

ARBITRAGEM COMO FORMA DE DAR SUSTENTABILIDADE NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS INTERNACIONAIS POR SER MECANISMO ECONÔMICO E CÉLERE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

ARBITRATION AS A WAY OF SUSTAINABILITY IN INTERNATIONAL BUSINESS RELATIONS THUS MECHANISM FOR NEGOTIATING AND QUICK CONFLICT RESOLUTION

Larissa De Freitas Monteiro¹

Especialista em Direito Corporativo

Centro de Desenvolvimento de Pessoas - Recife (PE) - Brasil

RESUMO: O presente trabalho tem a intenção de fazer uma breve explanação acerca da relevância da arbitragem como um dos instrumentos de sustentabilidade nas relações negociais por se tratar de uma forma econômica e célere de resolução de conflitos comerciais internacionais. A abordagem procura investigar questões importantes referentes à ordem pública, aos pressupostos de validade, aos princípios norteadores e à sentença arbitral. Buscou-se, ainda, fazer ponderações acerca da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, das vantagens da arbitragem, da escolha dos árbitros, das partes e das matérias passíveis de arbitrabilidade. A pesquisa ensejou algumas considerações concernentes à práxis da arbitragem na seara internacional, à Organização Mundial do Comércio e ao Sistema de Resolução de Controvérsias que lhe é porção. Por derradeiro, propõem-se a dissecar o caso Bombardier versus Embraer: o motivo que lhe deu causa e a utilização do procedimento arbitral como meio de resolução de conflitos, mesmo antes da decisão do caso pelo corpo jurídico do Órgão de Resolução de Controvérsias da OMC. A metodologia empregada é essencialmente teórica, com enfoque na revisão bibliográfica.

¹Graduada em Direito e Pós Graduada em Direito Cooperativo pelo LLM do Centro de Desenvolvimento de Pessoas - CDP - em parceria com o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC - realizado nas dependências da primeira parceira, em Recife, em Pernambuco. O artigo insere-se na Linha Editorial da Revista: Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Advogada. E-mail: larissadefreitasmonteiro@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem; conflitos; práxis internacional; Organização Mundial do Comércio.

ABSTRACT: This paper intends to give a brief explanation about the importance of arbitration as an instrument of sustainability in international business relationships because it is an economical and quick way of solving disputes. The general aims seeks to investigate important issues relating to public policy, the assumptions of validity, the guiding principles and award. We sought to also do weights on the arbitration clause and the arbitration agreement, the advantages of arbitration, choice of arbitrators, the parties and the subject matter of arbitrability. Search this led some considerations concerning the practice of international arbitration at harvest, the World Trade Organization and the Dispute Resolution System which is her portion. For the last, propose a study about the Bombardier versus Embraer case and the reason the use of the arbitration procedure as a means of conflict resolution, even before the decision of the case by the Dispute Settlement Body of the WTO legal body. The methodology is essentially theoretical, focusing on literature review.

KEYWORDS: arbitration; conflicts; international practice; World Trade Organization.

Introdução

A arbitragem é instrumento que exclui a participação do Poder Judiciário, e privilegia a autonomia da vontade das partes que a utilizam como meio de dissolução de contendas. É necessário destacar que tais conflitos devem corresponder a direitos disponíveis pelos particulares, de cunho patrimonial, que não atentem contra a ordem pública e que admitam transação. Para preferir a arbitragem, deverão as partes possuir capacidade de contratar e transacionar.

No direito brasileiro, a nova Lei de Arbitragem nº. 9307, de 23 de setembro de 1996, trouxe em seu bojo novas tendências, posto que foram emancipados os anseios das partes, proporcionando os meios adequados para a instalação do procedimento arbitral, sem os embaraços constantes na legislação que até então vigorava a respeito da matéria.

Noutro passo, sob uma perspectiva temporal, a arbitragem comercial é instituição secular. Desde a Idade Média é usada para dirimir controvérsias entre comerciantes. Mister observar que na seara da arbitragem comercial internacional, o ponto de estabilidade entre liberdade individual e autonomia da vontade das partes é o respeito aos interesses comuns, variável esta que se modifica consoante os costumes e preceitos reinantes em cada comunidade.

Diante disso, com a adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da *lex mercatória hodierna*, cuja finalidade maior é a instauração de um sistema legal de comércio com abrangência internacional, foi visado não só o respeito às liberdades individuais dos partícipes da ferramenta arbitral, como, sobretudo, o alcance do bem comum, através de decisões mais equânimes e justas possíveis.

Nesse sentido, atua a Organização Mundial do Comércio (OMC), a qual possui como desideratos a prossecução de escopos internacionais, como que, a administração dos acordos comerciais formadores do bojo normativo do organismo; servir de fórum para eventuais discussões concernentes à seara comercial internacional; dirimir conflitos vinculados às relações comerciais; inspecionar as políticas de comércio exterior adotadas pelos Estados-Membros; incentivar relações de colaboração com outras organizações internacionais.

Interessa observar que, quando da sua atuação no que respeita à supressão de contendas comerciais internacionais, a OMC permite que as partes em pleito utilizem-se da arbitragem.

Observe-se que o mecanismo de solução de controvérsias da OMC não deve ser considerado como procedimento arbitral de *per se*. Existe a possibilidade, entretanto, de, a qualquer tempo, suspender o procedimento de resolução de controvérsias, conquanto as partes hajam concordado acerca de uma decisão satisfatória, por intermédio do procedimento arbitral, vez que a OMC possui como um de seus intentos a conciliação dos interesses das partes. Cuida-se, aqui, do tema arbitragem, em se tratando da solução do caso *Embraer versus Bombardier*, vez que, em meio a um intenso desgaste das relações diplomáticas, abrandou os ânimos entre as partes, mesmo antes de decidido o caso pelo corpo jurídico do Órgão de Resolução de Controvérsias da OMC.

A metodologia empregada é teórica e com a abordagem na revisão bibliográfica.

1 Negociação Internacional

1.1 Conceitos gerais

Regra geral, a negociação é um processo pelo qual se intenta convencer a parte de quem se almeja alguma coisa a lograr resultados positivos para ambos os lados. É de extrema importância que em uma negociação sejam enfocados os mais inúmeros pontos de vista possíveis, para que, então, seja atingido um resultado abrangente e equânime.

O processo de negociação, por conseguinte, envolve um pouco de complexidade, vez que abarca bastantes aspectos, como valores culturais; comunicação; pessoas e, portanto, relações interpessoais, entre outros. Além disso, carrega algumas etapas principais, a saber: a elaboração dos pensamentos de forma clara e objetiva antes de transmiti-los; exprimir as ideias de maneira articulada, buscando o envolvimento e o interesse da outra parte acerca do que está sendo apresentado e, por fim, repetir e detalhar tudo aquilo que, porventura, tenha permanecido obscuro, tomando as devidas cautelas para evitar repetições desnecessárias e mantendo a atenção com o intuito de evitar desfechos indesejados e inadequados. É que, no processo de negociação, a utilização ambígua das palavras pode causar controvérsias. E, para almejar uma comunicação eficiente, importa eleger o que pode auxiliar o esclarecimento da parte adversa no que tange ao objeto e ao objetivo da negociação, de forma a beneficiar ambas as partes.

1.2 Negociação em diferentes culturas

A cultura é identidade; é o que caracteriza um povo, uma nação. Todas são, pois, peculiares distintas. Entretanto, a cultura não é estática: ela evolui ao longo do tempo em virtude de circunstâncias, as mais diversas possíveis, como intercâmbios econômicos, mudanças no sistema político-governamental, a globalização, entre outros tópicos.

Para um processo negocial eficaz, faz-se mister conhecer o que diferencia cada cultura e seus aspectos mais significativos, ou seja, os temas fundamentais sobre os quais se forma o esqueleto de uma negociação eficaz. Por exemplo, o modo de vestir-se e de portar-se, o conhecimento do idioma, como e quando de-

monstrar flexibilidade e confiança, o modo de abordar determinado assunto são pontos primordiais, os quais propiciam o alcance do senso comum, bem como a manutenção de um clima de cordialidade e harmonia entre os negociadores.

1.3 Do conflito

Os conflitos são inerentes à natureza humana. Para sua ocorrência, basta a existência de diferentes grupos; a coexistência de interesses; a frustração de intenções. E, quando se busca resolvê-los de forma efetiva, importa identificar os pontos positivos de cada situação, observando-a sob uma nova perspectiva, quer dizer, sob o olhar da parte adversa.

Podem ser classificados, os conflitos, em autônomos ou em heterônomos. No primeiro caso, a decisão do conflito está nas mãos das partes, quer individual, quer conjuntamente. No segundo, por conseguinte, o titular do poder de decisão é um terceiro imparcial e desinteressado.

1.4 Das formas de resolução de conflitos

Dentre as formas de dissolução de contendas, podemos citar a Autotutela, que se passa quando da imposição da vontade de uma das partes, sobrepujando os desejos do outro; a Autocomposição, que ocorre quando do sacrifício dos interesses próprios em virtude da garantia das intenções alheias; a Mediação, cujo objetivo maior é auxiliar as partes e conduzi-las a um objetivo comum, primando por um ambiente neutro, adequado ao acordo e, por fim, a Arbitragem, que será tema de maiores investigações no capítulo que segue.

2. Noções propedêuticas sobre a arbitragem

2.1 Do conceito de arbitragem

Para Raul Aníbal Etcheverry, a arbitragem nasce de uma convenção. A esta, conseqüentemente, se dá um procedimento que substitui a justiça estatal. O aparelho jurídico do Estado, por sua vez, deve dar a sustentação e o apoio necessários à execução das decisões proferidas pela Justiça Arbitral.

Por arbitragem, pois, entende-se como sendo o meio pelo qual pessoas, em-

presas e instituições podem utilizar-se para solucionar controvérsias, externamente ao Poder Judiciário. Ou ainda, o processo de dissolução de conflitos por intermédio de árbitros selecionados pelas partes, ou indicados, excluindo-se a participação do Poder Judiciário no que tange à resolução da dissidência.

Outrossim, é de bom alvitre destacar que a opção de pactuar pelo procedimento arbitral, pela escolha dos árbitros, bem como a forma pela qual serão elegidos, devem ser convencionadas entre as partes. Ainda, poderão recorrer a um Órgão Arbitral ou a uma Entidade Especializada, submetendo-se, pois, ao respectivo regulamento do ente preferido.

2.2 Das matérias que podem ser submetidas à arbitragem

De início, deve-se assentir sobre o fato de que a arbitragem trata de pretensões legítimas. Nesse sentido, Raul Aníbal Etcheverry, citando Remo F. Entelman,

la primera gran sorpresa de los que estudiaron el tema, fue tomar conciencia de qual a mayor parte de las disputas entre particulares no se dan entre una pretensión legítima y otra ilegítima. Ocurren en el enfrentamiento cotidiano entre alguien que pretende lo que, em el ordenamiento jurídico, no lê esta prohibido pretender y alguien que se lo niega, y al cual a su vez, le está prohibido denegar. O entre alguien que pretende alcanzar um objetivo que, pese a ser incompetible com el de su oponente, también lê está permitido pretender a este. Dos posiciones em el primer caso, dos pretensiones em el segundo, ambas opuestas, ambas legítimas.²

Regra geral, diz-se que as matérias suscetíveis de submissão à arbitragem são aquelas atinentes a direitos disponíveis pelos particulares, de cunho patrimonial, que não atentem contra a ordem pública e que admitam transação.

Sobre o tema, Clóvis Beviláqua reza que “transação é um ato jurídico, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Pressupõe dúvida ou litígio a respeito da relação jurídica.”³

Pela transação, portanto, as partes interessadas, por harmônico ajuste, con-

²ETCHEVERRY, Raul Aníbal. In: Arbitragem Comercial Internacional. Adriana Noemi Pucci. coord. São Paulo: LTr, 1998. p. 45.

³BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 11 ed. vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1958. p. 142.

cedem, reciprocamente, parte se seus direitos, com o escopo de evitar ou findar possíveis litígios, conforme se pode absorver da leitura do artigo 840, do Código Civil Brasileiro, como que, in verbis: “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

2.3 Dos usuários da arbitragem

O termo arbitragem tem sentido amplo, na medida em que este sistema de solução de pendências seja capaz de abranger desde exíguos problemas pessoais até amplos conflitos empresariais ou estatais. Toda pessoa, empresa ou Estado Nacional, portanto, pode utilizar-se da arbitragem como forma de resolução de conflitos.

No que pertine, em específico, às pessoas que podem recorrer à arbitragem, deverão elas, em virtude do princípio da autonomia da vontade, decidir se seus litígios serão ou não regulados por essa instituição de justiça privada e, em seguida, formalizar tal deliberação mediante uma convenção, acordo ou contrato. Pode-se dizer, então, que dispõem de autoridade para preferir a arbitragem aquelas pessoas que tenham a capacidade de contratar. E, em se tratando de ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas, ou seja, por intermédio da transação, considera-se exigível também a aptidão para transigir.

A arbitragem é usada desde a Idade Média para dirimir contendas entre comerciantes, com adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da lex mercatória atual, a qual tem por escopo a superação de normas comerciais nacionais e, por conseguinte, a instauração de uma lei comum de comércio internacional.

Com relação às pessoas de direito público, era pouco comum que os Estados Soberanos se submetessem à jurisdição um do outro, em virtude do princípio par *in parem non habet imperium*, ou seja, do princípio da igualdade entre os Estados Soberanos. Ulteriormente, passou-se a distinguir, na seara internacional, os atos praticados pelos Estados, como sendo *iure imperii* ou *iuri gestionis*. No primeiro caso, são ações oriundas da atuação soberana dos Estados; no segundo caso, por conseguinte, são atos provenientes de atividades comerciais executados pelos Estados. Na última hipótese, quando haja negociações entre Estados Nacionais, ou entre estes e pessoas físicas ou jurídicas internacionais de direito privado,

a solução arbitral das desavenças é de bom grado, por tornar possível resolver a contenda com mais neutralidade e justeza.

Por isso, a arbitragem é cada vez mais utilizada como método de resolução de conflitos entre pessoas físicas, corporações de abrangência global, bem como entre governos ou empresas estatais que tenham recepcionado a arbitragem sob os desígnios das Convenções Internacionais que versem sobre o tema.

2.4 Do árbitro

A dissolução de conflitos por intermédio da arbitragem não goza do benefício do controle Estatal. Ao contrário dos juízes togados, os árbitros serão eleitos pelas partes ou indicados em virtude da natureza do conflito e pela experiência que possuem, somente para dirimir determinado conflito.

Os árbitros, ao proferir suas decisões, podem utilizar-se do Direito Nacional e do Internacional, dos princípios gerais do direito, dos usos e costumes, das regras internacionais de comércio e das regras acordadas pelas partes.

Em virtude da sua não suscetibilidade de subordinação ao Poder Público, mas também da amplitude das matérias aptas a alicerçar suas decisões, alguns princípios devem ser atentados pelos árbitros, no exercício de sua função. Nesse diapasão, é necessário que os árbitros atuem com integridade, imparcialidade, independência e neutralidade.

Além disso, têm o dever de revelar qualquer condição que lhes impeça de exercer sua função com justeza. Devem, também, abster-se de comunicar com qualquer das partes unilateralmente, noticiando aos membros do órgão ao qual façam parte sobre toda e qualquer comunicação com as partes. Têm, ainda, a obrigação de despender forças para conduzir o procedimento eficaz e eficientemente, dentro dos parâmetros da ética e da razoabilidade, e num período de tempo aceitável e convinável para evitar dispêndios excessivos. Por fim, possuem o encargo da confidencialidade, ou seja, de manter o sigilo das informações que os levaram à resolução da contenda, exceto se isentos da obrigação pelas partes ou pela autoridade competente.

2.5 Das vantagens da arbitragem

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos alternativo que exclui a

participação do Poder Judiciário no que tange à resolução da dissidência, e carga em seu bojo uma variedade de vantagens, como que: maior celeridade e, portanto, maior parcimônia com relação aos custos; mais amplitude e flexibilidade no que diz respeito à aceitação das provas; mais confiabilidade, visto que os árbitros se incumbem de atender a princípios e deveres com o escopo de elaborar decisões mais equânimes; mais especialização dos árbitros no que pertine à matéria objeto do litígio; possibilidade de eleição dos árbitros, da legislação a ser aplicada, e do território onde se deseja decompor o conflito, conferindo méritos ao princípio da autonomia da vontade das partes, dentre outros aspectos de grande valia e importância.

2.6 Da cláusula compromissória e do compromisso arbitral

A arbitragem consiste num expediente alternativo de resolução de controvérsias, por meio do qual as partes, em disputa alcançando direitos disponíveis, elegem um terceiro, o árbitro, chamado a resolvê-la, de forma vinculativa.

Com o intuito de eleger a arbitragem como forma de resolução de conflitos de natureza patrimonial, é de mister importância suscitar a respeito das formas de convenção de arbitragem, ou seja, da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

Segundo Carla Noura Teixeira,

A cláusula compromissória, cláusula arbitral ou *pactum compromittendo*, é a cláusula inserta em contratos dispondo que qualquer divergência surgida daquela avença será dirimida por arbitragem”, e o compromisso arbitral, por sua vez, seria o “ajuste celebrado entre contratantes para submissão de uma questão já identificada à decisão arbitral.⁴

A cláusula compromissória tem como efeito afastar o judiciário da resolução da controvérsia, através da fixação da sujeição da contenda ao juízo arbitral. É, como seu nome sugere, uma cláusula inserida no contrato principal com presunção de autonomia. Assim, é de admitir-se que ampara matéria e fim próprios, o

⁴TEIXEIRA, Carla Noura. Direito Internacional: público, privado e dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136.

que a distingue do contrato principal. Ou seja, seu vigor permanecerá inteiro, ainda que o contrato de per se seja considerado inválido.

No que tange à natureza jurídica da cláusula compromissória, diz-se que se equipara a um contrato preliminar. É uma promessa de compromisso arbitral, com a intenção de afastar o poder público do conhecimento e da resolução dos conflitos que, porventura, venham a surgir. Tal apartamento só ocorre, efetivamente, por assim dizer, com a instituição do compromisso arbitral.

Adriana Noemi Pucci, no que respeita ao compromisso arbitral, anuncia o instituto como sendo “um instrumento pelo qual as partes, ainda que não tenham pactuado anteriormente (mediante cláusula compromissória) a submissão de suas pendências a árbitros, suscitado o conflito, decidem submeter o litígio à arbitragem.”⁵

O compromisso arbitral, quanto à sua formação, constitui-se após o surgimento do conflito de conveniências. Tem como escopo a demarcação da controvérsia, a qual será matéria de decisão arbitral e, como efeito, “a aceitação dos árbitros para formação do juízo arbitral e interrupção da prescrição”.⁶

A doutrina é controversa no que respeita à natureza jurídica do compromisso arbitral. Não se esclarece, ao certo, se é uma forma de extinção de obrigações, um negócio jurídico ou um contrato.

Mas a diferença residente entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória alude a uma questão temporal, na medida em que, quando da elaboração da cláusula compromissória, o conflito ainda não ocorreu e, ainda, não se sabe se haverá qualquer pendência a respeito da matéria contratada. No instante da formação do compromisso arbitral, por sua vez, as partes têm conhecimento dos dissídios que deverão ser submetidos à análise arbitral. Nesta oportunidade, serão definidas as circunstâncias em que será manobrada a arbitragem.

2.7 Da sentença arbitral

A decisão, sentença ou laudo arbitral equipara-se à sentença proferida pelos juízes togados. É através desse documento que as partes alcançam seus objetivos e contemplam seus compêndios dissolvidos.

⁵PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997. p. 95.

⁶KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: de acordo com a lei 9307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 137-138.

De proêmio, o laudo arbitral tem a mesma força da sentença proferida pelos juízes togados do Poder Judiciário. É de bom grado, todavia, salientar que, a depender do sistema normativo no qual o procedimento arbitral tenha sido realizado, deverá ser pormenorizado se há a necessidade de submeter a decisão arbitral a algum procedimento individualizado, mas também os requisitos de validade aos quais devem submeter-se tais declarações.

É indispensável que o conteúdo do laudo refira-se restritivamente à matéria motivo da desavença. Tal limitação funda-se no preceito da autonomia da vontade das partes, e implica no cerceamento do poder de deliberação dos árbitros, à matéria submetida à resolução. Qualquer julgamento a maior implicará na anulação do laudo, bem como de todo o procedimento.

Os laudos, ainda, devem ser fundamentados, abarcando sustentáculos de fato e de direito.

No direito brasileiro, por exemplo, a sentença arbitral só pode ser proferida por escrito, no prazo constante na lei, qual seja, de 180 dias, no máximo, ou dentro o prazo estipulado pelas partes, desde que acordem a respeito. Além disso, em se tratando de o litígio ter sido submetido a um órgão arbitral colegiado, deverá a decisão ser prolatada pela maioria dos árbitros e, aquele que estiver em desacordo, poderá redigir sua decisão apartada das demais.⁷

2.8 Dos pressupostos de validade da arbitragem

Tomando como premissa o direito brasileiro, a Lei de Arbitragem - Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996 - instituiu o procedimento arbitral, sem os embaraços constantes na legislação que até então vigorava a respeito da matéria.

Entretanto, para a validade, tanto do compromisso arbitral, quanto da cláusula compromissória, por extensão, é indispensável o cumprimento de requisitos imprescindíveis, como a qualificação das partes e dos árbitros, a descrição do objeto da arbitragem e o lugar onde será proferida a decisão arbitral, conforme disposto no artigo 10 da Lei de Arbitragem.

No que tange ao reconhecimento do compromisso arbitral, em específico, este pressupõe o preenchimento de aspectos como capacidade, objeto lícito e

⁷VIDE artigos 23 e 24, respectivamente, da Lei de Arbitragem, Lei n. 9307/96.

possível, consentimento e forma prescrita ou não defesa em lei, abarcados pelo artigo 82 do Código Civil Brasileiro.

2.9 Do princípio da autonomia da vontade

Este é, insofismavelmente, o princípio predominante na seara da arbitragem comercial internacional, pelo qual se depreende que o direito a ser aplicado na resolução da controvérsia será eleito pelas partes, vez que a estrutura basilar da arbitragem será sempre contratual.

Este arcabouço sinalagmático decorre diretamente do imperioso papel desempenhado pela arbitragem no âmbito do comércio mundial, já que, quando transpostas as fronteiras geográficas, a escolha da norma aplicável ao acordo comercial e aos possíveis conflitos referentes ao mesmo torna mais segura a relação negocial. É que a arbitragem, quando atuante no comércio internacional, tem a função precípua de evitar o cerceamento jurídico e político dos sistemas legais.

Entretanto, insta destacar que as regras de direito eleitas pelas partes devem-se enquadrar aos parâmetros da ética e da razoabilidade, e não poderão ofender os bons costumes e a ordem pública do ordenamento conexo à causa.

2.10 Ordem pública e arbitragem

A noção de ordem pública tem como pressuposto a ideia de liberdade individual e de limite à vontade das partes e ao julgamento do árbitro examinador da causa. É, de forma genérica, o ponto de equilíbrio de formações sociais organizadas e a expressão do conjunto de valores preponderantes em determinada sociedade; dos princípios e ideais formadores dos seus respectivos arcabouços ideológicos. Tais pressupostos são, pois, formadores de concepções que têm como escopo o respeito pela liberdade individual, mas também o alcance do bem comum.

No que pertine à arbitragem comercial internacional, o ponto de estabilidade entre liberdade individual e autonomia da vontade das partes é o respeito aos interesses comunitários, variável esta que se modifica consoante os costumes e preceitos reinantes em cada comunidade.

Todavia, o fato de os ordenamentos jurídicos serem distintos, não significa

que não haja pontos em comum entre eles. Pelo contrário. E, em bem da verdade, as convergências são queridas, posto que possuem a função de promover ainda mais eficácia ao arbitramento internacional, incentivando a coincidência de interesses e opiniões e, por conseguinte, a formação de um possível ordenamento jurídico transnacional. Ou seja, consolidando as percepções dos Estados Nacionais no que respeita ao tema e promovendo-lhes um caráter privilegiado e independente, transcendendo as barreiras dos sistemas jurídicos nacionais e estabelecendo princípios universais superiores.

Urge observar que, para a consagração de uma ordem pública transnacional é necessário um largo e voluntário consenso, no sentido de homogeneizar um ordenamento jurídico adequado para a resolução de contendas e atender as necessidades mais elevadas do cenário comercial internacional.

Nessa esteira, a arbitragem comercial internacional, por se tratar de instituto autônomo, torna-se o sítio adequado para a implementação desses valores desprendidos de idealismos jurídicos locais.

3. Arbitragem e a práxis internacional

3.1 Sobre a Organização Mundial do Comércio

Em princípio, é de vital importância explicitar que, por Organismos Internacionais, entende-se como sendo:

Agrupamentos de sujeitos de direito internacional; criados, ordinariamente, por tratados; para a prossecução de determinados fins internacionais relevantes; com duração mais ou menos longa; com órgãos próprios (distintos dos órgãos dos Estados); dotados de personalidade internacional; e com capacidade correspondente aos seus fins.⁸

Dentre os organismos internacionais que tratam da dissolução de compêndios por meio da arbitragem, deve-se destacar a OMC, ou Organização Mundial do Comércio, “criada pelo Acordo de Marrakesh, integrada aos instrumentos legais resultantes da Rodada do Uruguai”⁹, a qual ocorreu em 1994. Diferentemente

⁸TEIXEIRA, Carla Noura. Direito Internacional: público, privado e dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

⁹MARTINS, Eliane Maria Octaviano. A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC. p.

2. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4977>. Acessado em: 16 de jan. 2008.

do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), que era somente um acordo internacional, a OMC configura um Organismo Internacional, e tem como escopo maior o desenvolvimento do comércio internacional. Outrossim, é órgão permanente e possui personalidade jurídica, ou seja, é um corpo institucionalizado.

A Organização Mundial do Comércio tem como principais objetivos a administração dos acordos comerciais formadores do bojo normativo do organismo; servir de fórum para eventuais discussões concernentes à seara comercial internacional; dirimir conflitos vinculados às relações comerciais; inspecionar as políticas de comércio exterior adotadas pelos Estados-Membros; incentivar relações de colaboração com outras organizações internacionais.

A estrutura jurisdicional da OMC, por sua vez, é composta por quatro anexos, quais sejam:

Anexo 1: Acordo Multilateral sobre Comércio de Mercadorias, o qual trata o comércio de bens e divide-se em três subgrupos, a saber:

-Anexo 1A: trata, em específico, do comércio de mercadorias.

-Anexo 1B: trata do comércio de serviços.

-Anexo 1C: trata dos direitos de propriedade intelectual pertinentes ao comércio internacional.

Anexo 2: Entendimento sobre Solução de Controvérsias (*Dispute Settlement Understanding*).

Anexo 3: Mecanismo de Revisão de Políticas Comerciais.

Anexo 4: Acordos Plurilaterais, composto por dois anexos, como que: o Acordo sobre o comércio de aeronaves civis e o Acordo sobre licitação pública.

3.2 Questões elementares sobre o sistema de resolução de controvérsias da OMC

Antes de dissecar a estrutura de remate de impugnações da OMC, faz-se necessário atentar para o arranjo hierárquico-funcional do organismo.

O órgão precípua é a Conferência Ministerial, constituído por um representante de cada Estado-Membro da OMC. Depois, o Conselho Geral da OMC, um órgão perene, que possui a mesma formação do primeiro. Tem como escopo gerir as atividades da OMC, mas também a implementação das determinações da Conferência Ministerial. Importante apreciar que é também ofício do Conselho Geral

funcionar como Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) ou, por assim dizer, como *Dispute Settlement Understanding* (DSU).

Seguindo a disposição organizacional, há três conselhos em mesmo patamar de importância, quais sejam: Conselho de Mercadorias, pertinente ao Anexo 1A; Conselho de Serviços, referente ao Anexo 1B e o Conselho de Direitos de Propriedade Intelectual, concernente ao Anexo 1C.

Por último, cite-se o Secretariado, cujas tarefas primordiais são, primordialmente:

1. prover assistência técnica para Membros em desenvolvimento; 2. monitorar e analisar o desenvolvimento do comércio mundial; 3. servir de fonte de informação ao público e imprensa; 4. organizar as cúpulas da Conferência Ministerial; 5. acessar os governos de Países que desejem adentrar à instituição, e; 6. prestar assistência jurídica e administrativa no processo de solução de litígios.¹⁰

Conforme observado alhures, é também função do Conselho Geral trabalhar como *Dispute Settlement Understanding* (DSU). Presentemente, vale assentir que o órgão encarregado de tentar dirimir os pleitos que hajam surgido no âmbito da OMC é o *Dispute Settlement Body* (DSB). Este corpo compõe-se de todos os membros da OMC, e configura atuação ainda mais especializada do Conselho Geral. Esta peculiarização confere ao DSB uma identidade hierárquico-funcional, oriunda da importância conferida pela OMC ao remate de controvérsias no contorno do comércio internacional.

O desenlace dos choques de interesses, portanto, começa “a funcionar cada vez mais sob uma ótica jurídica, pela qual a vontade das partes, a despeito de possuírem fundamental importância, nem sempre determina o resultado do litígio.”¹¹ Ou seja, “o sistema dá primazia ao consenso de acordos, mas na ausência destes, são as normas expressas que afinam a controvérsia.”¹²

¹⁰GAMBARRO, Carlos Maria; FIORATI, Jete Jane. O sistema de resolução de controvérsias na OMC. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 11, n. 44, jul-set 2003, p. 13.

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹² *Ibidem*, p. 16.

3.3 Do procedimento de solução de controvérsias da OMC

De maneira concisa, pode-se dizer que o sistema de resolução de controvérsias da OMC tem início com o pedido de consulta, devendo ser o DSB notificado acerca da solicitação.

Findo o procedimento preliminar, o demandante pode requerer a instalação de um panel, quer dizer, de um Grupo Especial, que será formado por representantes de três ou, excepcionalmente, cinco países membros.

Segue-se a fase de investigação, quando as partes e terceiros interessados apresentam suas respectivas posições.

Depois, o relatório final será produzido e, após comunicadas as partes acerca da decisão, será a mesma analisada pelo DSB no prazo de vinte dias. Terá o DSB mais sessenta dias, entretanto, para deliberar sobre a adoção do relatório ou pela não adoção, se as partes assim convencionarem ou manifestarem a intenção de proceder à apelação.

Em seguida, será constituído um Órgão de Apelação, ou Appellate Body, o qual será integrado por sete componentes indicados pelo DSB. O Órgão de Apelação emitirá, então, seu parecer, e este deverá ser abraçado pelo DSB e aceito pelas partes nos trinta dias que se seguirem à notificação e, ainda, a parte prejudicada deverá comunicar o DSB no que respeita às suas intenções de implementar contramedidas, dentro da mesma conjuntura temporal.

É de grande valia, por fim, atentar que a OMC disponibiliza as partes em conflito a utilização de procedimento espontâneo de resolução de controvérsias, como que, a arbitragem, que pode ser movida e finalizada a qualquer tempo. Pode-se, inclusive, “suspender o conteúdo jurídico do relatório de um panel quando as partes, no decorrer do iter dos procedimentos, encontram solução mutuamente satisfatória”.¹³

3.4 Do processo arbitral

A OMC prevê o uso da arbitragem como forma de resolução de conflitos, em substituição ao procedimento que cuida do desenlace de contendas. É, contudo, necessário que as partes hajam pactuado a respeito da instauração da primeira sistemática.

¹³MARTINS, Eliane Maria Octaviano. A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4977>. Acesso em: 16 jan. 2008.

Observe-se que o mecanismo de solução de controvérsias da OMC, de per si, não deve ser considerado procedimento arbitral e, tampouco, ser confundido com este último. Todavia, é possível seja suspenso o procedimento de resolução de conflitos, a qualquer tempo, conquanto as partes hajam concordado acerca de uma decisão satisfatória, por intermédio do procedimento arbitral, vez que a OMC possui como um de seus intentos a conciliação dos interesses das partes.

3.5 O caso *Embraer versus Bombardier*

A dificuldade de as empresas brasileiras obterem taxas de juros ao par daquelas praticadas internacionalmente fez surgir o Proex, ou Programa de Financiamento às Exportações.

O Proex é um programa de incentivo às exportações de bens e serviços, que admite o recebimento à vista de uma venda negociada a prazo, promovendo, aos exportadores brasileiros, condições mais favoráveis de competição no cenário comercial internacional. Além disso, seus recursos são oriundos do Orçamento Geral da União e o Banco do Brasil é o administrador do programa.¹⁴

No ideário canadense, o Proex ia de encontro ao Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM Agreement - Agreement on Subsidies and Countervailing Measures), o que motivou a contestação do país à OMC em face do Brasil. Pelo Acordo, existem subsídios, por exemplo, quando os governos colaboram com cessões financeiras e concedem vantagens para quem as toma. Isso permite que os países que se sintam prejudicados, possam recorrer à OMC ou, mais especificamente, ao DSB, requerendo consultas.

O Proex, pois, tornou possível a celebração de contratos mais vantajosos pela Embraer, em condições mais competitivas, o que deu causa à oposição da empresa canadense, a qual insistiu no ingresso do governo do Canadá, junto à OMC, com o intuito de obter a confirmação de que o Proex poderia ser considerado um subsídio ilegal, consoante definição do artigo 3, 1, a, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.^{15 16}

¹⁴CINTI, Thadeu; ASSIS, Marcelo Gonçalves. In: Manual prático de Comércio Exterior. German Sagre. Org. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 100.

¹⁵ALBUQUERQUE, Flávia Regina Costa Ramos. O caso Bombardier versus Embraer: Análise crítica do emprego da retaliação no seio do sistema de solução de controvérsias da OMC, p. 9. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, n. 1514, 24 ago. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10318>. Acesso em: 01 set. 2008.

¹⁶Artigo 3 - Proibição. 1. Com exceção do dispositivo no Acordo sobre Agricultura, serão proibidos os seguintes subsídios, conforme definidos no Artigo 1; a) subsídios vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições, inclusive aqueles indicados a título de exemplo no Anexo I. Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias. Disponível em: www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196686041.doc. Acessado em: 16 abr. 2014.

Entretanto, o Brasil contestou a arguição com fulcro no item K do Anexo 1, do mesmo Acordo,¹⁷ observando que os auxílios prestados à Embraer não configuravam superioridade ou lhe proporcionavam lucro de grande vulto, no que tange à exportação de jatos.

Salientou, ainda, que

garantir vantagem de monta encaixava-se na exceção prevista na nota de rodapé n. 5 do próprio artigo 3, 1, do SCM Agreement, que previa que as “medidas que estejam indicadas no Anexo I como não caracterizadoras de subsídios à exportação não serão proibidas por este Artigo ou nenhum outro deste Acordo”.¹⁸

Dessa maneira, o Brasil propunha que o Proex seria considerado instrumento necessário para a equanimização comercial do país. Ainda, que a Bombardier também recebia patrocínios do Canadá, o que impossibilitava a concorrência em paridade de circunstâncias, mas também que o Proex não se enquadrava na classificação de subsídios proibidos, vez que estava de acordo com o conteúdo abarcado pelo artigo 27 do SCM Agreement.¹⁹

Assim, o pedido do Canadá fora deferido, o Proex considerado incentivo proibido, haja vista a violação do artigo 3 do SCM Agreement, e ficou estabelecido

¹⁷K) a concessão pelo governo (ou por instituições especiais controladas pelas autoridades o governo e/ou agindo sob seu comando) de créditos à exportação a taxas inferiores àquelas pelas quais o governo obtém os recursos utilizados para estabelecer tais créditos (ou que teriam de tomar se tomassem emprestado nos mercados financeiros internacionais recursos com a mesma maturação), ou o pagamento pelo governo da totalidade ou de parte dos custos em que incorrem exportadores ou instituições financeiras quando obtêm créditos, na medida em que sejam utilizados para garantir vantagem de monta nas condições de créditos à exportação. Idem, ibidem.

¹⁸Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias. Disponível em: www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196686041.doc. Acessado em: 16 abr. 2014.

¹⁹Artigo 27 - Tratamento Especial e Diferenciado aos Países em Desenvolvimento Membros

1. Os membros reconhecem que subsídios podem desempenhar papel importante em programas de desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento Membros.

2. A proibição do parágrafo 1 (a) do Artigo 3 não se aplicará:

a) aos países em desenvolvimento Membros arrolados no Anexo VII;

b) a outros países em desenvolvimento Membros pelo período de 8 anos a partir da data em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que obedecidas as disposições do parágrafo 4.

[...]

4. Os países em desenvolvimento Membros a que se refere o parágrafo 2 (b) eliminarão seus subsídios à exportação no período de 8 anos, preferivelmente de maneira progressiva. Os países em desenvolvimento Membros não elevarão, porém, o nível de subsídios à exportação e, sempre que a concessão de subsídios à exportação seja incompatível com suas necessidades de desenvolvimento, eliminá-los-ão em prazo inferior àquele previsto neste parágrafo. Caso estime necessário conceder tais subsídios além do prazo de 8 anos, um país em desenvolvimento Membro, até no máximo um ano antes do final desse prazo, iniciará consultas com o Comitê, que determinará se a prorrogação desse período se justifica, após exame de todas as necessidades econômicas, financeiras e de desenvolvimento pertinentes do país em desenvolvimento Membro em causa. Se o Comitê determinar que a prorrogação se justifica, o país em desenvolvimento Membro manterá consultas anuais ao Comitê para determinar a necessidade de manutenção dos subsídios. Se o Comitê não chega a tal conclusão, o país em desenvolvimento Membro eliminará os subsídios à exportação remanescentes no prazo de dois anos a contar do fim do último período autorizado.

que o Brasil deveria suspender o privilégio referente ao Proex num prazo de até 90 dias, a partir da decisão.

Em seguida, após o indeferimento de sua apelação, perante o *Appellate Body*, o Brasil submeteu ao DSB, em 19/11/99, as reformas instauradas no Proex, através da Resolução n. 2677/99, e da Carta Circular n. 2881/99 do Banco Central do Brasil.

O Canadá, por conseguinte, em 23/11/99, demandou a feitura de outro panel, na proporção em que não anuía com a concordância entre as medidas compensatórias propostas pelo Brasil e as deliberações constantes no Acordo.

Urge ressaltar que, em virtude da Resolução proferida contrariamente ao Brasil, e das críticas negativas às recentes transformações do Proex, foram instituídas novas modificações no programa, por intermédio da Resolução n. 2799/00.

Nesse ínterim, em meio a um intenso desgaste das relações diplomáticas, Canadá requereu, em 10/05/2000, permissão para dar início às contramedidas em face do Brasil, no valor de setecentos milhões de dólares canadenses, utilizando como pressuposto o que abarcam os artigos 4, 10, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, e 22, 2, do Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre resolução de controvérsias (DSU - *Dispute Settlement Understanding*).

Sequencialmente, o Brasil requisitou a utilização da Arbitragem, sob o amparo legal do artigo 22, 6, do Entendimento relativo às normas e procedimentos sobre resolução de controvérsias, bem como do artigo 4, 11, do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. A petição teve o propósito maior de mensurar o montante almejado pela parte contrária. A decisão arbitral reduziu o valor das contramedidas para trezentos e quarenta e quatro milhões de dólares canadenses ao ano.

O Canadá obteve do DSB a permissão para a retaliação do Brasil, em 12/12/2000. A decisão teve alicerce nos artigos 22, 7, do DSU e 4, 10, do SCM Agreement. Importa observar que a análise da eficácia e da praticabilidade das medidas retaliatórias cabe, precipuamente, ao país demandante. E, por avaliar desvantajosa a implementação do esquema retaliatório, o país não se utilizou de tal consentimento.

Diante dos fatos narrados, é insofismavelmente visível que a adoção da Arbitragem, como instrumento de negociação e dissolução de conflitos, logrou êxito

às partes, vez que possibilitou o perfilhamento de medidas mais prudentes e sensatas, bem como a aplicação dos princípios da equivalência e da proporcionalidade, elementos reconhecidos na seara do Direito Internacional, dando lugar a avaliações mais apropriadas ao caso. Portanto, através da utilização da Arbitragem, as partes alcançaram resultados positivos, mesmo antes de decidida a controvérsia pelo corpo jurídico do Órgão de Resolução de Controvérsias da OMC de forma definitiva.

Considerações finais

Coube aqui exaltar os créditos da arbitragem, na medida em que carrega em seu corpo uma variedade de utilidades, como que: maior celeridade e, portanto, maior parcimônia com relação aos custos; mais amplitude e flexibilidade no que diz respeito à aceitação das provas; mais confiabilidade e sigiliosidade; maior especialização dos árbitros; possibilidade de eleição dos mesmos, da legislação a ser aplicada, e do território onde se deseja decompor o conflito, conferindo méritos ao princípio da autonomia da vontade das partes, dentre outros aspectos de grande valia e importância.

Notório que ainda restam alguns entraves ao sistema arbitral, sobretudo no que tange à exclusão da participação do Poder Judiciário da dissolução das contendas. Todavia, não se intenta, neste trabalho de pesquisa, negligenciar, tampouco sobrepujar o prestígio do Poder Judiciário.

Em bem da verdade, vislumbra-se demonstrar ser precisa a liberação das amarras de uma legislação manifestamente positivista e restritiva, mais voltada para o judiciário do que para a autonomia da vontade das partes, em detrimento do ardor democrático de acesso universal à justiça.

Referências

ALBUQUERQUE, Flávia Regina Costa Ramos. O caso Bombardier versus Embraer: análise crítica do emprego da retaliação no seio do sistema de solução de controvérsias da OMC. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1514, 24 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10318>>. Acesso em: 01 set. 2008.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 11 ed. vol. IV. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1958.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. CASELLA, Paulo. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9307/96) e a praxe internacional**. Coordenador. São Paulo: LTr, 1996.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Bahia: Jus Podium, 2007.

GAMBARRO, Carlos Maria; FIORATI, Jete Jane. **O Sistema de Resolução de Controvérsias na OMC**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. Artigo. V. 11. N. 44. p. 7-39. jul-set 2003.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade: e acordo com a lei 9307/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MAIA, Jaime Mariz. **Economia Internacional e Comércio Exterior**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4977>>. Acesso em: 16 de jan. 2008.

Ministério do desenvolvimento, indústria e comércio exterior. **Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias**. Disponível em: www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1196686041.doc. Acessado em: 16 abr. 2014.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional**. Coordenadora. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem.** São Paulo: LTr, 1997.

SAGRE, German. **Manual Prático de Comércio Exterior.** Organizador. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional.** São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional: público, privado e dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2007.

Artigo recebido em: 9.03.2014

Revisado em: 30.03.2014

Aprovado em: 15.04.2014