

# A arbitragem no âmbito da Alca e outros apontamentos legais referentes ao tema

*DURVAL DE NORONHA GOYOS JR.*

## **Introdução**

**A** INICIATIVA da Área de Livre Comércio das Américas (Alca) foi concebida pelos Estados Unidos da América (EUA) e formatada no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta)<sup>1</sup>, pacto que trouxe enormes vantagens comerciais aos agentes comerciais, industriais e agrícolas dos EUA, bem como uma extraordinária dependência econômica, financeira e política do México àquele país<sup>2</sup>. De fato, após a assinatura do Nafta, as exportações estadunidenses para o México cresceram 50% e o volume de comércio externo mexicano com os EUA aumentou de 72%, em 1994, para aproximadamente 91%, nos dias de hoje. Provedores estadunidenses dominaram o mercado de serviços mexicano, inclusive no setor financeiro, que foi quase que totalmente desnacionalizado. As barreiras horizontais existentes e mantidas nos EUA para os prestadores de serviços mexicanos, sujeitos a cotas, impediram uma escala internacional para estes, que sucumbiram à competição desigual e predatória<sup>3</sup>.

No setor agrícola, os mexicanos, que não negociaram no âmbito do Nafta a eliminação das escandalosas políticas de subsídios mantidas pelos EUA, perderam sua competitividade para os produtos subsidiados baratos vindos deste país, tendo sofrido grandes perdas setoriais internas, a ponto de hoje tentarem renegociar a questão tardiamente, incluindo até mesmo certos “mecanismos de defesa”<sup>4</sup>. Na área industrial, o México teve de aderir à perversa equação de que, quanto mais pobre sua população, mais competitivos serão seus produtos industrializados, especializando-se na manufatura de itens de baixo valor agregado. Como resultado, os salários industriais mexicanos tiveram uma redução expressiva e o país tornou-se um exportador de miséria<sup>5</sup>, tanto na forma de produtos maquilados, como na triste emigração econômica.

As conseqüências projetadas dos prováveis efeitos nefastos da Alca, em todos os setores indicados acima, têm sido objeto de muitas excelentes análises elaboradas no Brasil<sup>6</sup> e algumas na Argentina<sup>7</sup>. Todavia, muito pouco se tem escrito sobre os aspectos legais inerentes à iniciativa e suas possíveis repercussões para o nosso país. É este o objeto do presente trabalho, que se divide, a partir daqui, da seguinte forma: a hierarquia dos tratados internacionais face à lei do-

méstica dos EUA; a natureza ilícita da oferta discriminatória dos EUA no âmbito da Alca; o anacrônico sistema de arbitragem proposto para a Alca; e Conclusões.

### **A hierarquia dos tratados internacionais face à lei doméstica dos EUA**

A Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados<sup>8</sup> (Convenção de Viena) procurou codificar o direito internacional costumeiro reconhecido, bem como promover desenvolvimentos necessários na área, enfatizando matérias relevantes como conclusão, entrada em vigor, cumprimento, reservas, interpretação, exequibilidade, término e suspensão de tratados. Os dispositivos da Convenção de Viena são mandatórios apenas para as respectivas partes signatárias. Contudo, como muitos destes seus dispositivos representam nada mais do que o reconhecimento do direito internacional costumeiro, estes são aplicáveis a todos os Estados e tratados internacionais. Mesmo aqueles dispositivos da Convenção de Viena que não são a expressão normativa do direito costumeiro devem ser interpretados como presunção de direito internacional costumeiro em formação, para casos de países não signatários daquele tratado<sup>9</sup>.

Dentre as normas da Convenção de Viena de particular relevância para pactos internacionais de comércio, encontram-se os dispositivos pertinentes às reservas aos tratados internacionais, matéria que não representava prática universal quando de sua adoção. Assim, o artigo 19 da Convenção de Viena permite a reserva a dispositivos de acordos internacionais, a menos que:

- i) a reserva seja proibida pelo tratado;
- ii) o tratado estabeleça que somente outras reservas especificadas possam ser formuladas; ou
- iii) a reserva seja incompatível com o objeto do tratado.

Da mesma forma, o artigo 26 da Convenção de Viena consagra a regra *pacta sunt servanda* na lei dos tratados e o princípio da boa fé nos acordos internacionais. Por sua vez, o artigo 27 do mesmo tratado determina que um Estado soberano não pode invocar seu direito interno como uma justificativa legal para inadimplir uma obrigação assumida nos termos de um acordo internacional. Esta regra deve ser interpretada conjuntamente com o artigo 46 da Convenção de Viena, que dispõe no sentido de que um Estado não poderá alegar a violação de um dispositivo legal doméstico como vício de consentimento na assinatura de um tratado internacional, a menos que tal violação seja manifesta e pertinente à regra de importância fundamental. Os EUA até hoje não ratificaram a Convenção de Viena, embora sejam signatários dela.

Como vimos, a Convenção de Viena pretende estabelecer uma certa disciplina legal, bem como juridicidade, aos tratados internacionais, para limitar o abuso de tais instrumentos pelas potências hegemônicas em detrimento dos demais Estados. As formas de abuso de tratados internacionais são abundantes e a

história tem um triste legado de infames exemplos. Uma destas formas é o estabelecimento de um acordo internacional de maneira que seus termos sejam exequíveis contra um Estado, mas que a recíproca não seja verdadeira.

Na hierarquia das normas no direito constitucional doméstico dos EUA, há dois patamares distintos para a classificação dos tratados internacionais: o primeiro deles diz respeito à sua origem, Congresso ou Poder Executivo. Neste caso, as convenções aprovadas pelo Congresso são denominadas “tratados”<sup>10</sup> e têm a mesma hierarquia da legislação federal. Aquelas convenções de origem apenas do Poder Executivo são denominadas de “acordo executivo presidencial”<sup>11</sup> e estão subordinadas à legislação federal.

O segundo patamar diz respeito à exequibilidade direta ou indireta do acordo. Neste particular, os tratados internacionais são divididos, de um lado, em acordos auto-exequíveis, que não necessitam de legislação doméstica que os implementem e, de outro, em acordos não automaticamente exequíveis, que necessitam de implementação legislativa. Um acordo internacional dos EUA, de acordo com seu direito interno, não é automaticamente exequível, quando:

- i) o tratado manifesta uma intenção de não se tornar eficaz como direito interno sem legislação que o implemente;
- ii) o Senado ou o Congresso, ao dar autorização a um tratado, requerer legislação que o implemente; ou
- iii) a implementação legislativa for necessária por força de dispositivo ou jurisprudência constitucional<sup>12</sup>.

De qualquer maneira, o Poder Judiciário dos EUA não reconhece os acordos não exequíveis<sup>13</sup>. Assim, de um modo geral, todos os tratados internacionais assinados pelos EUA nos últimos 25 anos têm necessitado de implementação legislativa interna, devido a pelo menos um dos requisitos acima, mas frequentemente por todos eles. Os acordos internacionais de comércio não fogem, é claro, à regra. Ao contrário, já que numerosos e ponderáveis interesses privados e públicos podem neles ser substancialmente afetados, quer de forma positiva, quer de maneira adversa.

Um exemplo dramático de tal situação pode ser encontrado com relação ao Acordo de Estabelecimento da Organização Mundial do Comércio (OMC), doravante denominado simplesmente Acordo da OMC. Neste caso, os Estados signatários comprometeram-se a aceitar a totalidade dos tratados objeto do Acordo da OMC, bem como obrigaram-se a assegurar a conformidade de suas leis, regulamentos e procedimentos administrativos com seus respectivos dispositivos<sup>14</sup>. Nenhuma reserva foi autorizada com respeito a qualquer dispositivo do Acordo da OMC. Reservas com relação a qualquer dos dispositivos de quaisquer dos tratados objeto do Acordo da OMC somente poderiam ser feitas se expressamente autorizadas pelos seus termos<sup>15</sup>.

No entanto, a apósita legislação de implementação interna nos EUA a respeito do Acordo da OMC, e de seus tratados anexos, estabelece que “nenhum dispositivo de qualquer dos Acordos da Rodada Uruguai, nem a aplicação de qualquer tal dispositivo a qualquer pessoa ou circunstância, que seja inconsistente com qualquer lei dos EUA, deverá produzir efeitos<sup>16</sup>.” De maneira idêntica, a legislação federal interna de implementação do Nafta nos EUA dispõe que “nenhum dispositivo do Acordo nem a aplicação de tal dispositivo a qualquer pessoa ou circunstância que seja inconsistente com qualquer lei dos EUA deverá produzir efeitos<sup>17</sup>”.

De uma perspectiva de política externa, esta subordinação do direito internacional à lei interna americana foi explicada por Claude E. Barsfield da seguinte maneira

ironicamente, até recentemente, os EUA seguiram uma política *ad hoc* de aplicar efeito direto a alguns tratados e de recusar a aplicá-la a outros. Comentários oficiais sobre direito doméstico e internacional sugeriram que, na ausência de um pedido do Congresso ou do Presidente para legislação de implementação, um tratado seria auto exequível e derogaria a lei interna existente<sup>18</sup>.

Todavia, continua o mesmo autor,

desde o fim dos anos 80, um intervencionismo crescente do Congresso mudou a situação de maneira substancial. Em quatro grandes acordos de comércio – o EUA /Israel; o EUA /Canadá, o do Nafta e o Acordo da OMC – o consentimento do Congresso foi outorgado somente com a condição de uma denegação explícita de efeito direto ou auto-exequibilidade<sup>19</sup>.

Por outro lado, pelo prisma do direito internacional, estes dispositivos inseridos na legislação doméstica de implementação nos EUA, inclusive do Acordo da OMC e daquele do Nafta são flagrantemente ilegais. Isto ocorre não somente porque tais dispositivos estão em clara violação de normas específicas daqueles tratados, mas também porque violam igualmente as provisões diversas da Convenção de Viena *supra* mencionadas. A natureza de tal violação é tanto mais grave que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) já decidiu que “se uma parte objeta a uma reserva porque a considera incompatível com o objeto e propósito de um tratado, aquela parte poderá considerar o Estado formulador da reserva como não-parte”<sup>20</sup>.

A conseqüência de ordem pragmática desta situação é que os EUA colocam *de facto* seu ordenamento jurídico interno acima dos tratados internacionais. Tal audacioso posicionamento significa que um determinado dispositivo de um dado acordo internacional obrigará todas as suas partes, mas não necessariamente os EUA e seus nacionais. Isto ocorre porque nos ordenamentos jurídicos de quase todos os 146 membros da OMC, os tratados internacionais situam-se acima da legislação doméstica ou direito interno, na hierarquia das normas. As-

sim, se um dispositivo do Acordo da OMC, do Nafta ou mesmo da Alca for contrário a uma dada lei interna dos EUA de flagrante ilegalidade, como é o caso da Seção 301<sup>21</sup>, por exemplo, isto significa que prevalecerá a Seção 301 sobre o acordo internacional. Por outro lado, a mesma norma inexecutável contra os EUA e seus nacionais será plenamente executável contra os demais Estados e seus nacionais, com relação a um dispositivo semelhante de direito interno.

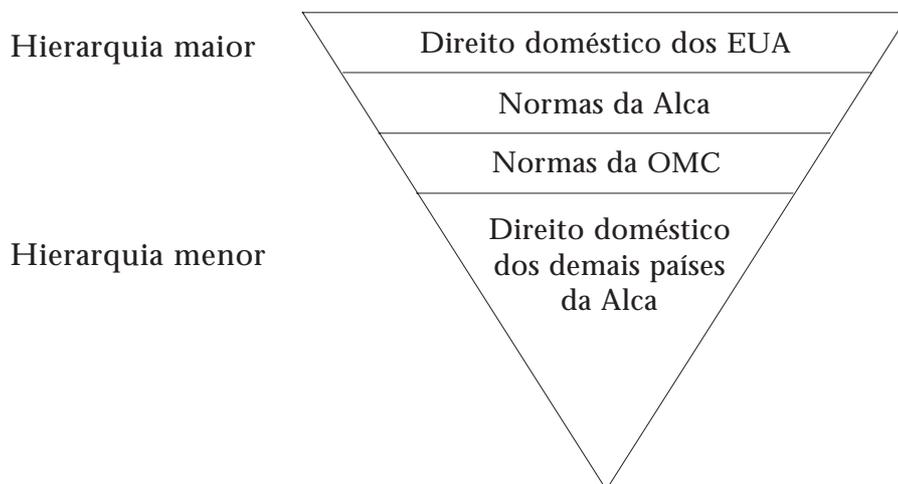
Da mesma forma, a legislação interna de imigração dos EUA, que representa uma formidável barreira horizontal de acesso a eventuais prestadores de serviços dos países signatários de uma possível Alca, prevalecerá, como prevalece no âmbito do Nafta, sobre todos e quaisquer promessas e/ou dispositivos do respectivo acordo da Alca, com a sua denegação inexorável na realidade prática, da mesma forma do ocorrido no âmbito da chamada “liberalização” de serviços promovida no âmbito do Acordo Geral de Comércio em Serviços (GATS), havida como resultado da Rodada Uruguaí do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).

No caso da Alca, a legislação interna dos EUA sobre a autorização dada pelo Congresso ao Poder Executivo daquele país para a negociação de tratados internacionais, conhecida informal e tradicionalmente como via rápida, *Fast-track Act*, denegou que o eventual acordo da Alca tenha efeito direto ou auto-executável, necessitando portanto de aprovação legislativa. De fato, chamada lei de promoção comercial<sup>22</sup> dos EUA, que trata inclusive das negociações da Alca, determina especificamente que o eventual acordo respectivo seja apresentado para ratificação e legislação específica de implementação pelo Congresso daquele país<sup>23</sup>.

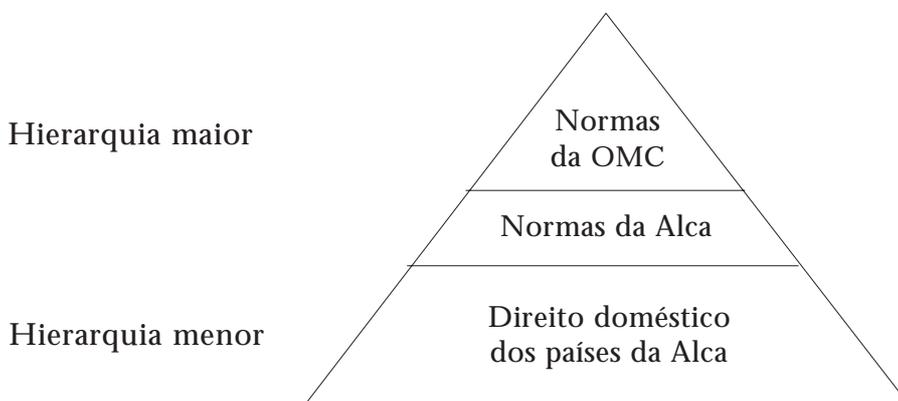
Assim, muito embora a minuta do acordo da Alca<sup>24</sup> estabeleça o princípio da boa fé<sup>25</sup>, proíba explicitamente a formulação de reservas<sup>26</sup>, e determine que haja a consistência das leis internas com os dispositivos do tratado<sup>27</sup>, a autorização limitada recebida pelos negociadores estadunidenses, bem como a específica necessidade de legislação de implementação, indica que provavelmente ocorrerá, na eventual assinatura do respectivo pacto comercial, o mesmo problema de implementação havido com os outros acordos mencionados anteriormente. Isto porque todos os outros acordos têm dispositivos idênticos ou assemelhados. O objetivo dos EUA com tais normas é assegurar sua observância absoluta apenas pelos outros países, mas não por si mesma. Desta maneira, o direito interno estadunidense será resguardado e colocado acima das normas da Alca.

Outra idiosincrasia faz com que a questão da hierarquia das normas torne-se ainda mais preocupante com relação à iniciativa da Alca. De fato, a minuta do acordo da Alca dispõe que, na eventualidade de um conflito entre os dispositivos deste e os do Acordo da OMC, prevalecerão as normas do acordo da Alca<sup>28</sup>, num dispositivo de muito questionável legalidade. Esta situação, se prevalecer, acarretará uma inversão radical na hierarquia das normas, no sentido de que, nas amplas matérias tratadas no âmbito do acordo da Alca, a hierarquia superior será das leis dos EUA, situando-se num segundo patamar as normas da Alca, deixando-se

para o posto mais baixo as regras multilaterais da OMC. Assim, conforme contemplado pelo acordo da Alca, a hierarquia das normas para aplicação interna seria a seguinte:



Todavia, a correta estrutura jurídica em ordem de importância, face ao direito internacional e aos mais básicos princípios de equidade, para aplicação interna, seria:



### **A natureza ilícita da oferta discriminatória dos EUA no âmbito da Alca**

O anúncio das linhas gerais da proposta dos EUA para a Alca, feita no dia 11 de fevereiro de 2003, chamou a atenção não somente pelo já previsível caráter

acanhado, singularmente cosmético e anódino, como também pelo tratamento discriminatório dado às possíveis partes do futuro pacto comercial por aquele país<sup>29</sup>.

Ora, o fundamento básico e arcabouço legal do regime jurídico do comércio internacional é justamente o chamado princípio da não discriminação, consagrado no Artigo 1º do tratado do GATT de 1947, ainda em vigor, pela chamada cláusula da nação mais favorecida, segundo a qual qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida por um país signatário do tratado, a qualquer produto de um país nas mesmas condições, será imediata e incondicionalmente estendida a todos os demais signatários. Com a criação da OMC em 1995, a norma passou a ser aplicada aos hoje 146 Estados-membros da organização.

Trata-se, como visto, de um princípio absoluto, “incondicional”, que não autoriza exceções não permitidas pelo próprio tratado. O artigo 24 do GATT 1947 permite apenas exceções no tocante às zonas de livre comércio e uniões alfandegárias, naquilo em que o seu regime pode ser mais benéfico do que aquele outorgado aos demais parceiros comerciais. A justificativa do dispositivo é o reconhecimento de que a liberalização regional é um passo na liberalização global dos mercados, que é o objetivo último do sistema multilateral de comércio. Assim, a discriminação trazida pela liberalização regional traria, numa segunda fase, um benefício global de longo prazo.

De qualquer forma, o parágrafo 5b do artigo 24 do GATT 1947 determina que as tarifas regionais de uma dada área de livre comércio não poderão ser maiores ou mais restritivas do que aquelas existentes nos respectivos territórios, antes de sua formação. O tratado não dispõe se tais restrições devam ser interpretadas em critérios absolutos ou relativos. Desta maneira, a ordem jurídica multilateral da OMC permite, excepcionalmente, nos casos de pactos regionais de livre comércio, como é o caso da iniciativa da Alca, a discriminação exógena, ou seja o tratamento diferenciado aos não signatários.

Todavia, esta autorização legal do GATT 1947 não contempla a modalidade, introduzida pelos EUA pela primeira vez na história dos pactos regionais de comércio, da discriminação endógena, em contundente violação dos dispositivos já mencionados. De fato, a oferta agrícola, por exemplo, dá tratamento tarifário isento a 85% das exportações do Mercado Comum do Caribe (Caricom); 64% daquelas dos países da América Central; 68% das procedentes dos países do Pacto Andino; e 50% àquelas oriundas dos países do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Por sua vez, a oferta de bens industriais e de consumo feita pelos EUA dá uma isenção tarifária a 91% dos produtos do Caricom, 66% dos produtos da América Central; 61% dos produtos do Pacto Andino; e 58% dos produtos do Mercosul. Resta ainda saber se essa discriminação não será agravada, por ocasião da oferta final dos EUA, pela tarifação diferenciada de bens e produtos, na exata medida da competitividade de cada país, de tal maneira que o país mais competitivo tenha tarifas mais elevadas e o menos competitivo, tarifas mais baixas.

Como bem observado por Rubens Ricupero, por esse insólito processo, fabrica-se uma espécie de Frankenstein dos acordos de livre comércio, um monstro com um mínimo de quatro velocidades distintas, que podem chegar a mais, desde que se computem os regimes diversos do Nafta, para o Canadá e o México, bem como o do acordo com o Chile<sup>30</sup> [...], volta-se ao formato mais nocivo das negociações, o do chamado sistema do “eixo e raios”, no qual os EUA, o eixo, negociariam, um a um, com cada país ou grupo de países, os raios, dividindo-os, enfraquecendo-os, de modo a poder extrair o máximo de cada um<sup>31</sup>.

De qualquer maneira, o uso de percentuais de liberalização é um argumento tradicional e falacioso dos negociadores estadunidenses. De um modo geral, as tarifas nos EUA já são razoavelmente baixas, situando-se num patamar médio de aproximadamente 3%. Assim, uma redução de 91% de uma tarifa de 1% não representa muito em termos de maior concessão de acesso a mercado. Como resultado, estas concessões percentuais muito pouco significam na prática em termos de ganhos de competitividade para os agentes econômicos dos países signatários de pactos comerciais regionais com os EUA.

A áreas em que uma liberalização poderia fazer significativa diferença de competitividade a favor de maior competitividade dos parceiros comerciais nos mercados dos EUA são, justamente, aquelas problemáticas. Assim, dificuldades comerciais e problemas normalmente existentes com os EUA situam-se, em primeiro lugar, nos picos tarifários, que são sempre mantidos por aquele país, quer em negociações multilaterais, quer regionais. Em segundo lugar, são encontradas nas barreiras horizontais, como no caso da movimentação de prestadores de serviços. Em terceiro lugar, existem nos subsídios que, apenas no setor agrícola, comprometeram a existência de uma economia de mercado na área. Em quarto lugar, encontram-se no arsenal unilateral, como na já mencionada Seção 301, e na legislação *antidumping*. Por último, deparamo-nos com a freqüente inobservância do direito internacional por órgãos da administração direta, indireta e do Poder Judiciário dos EUA.

### **O anacrônico sistema de arbitragem porposto para a Alca**

O sistema de arbitragem proposto para a Alca foi substancialmente fundado naquele em existência na OMC desde 1995, com desastrosos resultados para a prestação jurisdicional do direito do comércio internacional, bem como para os países em desenvolvimento, suas maiores vítimas<sup>32</sup>. Já em 1998, quando deveria ter havido uma revisão do procedimento, já eram evidentes os vícios sistêmicos e falhas operacionais do sistema de resolução de disputas da OMC, em sua grande maioria<sup>33</sup>. Nos países em desenvolvimento, já havia na ocasião um consenso de que o sistema de resolução de disputas da OMC era desastroso para os seus interesses, excepcionando-se alguns tanto dispartados como isolados comentários, como aqueles de Celso Lafer, que o chamou de uma “success story”<sup>34</sup> (*sic*).

A verdade é que, por ocasião da Rodada Doha da OMC, muitos países apresentaram propostas para a reforma do sistema de resolução de disputas da OMC, incluindo a Austrália, o Brasil, o Canadá, o Chile, a China, a Coréia do Sul, o Equador, os EUA, a Índia, Taiwan, a Tailândia, a União Européia, e dois grupos de países, um da África, e outro de países menos desenvolvidos. As propostas de reforma apresentadas compreendem modificações substanciais a todos os 24 artigos e quatro anexos ao Entendimento sobre Resolução de Disputas (ERD) da OMC! A reforma tornou-se a reconstrução de um sistema profundo e inexoravelmente comprometido por seus muitos vícios e defeitos, que causaram sua completa desmoralização.

As áreas em que reformas foram propostas para o ERD são basicamente sete:

- i) consultas;
- ii) formação e regras processuais dos painéis de primeira instância;
- iii) regras processuais de segunda instância;
- iv) execução;
- v) regras especiais para países em desenvolvimento; e
- vi) novo tratamento para terceiros e *amicus curiae*.

Pois bem, o sistema de arbitragem proposto para a Alca incorpora praticamente a totalidade dos vícios daquele da OMC, sem levar em consideração o processo de reforma presentemente em andamento. Mais ainda, conforme já mencionado *ut supra*, a minuta do acordo da Alca<sup>35</sup> coloca este acima daquele da OMC. Redigido em linguagem não jurídica, o que também é um grave problema do ERD, o capítulo de arbitragem do acordo da Alca (capítulo de arbitragem) dá como jurisdição, denominada “escopo de aplicação”<sup>36</sup> (*sic*), a resolução de todas disputas entre as partes com relação à interpretação, aplicação (*sic*) ou não observância do acordo da Alca. O direito de ação é restrito aos Estados signatários<sup>37</sup>, sendo expressamente vedado o direito da ação a pessoas físicas ou jurídicas de direito privado<sup>38</sup>.

O artigo 4 do capítulo de arbitragem manda aplicar às disputas os princípios de direito internacional, bem como aqueles de boa fé, confidencialidade, celeridade, economia processual, acesso efetivo, tratamento especial e diferencial, bem como um equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. O que vem a ser objeto do “tratamento diferencial” a países em desenvolvimento<sup>39</sup> é definido da seguinte forma “medidas como” (*sic*) maiores prazos; direito a assistência jurídica; e garantia de poder comunicar em quaisquer das línguas da Alca (*sic*). Por sua vez, a confidencialidade é assegurada a todos os documentos apresentados pelas partes, à exceção do laudo final e das notificações efetuadas<sup>40</sup> ao Secretariado. Os outros princípios não se encontram definidos no texto do capítulo de arbitragem, o que poderá dar ensejo a grandes confusões e injustiças. Por exemplo, na OMC, a questão da “economia processual” é altamente controversa por ter sido tratada na prática como *déni de justice*, ou omissão de julgar um dos pontos apresentados por uma das partes, quase sempre um país em desenvolvimento.

O capítulo de arbitragem cria o fóro privilegiado da Alca para todas as questões atinentes ao acordo da Alca. Quanto às demais, poderão ser submetidas tanto ao sistema de resolução de disputas da OMC, quanto ao da Alca, à exclusão do outro<sup>41</sup>. Estes dispositivos deverão criar enorme controvérsia, tendo em vista que a maior parte das matérias substantivas, senão a totalidade, deverá ser de jurisdição de ambos os sistemas, e que haverá uma discrepância importante na regulamentação processualística de ambos, o que implicará certamente numa relação hierárquica de credibilidade dentre eles.

O sistema de arbitragem da Alca, cria, à semelhança daquele presentemente existente na OMC, um sistema confidencial de consultas<sup>42</sup>. É na área de consultas que se dá a maior parte das derrotas dos países em desenvolvimento no âmbito da OMC. O seu mecanismo não transparente tem implicado, na OMC, a falta de controle democrático dos atos praticados pelos agentes governamentais dos países em desenvolvimento<sup>43</sup>, devido ao sigilo nas concessões feitas. É de se notar que a proposta feita pela Índia na reforma do sistema de consultas da OMC, de dar maior consideração aos interesses dos países em desenvolvimento, não tenha sido levada em consideração no âmbito da Alca.

Similarmente ao que existe hoje na OMC, o capítulo de arbitragem da Alca cria um painel de primeira instância e outro de apelação<sup>44</sup>. O primeiro, seguindo o vício consagrado na OMC, terá caráter não permanente e será nomeado pelo Secretariado, que na OMC é controlado pelas potências hegemônicas, por meio da indicação dos postos-chave na Divisão Jurídica. Como na OMC, haverá uma lista de árbitros de primeira instância<sup>45</sup>, mas naquela organização estes normalmente não são nomeados, em detrimento dos amigos dos componentes da Divisão Jurídica do Secretariado, com os previsíveis resultados. No âmbito da reforma do sistema de resolução de disputas da OMC, muitas propostas foram apresentadas para a criação de um corpo permanente de árbitros de primeira instância, de forma a combater a imoralidade que se instalou em Genebra.

Igualmente ao que ocorre hoje no âmbito da OMC, o grau de apelação no sistema de arbitragem da Alca terá um corpo permanente de sete árbitros, indicados por um mandato de quatro anos, prorrogável por igual período<sup>46</sup>. A jurisdição de segunda instância será sobre questões de direito, apenas<sup>47</sup>. O painel de segunda instância decidirá por maioria de votos<sup>48</sup>. O painel do grau de apelação, da mesma maneira que ocorre na OMC e que muitos problemas têm causado, não terá poderes para remeter os autos para o painel de primeira instância, convertendo o julgamento em diligência, com o objetivo de complementar ou esclarecer questão de fato. Isto é uma falha adicional do sistema não permanente de árbitros de primeira instância, já que quando o caso sobe para o grau de apelação, o painel original de árbitros não mais existirá.

As regras processuais do sistema de arbitragem da Alca, formuladas com base naquelas já existentes na OMC, são igualmente muito falhas. O sistema de arbitragem da Alca admite o litisconsórcio ativo<sup>49</sup>, mas é silente quanto ao litiscon-

sórcio passivo. Segundo o artigo 19 do capítulo de arbitragem, “quando uma parte não é uma parte na disputa, ela poderá participar como terceira parte” (*sic*). Este é o mesmo mecanismo existente no ERD, que tem sido amplamente criticado no âmbito da OMC.

Da mesma maneira, a questão das regras de prova e evidência, que é absolutamente deficiente na OMC, foi copiada pela Alca<sup>50</sup>. Há também na proposta da Alca um anexo com regras de procedimento, absolutamente inadequadas, mas com alguns poucos progressos com relação às da OMC<sup>51</sup>, como por exemplo um tratamento da questão do “ônus da prova”, objeto de bizantinos debates no sistema multilateral. Por outro lado, numa das poucas inovações com relação ao sistema da OMC, foi admitido o instituto das medidas cautelares, denominadas “medidas provisórias” no âmbito da arbitragem da Alca<sup>52</sup>. Como veremos mais adiante, tendo em vista as dificuldades no sistema de sanções como presentemente estruturado no sistema de arbitragem da Alca, formulado com base naquele da OMC, é difícil vislumbrar como poderão tornar-se exeqüíveis as “medidas provisórias”.

O sistema de arbitragem da Alca, à semelhança do seu modelo da OMC, peca igualmente por muitas omissões processuais de fundamental importância para qualquer sistema jurisdicional. Assim, o sistema não possui qualquer instrumento processual para o tratamento de preliminares como, *inter alia*, carência de ação, ilegitimidade de parte, incompetência de fôro ou conflito de tratados. A experiência da OMC demonstrou que estas omissões trazem um alto custo para os países em desenvolvimento, no que toca à derrogação de direitos reconhecidos por outros tratados. Da mesma forma, o sistema de arbitragem da Alca, à semelhança do tratamento dispensado na OMC, não admite o instituto da reconvenção, o que pode causar a existência de dois casos conexos, com painéis diversos, com possíveis termos de referência semelhantes e com resultados desencontrados.

À semelhança do que ocorre na OMC, o sistema de arbitragem da Alca não enseja laudos ou decisões auto-exeqüíveis. Esta falha gerou graves problemas no âmbito multilateral, onde a maioria das decisões tem problemas de execução ou implementação. Assim, por ocasião de uma decisão, a parte vencida terá como opção a oportunidade de remover a medida causadora da divergência<sup>53</sup>. Caso, todavia, a parte vencida recuse-se a tanto, não haverá nenhuma execução específica do laudo. Como alternativa, caberá então à parte vencedora da disputa entrar em entendimentos com a parte vencida para tentar acordar em compensações, isto é, a revogação de vantagens tarifárias da primeira para com a segunda, com o objetivo de compensar as perdas sofridas pela primeira como resultado das medidas ilegais da segunda. Caso não haja entendimentos entre as duas partes, caberá à arbitragem da Alca determinar a natureza e o montante da revogação das vantagens tarifárias, o que é chamado de retaliação<sup>54</sup>.

Esta sistemática importada da OMC tem o gravíssimo inconveniente de penalizar a corrente saudável de comércio entre os dois países envolvidos numa

dada disputa, além de não ter execução específica na remoção da medida julgada ilegal ou inconsistente com a ordem jurídica de regência da atividade afetada. No âmbito da Rodada Doha da OMC, muitas são as propostas para a reforma do sistema de sanções, prevendo-se uma árdua batalha antes que um consenso seja obtido. Qualquer progresso feito no âmbito multilateral fará o seu sistema de resolução de disputas certamente mais eficaz do que este proposto para a Alca.

De resto, vale ainda observar que a formatação do proposto sistema de arbitragem da Alca parece, pela técnica utilizada, ter sido quase, senão totalmente, de responsabilidade e iniciativa dos EUA, os grandes inspiradores e beneficiários do ERD da OMC. Isso ocorre tanto em questões substantivas, como também na técnica jurídica empregada. Mesmo onde há divergências entre os modelos, as soluções oferecidas são normalmente aquelas propostas, patrocinadas e/ou defendidas pelos EUA no regime multilateral.

### **Conclusões**

Como resultado desta análise, limitada a alguns aspectos legais da iniciativa da Alca, examinamos como nos EUA, hoje, a lei interna prevalece sobre os tratados internacionais de comércio na hierarquia das normas no direito constitucional daquele país. Como consequência, vimos que muitos dispositivos dos tratados internacionais não revogam a lei doméstica e, por conseguinte, não beneficiam os nacionais dos países que entram em acordos comerciais com aquele país, notadamente os de caráter regional, onde as relações de poder fazem-se sentir de maneira mais contundente. Examinamos ainda a questão preocupante da tentativa de derrogação da ordem jurídica multilateral do comércio, onde há melhores condições de resistência ao arbítrio, pelo pacto regional da Alca, onde as possibilidades de autodefesa serão muito menores.

Por outro lado, vislumbramos como a oferta discriminatória feita pelos EUA no âmbito da Alca é ilegal do ponto de vista jurídico e insubsistente do ponto de vista tarifário.

E ainda, por último, detivemo-nos na anacrônica proposta de arbitragem da Alca, baseada num infame modelo que, presentemente, está sendo objeto de reconstrução e que trouxe enormes dificuldades e injustiças para os países em desenvolvimento no âmbito da OMC. Aplicado o sistema à Alca, nos moldes que estão para ser superados pela reforma do ERD e ainda colocado, como está, acima da ordem multilateral da OMC, teremos o infausto resultado de que nossas disputas com os EUA serão sempre apresentadas ao modelo que nos será mais adverso: aquele da Alca.

Assim, ainda que os argumentos macroeconômicos fossem favoráveis ao ingresso do Brasil na Alca (e não o são), apenas a situação jurídica seria decisiva a absolutamente desaconselhar tão temerária aventura.

## Notas

- 1 Firmado entre os EUA, Canadá e México em 1992, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1994.
- 2 Para a agenda negociadora dos EUA no âmbito da Alca, ver Durval de Noronha Goyos Jr., “Ensaio de Direito Internacional”, *Observador Legal*, São Paulo, 2000, p. 259.
- 3 Para uma análise ampla do tema de serviços na Alca, ver Durval de Noronha Goyos Jr., “A Serviço de Quem?” *Cadernos Diplô – Le Monde Diplomatique*, n. 4, 2002, pp. 26 e ss.
- 4 “Mexico’s President Signs Farm Accord, Seeks Nafta Side Pacts on Corn, Beans”, *International Trade Reporter*, vol. 20, n. 18, 1º de maio, 2003, pp. 762 e 763.
- 5 Durval de Noronha Goyos Jr., “O Mercosul, a Área de Livre Comércio das Américas e a Organização Mundial do Comércio”, *Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 20, 2002, pp. 177.
- 6 Ver, por exemplo, Samuel Pinheiro Guimarães, “A Alca e o fim do Mercosul”, em *Alca e Mercosul: Riscos e Oportunidades para o Brasil*, IPRI, Brasília, 1999, p. 290 e ss. Ver também, Paulo Nogueira Batista Jr., “A Alca e o Brasil”, março de 2003, a ser publicado na *Revista de Estudos Avançados* da USP, n. 38, jul.-ago. 2003, São Paulo.
- 7 Ver por exemplo, Jaime César Lipovetsky e Daniel Andrés Lipovetsky, “El Derecho del Trabajo en los Tiempos del ALCA: Entre la Globalización y los Bloques Regionales”, Editorial Distal, Buenos Aires, 2002.
- 8 Datada de 23 de maio de 1969, tendo entrado em vigor em 27 de janeiro de 1980.
- 9 Durval de Noronha Goyos Jr., “Reflections on Certain US Law Specificities that Constitute Obstacles to the Free Trade Area of the Americas: A Brazilian Perspective”, *The Inter-American Law Review*, University of Miami, vol. 28, n. 3, 1997, pp. 543-563.
- 10 Em inglês, “*treaties*”.
- 11 Em inglês, “*presidential executive agreements*”.
- 12 Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987).
- 13 Durval de Noronha Goyos Jr., “Reflections on Certain...”, *op. cit.*
- 14 Artigo XVI, 4, do Acordo da OMC.
- 15 Artigo XVI, 5, do Acordo da OMC.
- 16 Seção 102 (a), 19 U.S.C., parágrafo 3512 (a). Tradução do autor.
- 17 19 U.S.C., parágrafo 3312. Tradução do autor.
- 18 Claude E. Barsfield, “Free Trade, Sovereignty, Democracy – The Future of the World Trade Organization”, *The AIE Press*, Washington, 2001, p. 133. Tradução do autor.
- 19 Claude E. Barsfield, *op. cit.*
- 20 Opinião sobre a Convenção sobre Genocídio de 1948. ICJ Reports (1951). Tradução do autor.
- 21 Seção 301 do Ato de Comércio e Tarifas de 1974, que autoriza o Representante Comercial dos EUA a investigar e sancionar países com práticas de comércio consideradas “desleais”.
- 22 Trade Promotion Authority Act, ou Public Law 107-210, de 6 de agosto de 2002.

- 23 Public Law 107-210, seção 2103, 3, B.
- 24 Minuta de 1º de novembro de 2002, na língua inglesa. Todas e quaisquer traduções para o português são de responsabilidade do autor.
- 25 Artigo 3 (h).
- 26 Artigo 24.
- 27 Artigo 4.2.
- 28 Artigo 4.4.
- 29 Uma versão resumida deste capítulo foi publicada por Durval de Noronha Goyos Jr. em <http://aefinanceiro.com.br>, com o título “A Natureza Ilícita da Oferta dos EUA no Âmbito da Alca”, em 14 de fevereiro de 2003.
- 30 Rubens Ricuperio, “Alca de geometria variável”, *Folha de S.Paulo*, 27 de abril de 2003, p. B2.
- 31 *Idem*.
- 32 Ver Durval de Noronha Goyos Jr., *Ensaios de Direito Internacional*, Observador Legal, São Paulo/Miami, 2000, p. 59.
- 33 Durval de Noronha Goyos Jr., “O sistema de resolução de disputas da Organização Mundial do Comércio e os países em desenvolvimento”, *Galileu*, Revista de Economia e Direito, 2001, vol. VI, n. 2, Lisboa.
- 34 Celso Lafer, “A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: uma visão brasileira”, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, p. 151.
- 35 Artigo 4.4. Ver também nota 29 *supra*.
- 36 Artigo 2 do capítulo de arbitragem.
- 37 Artigo 4 do capítulo de arbitragem.
- 38 Artigo 44 do capítulo de arbitragem.
- 39 Artigo 5 do capítulo de arbitragem.
- 40 Artigo 39 do capítulo de arbitragem.
- 41 Artigo 6 do capítulo de arbitragem.
- 42 Artigo 7 do capítulo de arbitragem.
- 43 Os países desenvolvidos têm normalmente meios mais eficazes de controle.
- 44 Artigo 11 do capítulo de arbitragem.
- 45 Artigos 12 e 13 do capítulo de arbitragem.
- 46 Artigos 29 e 30 do capítulo de arbitragem.
- 47 Artigo 32 do capítulo de arbitragem.
- 48 Artigo 32 do capítulo de arbitragem.
- 49 Artigo 17 do capítulo de arbitragem.
- 50 Artigo 20 do capítulo de arbitragem.
- 51 Artigo 16 do capítulo de arbitragem e Anexo XX.
- 52 Artigo 21 do capítulo de arbitragem.
- 53 Artigo 27 do capítulo de arbitragem.
- 54 Artigo 35 do capítulo de arbitragem.

**RESUMO** – CONCEBIDA pelos Estados Unidos da América (EUA), a iniciativa da Área de Livre Comércio das Américas (Alca), pela forma jurídica apresentada, constitui um sistema anacrônico e discriminatório, por assegurar a descabida manutenção da primazia da lei interna norte-americana sobre os tratados internacionais, por estabelecer ofertas discriminatórias, principalmente sob a ótica tarifária; e por co-optar o infame modelo de arbitragem da Organização Mundial do Comércio (OMC). Da forma como está estruturada, ainda que fossem favoráveis os argumentos macroeconômicos ao ingresso do Brasil na Alca, apenas a situação jurídica desencorajaria qualquer tipo de entendimento.

**ABSTRACT** – THE FRAMEWORK of the initiative of the Free Trade Area of the Americas (FTAA), as conceived by the United States of America (USA) and presented to the other countries of the hemisphere, is, from a legal perspective, both discriminatory and anachronic. This is so because the adopted structure allows for the superiority of US internal laws over treaty obligations; because the offers made by the USA are discriminatory; and because the dispute resolution system contemplated for the FTAA is based on the World Trade Organization (WTO) model, which has fallen into disrepute as a result of its manipulation in detriment of developing countries and is now undergoing a thorough process of revision within the ambit of the Doha Round.

*Durval de Noronha Goyos Jr.* é advogado inscrito no Brasil, Inglaterra e Gales e Portugal. Sócio principal de Noronha-Advogados. Árbitro do GATT e da OMC. Professor de pós-graduação de Direito do Comércio Internacional.

Texto recebido e aceito para publicação em 21 de maio de 2003.