

O DIREITO DO MERCOSUL: ANÁLISE DAS TRÊS PRIMEIRAS DECISÕES ARBITRAIS FUNDADAS NO PROTOCOLO DE BRASÍLIA

*Deisy Ventura**

*U*ma reflexão aprofundada sobre questões de direito do Mercado Comum do Sul sugere primeiramente a abordagem das razões pelas quais a convocação dos primeiros tribunais arbitrais veio a produzir-se tardiamente através do estudo do funcionamento do sistema de solução de controvérsias e da apresentação dos casos concretos que romperam a dita paralisia. Os laudos exarados pelos respectivos tribunais arbitrais revelam decisões plenamente adequadas aos casos concretos em tela e que consolidam os primeiros princípios de interpretação das normas do bloco, mas que se mostram insuficientes como resposta às necessidades globais de aplicação do direito no âmbito do Mercosul.

O percurso proposto visa a possibilitar, a um só tempo, a análise descritiva dos primeiros laudos arbitrais do Mercosul – de árdua compreensão devido à complexidade técnica dos seus objetos –, e um balanço crítico destas decisões, no contexto da evolução do direito da integração platino.

* Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (RS).

1 Breve histórico

O Mercado Comum do Sul, Mercosul, foi criado pelo Tratado de Assunção (TA), de 26 de março de 1991.¹ O objetivo deste acordo é a realização progressiva de um mercado comum entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. Sua vigência marca o início de um *período de transição* que se estenderia até 31 de dezembro de 1994, data em que o mercado comum estaria realizado. Todavia, diversas decisões posteriores postergaram esse prazo e, na atualidade, o Mercosul é apenas uma união aduaneira imperfeita.

Caracterizado pela transitoriedade, o tratado constitutivo instalou um quadro institucional provisório, composto por dois órgãos – o Conselho Mercado Comum (CMC) e o Grupo Mercado Comum (GMC) –, além de uma Comissão Parlamentar Conjunta e de uma Secretaria Administrativa. O CMC e o GMC foram dotados de poder decisório, exercido por consenso e na presença de todos os Estados Partes. Seus membros são ou os Chefes de Estado, ou Ministros, ou funcionários de nível ministerial indicados pelos governos nacionais. Quanto à Comissão Parlamentar, possui caráter consultivo, tendo seus representantes indicados pelos Parlamentos nacionais. À Secretaria correspondem funções meramente burocráticas.

Desde a sua origem, o Mercosul é, pois, uma organização internacional de caráter intergovernamental. Não houve transferência de competências nacionais ao coletivo de Estados, nem mesmo no que se refere à elaboração de uma política comercial comum. Admitindo que tal característica é adequada a um acordo de livre comércio, mas não ao mercado comum, o artigo 18 TA previu que “uma estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões” fosse determinada “antes do estabelecimento do Mercado Comum, a 31 de dezembro de 1994.”²

¹ *Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai*. BOLETIM DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA (B.I.L.A.). Brasília: Ministério das Relações Exteriores, n. 6, jul./set. 1992, p. 186-197.

² Uma política comercial pode ser definida como um conjunto de normas e diretrizes que regem as operações de comércio internacional. No caso da integração europeia, a política comercial comum possui dois ramos: o *clássico*, constituído por instrumentos aduaneiros como a Tarifa Externa Comum, os alinhamentos de preço dos produtos agrícolas, as restrições quantitativas, as medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas e as taxas de efeito equivalente aos direitos aduaneiros; e o *moderno*, que compreende tanto a incitação ao comércio, através da negociação de acordos com países terceiros, em âmbito bilateral e multilateral, quanto a organização da defesa comercial da Comunidade,

A estrutura orgânica do Mercosul foi, então, posteriormente aperfeiçoada pelo Protocolo de Ouro Preto (POP), de 17 de dezembro de 1994.³ Apresentada pelo próprio Protocolo como definitiva, mas não imutável,⁴ a nova estrutura é pouco inovadora em relação ao TA, certamente porque os acordos de Ouro Preto adiam a união aduaneira e o mercado comum ainda está longe de ser concretizado.⁵

Assim, o POP regulamenta a estrutura já existente, à qual incorpora apenas dois novos órgãos. A Comissão de Comércio (CCM), órgão com poder decisório, é encarregada de coordenar a política comercial comum,⁶ e o Foro Consultivo Econômico-Social, que deve constituir um espaço de discussão entre empresários, trabalhadores e consumidores. Portanto, o POP manteve as características essenciais do TA, quais sejam a intergovernamentalidade,⁷ a tomada de decisão por consenso na presença de todos os Estados Partes,⁸ e a ausência de transferência de competências estatais ao

como a política de promoção das exportações, as medidas anti-dumping ou as que procurem minorar o efeito prejudicial de subvenções acordadas em países terceiros exportadores (SCHAPIRA, J., Le TELLEC, G., BLAISE, J.-B. *Droit européen des affaires*. Paris: P.U.F., 1994. p. 683-686). Desse modo, o conjunto da política comercial comum constitui competência exclusiva da Comunidade Européia, exercida principalmente pela Comissão Européia, tendo os Estados-membros perdido a possibilidade de legislar e regulamentar tal matéria, salvo em caso de autorização expressa da Comunidade. (MANIN, Philippe. *Les Communautés européennes, l'Union européenne*. 5. ed. Paris: Pedone, 1999. p. 97-98.). A Corte de Justiça das Comunidades entendeu que se os Estados-membros guardassem uma competência paralela nesse domínio, buscando a satisfação de seus interesses individuais nas relações exteriores que estabelecem, haveria o risco de comprometer o interesse geral da Comunidade (*Rec. CJCE, Avis de 11/11/1975, 1/75, p. 1364.*)

³ *Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul*, B.I.L.A. n. 15, out./dez. 1994, p. 212-219.

⁴ Segundo o artigo 47 do POP, “Os Estados Partes convocarão quando julgarem oportuno conferência diplomática com o objetivo de revisar a estrutura institucional do MERCOSUL estabelecida pelo presente Protocolo, assim como as contribuições específicas de cada um de seus órgãos”.

⁵ “A opção continuada dos países membros do Mercosul por estruturas do tipo intergovernamental, submetidas a regras de unanimidade, pode portanto ser considerada como a mais adequada na etapa atual do processo integracionista em escala sub-regional, na qual nem a abolição dos entraves à livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, nem a instituição efetiva da tarifa externa comum, nem a integração progressiva das economias nacionais parecem ainda requerer mecanismos e procedimentos supranacionais suscetíveis de engajar a soberania dos Estados”, ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. São Paulo: LTr, 1998. p. 77.

⁶ A CCM já fora criada em 5 de agosto de 1994 pela Decisão 9/94 do CMC, B.I.L.A. n. 14, p.88-89/325-327, mas foi incorporada à estrutura “definitiva” do Mercosul pelo POP (Seção III).

⁷ Art. 2º POP.

⁸ Art. 37 POP.

organismo internacional. Note-se, especialmente, a ausência de um órgão de tipo jurisdicional.

No que se refere à solução de controvérsias, ainda em Assunção se havia criado um sistema embrionário para “facilitar a constituição do Mercado Comum”.⁹ Esse sistema limitava-se às negociações entre os Estados Partes, diretamente entre os interessados, ou no seio das instituições comunitárias.¹⁰ Entretanto, uma proposta de sistema de solução de controvérsias para o período de transição deveria ser apresentada logo após a entrada em vigor do texto constitutivo,¹¹ e um sistema permanente de solução de conflitos deveria ser instaurado antes de 31 de dezembro de 1994.¹²

O sistema de solução de controvérsias elaborado para o período de transição foi o Protocolo de Brasília (PB), de 17 de dezembro de 1991.¹³ Limita-se aos conflitos entre Estados Partes e funda-se nas negociações diplomáticas, tendo como último recurso a arbitragem. Seu âmbito de aplicação é a interpretação, aplicação ou descumprimento das regras comunitárias por parte de um Estado-membro.

Os indivíduos não têm acesso direto ao sistema, mas podem encaminhar uma reclamação através de seu Estado. Em certas condições, um governo pode adotar a reclamação de um particular como se sua fosse. O sistema não abrange controvérsias fundadas nos atos praticados pelas instituições do Mercosul. Provavelmente porque o mercado comum não foi implementado, o PB acabou por restar como sistema permanente de solução de controvérsias do Mercosul, sendo apenas complementado em dezembro de 1994.¹⁴ Recentemente, o PB foi regulamentado pela Decisão nº 17/98 do Conselho Mercado Comum.¹⁵

Considerados como o direito originário do Mercosul, estes três instrumentos jurídicos – TA, POP e PB – asseguram a existência autônoma da organização, definem sua natureza, outorgam-lhe personalidade jurídica, determinam sua estrutura e regulam o funcionamento de suas instituições. Contudo, o direito originário não é suficiente para administrar a integração econômica. Para pôr em prática os objetivos dos textos constitutivos, as instituições comunitárias têm necessidade de elaborar novas normas. As

⁹ Art. 3º TA.

¹⁰ Anexo III TA.

¹¹ Anexo III, alínea 2.

¹² Anexo III, alínea 3.

¹³ *Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias*, B.I.L.A. n. 6, jul./set. 1992, p. 9-13.

¹⁴ Arts. 21, 43 e Anexo POP.

¹⁵ B.I.L.A. n. 23, ago./dez. 1998, p. 31-35.

Decisões do Conselho, as *Resoluções* do Grupo e as *Diretivas* da Comissão de Comércio constituem o *direito derivado* do Mercosul, todas elas obrigatórias para os Estados Partes.¹⁶ Este conjunto de normas compreendia, até junho de 1999, 151 Decisões, 704 Resoluções e 88 Diretivas,¹⁷ que versam sobre as mais diversas matérias – regras aduaneiras, política comercial, normas fitossanitárias, cooperação judicial, cultura, educação, meio-ambiente, entre muitas outras.

Constata-se facilmente que, embora o Mercosul ainda seja uma união aduaneira, é abundante a regulamentação derivada do bloco. Contudo, inexistente aplicabilidade imediata das regras comunitárias. Nem os tratados constitutivos a prevêm, tampouco as Constituições brasileira e uruguaia a permitem.¹⁸ A norma de direito derivado deve passar por um processo de incorporação em cada ordenamento jurídico nacional para que possa produzir seus efeitos jurídicos.¹⁹

O art. 42 POP relativiza este imperativo, não para possibilitar o efeito direto, mas para aumentar o poder discricionário dos Estados: “as normas emanadas dos órgãos do Mercosul [...] terão caráter obrigatório e deverão, *se necessário*, ser incorporadas às ordens jurídicas nacionais”.²⁰ Deduz-se que a incorporação é desnecessária quando já existe norma interna que realize o objetivo da norma comunitária, ou quando a regra em questão tem seus efeitos adstritos à estrutura interna do bloco.²¹ Em qualquer hipótese, cabe aos governos nacionais decidir qual será o modo de incorporação: se um ato normativo do Poder Executivo, modificável e revogável a qualquer tempo; ou uma lei, que depende da aprovação prévia do Poder Legislativo.

A ausência do princípio de aplicabilidade imediata alia-se à impossibilidade de invocar o princípio da primazia das normas comunitárias sobre as ordens jurídicas nacionais.²² Assim, a aplicação uniforme do direito

¹⁶ Arts. 9º, 15 e 20 POP.

¹⁷ B.I.L.A. ns. 1 à 24.

¹⁸ VENTURA, Deisy. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 61-77.

¹⁹ Art. 40 POP.

²⁰ Sem grifo no original.

²¹ Um estudo do Ministério das Relações Exteriores do Brasil relata o estado da incorporação das regras do Mercosul. Até dezembro de 1995, das 78 Decisões do Conselho, 14,1% foram incorporadas sob a forma de lei, 30,7% como ato normativo do Poder Executivo e 44,87% não foram alvo de nenhuma medida de incorporação. Entre as 345 Resoluções do Grupo, no mesmo período, nenhuma foi incorporada sob a forma de lei, 42,3% o foram através de ato normativo do Poder Executivo e 33,62% não mereceram nenhuma medida de internalização. As demais normas aguardavam trâmites internos. In *Implementação dos acordos, decisões, resoluções e diretrizes aprovadas no âmbito do Mercosul*, B.I.L.A. n. 17, maio/dez. 1995, p.117-150.

²² Ver Ventura, *op. cit.*, p. 112-115.

comunitário no território dos Estados Partes não pode ser garantida através da solução judicial de litígios.²³ Daí decorre que as jurisdições nacionais não dispõem dos meios para assegurar a aplicação homogênea e satisfatória do direito do Mercosul, seja originário ou derivado, uma vez que inexistente organismo jurisdicional supranacional encarregado de interpretar ou de aplicar as regras comuns.

No que atine aos litígios entre particulares, o problema agrava-se face ao imberbe estágio de cooperação entre as jurisdições nacionais, que impõem procedimentos excessivamente morosos e, por vezes, ineficazes.²⁴ Era de se esperar, pois, que o sistema de solução de controvérsias autônomo, criado pelo PB, viesse responder satisfatoriamente à aplicação do direito do Mercosul. Ora, transcorridos sete anos de sua previsão legal é que os tribunais arbitrais *ad hoc* foram provocados à solução das primeiras controvérsias.

2 A tardia convocação dos primeiros tribunais arbitrais

Sob o enfoque político, a não utilização do mecanismo de arbitragem, previsto pelo Protocolo de Brasília, foi apresentada como a inexistência de conflitos, seja entre os Estados Partes, seja entre os particulares interessados na evolução do Mercosul. Ora, os Estados-membros, especialmente a Argentina e o Brasil, tiveram, de forma pública, incontáveis conflitos durante os últimos oito anos. Não é difícil perceber que o estado latente do Protocolo de Brasília deveu-se, precipuamente, à natureza eminentemente política do bloco, com nítida predominância de elementos conjunturais sobre a construção estrutural e o conseqüente adiamento do programa de liberalização comercial, mas igualmente à dificuldade de acesso dos particulares ao sistema e à presunção de ineficácia de seu funcionamento. Logo, o conhecimento do mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul (2.1) é indispensável para que se possa compreender corretamente o surgimento dos primeiros caso de arbitragem entre os Estados do bloco (2.2).

²³ Recente decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro (Carta Rogatória 8.279, República Argentina, 4 de maio de 1998), nega a vigência, em território brasileiro, ao *Protocolo sobre Medidas Cautelares*, de 17 de dezembro de 1994, já diversas vezes aplicado na Argentina. Aprovado pelo Congresso Nacional através da publicação e promulgação de Decreto Legislativo, ratificado pelo Presidente e depositado o instrumento de ratificação, faltavam a promulgação e a publicação do Protocolo através de Decreto Presidencial. Por essa razão, a medida cautelar solicitada por um credor argentino para garantir seu direito foi denegada pela justiça brasileira. A Corte suprema confirma, assim, o complexo itinerário de incorporação dos acordos internacionais à ordem jurídica pátria, equiparando aqueles que foram firmados no âmbito do Mercosul a qualquer outro tratado.

²⁴ Ver os acordos de cooperação em matéria jurisdicional no âmbito do Mercosul em Ministério da Justiça, Mestrado em Integração Latino-americana UFSM, *Mercosul, acordos e protocolos na área jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

2.1 *Um sistema que induz ao consenso*

Serão objeto do sistema previsto pelo PB: “as controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no TA, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul”,²⁵ bem como “as reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do TA, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul”.²⁶

Entretanto, a aplicação do direito não é a prioridade do PB e dos instrumentos que o complementam. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul assenta-se muito mais na atuação diplomática do que na jurídica.²⁷

Somente quando esgotada uma longa fase de negociações interestatais (2.1.1), composta por diferentes procedimentos no seio das instituições do Mercosul, é que o recurso à arbitragem pode ser requerido por um Estado Parte (2.1.2).

2.1.1 *Procedimentos negociais*

Quando a controvérsia opera-se entre os Estados Partes, as negociações diretas entre os sujeitos constituem a primeira etapa do procedimento negocial.²⁸ Se as negociações diretas mostram-se parcial ou totalmente infrutíferas, submete-se a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum.²⁹

Órgão executivo do Mercosul, o Grupo é composto por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, indicados pelos respectivos governos, entre os quais devem estar presentes necessariamente representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios das Finanças e dos Bancos Centrais.³⁰ A delegação de cada país dentro do Grupo constitui a respectiva Seção Nacional.³¹

²⁵ Art. 1º PB, alterado pelo art. 43 POP.

²⁶ Art. 25 PB, alterado pelo art. 43, §único POP.

²⁷ Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998. p. 151.

²⁸ Capítulo II PB.

²⁹ Capítulo III PB.

³⁰ Art. 11 POP.

³¹ Art. 2º do Regimento Interno do Grupo, aprovado pela Decisão CMC nº 4/91, in B.I.L.A., edição especial, mar. 1993, p.209-212.

Para apreciar uma controvérsia, o Grupo poderá requerer o auxílio de especialistas por ele escolhidos ou eleitos.³² O Grupo formulará, então, Recomendações aos Estados litigantes para que o diferendo seja resolvido.³³ Observe-se que o sistema de tomada de decisões do Grupo é o consenso, com a presença de todos os Estados-membros.³⁴ Todo o trâmite no seio do Grupo não deve exceder o prazo de 30 dias.³⁵ Se as Recomendações não forem suficientes para solucionar a controvérsia, qualquer dos Estados envolvidos pode recorrer ao procedimento arbitral.³⁶

A controvérsia também pode ser fundada numa reclamação formulada por particulares.³⁷ Nesse caso, a pessoa física ou jurídica interessada deverá formalizar sua reclamação diante da Seção Nacional do Grupo (SNG), no Estado em que tenha residência habitual ou a sede de seus negócios.³⁸ A SNG exerce o juízo de admissibilidade da reclamação, aferindo o atendimento a dois requisitos cumulativos: a veracidade da violação de regra comunitária pelo Estado reclamado, e a existência ou ameaça de um prejuízo ao reclamante.³⁹

Se admitida a reclamação, a SNG do reclamante pode contatar diretamente a SNG do reclamado para solucionar o diferendo, no prazo máximo de 15 dias, através de consulta, ou elevar o litígio diretamente ao Grupo.⁴⁰ Um segundo juízo de admissibilidade é exercido pelo Grupo, que reavalia os fundamentos nos quais baseou-se a SNG do reclamante.⁴¹ Quando aceita a reclamação, convoca-se necessariamente e de imediato uma comissão de especialistas, designados ou eleitos pelo próprio Grupo, que devem emitir um parecer sobre a procedência da reclamação.⁴² As partes no conflito podem ser ouvidas e apresentar seus argumentos aos especialistas.⁴³ Se o parecer for favorável à reclamação, qualquer Estado Parte pode requerer, no seio do Grupo, a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas. Se o seu pedido não prosperar em 15 dias, poderá recorrer ao procedimento arbitral.⁴⁴

³² Art. 30 PB.

³³ Art. 5º PB.

³⁴ Art. 37 POP.

³⁵ Art. 6º PB.

³⁶ Art. 7º-1 PB.

³⁷ Capítulo V PB.

³⁸ Art. 26-1.

³⁹ Art. 26-2 PB.

⁴⁰ Art. 27 PB.

⁴¹ Art. 29-1 PB.

⁴² Arts. 29-2 e 30 PB.

⁴³ Art. 39-3 PB.

⁴⁴ Art. 32 PB.

A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) pode também ser acionada, desde que o objeto do conflito pertença à sua área de competência,⁴⁵ centrada especialmente na política comercial comum.⁴⁶ Esta inovação do Protocolo de Ouro Preto, compilada sob a forma de um Anexo, compreende a apresentação de reclamações, seja por Estados ou por particulares, à Seção Nacional da CCM (SNCC), que exerce um primeiro juízo de admissibilidade. A exemplo do Grupo, a SNCC é composta pela delegação nacional de cada país no seio da CCM, integrada por funcionários do governo.

Quando aceita a reclamação, a SNCC deve encaminhá-la à Presidência da CCM, que poderá acolhê-la por consenso ou convocar um Comitê Técnico. Se convocado o Comitê Técnico, a CCM deverá analisar suas conclusões e decidir por consenso as medidas que devem ser adotadas para solução do diferendo. Ausente o consenso na CCM, o dossier será encaminhado ao Grupo que, também por consenso, poderá determinar medidas para solução da controvérsia. Caso não haja consenso no Grupo, ou caso o Estado reclamado não cumpra as medidas determinadas pela CCM ou pelo Grupo, o Estado reclamante poderá recorrer ao procedimento arbitral.

2.1.2 Procedimento arbitral

O Protocolo de Brasília e seu Regulamento (RPB) prevêm um procedimento arbitral que é fiel às características do tradicional instituto da arbitragem. Segundo o artigo 8º PB, os Estados-membros do Mercosul “reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias” a que se refere aquele protocolo.

Com efeito, inexistente *um Tribunal Arbitral* do Mercosul. A cada controvérsia, o reclamante comunica à Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM) sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral.⁴⁷ A SAM designa, então, um tribunal *ad hoc*, composto de três árbitros, sendo dois deles indicados por reclamante e reclamado,⁴⁸ dentre os integrantes de uma lista de dez árbitros por país, previamente registrada na SAM.⁴⁹

⁴⁵ Art. 21 POP.

⁴⁶ Art. 19 POP.

⁴⁷ Art. 7º-1 PB.

⁴⁸ Art. 9º-1 e 2 PB.

⁴⁹ Art. 10 PB.

O terceiro árbitro, que não poderá ser nacional dos Estados envolvidos na controvérsia, será definido de comum acordo entre os litigantes, ou sorteado entre os nomes constantes de uma lista elaborada pelo Grupo,⁵⁰ e presidirá o Tribunal. Os árbitros deverão ser “juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto da controvérsia”,⁵¹ e devem ter a “necessária independência” em relação aos governos envolvidos.⁵²

O Tribunal *ad hoc* deve fixar sua sede e adotar seu próprio regimento, garantindo a ampla manifestação das partes envolvidas e a celeridade do procedimento.⁵³ As partes designarão seus representantes e poderão designar assessores ante o Tribunal.⁵⁴ As partes poderão requerer medidas provisórias caso se verificar a irreparabilidade do dano.⁵⁵ O Tribunal Arbitral decidirá a controvérsia com base no direito originário e no direito derivado do Mercosul, além dos “princípios e disposições de direito internacional público aplicáveis na matéria”,⁵⁶ ou ainda *ex aequo et bono*.⁵⁷ A decisão será tomada por maioria; a votação é confidencial e os árbitros não podem apresentar votos dissidentes.⁵⁸

Os laudos do Tribunal são “inapeláveis, obrigatórios para os Estados-Partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação e terão relativamente a eles força de coisa julgada”.⁵⁹ A decisão deve ser cumprida em 15 dias, salvo se o Tribunal estipulou diferente prazo.⁶⁰ Em caso de descumprimento, o Estado infrator poderá ser alvo de medidas compensatórias temporárias.⁶¹

Logo, constata-se que não é a fase arbitral, mas sim a obrigatoriedade de esgotamento das etapas anteriores, assim como a grande margem de discricionariedade reservada aos Estados nessas precedentes fases (uma vez que até mesmo as instituições comuns devem decidir por consenso sobre situações onde ao menos dois Estados são Partes na controvérsia), que comprometem a celeridade e a eficácia da solução de conflitos. A crítica à arbitragem corresponde a um outro plano, e atine à natureza do mercado comum, o que será tratado na segunda parte do presente artigo.

⁵⁰ Art. 12 PB.

⁵¹ Art. 13 PB.

⁵² Art. 15 RPB.

⁵³ Art. 15 PB.

⁵⁴ Art. 17 PB.

⁵⁵ Art. 18 PB.

⁵⁶ Art. 19-1 PB.

⁵⁷ Art. 19-2 PB.

⁵⁸ Art. 20-2 PB.

⁵⁹ Art. 21-1 PB.

⁶⁰ Art. 21-2 PB.

⁶¹ Art. 23 PB.

2.2 Unanimidade impossível: as primeiras controvérsias

Em incontáveis casos concretos, os países do Mercosul, especialmente a Argentina e o Brasil, viram confrontados ou opostos seus interesses e posições. A negociação diplomática e o adiamento dos confrontos foram os recursos mais utilizados pelos governos, e continuam sendo pois, embora já tenham recorrido à arbitragem, a maior parte dos conflitos continua sendo resolvida através de negociações, com predominância do elemento político e das vontades nacionais sobre o elemento econômico e a consolidação do mercado comum. Essa negociação ocorre no seio das instituições, e especialmente na CCM, mas igualmente através da diplomacia presidencial, com fortes traços de informalidade.

Não obstante, três situações fáticas suscitaram a aplicação das normas do Protocolo de Brasília.⁶² Trata-se do caso SISCOMEX (2.2.1), do caso da carne porcina (2.2.2) e do caso dos têxteis (2.2.3).

2.2.1 Caso SISCOMEX

O procedimento arbitral anteriormente descrito repousou em sono profundo até que a Argentina decidiu invocá-lo contra o Brasil. Antes disso, apresentou uma reclamação à Comissão de Comércio, em abril de 1998, e esgotou os procedimentos negociais disponíveis. O Tribunal arbitral foi constituído em 1º de fevereiro de 1999 para tratar do caso “Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior de la Secretaría de Exterior: Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco”.⁶³

O objeto da controvérsia é o regime de licenciamento para importações adotado pelo Brasil quando da implantação do Sistema Integrado de

⁶² O terceiro Tribunal *ad hoc* foi chamado a pronunciar-se sobre a *definição de controvérsia*, uma vez que a Argentina alegou, como questão preliminar, a inexistência de disputa ou controvérsia no caso concreto. Não encontrando dito conceito nas normas do Mercosul, o Tribunal citou a fórmula da Corte Internacional de Justiça no caso *Mavrommatis*: uma controvérsia é “um desacordo sobre um ponto de direito ou de fato, um conflito de opiniões legais ou interesses entre as partes”. Referiu também o critério aplicado ao caso da África Sul-Occidental, segundo o qual, para determinar a existência de uma controvérsia, é preciso demonstrar que a reclamação de uma das partes opõe-se positivamente à da outra. O Tribunal guia-se igualmente por definição empregada pelo Banco Mundial, para quem uma controvérsia é aquela que concerne à existência ou não de um direito ou de uma obrigação. Ver *Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre Productos Textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos*, Colônia, 10/3/2000, <http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/LAUDOS.HTM>

⁶³ Ver íntegra do primeiro laudo arbitral em <http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/LAUDOS.HTM>.

Comércio Exterior (SISCOMEX), através dos referidos Comunicados. O SISCOMEX é um moderno sistema de informática que substituiu as guias de importação. A regra anterior era de que todos os produtos deveriam submeter-se à emissão de guias antes do embarque. Com o novo sistema, inverte-se este critério, sendo a necessidade de licenciamento uma exceção.

O primeiro Comunicado questionado pela Argentina, N° 37, prevê dois procedimentos para licenciamento das importações: automático, que equivaleria a um registro estatístico; e não automático, que depende de requerimento a certos órgãos estatais. Em um anexo, o Comunicado lista os produtos sujeitos a licenciamento não automático. Todavia, indica também uma lista de produtos com direito a licenciamento automático mas que estão sujeitos a alguns procedimentos quando do despacho aduaneiro.

Para o Brasil, trata-se apenas de controles (sanitário, fitossanitário, de segurança) vigentes anteriormente. Para a Argentina, trata-se de outro tipo de licenciamento: automático, mas sob condições ou procedimentos especiais. Sob o prisma argentino, o acesso ao mercado brasileiro seria dificultado pelo comunicado em seu conjunto. Alguns produtos teriam passado do licenciamento automático ao condicionado (como hortaliças, frutas, perfumaria, produtos de limpeza, entre outros); outros do condicionado ao não-automático (calçados, artefatos mecânicos, artefatos elétricos, entre outros). As exigências para o licenciamento não-automático teriam sido aumentadas. Quanto ao Comunicado n° 7, imporia restrições semelhantes especificamente para os produtos lácteos.

A Argentina não questiona a adoção, em si, do SISCOMEX. Porém, considera incompatível com o TA e com as regras que dele derivam, que o novo sistema imponha novas condições para o licenciamento automático, ou sujeite novos produtos ao licenciamento não automático. Outro ponto importante da argumentação argentina refere-se ao Comunicado 23, de 24 de agosto de 1998. Ele eliminou uma parte do Comunicado 37 que continha a lista dos produtos cujo licenciamento não é automático, ou é automático mas condicionado. Esta informação passa a ser registrada no SISCOMEX, fazendo com que o tratamento destinado a um produto possa ser alterado a qualquer tempo, sem publicidade ou normatização, através de um lançamento no sistema.

Logo, esse conjunto de medidas administrativas brasileiras configuraria a adoção de medidas de efeito equivalente a restrições não-tarifárias e provocaria a restrição ilegal do comércio intra-Mercosul. A Reclamante roga ao Tribunal que obrigue o Brasil a eximir as exportações oriundas do Mercosul dos requisitos para licenciamento impostos pelas medidas questionadas.

Em sua defesa, o Brasil argumenta que o TA depende, para sua execução, da adoção gradual de normas com objetivos específicos. O adiamento do mercado comum teria, assim, postergado também a liberalização comercial. O direito derivado do Mercosul não teria criado uma cláusula de *stand still*, pelo qual ficaria proibida a introdução de novas barreiras não tarifárias, mas sim uma cláusula da nação mais favorecida para as importações dentro do Mercosul. Mesmo as barreiras tarifárias não deveriam ser completamente eliminadas, mas tratadas caso a caso nas instituições do bloco. Ainda que fosse admitido o compromisso de *stand still*, seria necessário comprovar o caráter restritivo das medidas adotadas. Assim, considera que suas normas administrativas são compatíveis com o TA e seu direito derivado.

2.2.2 Caso da carne porcina

Um segundo tribunal *ad hoc* foi constituído em abril de 1999, a fim de decidir sobre a controvérsia “sobre a existência de subsídios às exportações de carne de porco”,⁶⁴ em que a Argentina, uma vez mais, opõe-se ao Brasil, depois de ter devidamente esgotado todas as modalidades de negociação previstas pelo Protocolo de Brasília.

Conforme a reclamação argentina, o conjunto de normas e procedimentos brasileiros que favorecem a exportação da carne de porco nacional teriam falseado a concorrência entre as Partes, o que constituiria uma clara violação do TA, assim como da Decisão CMC nº 10/94.⁶⁵ Já complexa em sua origem, a reclamação foi acrescida de diversos novos elementos durante o procedimento arbitral, entre os quais o Tribunal pôde conhecer apenas três: a constituição de estoques públicos de milho, o Programa de Financiamento às Exportações (PROEX) e certos mecanismos financeiros de ajuda às exportações.

Em primeiro lugar, no que atine aos armazéns públicos, a Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) gere a compra, a estocagem e a venda de milho dentro do território brasileiro. Ela teria também o poder de fixar o preço de venda dessas provisões, o que lhe permitiria neutralizar os possíveis efeitos de uma alta de preços no mercado internacional, graças à rápida colocação no mercado dos estoques nacionais. No fim das contas, a ação da CONAB permitiria aos criadores de porco comprar o cereal a um preço mais vantajoso em relação aos parceiros do Mercosul.

⁶⁴ Ver íntegra do segundo laudo arbitral, pronunciado em Assunção em 27/9/1999, em <http://www.mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/LAUDOS.HTM>

⁶⁵ Essa norma proíbe certas modalidades de subvenção à produção e à exportação. B.I.L.A. n. 14, jul./set. 1994, p. 89-91.

Em segundo lugar, os argentinos tratam do PROEX, apresentado como uma subvenção às exportações. Grosso modo, trata-se do financiamento, pelo Tesouro brasileiro, da variação entre a taxa de juros admitida pelo Banco Central e a taxa de juros internacional mínima, através da transferência de recursos públicos aos bancos que emprestam aos exportadores.

Finalmente, a Reclamante visa o Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC) e o Adiantamento de Contrato de Exportação (ACE). Tais operações permitiriam aos bancos comerciais brasileiros adiantar aos exportadores, em moeda nacional, o pagamento que estes receberiam em moeda estrangeira ao final da operação de venda, praticando, porém, taxas de juros muito reduzidas. Para a Argentina, essas vantagens se devem à intervenção do governo brasileiro sobre o mercado financeiro, concedendo isenções fiscais e monetárias.

O Brasil, por sua vez, contestando o primeiro ponto, explica que o milho é colocado, pela CONAB, no mercado, através de vendas públicas, e que os preços internos são geralmente mais elevados que os preços internacionais. Além disso, não existiriam, nas normas do Mercosul, interdição relativa à formação de estoques públicos ou a estabilização de preços agrícolas pelos Estados Partes.

Quanto ao segundo ponto, os brasileiros admitem indiretamente a pertinência da reclamação pois comunicam ao Tribunal que o Poder Executivo proibiu o uso do PROEX para a exportação de bens de consumo dirigidas aos países do Mercosul, à partir de 23 de março de 1999. Enfim, sobre o terceiro ponto, o Brasil considera que os adiantamentos em questão não constituiriam operações de crédito, mas simples operações privadas, de câmbio, desprovidas de qualquer intervenção estatal.

2.2.3 *Caso dos têxteis*

Convocou-se um terceiro tribunal arbitral, em dezembro de 1999, para dirimir a controvérsia, deflagrada pelo Brasil, relativa à aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis pela Argentina.⁶⁶ Note-se o fato de que esse novo Tribunal *ad hoc* é presidido por um árbitro norte-americano.⁶⁷

O objeto da reclamação brasileira é a Resolução 861/99 do Ministério de Economia, Obras e Serviços argentino, que estabelece cotas anuais de

⁶⁶ Ver referência desse laudo, pronunciado em 10/3/2000, na Nota n. 59, acima.

⁶⁷ Gary N. Horlick. Com efeito, não há, no Protocolo de Brasília, determinação de que o terceiro árbitro (além de um árbitro nacional do Estado reclamante e outro nacional do Reclamado) seja nacional de outro país do Mercosul. Como já foi mencionado, os únicos requisitos inerentes à pessoa do árbitro são a reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto de controvérsia (13 PB) e a necessária independência em relação aos envolvidos (art. 15 RPB).

importação de têxteis de algodão provenientes do Brasil. Além de prejudicar os exportadores brasileiros, a medida seria discriminatória por favorecer outros países que não integram o Mercosul, em detrimento de um sócio dessa união aduaneira.

Todavia, o Brasil não requer ao Tribunal apenas a revogação da Resolução em tela. Solicita também que toda medida de salvaguarda, de qualquer natureza, aplicada por um Estado-membro, individualmente, às importações provenientes de outro país membro do Mercosul, seja declarada incompatível com as normas do Mercosul. Requer, ainda, que a mesma incompatibilidade seja declarada relativamente à aplicação de salvaguardas com base no Acordo sobre Têxteis e Vestimentos (ATV) da Organização Mundial de Comércio (OMC).

Esse último pedido de parte do Brasil, deve-se ao fato de que, entre muitos argumentos de modesta consistência, a Argentina alega que a Resolução contestada pelo Brasil funda-se no ATV/OMC. Tal convenção permitiria a aplicação de medidas de salvaguarda no comércio de têxteis, e sua aplicação seria legítima, uma vez que inexistiriam, no âmbito do Mercosul, regras posteriores a esse acordo que proibam a aplicação dessas medidas.

No entendimento da Argentina, o Anexo IV do TA permitiu a aplicação de medidas de salvaguarda até fins de 1994. Após essa data, o Mercosul não teria adotado nenhuma normativa sobre o tema, gerando assim um “vazio legal”. Posteriormente, os Acordos de Marrakesh, inclusive o ATV, entraram em vigor e estabeleceram regras sobre salvaguardas para têxteis. Assim, as disposições especiais do ATV, confrontadas ao “vazio legal” no Mercosul em matéria de têxteis, mostrar-se-iam legítimas para aplicação até mesmo intra-zona, ou seja, entre os parceiros da união aduaneira.

3 As vantagens e os limites dos laudos arbitrais

Os casos ora apresentados engendraram laudos arbitrais corretos, que asseguraram a aplicação do direito originário e do direito derivado do Mercosul ao caso concreto e consolidaram princípios importantes da interpretação das normas pactuadas nesse âmbito (3.1). Há indícios, entretanto de que o sistema de solução de controvérsias, como um todo, não oferece as necessárias garantias de estabilidade institucional e jurídica ao bloco (3.2).

3.1 *Princípios consolidados*

Consolidou-se no bojo das três decisões arbitrais o critério de interpretação do TA à luz de seus objetivos e discutiu-se o direito aplicável às controvérsias (3.1.1). Reconheceram-se, de outra parte, a interdição da adoção de novas barreiras não-tarifárias (3.1.2) bem como a proibição de adotar medidas de salvaguarda (3.1.3), em ambos os casos de forma unilateral, desde a entrada em vigor da união aduaneira.

3.1.1 *Critério de interpretação e direito aplicável*

A mais importante característica do primeiro laudo arbitral, de 28/4/1999, resulta da definição da tarefa do Tribunal Arbitral. Consideram os árbitros que sua função não é decidir sobre a aplicação de algumas regras específicas ou isoladas, mas de resolver a controvérsia sob a perspectiva do “conjunto normativo” do Mercosul. Comprometem-se, ainda, com “os fins e objetivos que os Estados Partes assumiram explícita e implicitamente ao adotar estas normas”.⁶⁸

Com efeito, “os fins e objetivos não são um adorno dos instrumentos de integração, mas um guia concreto para a interpretação e para a ação”.⁶⁹ A partir desse critério de interpretação, o tribunal redimensiona o já referido objeto da controvérsia. O essencial não é avaliar cada um dos instrumentos administrativos utilizados pelo Brasil, mas sim saber se o regime brasileiro de licenciamento para importações, “onde quer que esteja corporificado”, é compatível com o “sistema normativo do TA”.⁷⁰

Desta interpretação teleológica resulta um marco conceitual: no contexto de um processo de integração, as medidas unilaterais dos Estados Partes são incompatíveis com o tratado constitutivo, quando a matéria objeto da medida requer procedimentos multilaterais.⁷¹

A segunda decisão arbitral, pronunciada em 27/9/1999, confirma o critério de interpretação teleológico adotado pelo primeiro tribunal, privilegiando a realização dos fins e dos objetivos do TA.⁷² No entanto, quando os árbitros estabelecem os fundamentos jurídicos de sua decisão, um deslocamento do eixo pelo qual se orientam não passa despercebido.

⁶⁸ Primeiro laudo arbitral, §49.

⁶⁹ *Id.*, §58.

⁷⁰ *Id.*, §52.

⁷¹ *Id.*, §62.

⁷² Segundo laudo arbitral, §55.

Enquanto a primeira decisão reteve princípios do direito internacional público e de direito comunitário europeu, a segunda decisão volta-se às regras do comércio internacional em geral e as alusões às normas da Organização Mundial do Comércio se sucedem ao longo do texto. Já o primeiro laudo, embora debruçando-se sobre o programa de liberalização comercial, ignorou as regras da OMC como fonte de direito aplicável à espécie.

Assim, o segundo Tribunal elegeu como fonte de direito o Acordo sobre Subvenções e Medidas Compensatórias (ASMC), concluído no âmbito da OMC, aos quais associou igualmente o TA e uma normativa do Mercosul.⁷³ Isto se explica provavelmente pelo fato de que dita norma, a Decisão CMC 10/94, determina que os Estados respeitem as disposições resultantes dos compromissos assumidos no âmbito do GATT – acordo do qual originou-se a OMC.⁷⁴

O segundo tribunal tem, então, como marco jurídico principal, o conceito de subsídio preconizado pelo direito da OMC. Deliberando sobre o primeiro ponto da demanda argentina, não tardou a constatar, *in concreto*, que o sistema brasileiro do CONAB não constitui uma subvenção específica, pois ele possui um caráter geral e não visa em particular os produtores de carne de porco, mas sim a produção de milho em seu conjunto.⁷⁵ Além disso, as vendas públicas do estoque de milho compreendem a participação de todos os operadores de mercado, inclusive os estrangeiros.⁷⁶ Denegou, assim, a demanda argentina.

Em relação aos adiantamentos, ACC e ACE, o tribunal considerou que, segundo o direito da OMC e a Decisão CMC 10/94, ainda que essas medidas fossem consideradas como subvenções, isto não significaria atitude ilícita. Com efeito, as subvenções não são proibidas *per se*, mas devem apenas ser coordenadas entre os Estados.⁷⁷ Obviamente um Estado pode protestar contra a subvenção adotada pelo parceiro quando a consulta mútua

⁷³ Para o segundo tribunal, o processo de integração requer uma constante elaboração normativa interna e a coordenação das políticas do bloco com as normas que regem o comércio internacional, §56 *in fine*. Afirma, ainda, que “en un nivel mas amplio que el regional, las relaciones comerciales internacionales se rigen por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En este ámbito, las restricciones al otorgamiento de subsidios a la exportación están reguladas por el Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASCM). En el seno de la OMC se insertan las reglas de la ALADI y en un círculo más interno, las normas del Mercosur. Todas estas normas pretenden asegurar condiciones de libre comercio que caracterizan y dan sustento a un proceso de integración”, §57.

⁷⁴ *Id.*, §66. Ver a Decisão CMC 10/94 no B.I.L.A. n. 14, jul./set. 1994, p. 89-91.

⁷⁵ Segundo laudo arbitral, §72.

⁷⁶ *Id.*, §74.

⁷⁷ *Id.*, §91 e 92.

não resulta em consenso. Porém, o tribunal entendeu que, conforme os artigos 25 e 26 do PB, é necessário, em qualquer hipótese, provar que a reclamação funda-se na aplicação de medida, por um Estado Parte, que cause prejuízo ou ameaça de prejuízo ao Reclamante. No caso, o tribunal entendeu que não foi provado o prejuízo ou a ameaça de prejuízo aos setores de produção de carne de porco argentinos.⁷⁸ Finalmente, no que se refere ao PROEX, o Tribunal deu ganho de causa à Argentina.

No que atine ao critério de interpretação, o terceiro tribunal arbitral, citando textualmente o primeiro, confirma o imperativo de interpretação das normas do Mercosul à luz de seus propósitos e objetivos.⁷⁹ Contudo, aplica igualmente a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 para interpretar o TA. No que se refere ao direito da OMC, o tribunal foi provocado pelo Brasil a declarar a incompatibilidade com as normas do Mercosul da aplicação, por um Estado Parte, de qualquer salvaguarda com base no Acordo sobre Têxteis e Vestimentos da OMC, às importações provenientes dos países do bloco.⁸⁰ Todavia, a corte arbitral considerou desnecessário, para a solução do conflito, manifestar-se sobre a relação entre o ATV/OMC e as normas do Mercosul, assim como silenciou quanto à questão de saber se a norma do ATV/OMC tem precedência ou não sobre a regra do Mercosul. Credo que inexistia “vazio legal” a respeito do objeto da controvérsia entre as normas do bloco, limitou-se a aplicar os atinentes dispositivos.

O terceiro tribunal evitou, assim, uma questão de grande complexidade, já enfrentada pela Comunidade Européia, em diversas oportunidades, quando teve confrontada uma disposição de seu direito derivado à uma norma do GATT. Conforme o direito comunitário europeu, os acordos internacionais concluídos pela Comunidade Européia, quando implicam compromissos para as instituições comunitárias (ou seja, quando *vinculam* a Comunidade), ocupam, na hierarquia das normas do sistema comunitário, uma posição inferior aos tratados constitutivos e uma posição superior em relação aos atos unilaterais das instituições comunitárias.⁸¹ Assim, pode ocorrer a interpretação de um ato da Comunidade à luz de um acordo internacional, ou, em caso de clara oposição entre normas, a anulação de um ato contrário

⁷⁸ *Id.*, §94 e 95.

⁷⁹ Terceiro laudo arbitral, item III, C.

⁸⁰ *Id.*, item I, C, 1, i.

⁸¹ Um entendimento tipicamente monista, a exemplo das Constituições nacionais que colocam hierarquicamente os tratados entre abaixo dos dispositivo constitucional e acima das ordens internas, de modo que, para concluir um acordo internacional contrário à Constituição, é preciso modificá-la antes da conclusão do acordo. Ver artigo 300-5 do Tratado de Amsterdam.

às disposições do acordo internacional ou a responsabilidade da Comunidade pela violação desse acordo.⁸²

É bastante aventureira, entretanto, a comparação entre as relações jurídicas CE/OMC e os vínculos Mercosul/OMC, por inúmeras razões. A mais importante delas é a de que a Comunidade Européia ela mesma, por ser dotada de personalidade jurídica, conclui acordos internacionais em seu nome, quando a matéria convencional concerne à política comercial comum, por ela gerida com exclusividade.⁸³ Seria contraditório, portanto, que ela adotasse normas unilateralmente, em sentido contrário aos acordos que ela mesma ratificou.⁸⁴

Além disso, embora a Corte de Justiça de Luxemburgo tenha reconhecido a superioridade hierárquica do direito convencional sobre o direito derivado, a Corte não admitiu, entretanto, em nenhum caso até o presente momento, a invocabilidade das normas da OMC, ou seja, a alegação da existência de um acordo no âmbito da OMC, feita por uma pessoa física ou jurídica, para tentar obter a satisfação de uma reivindicação perante a justiça ou a administração pública. Em outras palavras, a Corte não reconheceu o efeito direto das normas da OMC, alegando que tais regras não são suficientemente claras, precisas e incondicionais.⁸⁵

3.1.2 Interdição da introdução de novas barreiras não-tarifárias

O primeiro Tribunal afirmou, por outro lado, a interdição de novas barreiras não-tarifárias pelos Estados Partes, considerando que o programa de liberalização comercial tem um papel central e é uma peça estratégica

⁸² SIMON, Denys. *Le système juridique communautaire*. Paris: P.U.F., 1997. p. 223.

⁸³ Ver Nota de rodapé número 2 deste trabalho.

⁸⁴ Ainda que um acordo reúna competências outras que as relativas à matéria comercial, se existirem disposições concernentes ao comércio, a Comunidade deve participar, hipótese em que se adotam os acordos mistos (mixed agreements), concluídos pela Comunidade e pelos Estados-membros, justamente nos casos onde o domínio de competências envolvidas pelo acordo atine em parte à Comunidade e em parte aos Estados-membros. Ver O'KEEFFE e SCHERMERS (orgs.), *Mixed Agreements*. Deventer, Leiden, 1983; e BOURGEOIS *et al.*, *La Communauté européenne et les accords mixtes*. Bruxelas: P.I.E./Collège d'Europe, 1997. Exemplo de convenção mista é o acordo entre a Comunidade Européia e o Mercosul (dez. 1995), B.I.L.A. n.17, mai./dez. 1995, p. 97-107.

⁸⁵ A Corte de Luxemburgo manifestou-se favoravelmente ao efeito direto de inúmeros acordos internacionais, mas nunca do GATT, pois considerava a finalidade do acordo totalmente diversa do restante direito convencional. Embora o GATT se tenha transformado em OMC, e se tenha tornado menos flexível, há uma tendência na Corte a confirmar o entendimento anterior por outras razões, como o fato de que o acordo da OMC é endereçado aos Estados Partes e não aos seus nacionais. Ver MANIN, Philippe. "A propos de l'accord instituant l'OMC et de l'accord sur les marchés publics". *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 33, jul./set. 1997, p. 399-428.

na configuração do Mercosul.⁸⁶ O TA contém obrigações concretas e auto-executáveis.⁸⁷ No caso das barreiras tarifárias, o tratado estabelece um calendário de desgravo automático e progressivo até chegar à tarifa zero. Para as restrições não tarifárias, permite aos Estados determinar o procedimento e o ritmo da eliminação. Entretanto, as partes não têm o poder de decidir se a eliminação será efetivamente feita, tampouco de fixar sua data. Essa deverá ser a mesma da eliminação das barreiras tarifárias. Não se trata, então, de uma indicação programática, mas de uma obrigação concreta.⁸⁸ O adiamento do mercado comum não extingue essa obrigação. Diferentemente, ela apenas deixa de ser exigível em 31/12/1994, pois nenhuma regra expressa derogou a obrigação de fazer o desmantelamento não tarifário.⁸⁹ O objetivo de formar um mercado comum permanece, ainda que mais distante e sem uma data concreta.⁹⁰

O Tribunal constata o quão contraditório seria abandonar o paralelismo entre barreiras tarifárias e não tarifárias, chegando à total eliminação das primeiras e deixando aos Estados o arbítrio sobre as segundas.⁹¹ Reconhece a “natureza inseparável” das duas vertentes da liberalização comercial e a obrigação de eliminar totalmente as restrições em ambas.

Daí resulta que não se pode restabelecer barreiras não tarifárias já eliminadas, tampouco impor novas, assim como não se pode restabelecer tarifas. Evidente que a mera incorporação de novas tecnologias às operações de comércio exterior não constituem barreiras não tarifárias.⁹² Mas a obrigação de eliminar barreiras não tarifárias alcança tanto as existentes quando da assinatura do tratado, como as posteriores, sejam novas ou restabelecidas.⁹³ Logo, o licenciamento automático não pode conter restrições ou procedimentos. Deve limitar-se a um breve registro. Quanto ao não automático, ele somente será compatível com o TA quando as condições impostas visarem à proteção da moralidade pública, da segurança, do patrimônio artístico e de materiais nucleares, desde que efetivamente destinadas a esses fins e que não configurem obstáculos comerciais.⁹⁴ O Brasil é então condenado, por unanimidade, a modificar seu regime de licenciamento.

⁸⁶ Primeiro laudo arbitral, §65.

⁸⁷ *Id.*, §66.

⁸⁸ *Id.*, §68.

⁸⁹ *Id.*, §72.

⁹⁰ *Id.*, §75.

⁹¹ *Id.*, §78.

⁹² *Id.*, §83.

⁹³ *Id.*, §85, ix.

⁹⁴ *Id.*, §85, xiii e x.

3.1.3 Interdição da adoção unilateral de medidas de salvaguarda

Instado a pronunciar-se sobre medida de salvaguarda unilateralmente editada pela Argentina, o terceiro tribunal arbitral estabelece uma presunção em favor do livre comércio entre os membros do Mercosul. As relações comerciais dentro de um sistema integrado devem fundar-se sobre regras de direito, ou seja, as medidas sobre comércio devem fundar-se em acordo que criem vínculos jurídicos e não em medidas unilaterais tomadas pelos membros, sem fundamento jurídico algum. Assim, segundo o tribunal,

La regulación del uso de medidas que afectan el comercio reviste una trascendencia primaria en el establecimiento de un standard mínimo de certeza jurídica para todos los actores relacionados con el comercio dentro de una unión aduanera. La necesidad de certeza jurídica y previsión no se limita al interés de los Estados miembros del Mercosur sino que incluye a toda la comunidad relacionada con negocios que tienen una expectativa legítima sobre la existencia actual de un libre comercio.⁹⁵

Assim, o tribunal entende que as medidas de salvaguarda não estão necessariamente excluídas numa união aduaneira, mas só podem ser aceitas quando adotadas de forma consensual, conjunta e expressa pelas instituições do Mercosul.

Por outro lado, o Tribunal considera que o período de transição para chegar-se a uma união aduaneira foi prorrogado de 31 de dezembro de 1994 para 1º de janeiro de 1999. Via de consequência, enquanto o Programa de Liberalização Comercial continuava sendo implementado, coexistia com uma lista de exceções que permitiam tarifas e medidas de salvaguarda sobre um número limitado de produtos, se comparado com as cifras aceitas até 1994. Os Estados-membros podiam manter medidas de salvaguardas, porém de forma mais restrita, mas apenas até 1º de janeiro de 1999.

Desse modo, a corte arbitral conclui pela existência de interdição, a partir dessa data, da aplicação de medidas de salvaguarda entre os Estados Partes, conforme o artigo 5 do Anexo IV do TA, uma vez que houve apenas o adiamento da implementação completa do Programa de Liberalização Comercial até 1999. As previsões do Anexo IV não podem ser separadas desse contexto, mas devem ser lidas à luz do conjunto do TA. Logo, a proibição sobre a aplicação de medidas de salvaguarda contidas no artigo 5 do Anexo IV é explícita. Claro está que as partes no Tratado estavam livres para estabelecer exceções à regra, mas não o fizeram no que atine aos produtos têxteis.⁹⁶

⁹⁵ Terceiro laudo arbitral, III, H, 3.

⁹⁶ *Idem*, III, D, 3.

Finalmente, o tribunal considera que não há “vazio legal” sobre a questão dos têxteis, no âmbito do Mercosul, que torne necessário ou possível recorrer a outras normas de direito internacional, como o ATV/OMC.⁹⁷

3.2 *Decisões acertadas, mecanismo incipiente*

Os primeiros laudos arbitrais trazem duas contribuições importantes à evolução institucional do Mercosul. A primeira é ter enfrentado com clareza o dilema do adiamento do mercado comum. Ele tem servido à constantes violações do Tratado na medida em que os Estados utilizam a lenta gradualidade do desgravamento como excusa para retrocessos e, o que é mais grave, para a adoção de medidas unilaterais em matéria de política comercial. Os laudos esclarecem que a única alteração acarretada pelo adiamento do mercado comum é o prazo: nenhuma obrigação assumida foi revogada.

A segunda contribuição dos laudos, especialmente do primeiro, é o uso constante das expressões “sistema normativo” e “conjunto normativo” do TA. Foi pela primeira vez reconhecida a existência de uma ordem jurídica autônoma no Mercosul, formando um tecido normativo, no sentido *kelseniano* do termo, com fundamentação e derivação do tratado constitutivo.⁹⁸ Ressalte-se que, para interpretá-la e aplicá-la, o primeiro Tribunal recorreu inúmeras vezes à doutrina do direito comunitário europeu, malgrado as profundas diferenças entre modelo europeu e o do Mercosul.⁹⁹

Se essas contribuições são bem vindas, é certo que tais decisões não podem ser imaginadas como parte de uma jurisprudência constante e uniforme.

O laudo arbitral não provém de uma Corte permanente de arbitragem, mas de um Tribunal *ad hoc*. Da variedade de composições dos tribunais provavelmente resultará igual diversidade de interpretações, eis que o Tribunal se constitui para cada caso.¹⁰⁰ Isto se agrava na medida em que uma violação menos evidente do TA obrigaria à elaboração de princípios jurídicos mais

⁹⁷ *Id.*, III, letra I.

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 127.

⁹⁹ “Para quienes nos hemos acostumbrado, lamentablemente, a leer visiones minimalistas del sistema de derecho del Mercosur, el laudo arbitral del 28 de abril constituye un trascendental paso adelante en el afianzamiento jurídico del proceso de integración regional”.

¹⁰⁰ OPERTI, Didier. “Solución de controversias en el Mercosur –aspectos de derecho internacional privado”, In: *El Mercosur despues de Ouro Preto – Aspectos Juridicos*. Montevidéo: Universidad Católica, 1995. p. 136.

precisos e não expressos nos textos convencionados. Essa tarefa, aliás, não é peculiar à arbitragem, mas típica de um órgão permanente de interpretação e/ou de aplicação do direito. Além disso, o efeito obrigatório do laudo arbitral limita-se às partes na controvérsia. Daí pode resultar que diferentes tribunais *ad hoc*, devendo decidir sobre objeto semelhante para diferentes Partes, produzam decisões diferentes.¹⁰¹

Existem igualmente riscos que cercam a principiologia afirmada pelos primeiros laudos. Em primeiro lugar, apesar da grande precisão do segundo laudo quanto ao caso concreto sob sua apreciação, cabe refletir se a ênfase dada ao direito da OMC não representa uma tendência de vincular o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, a princípio autônomo. Embora não se perceba uma intenção do Tribunal nesse sentido, eis que buscou no direito da OMC um conceito que de fato inexistia no direito do Mercosul; a reiteração do gesto em outro contexto poderia levar os tribunais a limitar-se a aplicar as normas gerais do comércio dentro de um círculo mais restrito, em detrimento da formação de um novo direito e do aprofundamento do processo de integração. Tal tendência parece inadequada pois os objetivos das normas da OMC não são de integração, mas apenas de liberalização comercial, e não compreendem importantes garantias que devem cercar o processo de integração.

Um segundo aspecto delicado é a exigência, pelo segundo tribunal, ao julgar a reclamação argentina sobre os adiantamentos brasileiros, ACC e ACE, de *comprovação* da ameaça ou do efeito restritivo sobre o comércio, como requisito da ilicitude de uma conduta unilateral de um Estado Parte. O tribunal admite potencialmente a inconformidade dos incentivos ao financiamento das exportações brasileiras com o Tratado de Assunção e reconhece a necessidade de coordenar as políticas de incentivo.¹⁰² Contudo, entende que não foram “suficientemente probados los perjuicios a los particulares que dieron inicio a la reclamacion”.¹⁰³

É bem verdade que os artigos 25 e 26 PB obrigam os particulares a fornecer elementos que permitam à respectiva Seção Nacional do GMC determinar a veracidade da violação alegada e a existência ou ameaça de um prejuízo. O objeto da controvérsia, por sua vez, no que atine aos particulares, deve ser a sanção ou a aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas *de efeito restritivo* ou *discriminatórias* ou *de concorrência desleal*, que representem violação do TA ou do restante direito originário e derivado do Mercosul.

¹⁰¹ OTERMIN, Jorge. *El Mercado Comun del Sur*. Montevideu: FCU, 1995. p.48.

¹⁰² Segundo laudo arbitral, §92.

¹⁰³ *Id.*, § 96.

Ora, o PB não define o efeito restritivo, tampouco o caráter discriminatório de uma medida ou a noção de concorrência desleal. Caberia às decisões arbitrais elucidar pouco a pouco esses conceitos, mas o segundo tribunal, mesmo aplicando a noção de efeito restritivo para recusar uma parte do pleito argentino, não a definiu. Há aqui o risco de que nas frágeis economias do bloco, onde muitos fatores como a flutuação dos mercados internacionais, a política monetária e a de câmbio, torne-se muito difícil para os particulares o isolamento de dados comerciais ou econômicos que *comprovem*, objetivamente, a existência ou a possibilidade de existência de efeitos restritivos sobre o comércio.¹⁰⁴

Seria mais adequado, do ponto de vista da evolução do bloco, que a simples violação da regra fosse sancionada, desde que o ato em tela fosse conceitualmente considerado como de efeito restritivo, discriminatório ou de concorrência desleal, evitando assim o possível descumprimento reiterado e impune do direito derivado do Mercosul.

Se a necessidade de provar a ameaça de ou o efeito restritivo é mais um fator a dificultar o acesso dos particulares ao sistema, note-se que, mesmo quando conseguem ter acesso ao tribunal arbitral, os particulares ficam à mercê da atitude assumida por seu Estado nas diferentes etapas do procedimento. Seria adequado que os particulares tivessem maior participação quando o procedimento fosse provocado com base no art. 25 PB.¹⁰⁵

Do ponto de vista geral, a ausência de um sistema eficaz de solução de controvérsias implica um preço político elevadíssimo. As medidas unilaterais em matéria comercial, especialmente de parte da Argentina e do Brasil, aceleraram-se no ano de 1999 devido à crise cambial que assolou esses dois países. Os freqüentes e públicos desentendimentos entre as autoridades estatais criou um grave cenário de instabilidade que compromete não somente o que já foi arduamente construído em âmbito interno, mas sobretudo os investimentos externos.

Embora a Comissão de Comércio seja apontada como o ramo mais eficaz do sistema, através de um mecanismo muito semelhante ao da

¹⁰⁴ No direito comunitário da concorrência, por exemplo, o critério de “afetação do comércio”, ou seja, a influência restritiva de dada medida sobre o comércio, pode justificar sanção, ainda que uma conduta seja de todo lícita – como é o caso da posição dominante no mercado. Há um enorme aparato técnico a fim de determinar esse possível efeito restritivo, não raro de uso bastante controverso, que gerou significativa jurisprudência. No entanto, quando se trata de ajudas estatais, como isenções ou subvenções, há uma “quase-presunção” de afetação de comércio. Ver GRYNFOGEL, Catherine. *Droit communautaire de la concurrence*. Paris: L.G.D.J., 1997.

¹⁰⁵ Alejandro Perotti, *op. cit.*, p. 144.

Organização Mundial de Comércio (OMC),¹⁰⁶ são evidentes os limites que o consenso impõe ao seu funcionamento. Diante das recentes restrições às importações na Argentina, ela não foi capaz de evitar que o governo brasileiro ameaçasse publicamente recorrer ao sistema de solução de controvérsias da OMC, com imenso desgaste geral do bloco, e particular descrédito do próprio sistema criado pelo PB.

O governo brasileiro estima que o sistema de solução de controvérsias será cada vez mais utilizado pelos Estados Partes e que há necessidade urgente de pensar como produzir decisões mais rápidas e melhores, admitindo que isso traria benefícios não somente em âmbito interno, como relativamente à credibilidade exterior do bloco.¹⁰⁷ Espera-se que, com a futura adesão do Chile e o maior equilíbrio institucional que dela resultará, o Brasil ouse comprometer-se, seriamente, na seara jurídica de suas relações comerciais intra-bloco.

Do ponto de vista da evolução institucional do Mercosul, os laudos arbitrais constituem um progresso inegável, mas mitigado. Progresso inegável, porque reconhecem a existência de um direito próprio ao bloco, porque impõe limites ao gradualismo da liberalização comercial e porque ousam sancionar os sócios mais poderosos do Mercosul. Mitigado, porque os laudos resultam de um sistema de difícil acesso aos particulares, que não oferece garantias de que a prevalência do direito da integração seja constante, mostrando-se incapaz de dirimir a pluralidade de conflitos em que vive atualmente o Mercosul.

¹⁰⁶ Nadia de Araujo, "Solução de controvérsias no Mercosul e a recente jurisprudência do STF", In: CASELLA, Paulo. (org.), *Mercosul e Globalização*. São Paulo: LTr, 1999.

¹⁰⁷ Luiz Felipe Lampreia, *Quel avenir pour le Mercosur ?*. Paris, 27/10/1999, aula inaugural no Instituto de Estudos Políticos de Paris, <http://www.bresil.org/chapitre3/chap398.htm>.