso em 39 *I.L.M.* 537 (2000).

<sup>74</sup> *UNCITRAL Arbitration Rules*, 15 *I.L.M.* 701 (1976); International Centre for Settlement of Investment Disputes: Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact Finding Proceedings, 21 *I.L.M.* 1443, 1458-69 (1982) [de agora em diante *ICSID Additional Facility Rules*]. O NAFTA também permite a arbitragem segundo as regras da ICSID, mas apenas se o país do investidor e o país em que ocorre a arbitragem são partes desta convenção. NAFTA, nota 1 *supra*, art. 1120.1. Todavia, essas regras não são aplicáveis atualmente, já que nem o Canadá nem o México fazem parte da Convenção.

arbitral que segue as regras estabelecidas no Capítulo 11 é cogente para as partes em disputa, bem como para o que toca ao caso concreto.<sup>75</sup> No entanto, as partes podem estabelecer procedimentos para revisar, afastar, ou mesmo anular o laudo arbitral nas cortes domésticas, consoante o direito interno do país do lugar da arbitragem, em 120 dias depois de proferido.<sup>76</sup> Uma vez que o laudo se torna definitivo, investidores podem buscar sua execução nas cortes domésticas de qualquer país parte do NAFTA, de acordo com a Convenção ICSID, com a Convenção de Nova Iorque, ou com a Convenção Interamericana.<sup>77</sup>

Mesmo que as cortes domésticas possam afastar laudos arbitrais embasadas na lei do país do lugar da arbitragem, há incerteza substancial (ou, também, material) sobre o padrão de revisão a ser aplicado a tais casos. Se o lugar da arbitragem for o Canadá, e se o laudo for proferido em detrimento desse país, então, aplica-se o direito federal canadense. A lei federal canadense é embasada na Lei Modelo da UNCITRAL para a revisão de decisões arbitrais, a qual possibilita apenas a revisão de imperfeições cruciais quanto à jurisdição ou ao procedimento, danosos à integridade da arbitragem como algo institucional, a exemplo de um excesso de jurisdição, ou notificação insuficiente.<sup>78</sup> Entretanto, se o lugar da arbitragem for no Canadá e a decisão for contra um país que não o Canadá, então o laudo há de ser revisado com base no direito da província eleita pelas partes como o lugar da arbitragem. Destarte, um laudo obtido por um investidor norte-americano contra o governo mexicano foi submetido à revisão calcada no direito da província de British Columbia, tendo em vista que ela constituía o lugar da arbitragem.<sup>79</sup> Há, também, significativos questionamentos quanto ao padrão de revisão aplicável nos Estados Unidos da América, pois que aplica um padrão separado, previsto no Ato Federal de Arbitragem (*Federal Arbitration Act*), e no México, que adotou a Lei Modelo da UNCITRAL, embora ainda não tenha esclarecido se tal lei é aplicável também às decisões arbitrais do Capítulo 11.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, arts. 1136.1-1136.5 (possíveis descumprimentos das decisões arbitrais definitivas do Capítulo 11 sujeitam-se aos provimentos gerais de solução de controvérsias do NAFTA, já debatidas *supra* nas notas 8-13 e no texto que as acompanha.).

<sup>76</sup> Isto é verdadeiro apenas para as arbitragens sujeitas às regras da UNCITRAL ou da ICSID (*Additional Facility Rules*). As regras da ICSID proíbem a revisão em cortes domésticas, possibilitando, por outro lado, a revisão interna, isto é, por meio de um comitê de anulação *ad hoc*. *Convention on the Settlement of the Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 18 de março de 1965, art. 52, 17 U.S.T. 1270, reimpresso em 4 I.L.M. 532, 541 (1965). Veja W. MICHAEL REISMAN, *SYSTEMS OF CONTROL IN INTERNATIONAL ADJUDICATION AND ARBITRATION* 46-50 (1992).

<sup>77</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, arts. 1136.4, 1136.6.

<sup>78</sup> Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas de Direito Comercial Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), de 21 de junho de 1985, Anexo I, art. 34, U.N. Doc. A/40/17, reimpresso em 24, I.L.M. 1302 (1985).

<sup>79</sup> *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, [2001] 89 B.C.L.R.3d 359 (B.C.).

<sup>80</sup> A revisão de laudos do Capítulo 11 nos Estados Unidos da América sujeita-se ao Ato Federal de Arbitragem (*Federal Arbitration Act – FAA*), 9 U.S.C. §§ 1-16 (1994). Todavia, as cortes norte-americanas interpretaram o FAA como deixando em aberto para que haja um fundamento adicional de direito consuetudinário capaz de afastar um laudo; tal fundamento é denominado de padrão de “desconsideração manifesta”, ou, no original, “*manifest disregard*” standard. *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427, 436 (1953). A lei mexicana aplicável pode ser encontrada em 4 C.O.D. COM. arts. 1415-63 (1996).

As cláusulas que estabelecem os procedimentos arbitrais no Estado-investidor integrante do NAFTA foram largamente inspiradas na minuta do Tratado Modelo para Investimento Bilateral (*Model Bilateral Investment Treaty – BIT*, no original) de 1987. Os Estados Unidos da América utilizaram essa minuta como base para uma série de tratados bilaterais envolvendo investimentos, negociados com países em desenvolvimento a partir da década de 1970.<sup>81</sup> O objetivo desses tratados era “criar uma rede de tratados bilaterais, abrangendo um padrão imediato, adequado e efetivo que contrariaria as afirmações de que a prática dos países não mais revelava tal padrão” e “proteger os investimentos mobiliários existentes, de propriedade de nacionais norte-americanos ou de empresas no território de outros países.”<sup>82</sup> Os dispositivos que determinam a arbitragem nos Estados-investidores foram elaborados para “despolitizar” as disputas envolvendo investimentos, estabelecendo mecanismos jurídicos, “que não implicariam no envolvimento do governo do país dos investidores.”<sup>83</sup> Portanto, investidores não precisam persuadir seus próprios governos a defenderem seus pedidos, no intuito de obterem compensação.

As provisões que estabelecem a arbitragem no do Estado-investidor do NAFTA realmente não foram muito utilizadas durante os primeiros três anos da entrada em vigor do acordo. Todavia, em 1997, a filial canadense da Ethyl Corporation, uma companhia do estado da Virgínia, nos Estados Unidos da América, submeteu um pedido de indenização, com base em uma lei canadense que proibia a importação do aditivo MMT empregado na gasolina livre de chumbo (*unleaded gasoline*, no original).<sup>84</sup> O Canadá estabeleceu o valor da causa em treze milhões de dólares norte-americanos, depois que uma corte canadense entendeu ser a lei inválida segundo o direito canadense. Consoante o Ministério de Relações Exteriores dos Estados Unidos da América (*U.S. Department of State*, no original), no mínimo outros dezoito litígios baseados nos procedimentos do Capítulo 11 foram protocolados desde aquela época: oito contra o México, seis contra os Estados Unidos da América, e quatro contra o Canadá.<sup>85</sup> Vários laudos arbitrais foram proferidos, inclusive uma decisão de dezesseis milhões e setecentos mil dólares norte-americanos contra o México, pelo fechamento de uma instalação de lixo

---

<sup>81</sup> BIT MODEL NEGOTIATING TEXT (Set. 1987 Draft), *reimpresso em* KENNETH J. VANDELDELDE, UNITED STATES INVESTMENT TREATIES: POLICY AND PRACTICE app. A-4, p. 27 (1992). *Veja em geral* Kenneth Vandeveldel, *U.S. Bilateral Investment Treaties: The Second Wave*, 14 MICH. J. INT'L L. 621 (1993) (discutindo a utilização das minutas do Tratado Modelo para Investimento Bilateral (*Model BIT*, no original) na conclusão de diversos tratados).

<sup>82</sup> Vandeveldel, nota 81 *supra*, p. 625.

<sup>83</sup> *Id.* p. 626.

<sup>84</sup> Ethyl Corp. v. Canada, Laudo quanto à jurisdição (NAFTA Arb. Trib. de 24 de junho de 1998), *reimpresso em* 38 I.L.M. 708 (1999).

<sup>85</sup> *Veja* NAFTA Investor-State Arbitration, U.S. Dep't of State, <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm> (última visita em 20 de fevereiro de 2003).

nocivo;<sup>86</sup> uma outra decisão de mais de seis milhões de dólares norte-americanos contra o Canadá, em razão de um embargo temporário às exportações de lixo PCB para os Estados Unidos da América, no final de 1995;<sup>87</sup> e uma decisão acima de quatrocentos e sessenta mil dólares norte-americanos contra o Canadá, por causa da destinação de certas quotas de exportação, por conta de um acordo especial com os Estados Unidos da América.<sup>88</sup>

Vários dos casos protocolados segundo as regras de investimentos do NAFTA buscaram indenização, fundados em que as medidas regulatórias impostas por autoridades nacionais ou locais consistiriam em algo “equivalente à expropriação”, ou que violariam o direito do investidor a “tratamento justo e igualitário” e à “total proteção e segurança”.<sup>89</sup> Muitas cortes arbitrais estabelecidas conforme o Capítulo 11 determinaram que esses dispositivos incorporaram princípios do costume internacional. Não obstante, há pouco consenso a respeito da natureza de tais princípios. Até mesmo no direito interno, questões envolvendo “regulamentação de receitas” remanescem indeterminadas, redundando intenso debate e discordância. Outrossim, algumas cortes estabelecidas conforme as provisões do Capítulo 11 decidiram que tais termos vão muito além do costume internacional. No caso *Metalclad*, por exemplo, o tribunal entendeu que o México havia negado a certo investidor “tratamento justo e igualitário”, pois o governo local tinha se recusado a conceder a licença para construção, sem antes estabelecer um sistema “transparente” de regras para tanto.<sup>90</sup> De modo similar, no caso *Pope & Talbot*, o tribunal decidiu que a necessidade de “tratamento justo e igualitário” incorporaria elementos usuais de justiça (*fairness*) mais além do direito costumeiro internacional.<sup>91</sup>

A Comissão para Livre Comércio do NAFTA tem elaborado, desde então, uma Interpretação, esclarecendo o significado das cláusulas gerais (*open-ended provisions*, no original) do acordo, a respeito do direito do investidor ao “tratamento justo e igualitário” e à “segurança total e proteção.”<sup>92</sup> A Interpretação

---

<sup>86</sup> *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, Laudo Arbitral (NAFTA Arb. Trib. de 30 de agosto de 2000), disponível em <http://www.state.gov/documents/organization/3998.pdf> (última visita em 20 de abril de 2003).

<sup>87</sup> *S.D. Meyers, Inc. v. Canada*, Segundo Laudo Parcial (NAFTA Arb. Trib. de 21 de outubro de 2002), disponível em <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/MyersPA.pdf> (última visita em 20 de abril de 2003).

<sup>88</sup> *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Laudo quanto à indenização (NAFTA Arb. Trib. de 31 de maio de 2002), disponível em [http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/damage\\_award.pdf](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/damage_award.pdf) (última visita em 20 de abril de 2003).

<sup>89</sup> NAFTA, nota 1 *supra*, arts. 1105, 1110.

<sup>90</sup> *Metalclad Corp.*, nota 86 *supra*, ¶¶ 99-101, p. 32.

<sup>91</sup> *Porém veja S.D. Myers v. Canada*, Laudo Parcial, ¶ 263, 65 (NAFTA Arb. Trib. de 13 de novembro de 2002), disponível em <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf> (última visita em 20 de abril de 2003) (Uma violação do “tratamento justo e igualitário” implica no tratamento que é tão “injusto e arbitrário” que “chega ao ponto de ser inaceitável, visto de uma perspectiva internacional.”).

<sup>92</sup> Cláusulas de Interpretações do Capítulo 11, quando adotadas pela Comissão, vinculam os tribunais estabelecidos de acordo com as provisões do Capítulo 11. NAFTA, nota 1 *supra*, art. 1131.

dispõe, de forma expressa, que esses termos não requerem um tratamento “adicional ou além daquele exigido pelo padrão mínimo do direito costumeiro internacional em relação ao tratamento de estrangeiros.”<sup>93</sup> Além disso, o mero fato de uma das partes ter descumprido um acordo internacional, ou alguma cláusula do NAFTA não relativa a regras de investimentos, não constitui violação a tal padrão mínimo.<sup>94</sup> Contudo, a Interpretação não fornece qualquer esclarecimento adicional no que tange ao padrão mínimo de tratamento do costume internacional. Outrossim, ainda não há interpretação que esclareça as cláusulas do NAFTA concernentes à expropriação regulatória.<sup>95</sup>

A cláusula do NAFTA referente ao direito à arbitragem, que exclui o acesso aos tribunais domésticos e que se sujeita apenas à revisão limitada por parte das cortes internas, vem sendo sustentada pela necessidade da criação de um “mecanismo previsível e efetivo para solucionar conflitos.”<sup>96</sup> Como Jose Alvarez e outros autores bem notaram, a arbitragem internacional é vantajosa, vez que possibilita um “método de solução de controvérsias mais rápido”, em “foro neutro”, composto por “árbitros experientes” e governado por regras “estáveis”.<sup>97</sup>

Todavia, enquanto a arbitragem internacional traz consigo as vantagens de maior eficiência, assim como órgãos de decisão imparciais e experientes, ela contribui pouco para a formação da opinião pública e de deliberações quanto a matérias de importante relevo público, levantadas em várias das causas que envolvem investimentos. Sob a aplicação de regras arbitrais, os documentos submetidos pelas partes são tidos como confidenciais, e as audiências ocorrem em câmara, a não ser que as partes decidam em contrário.<sup>98</sup> Não há, pois, garantia de que o público venha a, algum dia, saber sobre as causas arbitrais, sobre as posições

<sup>93</sup> Comissão para Livre Comércio do NAFTA, Notas de Interpretação de Certas Cláusulas do Capítulo 11, de 31 de julho de 2001, disponível em <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp> (última visita em 20 de abril de 2003) [de agora em diante, Declaração Interpretativa – *Interpretative Statement*].

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> Entretanto, o Congresso dos Estados Unidos da América recentemente conferiu autorização ao Presidente para a negociação de novos acordos, tendo em vista diversos objetivos, tais como o estabelecimento de padrões para a expropriação e para o tratamento justo e igualitário, “consistentes com princípios legais e com a prática norte-americanos.” 19 U.S.C. § 3802 (b)(3)(D) (2003).

<sup>96</sup> Charles Brower, *Beware the Jabberwock: A Reply to Mr. Thomas*, 40 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 465, 475 (2002).

<sup>97</sup> Jose Alvarez, *Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exxon-Florio*, 30 VA. J. INT'L L. 1, 36-38 n. 194 (1989) (referindo-se à política norte-americana de longo prazo no tocante a “disputas sobre investimentos pendentes em cortes domésticas estrangeiras, as quais, talvez, não possibilitam aos investidores norte-americanos uma audiência imparcial”); Kenneth Vandevelde, *The Bilateral Investment Treaty Program of United States*, 21 CORNELL INT'L L.J. 201, 256-58 (1988); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 629 (1984) (defendendo a arbitragem envolvendo causas de antitruste e sustentando “preocupações com a cortesia internacional, respeito pela capacidade dos tribunais estrangeiros e transnacionais, e pela sensibilidade à necessidade de um sistema comercial internacional direcionado à previsibilidade na solução de controvérsias”).

<sup>98</sup> Regras de Arbitragem da UNCITRAL, art. 25(4), reimpresso em 15 I.L.M. 701, 711 (1976); ICSID *Additional Facility Arbitration Rules*, art. 39, reimpresso em 21 I.L.M. 1443, 1464 (1982).

sustentadas pelas partes, ou mesmo sobre as decisões proferidas pelos tribunais.<sup>99</sup> Ademais, as regras aplicáveis não fazem qualquer referência à participação do público, fora o autor e os governos partes do NAFTA, tidos como *amicus curiae*, ou partes intervenientes.

Houve uma série de tentativas para tornar mais abertos os procedimentos estabelecidos pelo Capítulo 11, através de publicações de interpretações das regras arbitrais aplicáveis. Por exemplo, a Interpretação de 2001 da Comissão para Livre Comércio deixa claro que “nada no NAFTA” impõe qualquer dever de sigilo, capaz de impedir que as partes viabilizem o acesso ao público a tais documentos submetidos ou proferidos pelo tribunal estabelecido conforme o Capítulo 11, “afora as exceções específicas dispostas de forma expressa” nas regras arbitrais relevantes.<sup>100</sup> Ademais, cada país do NAFTA concordou em colocar à disposição do público “de forma oportuna” todos aqueles documentos submetidos ou proferidos pelos tribunais previstos e estabelecidos segundo o Capítulo 11, exceto as informações sigilosas de negócio, ou as informações protegidas contra demonstração (*disclosure*, no original) segundo regras arbitrais cruciais ou de direito interno.<sup>101</sup> No entanto, a Interpretação não parece proibir os tribunais de exigir o sigilo da maioria das petições, segundo as regras arbitrais aplicáveis, bem como não possibilita qualquer abertura ao público das audiências previstas pelo Capítulo 11.<sup>102</sup>

No caso *Methanex*, o tribunal estabelecido conforme o Capítulo 11 entendeu que tinha poder para aceitar petições de *amicus*, de acordo com o Artigo 15(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, as quais dispõem que um tribunal “poderá conduzir a arbitragem da forma que considerar apropriada, desde que as partes sejam tratadas de forma igual e que em qualquer etapa do processo seja dada às partes oportunidade de se pronunciar.”<sup>103</sup> Contudo, o tribunal ainda não decidiu se aceita ou não a petição de um grupo que pediu permissão para assim o fazer. Continua a dúvida, por parte de outros tribunais, no que tange à adoção do posicionamento do tribunal que julgou o caso *Methanex*.

Por outro lado, outra decisão recente abriu a possibilidade de que os laudos arbitrais proferidos conforme o Capítulo 11 fossem sujeitos a um padrão de revisão mais amplo do que aquele tradicionalmente aplicado à arbitragem comercial internacional nos países integrantes do NAFTA. No caso *Metalclad*, o governo do

<sup>99</sup> O Canadá e os Estados Unidos da América acordaram expressamente sobre a publicação dos laudos arbitrais definitivos, embora o México não o tenha feito. NAFTA, nota 1 *supra*, Anexo 1137.4.

<sup>100</sup> Declaração Interpretativa, nota 93 *supra*.

<sup>101</sup> *Id.*

<sup>102</sup> Veja, e.g., Pope & Talbot v. Canada, Decision Order (NAFTA Arb. Trib. de 11 de março de 2002), disponível em <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/Decision-Order-11Mar02.pdf> (última visita em 20 de abril de 2003) (recusando-se a permitir a demonstração (*disclosure*, no original) das transcrições da audiência e de outros documentos específicos).

<sup>103</sup> *Methanex Corp. v. United States*, Decisão do Tribunal sobre Petições de Terceiros para Intervirem como “*Amici Curiae*,” ¶ 26, p. 12-13 (NAFTA Arb. Trib. de 15 de janeiro de 2001), disponível em <http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf> (última visita em 20 de abril de 2003).

México buscou uma decisão que afastasse o laudo obtido por um investidor norte-americano proferido na Suprema Corte de British Columbia, província em que ocorreu o procedimento arbitral. O México alegou que a corte deveria empregar um padrão de revisão menos complacente do que aquele adotado tradicionalmente na revisão judicial de laudos arbitrais comerciais. Embora a corte tenha expressamente rejeitado o argumento mexicano, ela entendeu que o laudo haveria de ser afastado na medida em que dependia da decisão do tribunal, segundo a qual o México tinha descumprido as cláusulas do NAFTA concernentes à “transparência.”<sup>104</sup> A corte entendeu que o tribunal tinha ultrapassado sua jurisdição, haja vista que a arbitragem envolvendo um Estado-investidor se restringe às obrigações constantes do Capítulo do acordo a respeito de investimentos, e que as cláusulas concernentes à transparência não se encontram nesta parte do tratado. No entanto, o tribunal compreendeu as cláusulas referentes a investimentos, envolvendo “tratamento justo e igualitário” e “expropriação”, como dispositivos que incorporam cláusulas gerais sobre transparência.<sup>105</sup> Assim, a decisão da corte pode ser entendida de modo a refletir uma discordância quanto à interpretação das regras sobre investimentos do NAFTA feita pelo tribunal.

## V. Conclusões

O NAFTA estabelece um complexo arranjo de meios para solução de conflitos, cada qual adequado a certo tipo de disputa. Em cada caso, entretanto, os países integrantes do NAFTA escolheram não submeter suas disputas a qualquer corte permanente ou órgão de apelação. Pelo contrário, o acordo dispõe que os litígios sejam solucionados por tribunais *ad hoc*, criados especialmente para resolver uma disputa específica. Ademais, nem os Estados Unidos da América, nem o Canadá permitirão a solução de conflitos privados atrelados ao NAFTA através de cortes internas.

Há, também, diferenças significativas entre os meios de solução de controvérsias do NAFTA. Para a maioria deles, o acordo possibilita uma participação limitada por parte de entidades não-governamentais, não havendo cláusulas relativas à execução, exceto à imposição de sanções econômicas pela parte vencedora. Não é surpreendente, pois, que tal tipo de procedimento tem sido pouco utilizado, e que, quando adotado, nem sempre seja cumprido. Todavia, outra será a visualização, em se tratando de casos envolvendo taxas de antidumping e de medidas compensatórias, bem como de casos referentes a investimentos estrangeiros. Nesses dois tipos de disputas, os países do NAFTA concordaram em dar efeito vinculante às decisões dos tribunais do NAFTA e em permitir participação considerável às partes privadas. Diferentemente das cláusulas destinadas a disputas entre

<sup>104</sup> United Mexican States v. Metalclad Corp., [2001] 89 B.C.L.R.3d 359 ¶¶ 67-76 (B.C.).

<sup>105</sup> *Id.*

Estados, essas cláusulas foram bastante empregadas, e proporcionaram um novo *forum* de intercâmbio e diálogo entre advogados provenientes dos países do NAFTA.

Esses passos corajosos em direção a um método de solução de controvérsias de efeitos obrigatórios deram espaço a uma série de preocupações nos três países signatários do NAFTA. Na hipótese de litígios acerca de taxas de antidumping e de medidas compensatórias, as cláusulas para a participação privada e de efeito legal vinculante parecem ser atribuídas à inaptidão das partes em acordar quanto a regras jurídicas materiais internacionais. Em compromisso, cada país conservou suas próprias regras substantivas, mas concordaram em substituir os procedimentos de revisão judicial doméstica consoante tais regras pela revisão de um tribunal internacional. Ainda que as partes que utilizaram esse processo tenham parecido satisfeitas com os resultados, a ausência de um tribunal internacional permanente redundou em demoras significativas e preocupações constantes com verdadeiros e aparentes conflitos de interesse a respeito dos membros do painel de árbitros. Além disso, críticas levaram a preocupações tanto constitucionais como práticas sobre a viabilidade de que matérias genuinamente compreendidas pelas leis nacionais fossem relegadas a um tribunal internacional.

No caso de disputas envolvendo investimentos, o direito à arbitragem obrigatória para causas privadas contra governos que recebem o investimento parece surgir de uma necessidade, reconhecida no sentido de proporcionar aos investidores estrangeiros em países em desenvolvimento um processo mais eficiente e neutro do que aquele oferecido pelas cortes locais. Ironicamente, tais novos procedimentos foram adotados assim que o México empreendeu um amplo processo de reforma judiciária, em âmbito federal e estadual. Outrossim, sérios questionamentos vêm sendo levantados sobre a aptidão de investidores privados para utilizarem a arbitragem prevista no NAFTA, a fim de evitarem processos judiciais nos Estados Unidos da América e no Canadá. Apesar de os investidores estrangeiros estarem evidentemente atraídos pela maior eficiência e neutralidade oferecida pela arbitragem estabelecida pelo NAFTA, é mais do que claro que essas vantagens têm maior valor do que a reduzida possibilidade de participação e deliberação públicas, que do contrário seriam viáveis nas cortes internas.

Uma diversidade de respostas apareceu como resultado das preocupações quanto ao processo de arbitragem relativo a investimentos, inclusive a adaptação das regras arbitrais, com o intuito de permitir a participação de *amicus curiae*; a adoção de um padrão mais ativo de revisão pelas cortes nacionais; e tentativas dos países do NAFTA para esclarecerem cláusulas materiais e processuais do acordo acerca de investimentos. É óbvio que a forma de judicialização na solução de controvérsias do NAFTA continuará a se desenvolver, na medida em que cada um dos países signatários do NAFTA adquirir experiência com os distintos tipos de problemáticas advindas das complexas cláusulas para a solução de controvérsias desse acordo.