

REFLEXÕES SOBRE A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

REFLEXIONES SOBRE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR

Alberto do Amaral Júnior¹

Resumo: *Reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem eliminar a característica conferida às negociações diplomáticas, é o objetivo principal do Protocolo de Olivos. O aspecto mais inovador residiu na criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais ad hoc. O Protocolo de Olivos mantém as mesmas etapas para a solução das controvérsias previstas pelo Protocolo de Brasília, mas inclui o Tribunal Permanente de Revisão, TPR. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul evidencia a ausência de verificação do efetivo cumprimento das decisões prolatadas pelas instâncias arbitrais. Não há regras que propiciem a plena obediência por parte do Estado condenado em uma disputa. A natureza intergovernamental do Mercosul, fundada no consenso entre os membros, repercute no processo decisório dos órgãos institucionais e, obviamente, nas decisões do sistema de solução de controvérsias. A realidade atual parece sugerir que os Estados relutam em aceitar maior institucionalização da solução de divergências do Mercosul, o que interfere no fortalecimento da integração. Os Estados valem-se do sistema de solução de controvérsias do Mercosul quando acreditam que podem extrair algum benefício. Se, ao contrário, entendem que o sistema não lhes favorece, privilegiam as negociações diplomáticas.*

Resumen: *Reforzar el carácter jurisdiccional del sistema, sin eliminar la característica conferida a las negociaciones diplomáticas, es el objetivo principal del Protocolo de Olivos. El aspecto más innovador consistió en la creación de un Tribunal Permanente de Revisión encargado de juzgar, en grado de recurso, las decisiones proferidas por los tribunales ad hoc. El Protocolo de Olivos mantiene las mismas etapas para la solución de las controversias previstas en el Protocolo de Brasilia, pero incluye el Tribunal Permanente de Revisión, TPR. El sistema de solución de controversias del Mercosur evidencia la ausencia de verificación del efectivo cumplimiento de las decisiones dictadas por las instancias arbitrales. No hay reglas que*

¹ Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Árbitro Suplente do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

propicien la plena obediencia por parte del Estado condenado en una disputa. La naturaleza intergubernamental del Mercosur, fundada en el consenso entre los miembros, repercute en el proceso decisorio de los órganos institucionales y, obviamente, en las decisiones del sistema de solución de controversias. La realidad actual parece sugerir que los estados reniegan en aceptar una mayor institucionalización de la solución de divergencias del Mercosur, lo que interfiere en el fortalecimiento de la integración. Los Estados hacen uso del sistema de solución de controversias cuando creen que pueden extraer algún beneficio. Si, al contrario, entienden que el sistema no los favorece, privilegian las negociaciones diplomáticas.

Palavras-chave: *Protocolo de Olivos, Tribunal Permanente de Revisão, Protocolo de Brasília, Mercosul, Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul*

Palabras clave: *Protocolo de Olivos, Tribunal Permanente de Revisión, Protocolo de Brasilia, Mercosur, Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*

A Noção de Controvérsia no Direito Internacional

Cumprе distinguir, antes de mais nada, entre tensão política e controvérsia internacional a fim de precisar o objeto da investigação que se irá empreender. Charles de Visscher, em obra clássica, analisou os traços essenciais e os principais tipos de tensão presentes nas relações internacionais. A tensão política é um antagonismo que não tem objeto circunscrito ou claramente definido. Exprime-se, em geral, em pretensões difusas, de cunho passional, não suscetíveis a critérios racionais, o que a torna refratária à solução pacífica².

O jurista encara a tensão como objeto de um litígio na esperança irrealizada de despolitizar um conflito, que é, em si mesmo, essencialmente político. O direito penetra essa esfera excepcionalmente, ao supor a existência de fatos classificáveis em categorias conhecidas que levam a um julgamento objetivo de valor necessário para a aplicação das normas jurídicas.

Visscher aponta as diferenças entre as tensões de equilíbrio e as tensões de hegemonia. No primeiro caso, de que é exemplo o concerto

² VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. Paris: A. Pedone, 1970. p. 95.

européu do século XIX, há relativo equilíbrio nas relações de força, o que facilita e suaviza os ajustamentos³. Já as tensões de hegemonia se caracterizam pela dominação, pela ubiquidade, pela diversidade dos motivos e meios de ação, pela tendência de se organizarem e se consolidarem segundo estratégias próprias. Aceleraram o esforço militar de buscar novas bases, aliados e matérias-primas, mas radicam, ideologicamente, na mobilização dos espíritos e na guerra psicológica⁴.

As tensões que se arrastam por períodos prolongados são deletérias para o direito: dificultam a formação de convenções multilaterais ao reduzirem o número dos participantes, multiplicam as reservas incompatíveis com o objeto da avença e afetam negativamente os fluxos comerciais. As tensões de hegemonia podem acarretar a diminuição do peso do nacionalismo e conduzir à passagem de um sistema de justaposição de soberanias a uma organização de molde confederal ou federal. A solução das controvérsias internacionais sofre as consequências das tensões políticas, que impedem o tratamento racional do conflito e a formulação das pretensões em termos jurídicos. O caráter fortemente passional das atitudes dos contendores é hostil à apresentação ordenada dos argumentos, requisito para o contraditório, sem o qual a solução pacífica não tem condições reais de ocorrer. A fuga da jurisdição internacional torna-se, então, um fato incontornável⁵.

A controvérsia consiste em um desacordo, na divergência de opiniões ou na oposição de pontos de vista entre dois ou mais sujeitos de direito. Trata-se de desavença sobre a materialidade de um fato, sobre a interpretação de uma regra ou a qualificação jurídica de um fato ou de uma situação. O desacordo surge quando um Estado, ao exercer a faculdade de auto-interpretação, formula, implícita ou explicitamente, pretensão a respeito de um objeto (questão fática ou jurídica), capaz de afetar, segundo novas interpretações ou qualificações jurídicas possíveis, os interesses de outro Estado, que poderá reagir de diversos modos. Ele concordará, se houver interesse, com a interpretação ou qualificação realizada, hipótese em que nenhuma controvérsia se delineia. Mas se o Estado contestar a pretensão manifestada com apoio numa interpretação diferente da regra, a controvérsia será inevitável. A essa altura, as partes podem, mediante acordo, resolver o litígio ou decidir submetê-lo à apreciação de um terceiro jurídico, a quem incumbe aplicar o direito ao caso concreto.

3 Ibid, p.98-99.

4 Ibid., p.99-100.

5 VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. op. cit., p.104-105.

A solução dos conflitos é considerada o objetivo mínimo⁶ do direito, entendido como ordem coativa ou como ordem que se serve do uso legítimo da força para realizar os seus fins. O direito realiza a função de dirimir os conflitos de duas maneiras: com uma ação preventiva e com uma ação sucessiva, ou seja, tentando impedir que surjam ou então pondo-lhes termo no caso de já terem surgido. Segundo Bobbio⁷, pode-se falar corretamente de paz através do direito ou de estado jurídico de paz (e não de estado de paz em geral) quando houver, simultaneamente, regras sobre a instituição dos acordos e sobre as providências que deverão ser observadas caso os acordos não sejam cumpridos por um dos contraentes. É preciso, enfim, que existam regras sobre a validade, mas também sobre a eficácia dos acordos, já que, se a eficácia das promessas não estiver garantida, os acordos, ao invés de serem instrumentos de paz, se convertem com frequência em novas ocasiões de conflito ou de guerra.

Analiso, nesse contexto, a solução de controvérsias no Mercosul que, em sentido amplo, guarda relação com o desenvolvimento dos meios de disputas do direito internacional contemporâneo. Abordo os aspectos estrutural e funcional, que valorizam, respectivamente, o perfil das regras adotadas e a função que desempenham no âmbito do Mercosul. Destaco, igualmente, o papel exercido pelos atores políticos para resolver os conflitos comerciais e a influência que produzem para os destinos da integração.

As características da solução de controvérsias no direito internacional contemporâneo

O direito internacional clássico possuía, quase exclusivamente, normas de conduta, que previam direitos e obrigações. A ausência de órgãos centralizados para julgar os conflitos, mediante a aplicação de normas preexistentes, levou alguns autores a recusar caráter jurídico ao direito internacional, porque o equiparavam à moral internacional, sem capacidade de vincular o comportamento externo dos Estados.

O direito internacional, composto por normas primárias, forma

6 BOBBIO, Norberto. Paz e direito (1983). In: BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p.565.

7 BOBBIO, Norberto. Paz e direito (1983). op. cit., p.566-567. Cf. DOBELLE, Jean François. Le règlement pacifique des différends. In: BRICHAMBAUT, Marc Perrin de; DOBELLE, Jean-François; HAÜSSY, Marie-Reine d'. *Leçons de droit international public*. Paris: Dalloz; Presses de Sciences Po, 2002. Leçon 9, p.215-245. Cf. KRATOCHWIL, Friedrich V. The discourse on grievances: Pufendorf and the 'laws of nature' as constitutive principles for the discursive settlements of disputes. In: _____. *Rules, norms, and decisions: on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. p.130-154.

um sistema simples, similar ao ordenamento jurídico das sociedades primitivas. Segundo Hart, os sistemas jurídicos primitivos apresentam três grandes debilidades: incerteza, ineficácia e estaticidade⁸. A incerteza surge quando se constata a falta de critérios que identifiquem a pertinência da norma ao seu ordenamento jurídico; a ineficácia ocorre quando não há normas que instituam autoridades competentes para julgar os conflitos e sancionar os comportamentos desviantes; e a estaticidade é o produto da inexistência de normas de mudança, que tornem possível a adaptação do direito vigente às transformações da sociedade.

As Convenções de Haia de 1899 e 1907, que regularam a solução de litígios entre os Estados em vários dispositivos, iniciaram nova fase do direito internacional, marcada pela crescente institucionalização dos procedimentos de resolução de disputas. A criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, no começo dos anos 20, foi um passo significativo nessa direção. O interesse pelos meios pacíficos de solução de controvérsias redobrou após a Segunda Guerra Mundial. A maior sofisticação das formas diplomáticas de composição dos conflitos verificou-se, concomitantemente ao aperfeiçoamento da arbitragem e à proliferação das cortes judiciais, em escala regional e universal. Essa atividade se insere no amplo processo de normatização da política mundial que teve curso nas últimas décadas. A expansão das regras de julgamento constitui apenas uma das facetas desse processo, que contou ainda com o notável alargamento do campo regulatório do direito internacional.

A evolução dos meios de solução de controvérsias no direito internacional do segundo pós-guerra exibe cinco características principais: a jurisdicionalização, a universalização, a regionalização, a diferenciação e a heterogeneidade. A jurisdicionalização designa o formidável aumento das normas secundárias que instituem autoridades competentes para julgar os conflitos e aplicar o direito ao caso concreto. Esse fenômeno assinala a transição de um sistema simples, análogo à ordem jurídica primitiva, a um sistema complexo⁹, constituído, na linguagem de Hart, pelas normas primárias e pelas normas secundárias. Os sistemas complexos contêm as normas de mudança, que viabilizam a auto-reprodução do sistema normativo, e as normas de julgamento necessárias para impedir que a desobediência sistemática acarrete a neficácia das normas primárias. A tendência de universalização da

⁸ HART, Herbert. O direito como união de regras primárias e secundárias. In: _____. *O conceito de direito*. 3.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Cap.5, p.89-109.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Ed. Debate, 1990. p.321.

jurisdição surge com a competência recebida por certos tribunais para julgar controvérsias, que não se confinam a uma área geográfica do globo.

Paralelamente, houve no nível regional grande desenvolvimento dos meios jurisdicionais de solução de controvérsias com a constituição de cortes judiciais permanentes, ou, de forma trivial, com a previsão do recurso à arbitragem para resolver os conflitos decorrentes da integração econômica. Convém acrescentar ainda, aos traços já enumerados, as notas da diferenciação e da heterogeneidade. A primeira concerne à necessidade de se criarem formas particulares de solução de controvérsias em áreas específicas do direito internacional, enquanto a segunda designa a diversidade dos modos de resolução de disputas que hoje existem, bem como os vários graus de institucionalização que exibem.

Os meios de solução de controvérsias conheceram, no curso do século XX, transformação profunda, dramaticamente intensificada pela aceleração da interdependência. O tradicional receio que os Estados tinham de se vincular a instâncias jurisdicionais arrefeceu com o aparecimento de número ponderável de cortes e tribunais dotados de jurisdição compulsória. As limitações derivadas do exercício da soberania e o postulado de que não existe obrigação internacional sem consentimento do Estado inviabilizaram a repetição, nas relações internacionais, das condições que originaram a jurisdição na ordem doméstica. A superação parcial desses obstáculos fertilizou o terreno para que frutificassem as iniciativas dirigidas a elevar o grau de eficácia do direito internacional. Concomitantemente, avançou a institucionalização dos meios de solução de controvérsias: procedimentos permanentes tendem a conviver e mesmo a substituir os procedimentos *ad hoc*. Cresceu, conseqüentemente, a aceitação de que temas relativos ao interesse vital dos Estados sejam submetidos à apreciação das cortes dotadas de jurisdição compulsória.

Tais mudanças se explicam, ao menos em parte, pelos seguintes fatores: 1) o aumento da densidade, do volume e da complexidade das normas internacionais requer instituições sofisticadas de solução de controvérsias para garantir o cumprimento dos novos tratados, bem como a elucidação do teor das suas disposições; 2) o maior empenho em relação à regra jurídica internacional em detrimento da diplomacia “*power oriented*”; 3) o alívio das tensões internacionais que, no passado, tolheram o progresso dos procedimentos de adjudicação; 4) a experiência positiva de alguns tribunais, ilustrada pela Corte de Justiça da União Europeia e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, motivou a criação

de instituições similares; e 5) a inadequação da CIJ e outros tribunais pré-existentes para tratar de vários tipos de disputa, particularmente aquelas que envolvem problemas que demandam grande especialização ou que serão mais bem resolvidas no plano regional¹⁰. É digna de nota, também, a possibilidade que se oferece, em várias hipóteses, de ativação unilateral dos órgãos jurisdicionais, por parte do Estado ou dos atores não estatais, fato que lembra o funcionamento de instrumentos similares do direito interno.

Somente na década de 1990 começaram a operar várias cortes com algum tipo de jurisdição compulsória: o Tribunal Internacional do Direito do Mar, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, a Corte da Área Econômica Europeia (EFTA), a Corte de Justiça da América Central, a Corte Econômica dos Estados Independentes da Commonwealth e a Corte de Justiça do Mercado Comum do Leste e Sul da África. Esta observação é ainda mais significativa se considerarmos que no período precedente funcionavam seis Cortes: a Corte Internacional de Justiça, as Cortes de Justiça das Comunidades Europeias, do Pacto Andino e do BENELUX e as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos¹¹. Recentemente, entraram em funcionamento o Tribunal Penal Internacional e o Tribunal Permanente de Revisão, instituído pelo Protocolo de Olivos. Vale referir ainda a previsão de mecanismos arbitrais institucionalizados na OMC (sistema de painéis), no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e no Mercosul, além da Corte de Conciliação e Arbitragem, criada com base na Convenção de 1992 sob os auspícios da Organização sobre a Segurança e Cooperação na Europa¹².

Até que esses mecanismos entrassem em cena o direito internacional contava apenas com dois procedimentos institucionalizados de arbitragem: a Corte Permanente de Arbitragem e o Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial. Shany acrescenta a esse rol diversos procedimentos quase judiciais, cujas decisões não são vinculantes mas podem contribuir para a solução das disputas internacionais. Nessa categoria figuram os Painéis de Inspeção do Banco Mundial, os procedimentos paralelos adotados pelos Bancos de Desenvolvimento Interamericano e Asiático, o Procedimento de Reclamação Coletiva com fundamento na Carta Social Europeia e o procedimento que atesta o não cumprimento das obrigações previsto pelo Protocolo de Montreal e pela Convenção sobre Armas Químicas.

10 SHANY, Yuval. *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p.3-4.

11 SHANY, Yuval. op. cit., p.5.

12 Ibid., p.6.

No limiar do novo milênio vieram à baila o procedimento de reclamação constante no Protocolo Opcional à Convenção Contra a Discriminação da Mulher e aquele inserto na Convenção sobre o Clima¹³.

O Tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília

O Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias do Mercosul, de 18 de fevereiro de 2002, entrou em vigor em 13 de agosto de 2004, tendo revogado o Protocolo de Brasília, concluído em 17 de dezembro de 1991. Vale lembrar, nesse sentido, que o Anexo III do Tratado de Assunção determinou fosse criado um sistema provisório de solução de divergências o que sucedeu, em 17 de dezembro de 1991, com a assinatura do Protocolo de Brasília, que teve caráter provisório. O Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, dispôs, no artigo 44, que: “antes de culminar o processo de convergência da Tarifa Externa Comum, os Estados partes efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias do Mercosul com vistas à adoção do sistema permanente a que se refere o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção e do art. 34 do Protocolo de Brasília”.

O Protocolo de Olivos é, igualmente, provisório, conforme o art. 51, análogo ao art. 44 do Protocolo de Ouro Preto. Importa salientar que o Protocolo de Brasília concebeu um procedimento dividido em três fases: a negociação direta entre os Estados, a conciliação buscada pelo Grupo Mercado Comum e a constituição do Tribunal Arbitral “ad hoc”. A decisão proferida por esse órgão obrigava os destinatários e não admitia recurso. O acolhimento das reclamações efetuadas pelos indivíduos e pessoas jurídicas privadas, graças ao instituto da proteção diplomática, era indispensável para que viessem a participar do sistema.

A primeira arbitragem realizada pelo sistema de solução de controvérsias do Mercosul verificou-se em 1999, quase oito anos após a conclusão do Protocolo de Brasília. O aumento do comércio regional a traduzir crescente interdependência econômica, causa de maior número de conflitos, bem como a edificação de instituições jurídicas e políticas, consubstanciadas no Protocolo de Ouro Preto, justificam a tardia utilização do sistema. O final da década de 90 assinalou, ainda, a presença de fortes turbulências, que chegaram a abalar o funcionamento do bloco.

A desvalorização cambial levada a cabo pelo Brasil, em 1999, teve efeitos significativos sobre o processo de integração¹⁴. A Argentina

¹³ *Ibid.*, p.6-7.

¹⁴ VIGEVANI, Tullo; MARIANO, Marcelo P; MENDES, Ricardo G. “Instituições e

experimentou, entre 1995 e 2003, um período de superávit no comércio bilateral com o Brasil, realidade subvertida com a desvalorização da moeda brasileira. A flutuação cambial expôs com nitidez as diferenças competitivas entre as economias, origem de medidas protecionistas, que elevaram a conflituosidade entre as empresas prejudicadas. Cresceram, como não poderia deixar de ser, as pressões para que os governos acionassem o sistema de solução de controvérsias. Os problemas agravaram-se com o término do regime de adequação, no ano 2000, que excluía certos bens do regime de liberalização comercial¹⁵.

As disputas comerciais resultavam da percepção das consequências distributivas da abertura em curso e das marcantes assimetrias entre os países. Além da Argentina, que se sentia diretamente lesada pelas modificações havidas, o Uruguai e o Paraguai passaram a ter comportamento similar. Durante a vigência do Protocolo de Brasília eclodiram 21 disputas: 18 delas decorrentes da vontade manifesta dos Estados e 3 ocasionadas por reclamações dos particulares. Nove controvérsias culminaram com a elaboração de laudos arbitrais.

Alguns conflitos se resolveram pela participação do governo e lideranças empresariais, ao largo das instâncias jurisdicionais previamente concebidas. Acordos bilaterais que registraram a ativa intervenção governamental, puseram fim a demandas capazes de se arrastar por longo período de tempo. O governo uruguaio patrocinou três demandas nascidas de reclamações formuladas por particulares, tais como as que envolveram o setor papeleiro, os impostos de exportação sobre insumos de cigarro e os impostos de importação intrazona, cujo alvo foram, respectivamente, a Argentina, o Brasil e o Paraguai.

Certos conflitos de feição estrutural, nos setores automobilístico e açucareiro, não integraram, provisoriamente, o regime de livre comércio. O setor de calçados e mais recentemente de eletrodomésticos, que é muito estratificado, opuseram Brasília a Buenos Aires, devido a medidas protecionistas executadas pelo governo argentino. Os meios de solução de divergências do Mercosul dependem da exata fixação do alcance dos dispositivos sobre o livre-comércio, das barreiras não-tarifárias, dos instrumentos de defesa comercial e das regras de origem. A estrutura intergovernamental do Mercosul enfatizou a negociação diplomática, em detrimento das formas jurisdicionais de solução dos litígios. Os

Conflitos Comerciais no Mercosul^o. In: *São Paulo em perspectiva*. São Paulo, vol 16, nº 1, jan/mar 2002.

15 VIGEVANI, Tullo; MARIANO, Marcelo P. (org.). Hemeroteca Política Externa Brasileira, 1983-2002 (Banco de dados). São Paulo: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC). In: *Consórcio de Informações Sociais*, 2004. Disponível em: <<http://www.cis.org.br>>

Estados preferiram celebrar acordos políticos ao invés de iniciarem o procedimento arbitral, como prova o pequeno número de decisões havidas. A própria organização do sistema de solução de divergências favorece o entendimento político por intermédio da intervenção do Grupo Mercado Comum.

É inquestionável que os Presidentes da República influíram poderosamente na condução das negociações políticas, fato demonstrado pelo diálogo entre os chefes de Estado do Brasil e da Argentina para solucionar a disputa pertinente à área automobilística. Não é por acaso que os Presidentes da República decidem, periodicamente, em reuniões de cúpula, os destinos do bloco e cuidam de superar pendências suscetíveis de comprometer a continuidade da integração.

A experiência do Protocolo de Olivos

Reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem eliminar a característica conferida às negociações diplomáticas, é o objetivo principal do Protocolo de Olivos. O aspecto mais inovador residiu na criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais *ad hoc*¹⁶. O procedimento de solução de controvérsias tornou-se mais complexo, passando a contar com duplo grau de jurisdição.

As negociações diretas são, dispõe o Protocolo de Olivos, o primeiro estágio para resolver uma divergência. Salvo acordo entre as partes, não poderão exceder o prazo de 15 dias a partir da data em que uma delas comunicar à outra a decisão de iniciar a controvérsia. Os Estados partes informarão ao Grupo Mercado Comum, por meio da Secretaria Administrativa do Mercosul, os resultados obtidos pela atuação dos governos nacionais. Fracassadas as negociações diretas, reservou-se aos litigantes a opção de submeter a divergência ao exame do Grupo Mercado Comum, que avaliará a situação e dará oportunidade às partes para que exponham os seus argumentos. Assiste-lhes o direito de requerer, se necessário, o concurso de especialistas selecionados entre aqueles que figurem na lista constante do art. 33 do Protocolo de Olivos. O Grupo Mercado Comum apreciará o caso se outro Estado que não integre o litígio solicitar, justificadamente, a sua intervenção. Não haverá interrupção do procedimento arbitral já iniciado, exceto se as partes consentirem a esse respeito. A conciliação, que termina com

¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo; ACCIOLY, Elizabeth. Solução de divergências no Mercosul. In: BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 152. Ver: ACCIOLY, Elizabeth. Um olhar crítico sobre o protocolo de Olivos para solução de controvérsias do Mercosul. *Temas de Integração*, Coimbra: Almedina, N.º 19, 1.º Semestre de 2005, p.47-57.

as recomendações feitas pelo Grupo Mercado Comum, é facultativa e deixará de ser utilizada quando se imaginar que não é apta para aproximar os contendores. O prazo para a intervenção e o pronunciamento do GMC não ultrapassará 30 dias.

O Estado notificará à Secretaria Administrativa do Mercosul a decisão de recorrer à arbitragem. O tribunal arbitral “ad hoc” compõe-se de três árbitros escolhidos pelas partes; o presidente jamais terá a nacionalidade dos Estados que protagonizam o litígio. Se, no prazo de 15 dias, a parte não indicar o respectivo árbitro, a designação se fará, mediante sorteio, pela Secretaria Administrativa do Mercosul. A lista de árbitros conta com 12 integrantes designados pelos Estados partes, que indicam também quatro participantes da lista de terceiros árbitros. Nessa hipótese, pelo menos um deles terá a nacionalidade de outro Estado, que não pertença ao Mercosul. É cabível o pedido de esclarecimentos e a apresentação de objeções aos nomes indicados. A designação de árbitros que gozem da nacionalidade de um terceiro Estado não é uma providência corriqueira, pois não encontra paralelo em outras experiências de integração regional.

O Protocolo de Olivos mantém as mesmas etapas para a solução das controvérsias previstas pelo Protocolo de Brasília, mas inclui o Tribunal Permanente de Revisão, TPR. A nova Corte é permanente e pretende desempenhar o papel de instância máxima no procedimento de solução de controvérsias. Permite maior segurança jurídica e é, talvez, o estágio intermediário para um tribunal dotado de supranacionalidade. É, inegavelmente, uma novidade em matéria arbitral, já que é incomum submeter os laudos exarados à revisão de uma instância superior. O TPR é formado por cinco membros; os Estados designam quatro componentes para um mandato de três anos sujeito à renovação. O quinto árbitro é escolhido por unanimidade pelos Estados do Mercosul para um mandato de três anos, sem a possibilidade de renovação.

O Protocolo de Olivos afirma que: “As partes na controvérsia poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral “Ad Hoc” (art. 23)”. O TPR atua ora como corte revisora, ora como corte de primeira e última instância. Tudo leva a crer que, em favor da celeridade procedimental, as partes venham a submeter-se diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão, sem pleitearem a constituição do Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, após o insucesso das negociações.

O Conselho do Mercado Comum tem competência para

estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, definindo o seu alcance e o seu procedimento. O regulamento do Protocolo de Olivos esclarece que têm legitimidade para solicitar opiniões consultivas o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio do Mercosul e os Tribunais Superiores dos Estados partes. Podem solicitar opiniões consultivas os Estados partes, atuando conjuntamente, ou os órgãos decisórios do Mercosul (Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul), os Tribunais Superiores de Justiça dos Estados partes, com jurisdição nacional, relativamente á interpretação do direito do Mercosul¹⁷. A Venezuela firmou Ata de compromisso de adesão ao Protocolo Modificativo do Protocolo de Olivos, em 17 de janeiro de 2007, com a finalidade de alterar o número de árbitros do Tribunal Permanente de Revisão, tão logo se complete o efetivo ingresso do país no bloco regional.

O Protocolo de Olivos inovou ao permitir que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário dos países membros formulem o pedido de opiniões consultivas. Se um juiz de instância inferior, ao analisar um caso concreto, vier a defrontar-se com a necessidade de aplicar o direito do Mercosul, poderá pleitear ao Tribunal Superior do Estado a que pertence, o encaminhamento de solicitação para que o TPR dissipe a dúvida porventura existente. Buscou-se transpor, com algumas adaptações, a figura do reenvio prejudicial que garantiu, pelo Tribunal de Justiça, a interpretação uniforme do direito europeu. Diversamente do que acontece na Europa, as opiniões consultivas não dispõem de efeito vinculante no âmbito do Mercosul. Este é um obstáculo ponderável, que certamente afetará a adoção das opiniões consultivas no interior de cada país.

Em 26 de julho de 2005, consoante o Protocolo de Olivos, constituiu-se um Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” para apreciar a reclamação formulada pelo Uruguai a respeito das restrições argentinas ao comércio de pneus remoldados. Estava em questão a Lei nº 25.626, de 8 de agosto de 2002, que proibia a importação por parte da Argentina de câmaras e pneus remoldados. Competia analisar se o princípio de livre comércio fora infringido ou se havia restrição não-tarifária com base em interesses ambientais, de acordo com o artigo 50 do Tratado de Montevidéu, incorporado pelo Anexo I ao Tratado de Assunção. O Tribunal aplicou ao caso os princípios de precaução e prevenção, que autorizam interrupções do comércio para preservar o meio ambiente

17 VIEIRA, Luciane Klein. *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires, Montevideo: Editorial B de f, 2011, p. 107-110.

e proteger a saúde pública. Optou por distinguir a presente contenda da disputa que opôs, em 2002, o Uruguai ao Brasil. O Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” deliberou, por maioria, em 25 de outubro de 2005, que a Lei nº 25.626 não colide com o Tratado de Assunção e as normas derivadas do Mercosul, bem como com as disposições de direito internacional aplicáveis à matéria.

O Tribunal Permanente de Revisão, instado a pronunciar-se sobre o caso, declarou, em 20 de dezembro de 2005, que no processo de integração existe apenas o princípio de livre comércio. Aduziu que é legítimo opor a esse princípio certas exceções, como as que versam a preservação do meio ambiente. Tais exceções devem, contudo, sujeitar-se a um rigoroso exame, omitido pelo Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*”. O TPR enfatizou que a Lei nº 25.626 é discriminatória porque só afeta pneus remoldados estrangeiros. Asseverou que o fundamento da lei argentina é incorreto, pois além da preservação do meio ambiente menciona a proteção da indústria nacional de pneus remoldados.

O sistema atualmente existente não autoriza a participação direta dos particulares, que só se efetua por obra do instituto da proteção diplomática. As peculiaridades do procedimento costumam retardar a solução do litígio, a exemplo do caso sobre as medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e produtos derivados do tabaco, que perdurou por mais de quatro anos.

Os atores não governamentais têm pouco espaço na conformação institucional do Mercosul. Ganham relevo, por isso, as formas não institucionalizadas de negociação. Mudanças nesse plano beneficiariam também as organizações não-governamentais e a própria sociedade civil, que teria um canal suplementar de participação. Convém destacar que a estrutura institucional do Mercosul valorizou a participação da sociedade civil ao instituir canais destinados a vocalizar os interesses de grupos organizados.

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul evidencia a ausência de verificação do efetivo cumprimento das decisões prolatadas pelas instâncias arbitrais. Não há regras que propiciem a plena obediência por parte do Estado condenado em uma disputa. O recurso de esclarecimento, previsto pelo artigo 28 do Protocolo de Olivos, tem alcance limitado à determinação do exato sentido do laudo produzido, sem garantir a eficácia da decisão. A natureza intergovernamental do Mercosul, fundada no consenso entre os membros, repercute no processo decisório dos órgãos institucionais e, obviamente, nas decisões do sistema de solução de controvérsias.

O Tribunal Permanente de Revisão, idealizado pelo Protocolo de Olivos, significa, ao mesmo tempo, a possibilidade de diminuir ou prolongar a duração de um litígio. É possível submeter-lhe um caso, em única e derradeira instância, abreviando consideravelmente a extensão do procedimento. Se esta não for a alternativa preferida os prazos serão muito mais longos pela necessidade de que a demanda percorra duas instâncias e venha a ensejar recurso posterior. No caso julgado sobre o Protocolo de Olivos referente à proibição de importar pneumáticos remoldados procedentes do Uruguai, as partes acionaram o Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” e o Tribunal Permanente de Revisão, que foi chamado a elucidar aspectos ainda controvertidos pela propositura do recurso de esclarecimento. A brevidade procedimental precisa estar em harmonia com a rapidez no cumprimento das decisões pelos países, razão última da eficácia do Protocolo de Olivos. A realidade atual parece sugerir que os Estados relutam em aceitar maior institucionalização da solução de divergências do Mercosul, o que interfere no fortalecimento da integração. Os Estados valem-se do sistema de solução de controvérsias do Mercosul quando acreditam que podem extrair algum benefício. Se, ao contrário, entendem que o sistema não lhes favorece, privilegiam as negociações diplomáticas.

Surgido um contencioso comercial as empresas privadas costumam negociar entre si, sem recorrerem às formas institucionais delineadas pelo bloco. A razão desse comportamento encontra-se nos óbices impostos pelas instituições criadas à atuação dos atores não-governamentais. A abertura à representação dos interesses da sociedade civil nos órgãos do Mercosul é uma medida importante, mas ainda não suficiente para concretizar essa finalidade. O processo decisório organizado em torno do consenso, com a ausência de órgãos supranacionais, transforma os governos nos principais agentes da integração.

As partes houveram por bem determinar que as controvérsias compreendidas no âmbito do Protocolo de Olivos e sujeitas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam integrantes os membros do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Uma vez iniciado o procedimento de solução de controvérsias, nenhuma das partes terá a prerrogativa de recorrer a mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos nos outros foros com relação ao mesmo objeto. O contencioso sobre o comércio de frangos, entre o Brasil e a Argentina, tramitou em ambas as instâncias jurisdicionais, que resolveram o litígio de forma diferente. Como esperado, a Argentina submeteu-se à decisão da OMC, dada a maior atratividade do sistema multilateral. Na disputa sobre têxteis,

protagonizada pelos dois países, o Brasil submeteu a demanda, ao mesmo tempo, ao sistema de solução de divergências do Mercosul e à Organização Mundial do Comércio. A Argentina adotou a decisão prolatada no âmbito do Mercosul com a condição de que o Brasil retirasse a reclamação promovida na OMC.

A importação de pneus remoldados despertou intenso debate sobre os limites ao livre comércio quando existe risco de dano ao meio ambiente e à saúde pública. Instalou-se, em 17 de setembro de 2001, conforme o Protocolo de Brasília, um Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” para julgar a controvérsia proposta pelo Uruguai contra o Brasil sobre as medidas restritivas ao comércio de pneus remoldados. Tudo girava em torno de saber se a Portaria nº 8, de 25 de setembro de 2000, da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), que limitava a importação de pneus remoldados, violava as normas do Mercosul. Os artigos 1 e 10(2) do Anexo I ao Tratado de Assunção vedaram, expressamente, as restrições não-tarifárias.

A Decisão nº 22 de 29 de junho de 2000 do Conselho Mercado Comum proíbe a adoção de medidas, de qualquer natureza, restritivas ao comércio recíproco. Para o governo brasileiro, nos termos da portaria nº 8, pneus remoldados são bens usados, não obstante o emprego de processo industrial para prolongar a sua durabilidade. O Tribunal Arbitral “*Ad Hoc*” decidiu, em 8 de janeiro de 2002, por unanimidade, que a Portaria nº 8 era contrária às normas do Mercosul e determinou que o Brasil modificasse a sua legislação para adaptá-la à determinação do Tribunal. Em consequência, o Brasil eliminou a proibição de importar pneus remoldados originários dos países do Mercosul.

Em Novembro de 2005, a CE solicitou fosse instituído um painel na OMC, sob a alegação de que o Brasil violara os artigos I, III e XI do GATT, que cuidam da cláusula de nação mais favorecida, do tratamento nacional e das restrições quantitativas, além de não encontrarem apoio no artigo XX, relativo às exceções ao livre comércio. O painel e posteriormente o Órgão de Apelação acolheram o pleito da CE e o Brasil teve que modificar a legislação doméstica e ajustá-la às regras do GATT.

A despeito da proibição imposta pelo Protocolo de Olivos, não se descarta que no futuro, conforme o interesse governamental, uma demanda seja, novamente, proposta em ambos os foros. Essa situação tende a perdurar porque o sistema de solução de controvérsias da OMC, revigorado na Rodada Uruguai, ganhou previsibilidade, certeza jurídica e capacidade de aplicar sanções aos comportamentos desviantes. A

OMC conta, ainda, com a automaticidade do procedimento e o efetivo controle das punições sofridas por um membro que tenha violado os tratados constitutivos do sistema multilateral de comércio. A confiança depositada na OMC concorre, assim, para o respeito às regras que lhe competem salvaguardar e proteger. Em contraste, o TPR não logrou alcançar o mesmo grau de confiabilidade e, conseqüentemente, não obtém o mesmo nível de influência no sistema de solução de controvérsias da OMC.

O Uruguai e o Paraguai postularam, nos debates que precederam o Protocolo de Olivos, a adoção de um tribunal com características supranacionais. O Brasil e a Argentina sustentaram, ao contrário, a manutenção do modelo vigente desde 1991. A diplomacia brasileira assinalou, em apoio a esta tese, a necessidade da realização de mudanças nos ordenamentos jurídicos internos, de índole constitucional, e a reduzida quantidade de decisões sob os auspícios do Protocolo de Brasília. O Tribunal Permanente de Revisão parece indicar uma solução de compromisso entre as duas posições antagônicas. A política externa brasileira é essencial para a definição do perfil assumido pelas instituições do Mercosul. A atitude do Brasil é, sob esse aspecto, de capital importância para a conformação do sistema de solução de controvérsias. Brasília tem manifestado predileção pelas negociações diplomáticas em detrimento dos meios institucionais de solução de divergências. Não se deve esquecer, por outro lado, que as profundas assimetrias entre os países do Mercosul são uma causa relevante da deflagração de conflitos comerciais. Por esse motivo, a previsão de instrumentos que atenuem as fortes discrepâncias no interior do bloco diminuiria os contenciosos causados por problemas estruturais.