

OS LAUDOS ARBITRAIS DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PROTOCOLO DE BRASÍLIA E DAS PERSPECTIVAS EM RELAÇÃO AO PROTOCOLO DE OLIVOS

MARCO AURÉLIO ANTAS TORRONTÉGUY¹

Resumo

O momento atual da integração regional do Mercosul, de possibilidade de fortalecimento do processo integracionista, é acompanhado pela assinatura de um novo instrumento jurídico que regulamenta o Sistema de Solução de Controvérsias no seio do bloco. Trata-se do Protocolo de Olivos, que, ao entrar em vigor, revogará o Protocolo de Brasília, ora vigente. A análise crítica da aplicação do Protocolo de Brasília deve elevar-se sobre o estudo dos oito laudos arbitrais *ad hoc* existentes, assim como das mudanças trazidas pelo novo Protocolo.

Palavras-Chave: Integração, Mercosul, Solução de Controvérsias.

Abstract

The present moment of Mercosul's regional integration, the possibility of strengthening the integration process, is followed by the signing of a new legal instrument which regulates the System of Disputes Settlement in the core of the bloc. It is the Olivos Protocol, which will annul Brasília Protocol as soon as it is in force. A critical analysis of Brasília Protocol applicability should be based on the study of eight existing ad hoc arbitration reports, and on the changes brought by the new Protocol.

Keywords: Integration, Mercosul, Disputes Settlement.

Introdução

Mais do que nunca, impõe-se a análise da aplicação do Protocolo de Brasília, que regulamenta o Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, sob a perspectiva do direito da integração. Além disso, é necessário refletir acerca de um novo Protocolo que, ao adquirir vigência, substituirá o Protocolo de Brasília. Trata-se do Protocolo de Olivos, que, embora tenha trazido diversas inovações, não atingiu a meta do Tratado de Assunção (Anexo III, art. 3^o) e do Protocolo de Ouro Preto (artigo 44) de criação de um sistema permanente de solução de controvérsias. Essa limitação está explícita em seu próprio texto, no artigo 53.

Inicialmente, apresenta-se um breve histórico do Mercosul, com alguns comentários aos textos jurídicos já assinados, principalmente em relação aos procedimentos do atual sistema de solução de controvérsias e às alterações trazidas pelo Protocolo de Olivos.

Em seguida, percorre-se as decisões que já foram tomadas pelos Tribunais *ad hoc* do Mercosul, fazendo-se uma análise crítica dos oito laudos que foram produzidos até o momento, sob o enfoque da contribuição principiológica do sistema do Protocolo de Brasília à futura aplicação do novo Protocolo e ao fortalecimento da integração platina.

¹ Acadêmico do do Curso de Direito da UFSM, bolsista em iniciação científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS), sob orientação do Prof. Dr. Ricardo Antônio Silva Seitenfus.

Por fim, serão feitas algumas considerações finais sobre aspectos divergentes da integração entre os países do Mercosul, uma vez que a análise do sistema de solução de controvérsias permite que se analise o bloco em sua integridade, de maneira crítica e reflexiva em relação ao futuro do processo de integração regional.

Origens e instituições do Mercosul: o Sistema de Solução de Controvérsias e suas alterações pelo Protocolo de Olivos

O Mercosul foi constituído pelo Tratado de Assunção², assinado na capital paraguaia, em 26 de março de 1991. Suas origens, entretanto, remontam à aproximação política entre Brasil e Argentina, ocorrida na década de 1980.

Tanto o Brasil como a Argentina passaram por períodos de ditadura militar, em que a atuação estatal justificava-se através de um discurso nacionalista, na defesa de uma falsa independência política em um mundo marcado pelo quadro bi-polar do pós-guerra. Em razão desse nacionalismo, ontológico aos regimes militares, o discurso da soberania nacional, elevado ao patamar de um dogma, impedia a existência de processos de integração mais profundos, havendo espaço apenas para as iniciativas de integração meramente econômica, limitadas à liberalização comercial. Soma-se a isso o fato de que, a partir de 1976 (CERVO, 2001, p. 270), o regime militar argentino conduziu uma política de isolamento. O Brasil, ao contrário, durante os anos 1970, implementou uma política de aproximação com seus vizinhos sul-americanos (SEITENFUS, 2003, p. 244).

Apenas com o fim da barbárie política, na década de 1980³, tornou-se possível a

aproximação dos dois vizinhos. Em 1986, os dois países assinaram doze protocolos de cooperação, o que foi "o eixo em torno do qual, cinco anos depois, o Tratado de Assunção criaria o Mercosul" (CERVO, 2001, p. 274).

Esta análise histórica permite constatar que o Mercosul surgiu em torno das relações entre dois países que, aliás, são os mais fortes do bloco. Assim, percebe-se que as diferenças entre os Estados-membros também podem ser percebidas no processo histórico de sua aproximação. Por exemplo, enquanto Brasil e Argentina eram Partes em negociações diplomáticas, o Uruguai fez-se presente nessa aproximação, celebrando acordos bilaterais com um e com outro (BUENO, CERVO, 1992, p. 410). Essa situação assimétrica existente no Mercosul ainda hoje é um grande desafio a ser enfrentado por seus membros, e pode ser percebida até mesmo na aplicação do sistema do Protocolo de Brasília, como será mais adiante referido nos comentários ao quinto e ao oitavo laudos.

O Tratado de Assunção (TAs), além de constituir o Mercosul, estabeleceu sua estrutura institucional provisória. Quanto à solução de controvérsias, trouxe, no Anexo III, normas provisórias, prevendo um procedimento em três partes: negociações diretas, consideração do Grupo Mercado Comum (GMC) e elevação ao Conselho Mercado Comum (CMC). Tanto o GMC, quanto o CMC, podiam apenas adotar *Recomendações*, não havendo, portanto, a atividade arbitral.

Com o Protocolo de Brasília⁴ (PB), surgiu o Sistema de Solução de Controvérsias, o qual, ainda que não definitivo, permitiu a existência de Tribunais Arbitrais *ad hoc* no âmbito do Mercosul.

Em 17 de dezembro de 1994 foi assinado o Protocolo de Ouro Preto⁵ (POP), que estabelece a estrutura orgânica definitiva do

² Foi aprovado pelo Congresso Nacional graças ao Decreto Legislativo n.º 197/91 e foi promulgado pelo Poder Executivo pelo Decreto n.º 350/91.

³ "A redemocratização que veio por vontade dos povos latinos, precisamente em época de grave crise econômica e financeira, criou condições para a nova fase. Cientistas políticos e homens de Estado perceberam que o desenvolvimento não seria estimulado pelo Norte e dependeria de políticas públicas, do assentimento social e da disposição em superar divergências históricas". (Bueno, Cervo, 1992, p. 409).

⁴ Assinado em 17 de dezembro de 1991, aprovado pelo Poder Legislativo pelo Decreto Legislativo n.º 88/92 e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto n.º 922/93.

⁵ Aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro através do Decreto Legislativo n.º 188/95, com promulgação através do Decreto n.º 1901/96.

Mercosul⁶, além de lhe conferir personalidade jurídica de direito internacional público (artigos 34 a 36). Entretanto, permaneceu a característica da intergovernamentalidade, sem avançar para a supranacionalidade. O POP traz, no seu Anexo, o "Procedimento geral para reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul", que tem competência nas controvérsias que versem sobre política comercial comum ou sobre união aduaneira.

O Protocolo de Brasília possui um Regulamento (RPB). Juntos, estes dois instrumentos jurídicos contemplam os aspectos procedimentais do Sistema de Solução de Controvérsias. Uma análise detalhada desses procedimentos seria muito larga para os limites deste trabalho. Assim, é preferível uma análise pontual e reflexiva sobre características importantes do sistema do PB.

Inicialmente, pode-se dizer que o PB possui três características fundamentais (VENTURA, 2002, p. 210). A primeira é basear-se na ação diplomática e em princípios jurídicos. A segunda é que o sistema do PB é limitado ao descumprimento de regras jurídicas comuns, ou seja, exclui tanto os atos das instituições do Mercosul como os atos dos particulares (pessoa física ou jurídica). A terceira, enfim, é a impossibilidade de que um particular seja *parte* em um contencioso do Mercosul, uma vez que mesmo nos processos desencadeados por suas reclamações o Estado-membro que a aceitar é quem será a parte.

O procedimento do PB pode ser dividido em duas fases, uma institucional e a outra arbitral. A fase institucional é herança das regras do Anexo III do TAs sobre solução de controvérsias. Trata-se dos trâmites no GMC, na CCM e no CMC. Nesta fase, dificilmente há a resolução da controvérsia, uma vez que há necessidade de consenso (e mesmo quando há consenso, o resultado é

apenas o exercício de um poder consultivo destes órgãos, que não podem impedir a elevação do litígio ao procedimento arbitral). Ainda assim, a fase institucional tem a sua importância, que é colaborar para as negociações diplomáticas, fornecendo-lhes "suporte técnico". (VENTURA, 2002, p. 214).

No que se refere à fase arbitral, trata-se de julgamento por Tribunais constituídos a cada controvérsia, *ad hoc*, portanto. As decisões são tomadas em instância única. São inapeláveis, obrigatórias e fazem coisa julgada entre os Estados partes na controvérsia (artigo 21 do PB).

Em 18 de fevereiro de 2002, os quatro países membros do Mercosul assinaram o Protocolo de Olivos (PO) para solução de controvérsias, que ainda não está em vigor, mas que, ao adquirir vigência, irá revogar o Protocolo de Brasília. Embora traga várias pequenas alterações, duas são mais importantes e por isso serão abordadas neste trabalho.

A primeira delas diz respeito à cláusula de eleição de foro (artigo 1º), que não há no PB. Por esta cláusula, quando a parte decide utilizar o Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, renuncia a quaisquer outros, inclusive o da OMC. A timidez da alteração tem recebido críticas.

Infelizmente, o texto de Olivos não veda o recurso a outro sistema, mas apenas evita sentenças de conteúdo diverso no mesmo plano hierárquico [...]. (SEITENFUS, VENTURA, 2003, p. 196).

A segunda alteração relevante é a constituição de um Tribunal Permanente de Revisão (artigos 17 a 24 do PO). Com isso, passa a haver duas instâncias no sistema do Mercosul, sendo que as partes podem, por acordo, levar o caso diretamente a este Tribunal, para que julgue em primeira e última instância. Embora este Tribunal seja permanente, isso significa apenas que os seus árbitros deverão estar permanentemente à disposição. Entretanto, os Tribunais *ad hoc* continuam existindo. Enfim, também com rela-

⁶ Formada por três órgãos com poder decisório (CMC, GMC e CCM - Comissão de Comércio do Mercosul) e três desprovidos deste poder (Foro Consultivo Econômico e Social - FCES, Comissão Parlamentar Conjunta - CPC - e Secretaria Administrativa do Mercosul - SAM), conforme artigos 1º e 2º. Para uma visão geral da estrutura orgânica do Mercosul, ver SEITENFUS, 2003, p. 251 e 252.

ção à segunda principal mudança o resultado do PO foi tímido.

Entre as alterações menos relevantes há: a criação de Mecanismos relativos a aspectos técnicos e de Opiniões consultivas do Tribunal Permanente de Revisão (novidades que deverão ser regulados pelo CMC); a concessão expressa de que as partes, em comum acordo, após as negociações diretas (obrigatórias), submetam a controvérsia diretamente ao procedimento arbitral; a permissão a Estado não-parte na controvérsia para levá-la ao GMC, desde que justificadamente, ao final das negociações diretas (o procedimento arbitral não será interrompido, salvo por acordo entre as partes); a possibilidade de encaminhar divergências sobre o cumprimento do laudo ao Tribunal *ad hoc* ou ao Tribunal Permanente, conforme o caso, quando o Estado beneficiado entender que as medidas adotadas pelo perdedor não cumprem a decisão; por fim, o regramento mais detalhado das medidas compensatórias, com regras para a sua aplicação, bem como com a possibilidade de questioná-las, para que o Tribunal *ad hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, decida sobre a sua adequação.

Faz-se, a seguir, análise dos oito laudos produzidos até o momento.

Princípios afirmados pelo Sistema: os laudos arbitrais

Uma vez que o Protocolo de Brasília prevê apenas uma instância arbitral, tudo o que há até o momento são os laudos *ad hoc*. Eles contam, atualmente, oito decisões, que passam a ser analisadas, uma a uma, com as comparações pertinentes, segundo suas similitudes ou diferenças principais. A partir desta análise, é possível traçar um desenho dos princípios jurídicos afirmados pelo Sistema de Solução de Controvérsias.

No primeiro laudo, de 28 de abril de 1999, foi reclamante a Argentina e reclamado o Brasil. Discutiu-se a compatibilidade do regime brasileiro de licenças às importações com o conjunto normativo do Mercosul, precisamente em relação às regras brasileiras referentes à Licença Automática e à Licença não-Automática, que estaria se constituindo em barreira comercial a produtos ar-

gentinos, em especial a farinha de trigo, a parafina e produtos do setor lácteo. A decisão acolheu parcialmente a reclamação da Argentina, entendendo que as normas em vigor no Mercosul devem atender a sua finalidade de integração, muito embora não se tratem de normas unidas pela supranacionalidade. Este entendimento, de que a interpretação correta aos litígios surgidos no seio do processo de integração deva ser teleológica, é o primeiro marco principiológico do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, seguido pelos laudos posteriores. Esta compreensão da idéia de integração é admirável se for levado em conta que a primeira decisão foi tardia em relação ao Sistema, cuja base jurídica era de oito anos antes, de 1991.

No segundo laudo, do dia 27 de setembro do mesmo ano da primeira decisão, envolvendo as mesmas partes, a Argentina questionou supostos subsídios brasileiros à produção de carne de porco, que seriam resultado: da manutenção de estoques públicos de milho (de modo que para o produtor interno o preço não sobe no período de entressafra); da aplicação do PROEX (Programa de Financiamento para Exportações); e dos Adiantamentos de Contrato de Câmbio (ACC) e Adiantamentos de Contrato de Exportações (ACE), os quais a Argentina alegou serem créditos, ao passo que o Brasil argumentou serem adiantamentos do cumprimento dos contratos. O Tribunal Arbitral *ad hoc*, para a análise do tema (subsídios), utilizou-se, com amparo no art. 19 do Protocolo de Brasília, da Decisão CMC 10/94 e das regras da Organização Mundial do Comércio (OMC), em especial o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, conceituando e classificando os subsídios conforme se faz no âmbito desta organização⁷. O Tribunal *ad hoc* negou provimento

⁷ Em breves palavras, no segundo Laudo Arbitral foi utilizado o conceito de que para haver um subsídio há que se verificar a presença de três elementos: primeiro, a existência de uma contribuição financeira concedida pelo Estado; segundo, esta contribuição representar um benefício; e, terceiro, esta contribuição ser específica a uma empresa (ou grupo de empresas) ou a um setor, ou setores, de produção. Foi referida a classificação, da OMC, de subsídios vermelhos (proibidos), amarelos (recorríveis) e verdes (não recorríveis).

à reclamação referente aos estoques públicos de milho, pois estes fogem à especificidade, característica *sine qua non* do subsídio. Também o negou em relação ao ACC e ACE, por insuficiência de prova dos prejuízos, embora repute tais contratos como créditos às exportações. Com relação ao PROEX, foi declarada procedente a reclamação, sendo que o Brasil já proibira a utilização do programa para bens de consumo no Mercosul, o que foi considerado pelos árbitros, de modo que o laudo, quanto a esse ponto, ao ser proferido já estava cumprido.

Ainda com relação ao segundo laudo, percebe-se que os árbitros utilizaram-se do direito da OMC, o que não ocorrera na primeira decisão. E foram além, pois deram prioridade a estas normas, considerando a Decisão CMC 10/94 apenas em segundo plano. A par desta notória diferença, o segundo laudo confirmou o marco principiológico estabelecido pelo primeiro.

O terceiro Laudo Arbitral⁸ novamente envolveu Brasil e Argentina, mas desta vez aquele foi o reclamante e esta, a reclamada. O objeto da controvérsia foi a Resolução 861/99 do Ministério da Economia da Argentina, que autorizou a aplicação de salvaguarda sobre a importação de determinados produtos têxteis, através de cotas anuais de importação de têxteis de algodão brasileiros. O Brasil alegou que a imposição unilateral de salvaguardas contraria as normas do Mercosul, que a aplicação de salvaguardas com base nas regras da OMC (do ATV - Acordo sobre Têxteis e Vestimentas) é contrária às mesmas normas e que, por isso, a Argentina deveria revogar a referida Resolução. A Argentina se defendeu alegando, principalmente, que não havia norma no âmbito do Mercosul a respeito do tema, e que, assim, cada Estado Parte estaria livre para aplicar as suas próprias normas, de direito interno. A Argentina alegou, ainda, que normas multilaterais não são excluídas pelas normas do Mercosul, e que a ausência de norma mercosulina permitiria a aplicação de

norma da OMC⁹. Ocorre que os árbitros não acolheram o entendimento de inexistência de norma pertinente.

O terceiro Tribunal *ad hoc* repetiu a aplicação do princípio da interpretação teleológica do direito da integração, estabelecido pelo primeiro laudo, e entendeu, partindo da premissa de que se deve interpretar as normas do Mercosul de acordo com a finalidade do processo de integração, que o livre comércio se presume entre os membros do Mercosul. E, aplicando as normas do Anexo IV do Tratado de Assunção (em especial artigos 1º e 5º), decidiu que o conjunto normativo do Mercosul apenas permite salvaguardas explícitas, isto é, que sejam definidas específica e expressamente por acordos que envolvam os Estados Partes, jamais unilateralmente. Assim, determinou que a Argentina revogasse a Resolução questionada.

O terceiro laudo estabeleceu a aplicação de um segundo elemento da principiológica que até o momento foi afirmada pelo Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul. Trata-se do princípio da proibição de aplicação de medidas unilaterais de salvaguarda (VENTURA, 2002, p. 263-264)¹⁰. Outro acréscimo desta decisão ao processo de integração é ter rompido com a idéia, do segundo laudo, de colocar o direito da OMC prioritariamente. Esta afirmação deve ser feita com a ressalva de que estes Tribunais foram compostos por árbitros diferentes, consoante o procedimento do PB, e decidiram questões diferentes, cujos elementos fáticos e jurídicos não se encontram em situação de comparação.

⁸ A Argentina, entre as suas alegações, fez a de que no âmbito da OMC se permite a aplicação de medidas de salvaguarda mesmo entre países que compõem uma união aduaneira ou uma zona de livre comércio, conforme o art. XXIV, §8, a e b, GATT'94, citando a decisão do Painel sobre a salvaguarda de importação de calçado (que envolveu a Argentina). Entretanto, neste laudo o Tribunal Arbitral *ad hoc* entendeu que o Órgão de Apelação da OMC não pré-julgou a matéria, e assim analisou o mérito dessa controvérsia, de acordo com os preceitos normativos do Mercosul.

¹⁰ A autora afirma que "ainda que esta decisão não seja oponível a todos os Estados-membros, ela revela uma tendência a reduzir a margem de manobra dos governos nacionais em face aos compromissos assumidos no seio do bloco" (p. 264).

⁹ Do dia 10 de março de 2000.

O quarto laudo arbitral do Mercosul, de 21 de maio de 2001, mais uma vez envolveu contenda entre Brasil e Argentina, sobre a aplicação de medidas antidumping contra a exportação de frangos provenientes do Brasil. O Brasil questionou a Resolução 574/2000, do Ministério de Economia da Argentina. Para tanto, alegou que as verdadeiras razões para a aplicação de medidas antidumping foram problemas internos da Argentina, relacionados ao aumento da oferta de frangos da própria indústria argentina, bem como à diminuição do preço do frango do comércio internacional. Argumentou, em suma, que medidas antidumping tal como impostas pela Argentina representariam restrições não-tarifárias ao comércio intra-bloco, uma vez que o tema não estaria sujeito ao arbítrio das Partes, mas sim regulado pelo Acordo Antidumping da OMC, interpretado de maneira comum pelo Mercosul. Além disso, as medidas argentinas contrariariam a finalidade de integração, e mesmo que se considerasse que não existe norma específica no Mercosul, ainda assim seria aplicável o Tratado de Assunção, de modo que restrições não-tarifárias estariam vedadas.

Por sua vez, a Argentina afirmou a ausência de normas no Mercosul a respeito do Antidumping, de modo que o tema seria de competência interna. Outrossim, negou que a integração do bloco fosse incompatível com a aplicação de tais medidas, uma vez que entende o antidumping não como restrições não-tarifárias ao comércio, mas sim como meios de coibir a prática de concorrência desleal.

O quarto Tribunal *ad hoc* concluiu não haver, no Mercosul, normativa vigente que regulasse o antidumping intrazona e afirmou que, de acordo com o Tratado de Assunção, os países não podem tomar medidas que prejudiquem o livre comércio. Assim, entendeu que a aplicação de medidas antidumping só são ilícitas se estiverem desviadas de sua finalidade para atender a propósitos protecionistas, e no caso não foi provado desvio de finalidade, de modo que a pretensão brasileira não foi acolhida.

Assim como no terceiro laudo, o direito da OMC não foi aplicado ao caso dos frangos. Ambos referem-se a um tema muito sensível da aplicação do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, que é a existência de um outro grande "foro" de arbitragem internacional, a OMC. Este problema resume-se ao questionamento: "Liberalização ou integração?" (VENTURA, 2002, p. 265 *et seq.*). A pergunta refere dois valores diferentes, sendo que o primeiro informa as atividades da OMC, ao passo que o segundo é a razão de ser do Sistema do PB. Em função desta diferença, que é ontológica, entre a OMC e o Mercosul, seria bem mais coerente se as decisões do Sistema do PB utilizassem do direito comunitário europeu como fonte, ao invés de se socorrerem no direito da OMC.

Essa relação entre o direito da integração e as normas do livre comércio não se trata de mera proposição teórica. Muito pelo contrário, revela um ponto de tensão, ante a possibilidade de haver um conflito de decisões entre o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC e algum laudo arbitral *ad hoc* do Mercosul. Esta possibilidade realizou-se precisamente nesse caso dos frangos, entre Brasil e Argentina. Em 07 de novembro de 2001, após a decisão do quarto laudo do Mercosul, portanto, o Brasil deu início ao procedimento do âmbito da OMC, solicitando consultas com a Argentina. Uma vez que as consultas não puseram fim à controvérsia, o Brasil solicitou o estabelecimento de um Grupo Especial, que em 22 de abril de 2003 publicou seu informe, no qual acolheu a pretensão brasileira. Em 22 de maio de 2003 o OSD da OMC adotou o informe do Grupo Especial, dois anos após a decisão no âmbito do Mercosul. Vê-se que o Brasil recorreu à OMC após já ter se esgotado a atuação do Tribunal *ad hoc* do Mercosul.

O Brasil pediu ao OSD que sugerisse à Argentina que revogasse a Resolução Ministerial 574/2000, o que foi atendido. Trata-se de *sugestão* de como deve ser cumprida a decisão, que é facultativa ao órgão decisório da OMC. Ainda que seja mera *sugestão*, há a possibilidade de pedido de imposição de

medidas compensatórias pelo Brasil, caso a Argentina não cumpra com a decisão da OMC. Eis o impasse. Cumprindo a decisão mais recente, a Argentina abdica de direito reconhecido no seio do PB. E quanto ao Brasil, se exigir medidas compensatórias, continuará desrespeitando o PB.

O simples fato de o Brasil, após o quarto laudo, ainda ter sustentado a pretensão de revogar a Resolução 574/2000 é uma afronta ao PB, que no seu artigo 8º estabelece o compromisso assumido pelos signatários de cumprir as decisões arbitrais, bem como estabelece a coisa julgada dos laudos *ad hoc*, no artigo 21, §1º. Além disso, considerando a assinatura do PO, este seria mais um motivo para que o Brasil desistisse da pretensão no seio da OMC¹¹. Espera-se que este conflito de decisões seja resolvido em prol do Mercosul, da integração, portanto. Por fim, talvez seja este o único caso de conflito de decisões, uma vez que o PO estabelece a cláusula de eleição de foro, conforme referido acima.

Em 29 de setembro de 2001, o quinto laudo resolveu a controvérsia apresentada pelo Uruguai contra restrições de acesso de bicicletas no mercado argentino. A Argentina deu tratamento *extrazona* aos bens fabricados por uma empresa uruguaia, questionando seus certificados de origem, porque esta empresa não fabricaria, mas sim importaria todos os componentes das bicicletas de terceiros países para apenas montá-las. O Uruguai questionou este tratamento aduaneiro e o Tribunal *ad hoc* deu provimento à reclamação. A discussão jurídica centrou-se no Regulamento de Origem do Mercosul, sobre o qual o Tribunal teceu algumas considerações. Primeiro, os certificados de origem podem ser questionados, mas a impugnação não poderia ter sido feita contra

toda a produção de uma empresa, mas sim contra mercadorias em particular. E segundo, muito embora as certificações de origem possam ser questionadas pelo importador, há uma presunção *juris tantum* de veracidade. Assim, o Tribunal entendeu que não restou provado que a empresa uruguaia fosse mera montadora, de modo que a Argentina foi condenada a dar aos seus produtos tratamento *intrazona*.

Dois anos depois do primeiro laudo arbitral, apenas no quinto deles foi parte um Estado-membro diferente das duas maiores economias do bloco. Isso revela justamente as diferenças internas do Mercosul. Assim como, historicamente, o processo de aproximação entre os atuais membros se iniciou entre Brasil e Argentina na década de 1980, também a aplicação dos instrumentos jurídicos de solução de controvérsias foi primeiramente manejada por estes dois países. O fato de apenas na quinta atuação do Sistema do PB o Uruguai ter sido parte não é, pois, mera coincidência. Este detalhe é ainda mais revelador ao se perceber que o Paraguai foi ser parte em uma controvérsia do Mercosul, pela primeira vez, no oitavo Tribunal *ad hoc*.

O sexto laudo arbitral do Mercosul é de nove de janeiro de 2002 e trata da controvérsia referente à importação de pneumáticos do Uruguai pelo Brasil. A pretensão uruguaia decorria da ampliação da abrangência da proibição de importação de pneumáticos pelo Brasil, que desde 1991 referia-se apenas aos *usados*, ao passo que a partir de 2000 passou a incluir os *recauchutados*, o que representaria a criação de uma restrição ao livre comércio intrabloco. Essa diferenciação é importante à medida que foi feita pela Nomenclatura Comum do Mercosul. Segundo o Brasil, a proibição sempre fora ampla e o regramento estabelecido em 2000 apenas deu a devida interpretação à norma de 1991.

O sexto Tribunal *ad hoc* decidiu que a aplicação das regras estabelecidas em 2000 era contrária à normativa do Mercosul, anterior a elas, que obrigou as partes a não adotar medidas restritivas ao comércio intrabloco (Decisão CMC nº 22/00); e assim determi-

¹¹ Não seria o primeiro caso de término da atuação do sistema de solução de controvérsias da OMC sem decisão, em função de decisão arbitral no Mercosul. Isso ocorreria no caso dos têxteis, também entre Brasil e Argentina, que acordaram mutuamente em suspender a solicitação de Grupo Especial feita pelo Brasil. Neste caso, o Brasil solicitou o estabelecimento do Grupo Especial quando o Tribunal *ad hoc* já estava em funcionamento, o que também merece críticas, sob a perspectiva da integração. Afinal, quer-se a integração ou simplesmente a solução de problemas pontuais e a satisfação de interesses brasileiros?

nou ao Brasil que adaptasse sua legislação. O Tribunal *ad hoc* considerou ilícita a proibição de importação de pneumáticos imposta pelo Brasil, não apenas em relação ao direito derivado do Mercosul, mas também em relação ao princípio do *estoppel*¹², sem com isso negar o objeto e a finalidade da integração regional e do Tratado de Assunção.

A aplicação do princípio do *stoppel* está relacionada à aplicação de outro princípio, o do *stand still*, pelo qual profbe-se que se estabeleça novas restrições ao comércio, ou mesmo que se agrave as que já houverem, em respeito ao processo de integração em curso, como o Mercosul. Referindo-se ao princípio do *stand still*, Ventura (2002, p. 261) faz a afirmação de que "a sexta decisão arbitral aprofunda a idéia de que a integração não pode recuar, independentemente do fato de avançar ou não".

Pode-se afirmar que, ao lado dos já referidos princípios da interpretação teleológica da norma do Mercosul de da proibição de medidas unilaterais de salvaguarda, o *stoppel* e o *stand still* compõem a principiologia jurídica afirmada pelo acervo dos oito laudos arbitrais existentes no Mercosul.

O sétimo laudo arbitral do Mercosul¹³ envolveu a Argentina, como reclamante, e o Brasil, como reclamado. Teve como objeto possíveis restrições à entrada de produtos fitossanitários argentinos ao mercado brasileiro e a não incorporação, pelo Brasil, de Resoluções do Grupo Mercado Comum que estabelecem a facilitação do comércio de tais produtos. Os principais argumentos do Brasil foram os seguintes: primeiro, não haveria prazo para a internalização de normas do

Mercosul, sem a qual estas não adquirem vigência; e, segundo, a não incorporação das Resoluções seria permitida pelo artigo 50 do Tratado de Montevidéu, que prevê exceções à regra geral da liberdade de comércio, entre elas a restrição motivada na proteção da vida e da saúde das pessoas, animais e vegetais.

A decisão do sétimo Tribunal *ad hoc* acolheu a argumentação argentina, rejeitando os argumentos brasileiros: o primeiro, porque não existem obrigações sem prazo, quando não há prazo expressamente determinado, tal lacuna deve ser preenchida, casuisticamente, em respeito do princípio da razoabilidade, e no caso em tela apenas o Brasil estava há seis anos inerte quanto à incorporação (os outros Estados-membros já as haviam incorporado aos seus ordenamentos internos há mais tempo); e, o segundo, porque a restrição ao livre comércio, defendida pelo Brasil, por ser exceção, deveria ter sido provada, isto é, deveriam ter sido provados os fatos que sustentassem a possibilidade de dano à vida ou à saúde de pessoas, de animais ou de plantas. Assim, o Tribunal entendeu que esta alegação brasileira servia não aos fins que dizia servir, mas apenas ao fim de opor-se à incorporação das normas que facilitam o comércio intrabloco de produtos fitossanitários. Enfim, o Tribunal condenou o Brasil a incorporar as Resoluções do GMC referentes ao tema, com fulcro os princípios *pacta sunt servanda*, da boa-fé e da razoabilidade.

Ao invocar o artigo 50 do Tratado de Montevidéu, de 1980, o Brasil quis que os árbitros considerassem a não incorporação das Resoluções do GMC como um ato de "proteção à vida e à saúde das pessoas". Isto porque estas Resoluções regulamentam a circulação de produtos fitossanitários no bloco e, conforme o argumento brasileiro, estes produtos trariam riscos à população, de modo que não lhe seria exigível internalizá-las. Por traz desta idéia está um princípio jurídico que ainda busca afirmação no direito internacional e que não foi aplicado ao caso. Trata-se do princípio da precaução. Este princípio afirma que a ausência de certeza científica

¹² No caso em tela a aplicação do *estoppel* justificou-se no fato de que entre 1991 e 2000 houve um fluxo contínuo e relevante de importação, pelo Brasil, de pneumáticos recanchutados provenientes do Uruguai, sem que se aplicasse interpretação abrangente da proibição de importações estabelecida em 1991, o que só foi feito em 2000. O princípio do *estoppel* tem origem no direito internacional público e "visa a sancionar os comportamentos contraditórios dos Estados", prevendo que "um Estado está obrigado por seu comportamento anterior: desde o momento em que ele manifesta sua aquiescência à pretensão jurídica de outro Estado, esta lhe é oponível" (VENTURA, 2002, p. 260).

¹³ De 19 de abril de 2002.

sobre a existência de um risco não justifica a ausência de medidas de proteção, sempre que houver elementos suficientes para se desconfiar, justificadamente, que haja possibilidade de ocorrer dano à saúde humana ou ao meio ambiente.¹⁴

Se o princípio da precaução tivesse sido aplicado no sétimo laudo, seria um quinto elemento à principiologia desenhada pelo acervo dos laudos do sistema do PB, que certamente teria muito a contribuir para o debate jurídico, mas sobretudo político, da integração dos países membros do Mercosul. Isto porque se trata de um princípio largamente utilizado no direito comunitário, sendo um dos sustentáculos jurídicos da integração europeia, que permite, malgrado numerosas críticas¹⁵, o fortalecimento interno através da inevitável discriminação aos produtos externos (o que é natural no âmbito de um processo de integração, e que se torna bastante evidente em um bloco como a União Europeia, de gigantes proporções).

Por fim, em 21 de maio de 2001, o oitavo laudo arbitral do Mercosul resolveu a reclamação do Paraguai contra a aplicação, pelo Uruguai, do *Imposto Específico Interno* (IMESI), que discriminaria o cigarro proveniente daquele país. A discriminação seria dupla, uma vez que o Uruguai calculava o valor do tributo de maneira diferenciada conforme se tratasse de produto nacional, de produto proveniente de país limítrofe ou de produto advindo de país não limítrofe. O Uruguai defendeu-se, argumentando a não auto-executividade das normas do Tratado de Assunção que foram invocadas, bem como a ausência de reciprocidade quanto a cigarros importados. Com relação às normas do Tratado de Assunção, o Tribunal *ad hoc* afirmou que são auto-aplicáveis no que se refere ao dever de os Estados Partes altera-

rem suas legislações para adequá-las ao Tratado, mas que não são auto-executáveis no sentido de substituírem as legislações nacionais, dado o caráter intergovernamental do Mercosul. Assim, o Tribunal *ad hoc* acolheu a pretensão paraguaia, entendendo que realmente o tratamento dado pelo Uruguai tratava o cigarro paraguaio como se fosse mercadoria *extrazona*. Enfim, decidiu que o Uruguai deveria não mais aplicar ao cigarro proveniente do Paraguai a classificação de país não fronteiriço.

Com relação ao tratamento uruguaio tripartite (produto interno, produto de país limítrofe e produto de país não-limítrofe), percebe-se a possibilidade de uma inversão de posições. O Paraguai provocou o Sistema do PB porque a existência, na legislação uruguaia, de favorecimento ao cigarro de países fronteiriços colocava a Argentina e o Brasil em posição mais vantajosa. Ocorre que da decisão restou a possibilidade de o Uruguai, em cumprimento ao laudo, ter aplicado ao cigarro paraguaio o tratamento de cigarro nacional, o que colocaria os outros dois membros em situação de desvantagem perante o cigarro paraguaio, ainda que em vantagem em relação a países terceiros ao bloco. Isso poderia ter gerado mais uma ou duas provocações ao sistema do PB.

Se esta primeira observação do oitavo laudo é mera hipótese de algo que poderia ter acontecido, há uma outra observação, esta sim de caráter realista. Trata-se, novamente, da percepção das diferenças internas ao bloco do Mercosul, uma vez que esta foi a primeira atuação do Paraguai como parte em uma controvérsia no âmbito do Protocolo de Brasília. A par disso, o mais importante desta última decisão arbitral é a aplicação do princípio da isonomia jurídica entre os membros. Note-se que se trata de uma igualdade de tratamento *jurídico*, pois a equalização dos níveis de desenvolvimento econômico e de desenvolvimento humano entre os membros do Mercosul, que representaria uma igualdade material, é um grande desafio que ainda precisa ser enfrentado para que o bloco seja algo mais que um processo de integração meramente econômica.

¹⁴ Sobre o princípio da precaução, ver Torronteguy (2002, p. 37-61).

¹⁵ As principais críticas à aplicação desse princípio se referem à sua utilização como meio para criar barreiras não-tarifárias ao comércio internacional, em benefício da concorrência dos produtos nacionais. Certamente isso afronta o princípio do livre comércio, logo é contrário ao escopo da OMC; mas indubitavelmente se trata de uma medida favorável à integração. Mais uma vez se está ante o dilema, acima citado, da liberalização ou integração.

Considerações finais

Pode-se concluir, da análise dos oito laudos, que há pelo menos quatro princípios a informar o sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul: a interpretação teleológica da norma do Mercosul, a proibição de aplicação de medidas unilaterais de salvaguarda, o *stand still* e o *stoppel*. Outros dois foram referidos, mas não se incluem na principiologia definida pelo acervo das decisões. O princípio da precaução obviamente não se alinha aos quatro primeiros, pois sequer foi aplicado, sendo importante referir que foi perdida a oportunidade de tratar deste tema tão importante ao direito da integração.

Já o princípio da isonomia entre aqueles não se inclui porque é regra inerente à integração, sem representar um acréscimo devido ao sistema do PB, uma vez que a *reciprocidade* (artigo 2º do TAs) e as *condições eqüitativas de comércio* (artigo 4º do TAs) são regras explícitas no primeiro capítulo do tratado constitutivo do Mercosul, que se intitula "Propósito, Princípios e Instrumentos".

Pode-se questionar se este *corpus* de julgados compõe uma *jurisprudencia*. A resposta é negativa. Em que pese a existência de alguns entendimentos consolidados pelas oito decisões arbitrais, há um problema estrutural. Não há uma jurisdição supranacional do Mercosul e tampouco um órgão estabelecido permanentemente; ao contrário, as decisões são tomadas por Tribunais *ad hoc*, ou seja, por Tribunais diferentes constituídos para cada caso. Ainda que o Protocolo de Olivos preveja o Tribunal Permanente de Revisão, a institucionalização de um órgão permanente de solução de controvérsias no Mercosul não foi completa (aliás, o artigo 53, do PO, o admite explicitamente, referindo-se aos objetivos do Anexo III, item 3º, do TAs, os quais ainda precisam ser alcançados).

Outro aspecto conclusivo é que os temas levados ao contencioso do Mercosul, até agora, limitam-se à seara econômica. Trata-se de uma constatação coerente com o atual

patamar de integração. Sendo o Mercosul uma união aduaneira imperfeita, não propiciou ainda a integração de pessoas e tampouco há o elemento supranacional em qualquer de suas instituições. Dos textos do PB (artigos 1º e 25), do RPB (art. 1º) e do PO (artigos 1º e 39) não se pode afirmar que haja explícitas limitações quanto à matéria. Há somente a delimitação quanto aos textos jurídicos cujo desrespeito pode ser objeto de reclamação, os quais, uma vez modificados, podem perfeitamente alterar o âmbito de aplicação do sistema de solução de controvérsias, a exemplo do que fez POP, em seu artigo 43, considerando também a possibilidade de revisão da estrutura institucional do Mercosul, prevista pelo mesmo Protocolo, no artigo 47.

Enfim, o estudo do sistema de solução de controvérsias é importante para a avaliação do processo de integração como um todo. A partir da constatação de suas limitações, pode-se trabalhar os pontos que precisam ser alterados ou melhorados. Assim, se por um lado é evidente que o Protocolo de Olivos trouxe avanços (principalmente a cláusula da eleição de foro e o Tribunal Permanente de Revisão), por outro é igualmente visível que ainda falta atingir um sistema definitivo e permanente. Isto talvez só seja possível através da concessão de soberania dos Estados-membros para o Mercosul, dotando-o de um direito que seja cogente e executável, mas sobretudo que tenha supremacia em relação à norma interna, o que necessitaria um abandono do sistema da vigência simultânea¹⁶. Seria perigoso, porém, querer implantar um direito aos moldes do direito comunitário europeu, sem considerar as imensas diferenças que separam, histórica e estruturalmente, esses dois processos de integração.

Se o direito comunitário europeu não é, em tudo, útil à integração, o direito da Organização Mundial do Comércio também não o é. Em que pese o fato de os países

¹⁶ Pela regra da vigência simultânea uma norma só está em vigor no Mercosul quando já tiver sido internalizada por todos os membros, trata-se na verdade do direito interno de cada Estado parte.

membros serem também membros da OMC, e com a União Européia terem relações notadamente de comércio, isso não significa que o direito da OMC deva ser utilizado subsidiariamente, e o direito comunitário não. Ao contrário, caso seja necessário socorrer-se em normas externas (o ideal é resolver as lacunas internas para formar um ordenamento jurídico do Mercosul), é preferível apoiar-se em normas que se destinem também à integração, o que em última análise é aplicar o princípio da interpretação teleológica, que informou todos os oito laudos arbitrais. Isto porque a aplicação das normas da OMC representa a aplicação de um direito voltado à liberalização econômica, o que muitas vezes está em choque com a idéia de integração. E aqui se alcança o ponto nevrálgico: a integração é uma *idéia* que precisa ser assumida pelos Estados partes, que precisa ser inserida na sua cultura e nas suas instituições internas, bem como deve pautar sempre a atuação exterior, sendo inadmissível a quebra do compromisso de respeitar as decisões arbitrais do sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

Enfim, espera-se que o Protocolo de Olivos seja eficiente na dupla tarefa que lhe foi imposta: não permitir retrocessos em relação às conquistas do Protocolo de Brasília e implementar no quadro jurídico do Mercosul as mudanças que está trazendo. Entretanto, esta missão cabe àqueles que operam os instrumentos jurídicos, sendo indispensável que este debate se dê também no meio acadêmico, que contribui muito, mas que ainda é pouco aproveitado na atuação política, sobretudo a brasileira, frente aos dilemas e às perspectivas que se apresentam nas relações internacionais.

Referências Bibliográficas

- BUENO, Clodoaldo; CERVO, Amado. *História da política exterior do Brasil*. São Paulo: Ática, 1992. 432 p.
- CERVO, Amado. *Relações internacionais da América Latina: velhos e novos paradigmas*. Brasília: IBRI, 2001. 316 p.
- MERCOSUL. *Acordos e protocolos na área jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 149 p.
- MERCOSUL. *Protocolo de Olivos*. Disponível em: www.mercosur.org.uy. Acessado em: 27 abr. 2003.
- MERCOSUL. Tribunal Arbitral Ad Hoc. *Laudos Arbitrais*. Disponível em: www.mercosur.org.uy/portugues/snor/normativa/laudos.htm. Acessado em: 23 abr. 2003.
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 3ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 316 p.
- _____; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 228 p.
- TORRONTÉGUY, Marco Aurélio. Possibilidades de aplicação do princípio da precaução como instrumento na problemática do desenvolvimento sustentável: proteção ao meio ambiente e à saúde versus protecionismo econômico. In *Anais da II Semana Acadêmica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria: CESH/UFSM, 2002, pp. 37-61.
- VENTURA, Deisy. *Les asymétries entre Mercosur et l'Union Européenne: les enjeux d'une association interrégionale*. Tese (doutorado). Paris: Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, maio 2002. 685 p.

Endereço do autor:

Marco Aurélio Antas Torronteguy
Rua E Quadra D, lotes 20 e 21
Boa Vista do Pinhal - Itaara, RS
CEP 97185-000

torronteguy@ibest.com.br