

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
MESTRADO EM INTEGRAÇÃO LATINO AMERICANA**

**A FUNCIONALIDADE DO TRIBUNAL PERMANENTE
DE REVISÃO DO MERCOSUL: ENTRE O ÓRGÃO DE
APELAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO
COMÉRCIO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS
COMUNIDADES EUROPÉIAS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Josianne Zanoto

**Santa Maria, RS, Brasil
2006**

**A FUNCIONALIDADE DO TRIBUNAL PERMANENTE DE
REVISÃO DO MERCOSUL: ENTRE O ÓRGÃO DE
APELAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO
E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES
EUROPÉIAS**

por

Josianne Zanoto

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA), Área de Concentração em Direito da Integração, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Integração Latino-Americana**

Professora orientadora: Dra. Deisy de Freitas Lima Ventura

Santa Maria, RS, Brasil

2006

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Mestrado em Integração Latino Americana**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a
Dissertação de Mestrado

**A FUNCIONALIDADE DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO
DO MERCOSUL: ENTRE O ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E O TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**

elaborada por
Josianne Zanoto

como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Integração Latino Americana

COMISSÃO EXAMINADORA;

Deisy de Freitas Lima Ventura, Dra.
(Presidenta / Orientadora)

Jânia Maria Lopes Saldanha, Dra. (UNISINOS)

Augusto Jaeger Junior, Dr. (UFRGS)

Santa Maria, 1º de junho de 2006.

À Sophia
(palavra de origem grega, que significa sabedoria)

AGRADECIMENTOS

Segundo a tragédia grega “Prometeu Acorrentado”, de autoria de Ésquilo, o mito de Prometeu está vinculado à origem do fogo, que significava, para os antigos, a inteligência e a sabedoria. Zeus, ao assumir o governo do universo, pretendeu manter a humanidade numa situação semelhante à dos animais, privando-a da racionalidade. Prometeu, contrariando a vontade do deus supremo, furtou uma parte do fogo divino, levando-o para os homens, que, com isso, passaram a ser capazes de pensar. A fúria de Zeus caiu sobre Prometeu, que foi acorrentado ao Monte Cáucaso. A partir daí, todos os dias, um abutre passou a devorar o seu fígado, órgão com capacidade regenerativa. A vingança de Zeus, portanto, significou um suplício eterno para Prometeu.

Lembro-me muito bem do dia em que, angustiada em função de uma nova mudança de rumo na dissertação, coloquei no MSN (programa de mensagens instantâneas on line) que estava tentando desacorrentar Prometeu. Logo em seguida, Auta Gagliardi Madeira, amiga de Brasília, mandou-me figuras de Prometeu, acorrentado e liberto. A brincadeira converteu-se, posteriormente, na minha pretensa “mudança de personalidade”: enquanto trabalhava na dissertação, assumi o papel de “Prometéia Acorrentada”, ou simplesmente de Prommy, como quer a minha orientadora.

O meu acorrentamento, bem mais leve que o de Prometeu, não foi considerado um suplício. Tampouco me desagrada a idéia de ter que realizar tarefas semelhantes ao longo e para o resto da minha vida; bem ao contrário. No entanto, ele também está ligado à busca da sabedoria, na medida em que significou meses de estudo, dedicação, concentração e, conseqüentemente, de crescimento profissional.

Por já ter elaborado duas monografias, uma de graduação e outra de especialização, imaginava que não teria dificuldades em realizar a dissertação. Fui surpreendida pelo esforço que me foi exigido no decorrer do trabalho, desde a escolha do tema até a definição do plano e do problema, além das leituras teóricas e da redação do texto. Nunca um trabalho acadêmico exigiu tanto de mim. As dificuldades, no entanto, serviram não só para que eu relembresse que estou bem distante do lugar em que quero chegar, mas também para que eu descobrisse em mim potencialidades que

antes desconhecia. A epígrafe dessa dissertação, retirada da música “Todo se transforma”, do cantor e compositor uruguaio Jorge Drexler, é, por isso mesmo, inspirada na transformação não somente profissional, mas também pessoal, pelas quais passei ao elaborar a dissertação.

No entanto, sem o auxílio das pessoas que passo a enumerar, essa tarefa certamente teria um rumo diferente. Sinto-me confortada e alegre em poder encerrar essa etapa da minha vida agradecendo àqueles que, de um ou outro modo, ajudaram-me a trilhar e a concluir esse intenso e recompensador caminho dissertativo.

Agradeço à minha família, base do que sou hoje e do que pretendo me tornar. Apesar de distante geograficamente e, por vezes, reticente quanto às minhas escolhas, é ela que me dá o suporte para que eu possa seguir adiante.

Ao Diego, agradeço a revisão e as sugestões do plano para a dissertação. De valor inestimável para mim, no entanto, foram o seu apoio, a paciência, o ouvido, o ombro, o carinho e a dedicação incondicional, também nesse momento da minha vida.

À minha orientadora, Deisy de Freitas Lima Ventura, pela qual tenho profunda admiração, meu agradecimento por mais essa orientação, que agora se soma à da graduação, bem como pela paciência, incentivo e amizade. A ela também devo a oportunidade impagável de ter me aventurado precocemente na profissão de professora.

Fernanda Pimentel da Silva, minha irmã de coração, foi a responsável, com seu desprendimento e bom-humor, por me incentivar naquelas oportunidades em que eu, por um ou outro motivo, desanimava. Tê-la conhecido e com ela convivido por um ano foi uma das alegrias que o Mestrado em Integração Latino Americana me proporcionou. Além disso, a ela também devo o resumo na língua espanhola.

Aos meus colegas de mestrado, agradeço a convivência e a possibilidade de crescermos profissionalmente juntos. Meu especial carinho à Fernanda Petri, pela amizade que construímos. Sou grata também ao Marco Aurélio Antas Torronteguy, amigo de muito tempo, com o qual trabalhei em diversas oportunidades durante o

Curso, tanto nos seminários como em artigos para o Mestrado, e cuja inteligência e seriedade acadêmica sempre me inspiram.

Ao Marcus Maurer Salles, meu “veterano”, agradeço às dicas, aos conselhos e ao resumo na língua inglesa.

Sou grata também à Adriana Dreyzin de Klor pelas valiosas sugestões de tema e plano para a dissertação.

Agradeço ao Alejandro Daniel Perotti por responder prontamente aos meus emails e assim manter-me informada sobre os dados ausentes na página oficial do Mercosul e imprescindíveis para o texto da dissertação.

À Maristela Smidt, minha gratidão pela prontidão e eficiência com que sempre me atendeu na Secretaria do Mestrado. À Luciane Carvalho, funcionária da Biblioteca, da mesma forma.

Sou grata ainda à Angela Araújo da Silveira Espindola, Jânia Maria Lopes Saldanha e Valéria Ribas do Nascimento, amigas e colegas de trabalho, pelo incentivo, disponibilidade e exemplo de profissionalismo e de dedicação à docência. À Valéria agradeço ainda a entrega do texto para o professor Augusto Jaeger Junior, em Santo Ângelo. Ao Augusto e à Jânia sou igualmente grata por terem aceitado comporem a banca de defesa da dissertação.

É impossível não agradecer aos meus alunos e ex-alunos, co-responsáveis pela vontade que tenho de aprender e de ensinar. Em especial, meu carinho às minhas monitoras, hoje também amigas, Ana Carolina Guimarães Seffrin, Andressa Lutz Schiaffino e Raisia de Vargas Scariot.

Finalmente, é imprescindível agradecer às grandes amigas de sempre e para sempre, que, pelo simples fato de fazerem parte da minha vida, não me deixam esquecer quem eu sou: Daiane Klöckner Strack, Gabriela da Luz Garcia da Rosa, Lilia Fortes dos Santos Wagner, Luciana Rambo e Vanessa Wendt Kroth.

Nada es más simple, no hay otra norma: nada se pierde, todo se transforma.

Jorge Drexler

RESUMO

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Integração Latino Americana
Universidade Federal de Santa Maria

A FUNCIONALIDADE DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL: ENTRE O ÓRGÃO DE APELAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS

Autora: Josianne Zanoto

Orientadora: Deisy de Freitas Lima Ventura

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 1º de junho de 2006.

Uma das inovações mais substanciais do Protocolo de Olivos (PO), que regula o sistema de solução de controvérsias do Mercosul e vige em substituição ao Protocolo de Brasília (PB), foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR). Com efeito, o Tribunal de Assunção constitui a instância jurisdicional suprema em matéria de solução de controvérsias e interpretação da normativa mercosulina, que pode contribuir para a construção de uma jurisprudência uniforme e de viés comunitário para o bloco. O TPR foi acionado uma única vez, como instância de revisão, e embora seja caracterizado como arbitral, detém competências que extrapolam essa natureza. Nesse contexto, a pesquisa objetivou verificar a funcionalidade deste Tribunal ou, mais especificamente, a sua pretensão de funcionalidade. Para tanto, foram analisadas as disposições do PO, do seu Regulamento, das decisões do Conselho Mercado Comum (CMC) relativas ao TPR e o seu primeiro laudo arbitral. Além disso, paradigmaticamente, estudaram-se dois órgãos judicantes que têm se mostrado efetivos, de acordo com a natureza das respectivas organizações internacionais cuja resolução de conflitos lhes incumbe: o Órgão de Apelação (OAp) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE). Para a realização da pesquisa, optou-se pela utilização do método de abordagem dialético. Já no que tange aos métodos de procedimento, empregaram-se o histórico, o comparativo e o monográfico. As fontes utilizadas foram doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais. A dissertação foi desenvolvida em dois capítulos, cada qual dividido em duas partes que, por sua vez, subdividiram-se em outras duas. No primeiro capítulo foram analisados os aspectos subjetivos do TPR – a composição do órgão e a formação dos pólos passivo e ativo da relação processual – e a sua competência. Superada essa primeira parte, o segundo capítulo abordou os laudos arbitrais do TPR diante da possibilidade de ser estabelecida uma jurisprudência uniforme no Mercosul. Por esse motivo, num primeiro momento, foram estudadas as particularidades da jurisdição e dos laudos arbitrais, para, posteriormente, discorrer-se acerca do único caso submetido à apreciação do TPR. Ao final, concluiu-se pela existência de pretensão de funcionalidade do Tribunal, que, no entanto, pode e deve ser ampliada.

Palavras-chaves: Mercosul, Tribunal Permanente de Revisão, Funcionalidade.

ABSTRACT

One of the most substantial innovations of the Olivos Protocol (OP), which regulates Mercosul's dispute resolution system and is in force to substitute the Brasilia Protocol (BP), was the creation of the Permanent Tribunal of Revision (PTR). In fact, Assunção Tribunal constitutes the supreme jurisdictional instance on the matter of dispute resolution and interpretation of Mercosul law, reason why it can contribute for building a uniform jurisprudence on a communitary basis for the block. The PTR was provoked once as a revising instance and, although it is characterized as arbitral, it detains competences which go beyond this nature. In this context, this research aims to verify the functionality of this Tribunal, or more specifically, its pretension of functionality. For this purpose, the rules of the OP were analyzed, together with its Regulation, the decisions of the Common Market Council (CMC) that relate to the PTR and its first arbitral report. Moreover, paradigmatically, two judiciary organs were studied, according to their functionality and the nature of the international organizations in which they are responsible for the dispute resolution: the Appellate Body (ApB) of the World Trade Organization (WTO) and the Court of Justice of the European Union (CJEU). For the realization of the present research, the dialectic method was chosen for the approach. In terms of procedure, the historical, comparative and monographic methods were followed. The sources of the research were doctrine, legislation and jurisprudence. The dissertation was developed in two chapters, both divided in two parts, which were also subdivided in other two parts. In the first chapter, the subjective aspects of the PTR were analyzed – the composition and the formation of the passive and active poles of the procedural relation – together with its competence. The second chapter deals with the PTR arbitral report and the possible establishment of a uniform jurisprudence in Mercosul. For this reason, in a first moment, the particularities of the jurisdiction and the arbitral reports were studied so that, in a second moment, the first and only case submitted until now to the PTR could be analyzed in broader detail. In the end, it has been concluded that the pretension of functionality of the Tribunal does exist, which shall – and must – be expanded.

Key words: Mercosul, Permanent Tribunal of Revision, Functionality.

RESUMEN

Una de las novedades más importantes del Protocolo de Olivos (PO), que regula el sistema de solución de controversias del Mercosur vigente en sustitución al Protocolo de Brasilia (PB), fue la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR). De hecho, el Tribunal de Asunción es la instancia jurisdiccional superior acerca de solución de controversias y interpretación de las normas del Mercosur, que puede ayudar en la construcción de una jurisprudencia uniforme y de carácter comunitario para el bloque. El TPR fue utilizado una sola vez como instancia de revisión, y aunque sea caracterizado como arbitral, tiene competencias que están más allá de esa naturaleza. Delante de todo eso, la investigación buscó verificar la funcionalidad del Tribunal o, incluso, su pretensión de funcionalidad. Para eso, fueron analizadas las disposiciones del PO, de su Reglamento, de las decisiones del Consejo Mercado Común (CMC) aplicables al TPR y también su primer laudo arbitral. Juntamente se desarrolló el estudio de dos órganos judicantes que están efectivamente de acuerdo con la naturaleza de las respectivas organizaciones internacionales cuyas resoluciones de conflictos les fueron atribuidas: el Órgano de Apelación (OAp) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Para la realización de la investigación, fue adoptado el método de abordaje dialéctico. Los métodos de procedimiento fueron el histórico, comparativo y el monográfico. Las fuentes para la investigación fueron doctrinales, legislativas y jurisprudenciales. El trabajo fue desarrollado en dos capítulos, cada uno dividido en otras dos partes que también contienen dos subdivisiones. En el primer capítulo fueron analizados los aspectos subjetivos del TPR – la composición y la formación de los polos pasivo y activo de la relación procesal – y su competencia. El segundo capítulo trató de los laudos arbitrales del TPR delante de la posibilidad de establecer una jurisprudencia uniforme en el Mercosur. Por esa razón, primero fueron estudiadas las particularidades de la jurisdicción e de los laudos arbitrales, para después, hablar acerca del único caso sometido al TPR. Al final, se llegó a la conclusión de la existencia de pretensión de funcionalidad del Tribunal, que todavía puede y debe de ser aumentada.

Palabras-claves: Mercosur, Tribunal Permanente de Revisión, Funcionalidad.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ALCA	Área de Livre Comércio das Américas
CCM	Comissão de Comércio do Mercosul
CECA	Comunidade Européia do Carvão e do Aço
CEE	Comunidade Econômica Européia
CG	Conselho Geral
CMC	Conselho Mercado Comum
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPC	Comissão Parlamentar Conjunta
CPE	Comitê de Política Européia
ESC	Entendimento sobre a Solução de Controvérsias
EUA	Estados Unidos da América
EURATOM	Comunidade da Energia Atômica
ETJ	Estatuto do Tribunal de Justiça
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas
GMC	Grupo Mercado Comum
INTI	Instituto Nacional de Tecnologia Industrial
IPT	Instituto de Investigações Tecnológicas da Universidade de São Paulo
Mercosul	Mercado Comum do Sul
NAFTA	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio
OAp	Órgão de Apelação
OMC	Organização Mundial do Comércio
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias
PB	Protocolo de Brasília
PCEU	Procedimento para atender aos Casos Excepcionais de Urgência
PO	Protocolo de Olivos
POP	Protocolo de Ouro Preto
RP	Regras de Procedimento do TPR
RPO	Regulamento do Protocolo de Olivos
RPTJ	Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça
SM	Secretaria do Mercosul
SN	Seção Nacional
ST	Secretaria do TPR
TA	Tratado de Assunção
TAH	Tribunal <i>Ad Hoc</i>
TJCA	Tribunal de Justiça da Comunidade Andina
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Européias
TM	Tratado de Montevidéu
TPF	Tribunal de Função Pública
TPI	Tribunal de Primeira Instância
TPR	Tribunal Permanente de Revisão
UE	União Européia
UEM	União Econômica e Monetária
UP	União Política

LISTA DE ANEXOS

- **Anexo 1** – Quadro comparativo do OAp, do TJCE e do TPR.....158
- **Anexo 2** – Protocolo de Olivos (PO).....162
- **Anexo 3** – Regulamento do Protocolo de Olivos (RPO).....182
- **Anexo 4** – Procedimento para atender aos Casos Excepcionais de Urgência (PCEU).....203
- **Anexo 5** – Regras de Procedimento do TPR (RP).....207
- **Anexo 6** – Decisão emitida pelo Tribunal *Ad Hoc* objeto do primeiro recurso de revisão ao TPR.....217
- **Anexo 7** – Laudo nº 01/2005 do TPR.....265

LISTA DE ORGANOGRAMAS

- **Organograma 1** – Participação do particular no sistema de solução de controvérsias no Mercosul.....53
- **Organograma 2** – Procedimento do Recurso de Revisão no TPR.....67
- **Organograma 3** – Procedimento de Apelação perante o OAp.....70
- **Organograma 4** – Procedimento do Recurso de Cassação no TJCE.....74
- **Organograma 5** – Procedimento das Medidas Excepcionais de Urgência no TPR.....91
- **Organograma 6** – Execução dos laudos arbitrais pelo PO.....113
- **Organograma 7** – Execução dos relatórios pelo ESC.....119

SUMÁRIO

Introdução	16
1. Os aspectos subjetivos e a competência: alicerces dos órgãos judicantes	34
1.1. Os julgadores e os sujeitos processuais.....	34
1.1.1. Composição: da duração do mandato às garantias dos julgadores.....	35
1.1.2. A formação dos pólos passivo e ativo da relação processual.....	50
1.2. A função jurisdicional à luz da competência do Tribunal de Assunção.....	63
1.2.1. A competência recursal e a atuação em única instância.....	64
1.2.2. As opiniões consultivas e as medidas excepcionais de urgência.....	77
2. Possibilidade de construção de uma jurisprudência uniforme no Mercosul?	93
2.1. A obrigatoriedade da jurisdição e as características das decisões.....	96
2.1.1. A opção de foro: inovação de Olivos.....	96
2.1.2. Os efeitos e a implementação das decisões.....	105
2.2. O primeiro laudo arbitral emitido pelo TPR.....	122
2.2.1. Os fatos que originaram a controvérsia e o laudo arbitral recorrido....	123
2.2.2. O conteúdo comunitário da decisão proferida pelo TPR.....	130
Considerações finais	138
Referências bibliográficas	142
Anexos	157

INTRODUÇÃO

O direito ou serve para a vida ou não serve para nada.

Leon Duguit

Um processo de integração, principalmente quando almeja ultrapassar a esfera econômica,¹ requer um sistema próprio e específico de controle e aplicação das normas, com o intuito de garantir tanto a efetividade dos compromissos assumidos pelos Estados-membros, como a invocação das normas do bloco em juízo pelos particulares.²

¹ No viés eminentemente econômico, integração significa um processo de eliminação de fronteiras e barreiras de natureza econômica entre dois ou mais países, com o objetivo principal de criar mercados maiores, em razão da sua pretensa eficiência em relação aos menores (Cf. João Bosco Machado. *Mercosul: processo de integração – origem, evolução e crise*. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 19.). No entanto, uma análise mais profunda e abrangente do fenômeno permite concluir que a integração é um processo de mudança social voluntário, de forma que Estados com problemas, interesses e objetivos comuns associam-se e adotam estratégias de ação conjunta para melhorar a sua condição e inserir-se no sistema internacional (Cf. Sara L. Feldstein de Cárdenas e Luciana B. Scotti, *Armonización legislativa en el Mercosur: la interacción entre el derecho internacional privado y el derecho comparado*. Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005).

² Deisy Ventura, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri: Manole, 2003. p. 226.

Nesse contexto, desde a sua criação pelo Tratado de Assunção (TA),³ em 26 de março de 1991, o Mercado Comum do Sul (Mercosul)⁴ preocupou-se em adotar um sistema de solução de controvérsias peculiar. O Anexo III do Tratado constitutivo já esboçava um mecanismo desta espécie,⁵ que foi substituído pela sistemática do Protocolo de Brasília (PB), em cumprimento ao disposto no TA.⁶ Com efeito, o PB estabeleceu um sistema de solução de litígios para ser aplicado durante o período de transição, que se estenderia desde a entrada em vigor do TA até 31 de dezembro de 1994, data em que o processo de convergência da tarifa externa comum deveria estar completo.

O mecanismo instituído pelo PB era provisório: em seu artigo 34, reiterou a necessidade de implantar um sistema permanente de solução de controvérsias até 31 de dezembro de 1994, tal como previsto em Assunção.

³ Fazem parte do Mercosul, na qualidade de sócios originários, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. Atualmente, também participam dele, porém como países associados, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru. A Venezuela formalizou o seu pedido de adesão ao Mercosul em dezembro de 2005 na reunião de Chefes de Estado, realizada em Montevidéu. Através da Decisão nº 29/05 do Conselho Mercado Comum (CMC), foi acolhida a pretensão desse país de aderir ao bloco. Até a entrada em vigor do respectivo Protocolo de Adesão, a sua participação nas reuniões dos órgãos e foros do Mercosul está garantida, embora só tenha direito a voz. Informações disponíveis em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 22 fev. 2006. Na presente dissertação, contudo, a referência aos Estados-membros do Mercosul não inclui a Venezuela, devido à ambigüidade que cerca o seu pertencimento no bloco.

⁴ Sabe-se que a grafia oficial correta é MERCOSUL. No entanto, adotou-se o mesmo entendimento de Carlos Márcio Cozende e Daniela Arruda Benjamin, que enfatizam que o lapso temporal transcorrido desde Assunção permite afirmar que a palavra Mercosul, mesmo sem letras maiúsculas, tornou-se um substantivo próprio aplicado ao processo de integração do Cone Sul. Cf. *Laudos arbitrais no marco do Protocolo de Brasília: a construção jurídica do processo de integração*. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 9.

⁵ Dispõe o Anexo III do TA: "1. As controvérsias que possam surgir entre os Estados Partes como consequência da aplicação do Tratado serão resolvidas mediante negociações diretas. No caso de não lograrem uma solução, os Estados Partes submeterão a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum que, após avaliar a situação, formulará no lapso de sessenta (60) dias as recomendações pertinentes às Partes para a solução do diferendo. Para tal fim, o Grupo Mercado Comum poderá estabelecer ou convocar painéis de especialistas ou grupos de peritos com o objetivo de contar com assessoramento técnico. Se no âmbito do Grupo Mercado Comum tampouco for alcançada uma solução, a controvérsia será elevada ao Conselho do Mercado Comum para que este adote as recomendações pertinentes. 2. Dentro de cento e vinte (120) dias a partir da entrada em vigor do Tratado, o Grupo Mercado Comum elevará aos Governos dos Estados Partes uma proposta de Sistema de Solução de Controvérsias, que vigorará durante o período de transição. 3. Até 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes adotarão um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum".

⁶ Diz o artigo 3º do TA que "durante o período de transição, que se estenderá desde a entrada em vigor do presente Tratado até 31 de dezembro de 1994, e a fim de facilitar a constituição do Mercado Comum, os Estados Partes adotam um Regime Geral de Origem, um Sistema de Solução de Controvérsias e Cláusulas de Salvaguarda, que constam como Anexos II, III e IV ao presente Tratado". Por sua vez, e conforme transcrito na nota de rodapé supra, o item 3 do Anexo III ao TA fixou a data de 31 de dezembro de 1994 para que fosse adotado o sistema permanente de solução de controvérsias para o Mercosul.

Pouco antes da expiração desse prazo, foi assinado o Protocolo de Ouro Preto (POP), cujo artigo 44 estipula:

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 referem o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção e o artigo 34 do Protocolo de Brasília.

Logo, constatando que o processo de convergência da tarifa externa comum não findaria naquela data, o compromisso de adotar, no futuro, um sistema permanente, renovou-se, sem prazo determinado. O artigo 53 do Protocolo de Olivos (PO), que substitui o PB, manteve a dita previsão.

De fato, por meio de um conjunto de normas intitulado “Relançamento do Mercosul”, o Conselho Mercado Comum (CMC) proferiu a Decisão n° 25/2000,⁷ no intuito de aperfeiçoar a sistemática de solução de controvérsias do PB. No dia 18 de fevereiro de 2002, a reforma concluiu-se, com o advento do PO, vigente desde o dia 1° de janeiro de 2004.

Há que se destacar que, desde a implantação do sistema de solução de controvérsias do bloco, os Estados-membros⁸ optaram por uma fórmula que privilegia a concepção clássica de resolução de conflitos internacionais, com ênfase nas negociações diplomáticas e na arbitragem, em detrimento de um sistema judicial.⁹ Em outras palavras, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul

⁷ Mercosul/CMC/DEC. n° 25/00 (Aperfeiçoamento do Sistema de Solução de Controvérsias do Protocolo de Brasília), adotada na XVIII Reunião Ordinária do Conselho, no dia 29 de junho de 2000, em Buenos Aires.

⁸ Neste estudo, sempre que se estiver falando dos Estados que integram o Mercosul, será dada preferência à expressão “Estados-membros” ao invés de “Estados Partes”, com exceção dos textos objeto de citação direta em que isso não ocorra. Explica-se: mesmo que o Mercosul tenha natureza intergovernamental e obedeça, em regra, aos preceitos de direito público internacional, entende-se que, por se tratar de um processo integracionista, há necessidade de enfatizar que os países que a ele aderiram são membros de algo novo, que pode vir a se transformar numa comunidade. Graça Enes Ferreira assevera, ao analisar os termos do TA, que “[...] para além de uma União Aduaneira, parece que os Estados signatários apenas estão dispostos a coordenar políticas e a adotar instrumentos comuns para a prossecução dos objetivos previstos, mas sem nunca pôr em causa qualquer das tradicionais prerrogativas da soberania. Como em qualquer simples acordo internacional, note-se que fala-se sempre em Estados Partes e não de Estados-membros”. *Ap. Castro Meira, Mercosul: tribunal supranacional e integração comunitária*. Disponível em: <www.trf5.gov.br/esmafe/ver_esmafe/sumario/revista_01arquivos/6_mercosul.pdf>. Acesso em: 28 out. 2003.

⁹ O sistema de solução de controvérsias do Mercosul não inova em relação à forma tradicional de resolução de litígios no plano do direito internacional público. Assim, a sua primeira fase constitui-se em negociações diretas, seguida da tentativa de conciliação. Fracassadas estas etapas, recorre-se à arbitragem.

ainda é arbitral, de maneira que o PO contém uma cláusula compromissória geral de arbitragem,¹⁰ que já existia durante a vigência do PB. Neste sentido, a adesão ao TA significa *ipso jure* a adesão ao PO e a denúncia do PO significa *ipso jure* a denúncia do TA.¹¹ Em outras palavras, todo e qualquer Estado que venha a fazer a parte do Mercosul, obrigatoriamente estará sujeito ao mecanismo estabelecido em Olivos para solucionar divergências.

Note-se que a arbitragem é um mecanismo pacífico, jurisdicional e não estatal¹² de solução de controvérsias, em que um terceiro intervém, impondo uma solução. Isso significa que as partes que se submetem à arbitragem concordam que um árbitro (e não um juiz) tenha o poder de decidir as controvérsias que eventualmente ocorram, “dizendo o direito” extrajudicialmente.¹³ No Mercosul, como visto, a arbitragem reveste-se de obrigatoriedade e permanência, uma vez que é constituída anteriormente ao litígio, opondo-se, assim, à arbitragem facultativa, ocasião em que o consentimento surge após a instauração do conflito.¹⁴

¹⁰ Welber Barral, As inovações processuais do Protocolo de Olivos. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 242.

¹¹ PO, art. 54.

¹² Assim, “a arbitragem, já se disse, é meio primitivo de resolver litígios que floresce nos momentos em que as instituições públicas gozam de menos prestígio. Evita-se a intromissão do Estado sempre que a comunidade dispõe de mecanismos próprios de adaptação do direito à realidade, com a preservação natural e espontânea da ordem pública”. Cf. José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 5. Observe-se, contudo, que “a ‘patologia’ de alguns processos arbitrais justifica, certamente, que se tenha que pagar um preço considerável pela separação do sistema de proteção jurídica estatal”. Cf. Mathias Herdegen *Derecho económico internacional*. 2. ed. Tradução livre. Meddelín: Konrad Adenauer, 1998. p. 161.

¹³ Convém fazer uma diferenciação entre as palavras judicial e jurisdicional. Para o Mini Dicionário Houaiss, o vocábulo judicial indica o que se processa na Justiça, enquanto jurisdicional deriva da palavra jurisdição, que é o poder legal de julgar e aplicar a lei (Cf. Antonio Houaiss e Mauro Salles Villar, *Mini Dicionário Houaiss: Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 263-4). Já para De Plácido e Silva, a palavra judicial deriva do latim (*judicialis*) e é empregada para indicar ou exprimir todos os atos ou todas as coisas que se fazem em juízo ou segundo a autoridade do juiz e que pertencem à Justiça. A palavra jurisdicional não está elencada, mas o vocábulo jurisdição é usado para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a Justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e o limite do poder de julgar de um juiz. (Cf. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 458 e 466). Por isso é possível afirmar que a arbitragem é um modo jurisdicional de resolução de litígios, embora não seja judicial. Essa interpretação é coerente com o parecer de Nelson Nery Junior, que, ao explicar o motivo pelo qual, no direito brasileiro, a instituição da arbitragem não ofende o princípio do juiz natural, afirma que a “atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário”. Antes, assevera que “não resta nenhuma dúvida sobre o caráter jurisdicional da atividade do árbitro, isto é, de aplicar o direito ao caso concreto” (Cf. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 74 e ss).

¹⁴ Deisy Ventura e Ricardo Seitenfus, *Introdução ao direito internacional público*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 146.

Tanto os autores que defendem como os que condenam a opção pela fórmula arbitral concordam, com relativa tranqüilidade, que o mecanismo de solução de divergências mercosulino só poderia transformar-se em judicial, a exemplo do que existe na União Européia (UE), caso fosse superada a intergovernabilidade,¹⁵ sacramentada pelo POP em seu artigo 2º,¹⁶ que chegou a ser chamada de interpresidencialidade.¹⁷ Assim, um pretense caráter judicial do mecanismo de solução de divergências estaria inviabilizado ante a ausência de supranacionalidade no Mercosul. Uma das conseqüências da falta de um Tribunal de Justiça supranacional no Cone Sul é a transformação dos respectivos tribunais nacionais “em última instância, decisiva e irrecorrível quanto à interpretação e à aplicação do direito do Mercosul”.¹⁸

Em linhas gerais, a intergovernabilidade condiciona todas e cada uma das decisões adotadas no âmbito do Mercosul à vontade política dos governos dos Estados-membros.¹⁹ A integralidade das decisões tomadas pelos órgãos do

¹⁵ Neste sentido, ver Wagner Rocha D’Angelis, O instituto da supranacionalidade na estrutura definitiva do Mercosul. In: Wagner Menezes (Org.). *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem à José Francisco Rezek*. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 386-7; Elizabeth Accioly Pinto de Almeida, Análisis de la genesis de un Mercado Común del Sur: la supranacionalidad. *Direito & Mercosul*. Curitiba: n. 1, 1996, p. 70-1; Adriane Cláudia Melo Lorentz, *Supranacionalidade no Mercosul: a doutrina, os governos, a Constituição Federal e os tratados de integração*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 16; Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. In: Deisy Ventura (Org.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 162 e 164; Marco Aurélio Antas Torronteguy, Propuestas para un sistema permanente de solución de controversias en el Mercosur. In: Luiz Otávio Pimentel (Org.). *Direito internacional e da integração*. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 873; e Eduardo Biacchi Gomes, *Blocos econômicos: solução de controversias – uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

¹⁶ Diz o referido artigo que “são órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”.

¹⁷ Pelo fato dos quatro países membros originários do Mercosul adotarem o sistema de governo presidencialista, quando da constituição do bloco “apostava-se em um formato de institucionalidade com uma intergovernabilidade extrema, que alguns autores não vacilaram em qualificar de interpresidencialidade.” Cf. Gerardo Caetano, *Los retos de una nueva institucionalidad para el Mercosur: análisis y propuestas*. Tradução livre. Uruguai: Friedrich Ebert Stiftung, 2004. p. 24.

¹⁸ Secretaria do Mercosul e Konrad Adenauer, *Primeiro relatório sobre a aplicação do direito do Mercosul pelos Tribunais nacionais e sobre a aplicação dos direitos nacionais por meio dos mecanismos de cooperação jurisdicional do Mercosul*. Montevideu: Secretaria do Mercosul, Konrad Adenauer e Foro Permanente de Cortes Supremas do Mercosul e Associados, 2003. p. 125. A propósito, está disponível do site do Mercosul, o *Segundo relatório sobre a aplicação do direito do Mercosul pelos Tribunais nacionais e sobre a aplicação dos direitos nacionais por meio de mecanismos de cooperação jurisdicional do Mercosul*.

¹⁹ Adriana Dreyzin de Klor e Diego P. Fernández Arroyo, El Mercosur: ¿ por el camino de la transparencia? Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005. Nesse contexto, “a flexibilidade do Mercosul não se encontra, portanto, na simples escolha da intergovernabilidade. É precisamente a associação de três diferentes fatores – a ausência total de autonomia para executar as decisões coletivas, a unanimidade com a presença de todos os Estados Partes como sistema decisório, e a ausência de controle da interpretação e da aplicação uniformes dos tratados – que gera um intergovernamentalismo excessivamente restrito. Em apoio a essa constatação,

Mercosul são adotadas por consenso e com a presença de todos os seus integrantes.²⁰ Além disso, com exceção da Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), os demais órgãos têm seus membros indicados pelos Executivos nacionais,²¹ situação que não foi modificada com a criação do Setor de Assessoria Técnica dentro da estrutura institucional do Mercosul.²²

Essa condição deriva do próprio conceito de intergovernabilidade, que deve ser lido na ótica de um entendimento entre governos. Não existem, em organismos intergovernamentais, instituições comuns com poderes acima dos Estados, pois não é contemplado o interesse comunitário na tomada das decisões e na própria condução das políticas integracionistas. Ademais, quando há um denominador comum, é mínimo.²³ Em suma, no modelo intergovernamental o bloco obedece às regras clássicas de direito internacional público e privado.²⁴

Se é verdade que o Mercosul é intergovernamental, cabe refletir sobre as técnicas jurídico-institucionais empregadas em processo integracionistas semelhantes ou correlatos.

No caso da UE, embora seja muitas vezes apontada com uma organização supranacional, em verdade as suas instituições apresentam um misto de intergovernabilidade e supranacionalidade. Com efeito, “a Comissão, o Parlamento Europeu e o Tribunal Europeu de Justiça, o Conselho Europeu, o Conselho de Ministros, e a CPE²⁵ representam instituições supranacionais e

basta comparar o Mercosul não à União Européia, mas às organizações internacionais clássicas, nas quais encontrar-se-ão tanto poderes autônomos como possibilidades de sanção devida à violação dos tratados, o que inexistente no Mercosul”. Cf. Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 103-4.

²⁰ POP, artigo 37. Assim, “na via optada pelo bloco basta tão-somente que um país discorde da opinião dos demais para que uma medida não seja adotada”. Cf. Augusto Jaeger Junior, *Liberdade de concorrência: na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. p. 572.

²¹ Deisy Ventura, *A ordem jurídica comunitária no Mercosul: possibilidades de constituição e eficácia*. Dissertação (Mestrado em Integração Latino Americana). Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, 1996. p. 48.

²² Houve a contratação, após realização de concurso público de provas e títulos, de dois especialistas em direito internacional e de dois especialistas em economia internacional no ano de 2003. Na ocasião, foram designados para a primeira linha de especialidade Alejandro Perotti (Argentina) e Deisy Ventura (Brasil). Já para a segunda, foram nomeados Oscar Stark Robledo (Paraguai) e Marcel Vaillant Alcade (Uruguai). A designação dos consultores foi feita através da Decisão nº 13/03 do CMC. “O processo de seleção realizou-se com a máxima imparcialidade, observando-se as regras aprovadas, com avaliações escritas anônimas e entrevistas – com cada candidato em particular e individualmente – referentes aos temas científicos compreendidos no programa”. Cf. Adriana Dreyzin de Klor e Diego P. Fernández Arroyo, op. cit. Tradução livre.

²³ Marcelo Passini Mariano, *A estrutura institucional do Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 37.

²⁴ Ricardo Seitenfus, *Relações internacionais*. Barueri: Manole, 2004. p. 212.

²⁵ Comitê de Política Européia.

intergovernamentais”,²⁶ de maneira que “as instituições comunitárias (Parlamento, Comissão, Tribunal Europeu de Justiça) põem em evidência o caráter supranacional da União”.²⁷ O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), nesses termos, é o terceiro grande órgão comunitário. Ausente a hierarquia entre a jurisdição interna e a supranacional,²⁸ há, no entanto, uma separação de competências e atribuições: aquelas que foram delegadas à Comunidade pelos Estados passam a ser de responsabilidade do TJCE, inclusive na esfera judicial.

Certo é que a supranacionalidade é um conceito que nasce, como instituto jurídico, com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), cujo traço característico foi o fato de os Estados-membros²⁹ delegarem a gestão do setor econômico respectivo a uma original comunidade. As características que a partir desse momento foram adotadas pela CECA fizeram dela uma entidade supranacional, com jurisdição, gestão e principiologia diferenciadas das ordens nacionais.³⁰

Definir a supranacionalidade, inclusive, não é uma tarefa fácil, uma vez que se trata de um termo polissêmico na doutrina especializada.³¹ De maneira geral, pode-se afirmar que não há um conceito unívoco de supranacionalidade, mas algumas premissas a ela inerentes podem ser apontadas.

A diferença básica entre organizações intergovernamentais e supranacionais é a detecção do interesse predominante. Assim,

[nas organizações intergovernamentais] trata-se de fóruns destinados a cotejar interesses individuais e, se for o caso, harmonizá-los. São marcadamente espaços de negociação, cujas decisões, em existindo, serão aplicadas *por iniciativa* dos Estados-membros. Entidades supranacionais pressupõem a negociação em outro nível, para definir o interesse coletivo, através de processo

²⁶ Frank R. Pfetsch, *A União Europeia: história, instituições, processos*. Brasília: UnB, 2001. p.119-20. No mesmo sentido, ver parecer de Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 101-2.

²⁷ Frank R. Pfetsch, op. cit., p. 120.

²⁸ João Mota de Campos, *Direito comunitário: o direito institucional*. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. v. I. p. 319.

²⁹ Alemanha, Bélgica, Itália, Luxemburgo e Holanda. Cumpre observar, ademais, que “o Tratado de Fusão das Comunidades ab-rogou o artigo 9º do Tratado da CECA, desaparecendo, assim, o termo *supranacionalidade* do Direito dos Tratados das Comunidades Europeias”, mas, não obstante esse fato, “o Tratado de Fusão e o Tratado de Maastricht proclamam implicitamente o caráter supranacional das estruturas comunitárias, ao dizerem a mesma coisa sem empregar o termo”. Cf. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, op. cit., p. 163-4.

³⁰ Deisy Ventura, *A ordem...* op. cit., p. 15-8.

³¹ Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, op. cit., p. 162.

decisório próprio, a serviço do qual elas colocarão em funcionamento uma estrutura independente.³² (Grifos no original)

De regra, diz-se que um organismo é de natureza supranacional quando há um poder que se coloca acima dos Estados, decorrente da transferência de parte de funções que lhes são próprias. A entidade supranacional passa a exercer tais poderes de acordo com o interesse comunitário e não mais em consonância com o interesse individual dos Estados.³³ Nesse sentido, os traços essenciais da supranacionalidade terminam por ser: i) a existência de interesses comuns entre os países que criaram a instituição comunitária; ii) a colocação de poderes reais ao alcance dessa instituição e iii) a autonomia dos referidos poderes.

Essa situação fica bastante clara em alguns dos estágios da integração como, por exemplo, no caso da União Econômica e Monetária (UEM), quando os Estados perderam o poder de gestão sobre determinadas políticas, especialmente a emissão de moeda e o planejamento nacional.³⁴ A hipótese da União Política (UP) é ainda mais sintomática: a evolução do processo integracionista rumo a uma confederação ou federação de Estados, com a constituição de Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos moldes de uma organização estatal interna, provocaria, por conseqüência, o inevitável desaparecimento das fronteiras e dos países partícipes do bloco.³⁵

Além disso, é fácil encontrar escritos que relacionam a intergovernabilidade ou a supranacionalidade de uma organização com a maior ou menor conservação da soberania estatal³⁶ e, conseqüentemente, com a impossibilidade ou não de criação de um tribunal supranacional para o Mercosul. Assim,

³² Deisy Ventura, *A ordem...* op. cit., p. 19.

³³ Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, op. cit., p. 164.

³⁴ Ricardo Seitenfus, *Relações...* op. cit., p. 207. Note-se que um dos elementos da organização burocrática do Estado Moderno é o monopólio do sistema monetário e fiscal (Cf. Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 29). Com o aprofundamento de um processo de integração econômica, este elemento, que demonstra a realidade do poder material do Estado, tende a desaparecer.

³⁵ Ricardo Seitenfus, *Relações...* op. cit., p. 207.

³⁶ Sobre a relação entre "Estado e soberania" e "Comunidade e soberania", J. J. Gomes Canotilho afirma que "a soberania do Estado, queira-se ou não, garante alguma *ordem* e *paz* no plano interno, a ordem e a paz indispensáveis à aplicação e observância das regras do Estado de direito. Daqui não se segue a indispensabilidade da forma de Estado e da sua soberania para se estruturar uma *comunidade de direito*. A edificação da União Européia está a demonstrar a possibilidade de uma comunidade de direito que não é Estado e nem assenta nos princípios clássicos organizatórios do Estado". Cf. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 77.

Se um Estado defende a intergovernamentalidade é porque sustenta a soberania clássica. Ao contrário, se um Estado defende a supranacionalidade, está, em decorrência, aderindo à noção de soberania compartilhada. [...]. A posição que defende a supranacionalidade, mais numerosa, salienta a importância da presença de um Tribunal de Justiça supranacional para o Mercosul. As que defendem a intergovernamentalidade no Mercosul, entendem que, para a fase atual de União Aduaneira, essa é a melhor opção.³⁷

Cabe perguntar, nesses casos, de que soberania se está tratando. Isso porque, embora o conceito inicial da soberania seja de perpetuidade e absolutismo, o curso da história trata de modificar esta primeira acepção, limitando o exercício do poder soberano tanto no plano interno como externo.³⁸ A soberania, como resultado desse processo, somente será bem compreendida se o for também historicamente.³⁹

Nesse contexto, soa contraditória a afirmação corriqueira de que há uma “resistência cultural dos países latino-americanos a qualquer cessão da menor parcela de sua soberania”,⁴⁰ em virtude da fragilidade soberana desses Estados. Em outras palavras, nem sempre estes países são tão zelosos de sua soberania, o que leva a crer que o discurso de sua manutenção é, no mais das vezes, político, e obedece a critérios pontuais.⁴¹ No entanto, a questão da manutenção da soberania como fator impeditivo a um aprofundamento integracionista, leva em conta,

³⁷ Adriane Cláudia Melo Lorentz, op. cit., p. 16.

³⁸ Sobre a progressiva relativização do conceito de soberania ao longo da história, ver a elucidativa obra de Luigi Ferrajoli, *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁹ Oportuna, aqui, a metáfora de Zygmunt Bauman acerca da fluidez como o estágio presente da era moderna. Para esse autor, o derretimento dos sólidos, o tornar líquido o que antes era concreto (incluindo, portanto, os conceitos rígidos), é um traço permanente da modernidade, uma vez que “os líquidos, diferentemente dos sólidos [...] não se atêm a qualquer forma [...]. Para eles o que conta é o tempo mais que o espaço que lhes toca ocupar”. A importância do tempo para a liquidez é o que dá a ela a dimensão histórica. O tempo adquire historicidade. Assim, “em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa [...]. Descrições de líquidos são fatos instantâneos, que precisam ser datados”. Nesse sentido, analogicamente, o conceito dogmático de soberania é sólido. O tempo não o transforma, ele já nasce pronto e acabado. Já o conceito histórico é líquido, é fluido, molda-se com o tempo e admite historicidade. A reformulação não decreta o seu fim, mas apenas a sua transformação. Cf. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Plínio Dentzien, 2001. p. 8 a 16.

⁴⁰ Prefácio de Luiz Olavo Baptista à obra de Elizabeth Accioly, *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos: contributo para o sistema permanente de solução de controvérsias do Mercosul*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 11.

⁴¹ Veja-se, por exemplo, a atual polêmica sobre a nacionalização das reservas e controle do setor de petróleo e gás natural na Bolívia. O Brasil reconheceu a soberania boliviana para tratar da questão, independente dos compromissos assumidos anteriormente por este país, e apesar da forte pressão contrária da opinião pública brasileira. Informações em: Folha de S. Paulo on-line. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>.

predominantemente, uma “vontade de soberania”⁴² para que estes países possam fazer frente a possíveis ingerências externas de cunho ilegal.⁴³ Dito em outros termos, assim como o princípio da igualdade jurídica protege os Estados em posição de inferioridade e fraqueza, a adoção dessa “vontade de soberania” parece ter o poder de fazer o mesmo.

Acrescente-se, ademais, que independente de uma posição favorável ou não à judicialização do sistema de solução de controvérsias mercosulino, o certo é que, caso isso ocorra, as Constituições brasileira e uruguaia precisariam passar por reformas, pois, ao contrário do Paraguai e da Argentina, não autorizam a participação do Estado numa ordem jurídica supranacional.⁴⁴

Ressalte-se, apesar disso, que a natureza obrigatória dos laudos arbitrais emitidos de acordo com o sistema de solução de controvérsias mercosulino, tanto pelas regras de Brasília como de Olivos, dão lugar ao que a doutrina chama de germe de supranacionalidade,⁴⁵ já que a decisão deve ser cumprida independente da vontade dos Estados.

Não obstante, o fato é que atualmente as controvérsias surgidas no seio do Mercosul devem ser resolvidas de acordo com a sistemática adotada pelo PO, ainda que “provisoriamente”.

⁴² Analogia ao pensamento de Konrad Hesse que, ao defender a força normativa da constituição, discorre sobre a necessidade de desenvolvimento de uma “vontade de constituição”. Cf. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

⁴³ Sobre a doutrina da não-intervenção e a realidade da intervenção, ver Deisy Ventura e Ricardo Seitenfus, *Introdução...* op. cit., p. 152-8.

⁴⁴ Sobre o assunto, consultar: Alejandro Daniel Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*: estudo sobre los Estados de Mercosur. Konrad Adenauer: Montevideo, 2004. t. I e II.

⁴⁵ Luiz Otávio Pimentel e Adriana Dreyzin de Klor, O sistema...op. cit., p. 160. No entanto, na mesma obra, em outra passagem, os autores sustentam o contrário: “O fato de que existam tribunais arbitrais, inclusive um tribunal permanente, não conduz a reconhecer a existência de supranacionalidade. A conformação de tribunais arbitrais é totalmente conforme com o desenvolvimento do direito internacional público e não, por isso, pode sustentar-se que se trate de órgãos supranacionais. Quanto ao caráter obrigatório dos laudos, dita qualidade responde a um compromisso de jurisdição obrigatória entre os Estados-partes do Mercosul. Por outro lado, ainda que não tivesse jurisdição obrigatória, na medida que as partes decidem levar sua controvérsia ante um tribunal arbitral, comprometem-se a aceitar seu resultado” (Ibid., p. 224). Nas palavras de André Fernando dos Reis Trindade, para quem o sistema arbitral estatuído pelo PB já representava um viés supranacional ao bloco, é fácil observar que o sistema de solução de controvérsias instituído pelo Protocolo de Brasília, de certo modo, aceita o caráter de supranacionalidade da sentença arbitral”. Cf. *Tribunais do Mercosul. Justiça do Direito*. Passo Fundo: UPF, n. 15, v. II, 2001. p. 390. Para Carlos Henrique Tranjan Bechara e Ronaldo Redenschi, esse raciocínio vale para os sistemas de solução de controvérsias em geral, uma vez que “a adoção de sistemas de solução pacífica de controvérsias é um dos reflexos diretos dessa renúncia de parcela de competências que compõem o atual conceito de soberania”. Cf. *A solução de controvérsias no Mercosul e na OMC: o litígio Brasil X Argentina no Mercosul – o caso Embraer na OMC – Brasil X Canadá*. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 17.

Apesar das modificações que esse instrumento trouxe em relação ao PB, as limitações do modelo de solução de controvérsias do Mercosul permanecem inúmeras, são conhecidas e bastante discutidas na doutrina, merecendo destaque: a sua transitoriedade; o seu caráter não judicial; a sua não obrigatoriedade;⁴⁶ a sua regra geral de confidencialidade; o efeito *inter partes* da sentença arbitral, que impede ou ao menos dificulta a aplicação uniforme do direito do Mercosul; o acesso limitado dos particulares e a dependência da boa-fé dos Estados para que o laudo arbitral seja cumprido.⁴⁷

Entre as inovações trazidas pelo PO está a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), a instância jurisdicional suprema em matéria de solução de controvérsias e interpretação da normativa mercosulina. O artigo 38 de Olivos determina que a sede do TPR é em Assunção, conforme antiga reivindicação paraguaia, mas também assevera que “por razões fundamentadas, o Tribunal poderá reunir-se, excepcionalmente, em outras cidades do Mercosul”.

A criação do TPR é a inovação apontada pela doutrina como o aspecto realmente positivo de Olivos, em virtude da real possibilidade de que este contribua para criação de uma jurisprudência uniforme e de viés eminentemente comunitário para o Mercosul.⁴⁸ Apesar disso, há quem teça críticas à criação de uma instância

⁴⁶ Em princípio, a jurisdição estabelecida pelo PO é obrigatória, sem necessidade de acordo especial. No entanto, o artigo 1º do mesmo dispõe que “as controvérsias compreendidas no âmbito de aplicação do presente Protocolo que possam também ser submetidas ao sistema de solução de controvérsias da OMC ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte individualmente os Estados Partes do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante”. Sobre esse assunto, ver ponto 2.1.1. desta dissertação.

⁴⁷ Embora seja comum falar-se em ineficácia, ou mais precisamente, em propensão de ineficácia dos laudos arbitrais proferidos no âmbito do Mercosul, a análise empírica do seu cumprimento desmente tal assertiva, demonstrando que os Estados geralmente acatam a decisão arbitral. Sobre isso, ver ponto 2.1.2.

⁴⁸ Ver, por exemplo, Susana Czar de Zalduendo, *El Protocolo de Olivos y la interpretación uniforme de la normativa mercosur*. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 220; Elizabeth Accioly, *O atual mecanismo de solução de controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Olivos*. In: Wagner Menezes (Org.). *O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek*. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 370 e ss; Id. *Sistema...op. cit.*, p. 47; Henrique Choer Moraes, *O novo sistema jurisdicional do Mercosul – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos*. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 39, abr./jun. 2002. p. 71; Eduardo Biacchi Gomes, *Protocolo de Olivos: alterações no sistema de soluções de controvérsias do Mercosul e perspectivas*. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 42, jan./mar. 2003. p. 85; Id., *Blocos...op. cit.*, p. 194; Ramón Díaz Pereira, *Protocolo de Olivos: algunas reflexiones sobre los institutos que deben ser objeto de reglamentación específica*. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 184; Deisy Ventura, *As assimetrias...op. cit.*, p. 309-10; Welber Barral, *As inovações...op. cit.*, p. 241; Adriana Dreyzin de Klor, *Mercosul: los laudos arbitrales – una visión prospectiva*. In: *DeCITA – Derecho de comercio internacional: solución de controvérsias*. Adriana Dreyzin de Klor e Diego P. Fernández Arroyo (Dir.). Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 95; e

de revisão no bloco, porque tal fórmula não se coaduna com o instituto da arbitragem.⁴⁹ Ademais, eventual recurso ao TPR pode incentivar a “procrastinação do cumprimento decisório, com base no caráter imprevisível da possibilidade recursal, beneficiando, em última instância, o Estado infrator”.⁵⁰

À margem desta polêmica, o TPR não somente instalou-se como emitiu o seu primeiro laudo, merecendo da doutrina um tratamento volumoso, mas superficial e partidário.

A história da instituição explica em grande parte tais deficiências. Com efeito, o PO vige desde 1º de janeiro de 2004. A composição arbitral do TPR foi definida em julho do mesmo ano através da Decisão nº 26/2004. A sua inauguração ocorreu apenas em 13 de agosto de 2004. De acordo com o artigo 51, 1 do PO, o Tribunal deveria ter adotado as suas regras de procedimento dentro de trintas dias a partir da sua constituição, com posterior aprovação pelo CMC.⁵¹ Não obstante, as referidas regras somente foram aprovadas no dia 08 de dezembro de 2005, através da Decisão nº 30/2005. Finalmente, o primeiro e único laudo arbitral emitido pelo TPR data de 20 de dezembro de 2005, somado ao laudo que respondeu ao recurso de esclarecimento interposto pela Argentina, de 13 de janeiro de 2006. Esses fatores, se não impossibilitam, ao menos dificultam a análise empírica do Tribunal em questão.

Num primeiro momento, pode-se questionar até mesmo a denominação escolhida para o TPR. É certo que um sistema arbitral pode contar com um tribunal, que terá, evidentemente, essa natureza. No direito brasileiro, particularmente, tribunal é somente o órgão julgante coletivo, isto é, “o grupo ou colégio de juízes a que se compete jurisdição para administrar a justiça em determinado território,”⁵² diferenciando-se dos órgãos judiciários singulares, compostos por um único juiz. No âmbito do direito internacional público, “os tribunais

Carlos Alberto González Garabelli, *Procesos de integración: Mercosur – solución de controversias*. Assunção: Konrad Adenauer, 2004. p. 223.

⁴⁹ Elizabeth Accioly, O atual..., op. cit., p. 370 e ss; e Id., *Sistema...op. cit.*, p. 53.

⁵⁰ Ibid. No mesmo sentido, quando da reformulação do sistema de solução de controvérsias, “alguns países sustentaram que o sistema arbitral caracteriza-se pelo caráter definitivo e inapelável dos laudos”. Cf. Maria Cristina Boldorini, Protocolo de Olivos: innovaciones en el sistema de solución de controversias del Mercosur. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controversias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 133. Tradução livre.

⁵¹ Segue a redação do artigo 51, 1 do PO: “O Tribunal Permanente de Revisão adotará suas próprias regras de procedimento no prazo de trinta (30) dias, contado a partir de sua constituição, as quais deverão ser aprovadas pelo Conselho do Mercado Comum”.

⁵² De Plácido e Silva, op. cit., p. 833.

arbitrais dizem-se mais propriamente de Tribunais de Arbitragem, destinados a solver as controvérsias por meio pacífico [...] formado de membros escolhidos pelos próprios Estados”.⁵³ No entanto, em sistemas arbitrais não é normal contar-se com uma segunda instância.

Todavia, não se pode confundir um órgão permanente com disponibilidade permanente dos seus membros.⁵⁴ Afora isso, e como se verá mais adiante, o TPR, embora seja reputado “de revisão”, pode atuar em única instância.⁵⁵

Qual seria, então, a funcionalidade do TPR? Em verdade, considerando todas as dificuldades já mencionadas, qual seria a sua pretensão de funcionalidade?⁵⁶

Mas, antes mesmo de enfrentar tais questionamentos, cabe indagar: o que é funcionalidade? A palavra funcionalidade está ligada à função, que pode significar, entre outros sentidos, o papel a ser desempenhado por uma pessoa ou instituição. Desse modo, algo é tido como funcional quando atende a uma função ou a um fim prático.⁵⁷ No caso do TPR, a função ou o fim prático a ser atingido é a resolução a contento das controvérsias a ele submetidas, surgidas entre os Estados-membros do Mercosul sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do TA, do POP, dos protocolos e acordos celebrados no marco do TA, das Decisões do CMC, das Resoluções do Grupo Mercado Comum (GMC) e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM),⁵⁸ ou seja, do seu direito originário e derivado.⁵⁹

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Dispõe o artigo 19 do PO que “os integrantes do Tribunal Permanente de Revisão, uma vez que aceitem sua designação, deverão estar disponíveis permanentemente para atuar quando convocados”.

⁵⁵ Segue a redação do artigo 23 do PO: “1. As partes na controvérsia, culminado o procedimento estabelecido nos artigos 4 e 5 deste Protocolo, 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*, aplicando-se, no que corresponda, os Artigos 9, 12, 13, 14, 15 e 16 do presente Protocolo. 2. Nessas condições, os laudos do Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recursos de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada”.

⁵⁶ Analogia ao pensamento de Konrad Hesse, que fala de uma “pretensão de eficácia” constitucional. Cf. op. cit.

⁵⁷ Antonio Houaiss e Mauro Salles Villar, op. cit., p. 211-2.

⁵⁸ PO, artigo 1, 1.

⁵⁹ O direito originário do Mercosul constitui-se dos atos jurídicos produzidos pelos próprios Estados-membros, ou seja, são o TA, os protocolos e acordos celebrados no seu marco, o POP e o PO. O direito derivado, por sua vez, é o que decorre das instituições mercosulinas (CMC, GMC e CCM).

Quando se trata da função das organizações internacionais, especificamente, é necessário diferenciar função de competência. Conquanto sejam conceitos interligados, não têm o mesmo significado. Assim, enquanto a função está relacionada às finalidades das atividades das organizações, as competências são os poderes jurídicos a elas reconhecidos, cuja escolha é determinada por sua adaptação às funções prioritárias de cada uma delas.⁶⁰ Por esse motivo, cabe aqui invocar a teoria das competências implícitas: mesmo que determinados poderes não estejam enunciados expressamente entre as competências do TPR, são, por vezes, uma consequência necessária para o pleno exercício das suas funções.⁶¹ Em outras palavras, na consideração da funcionalidade do TPR, devem ser observados os objetivos dos Estados-membros do Mercosul quando da sua criação,⁶² pois a sua função está relacionada ao exercício das competências enumeradas no PO, mas também de outras, não expressas, todavia imprescindíveis para a realização da integração.⁶³

Há que se destacar, ainda, e como já discutido alhures, que o Mercosul não tem natureza supranacional, mesmo se tratando de um processo integracionista. No entanto, nem por isso a natureza do TPR deve ser obrigatoriamente a mesma, uma vez que o que determina a supranacionalidade ou a intergovernabilidade de determinado organismo são os interesses predominantes. Tanto isso é verdade que, como já visto, na UE há a convivência harmônica entre órgãos supranacionais e intergovernamentais. Ainda, a doutrina entende que a obrigatoriedade dos laudos arbitrais tem o condão de gerar rasgos de supranacionalidade no Mercosul.⁶⁴ No caso do TPR, o que deve ser questionado é: que interesses protege? Se a resposta for o interesse dos Estados, estar-se-á diante de um órgão intergovernamental. Se não for essa resposta, estar-se-á diante de um órgão supranacional, ou ao menos com certo grau de supranacionalidade.

⁶⁰ Patrick Dailler e Alain Pellet, *Droit international public*. 7. ed. Paris: L.G.D.J. 2002. p. 605-6.

⁶¹ Ricardo Seitenfus, *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 65.

⁶² Patrick Dailler e Alain Pellet, op., cit., p. 593.

⁶³ Ibid., p. 593-4. Relembre-se que a integração, processo eminentemente dinâmico, não é só o resultado final, mas o ato de unir-se, o caminho a percorrer. Cf. Hans Kelsen, *O Estado como integração: um confronto de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 61. Na passagem da obra o autor refuta o termo integração e as formulações que a ele deu Smend, mas a leitura da mesma permite invocar a analogia.

⁶⁴ Vide nota de rodapé 45. No mesmo sentido, ler Augusto Jaeger Junior, op. cit., p. 574.

Por outro lado, o próprio PO define o sistema de solução de controvérsias mercosulino, incluindo o TPR, como arbitral e não judicial. Apesar disso, há quem afirme que o Tribunal detém competências e prerrogativas que extrapolam as atividades normalmente atribuídas a um tribunal arbitral.⁶⁵ A análise da sua pretensão de funcionalidade objetiva elucidar essas questões.

Para a realização da presente pesquisa, optou-se – além do exame descritivo do PO e do seu Regulamento, das decisões do CMC relativas ao TPR e do seu primeiro laudo arbitral – por proceder a uma comparação do Tribunal de Olivos com dois órgãos judicantes que têm se mostrado efetivos, de acordo com a natureza das respectivas organizações internacionais cujos conflitos lhes incumbe resolver: o Órgão de Apelação (OAp) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e o TJCE.

Com efeito, o OAp, com sede em Genebra, foi um dos resultados da reforma do sistema de solução de controvérsias do Acordo Geral sobre Tarifas (GATT),⁶⁶ durante a Rodada Uruguai (1986/1994). É o segundo grau de jurisdição da OMC, criado pelo Entendimento sobre a Solução de Controvérsias (ESC),⁶⁷ que consta no anexo 2 do Acordo sobre a OMC, responsável por analisar os recursos dos relatórios emanados pelos Grupos Especiais.⁶⁸

⁶⁵ Alejandro Daniel Perotti, *A natureza jurídica do Tribunal de Assunção: limites e perspectivas do sistema de Olivos*. Auditório da Cooperativa dos Estudantes de Santa Maria (CESMA). CESMA. 24 mar. 2006. 15 anos do Mercosul: os custos sistêmicos dos conflitos regionais.

⁶⁶ “A Conferência de Havana (11/1947-1/1948) não conseguiu fundar, como havia previsto, a Organização Internacional de Comércio (OIC). Contudo, redige um *Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement of Tariffs and Trade – GATT)*, subscrito por 23 países. Originalmente, o GATT não foi concebido para ser uma organização especializada das Nações Unidas. [...] a Rodada Uruguai pôde ser encerrada com o Acordo do Marrakesh em 1994. A partir daquele momento, o acordo do GATT foi incorporado à nova Organização Mundial de Comércio (OMC), que se tornou uma instituição especializada e autônoma das Nações Unidas”. Cf. Deisy Ventura e Ricardo Seitenfus, *Introdução...* op. cit., p. 168 e 170.

⁶⁷ Ressalte-se que o ESC está sendo objeto de negociações para reformas. Vários aspectos vêm sendo questionados, no intuito de serem melhorados, inclusive o procedimento perante o OAp. A reforma, que deveria ter sido finalizada em maio de 2003 e, posteriormente, em maio de 2004, até o presente não foi concluída. Cf. Welber Barral, *A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC*. In: *DeCITA – Derecho de comercio internacional: solución de controvérsias*. Adriana Dreyzin de Klor e Diego P. Fernández Arroyo (Dir.). Buenos Aires: Zavalia, 2004. p.145. Informações igualmente disponíveis em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 22 mai. 2006.

⁶⁸ De fato, o OAp recebe recursos sobre questões de direito e sobre as interpretações jurídicas dos Grupos Especiais, que constituem a primeira instância da OMC (em inglês, *panels*). A doutrina brasileira por vezes usa a palavra Painéis, em português, ao invés de Grupos Especiais (assim, por exemplo, Welber Barral, *Solução de controvérsias na OMC. Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004; e Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, *O sistema de solução de controvérsias na OMC. Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 44. p. 7-39. jul./set. 2003). Os Grupos Especiais são adotados pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) e compostos normalmente por três indivíduos. Excepcionalmente, se as partes da controvérsia assim convergirem, por cinco (ESC, artigo 8, 5). Os

O TJCE, por sua vez, localizado em Luxemburgo, é um verdadeiro tribunal independente. Responsável por garantir a observância da legislação comunitária, foi criado como instância jurisdicional no âmbito da CECA, em 1952. Passou a ocupar o lugar de Tribunal de Justiça das três Comunidades em 1957, por força do Tratado de Roma, e é o segundo grau de jurisdição da UE, embora para análise de determinadas matérias tenha competência originária.

A escolha desses dois institutos deriva, principalmente, da funcionalidade comprovada dos mesmos pelos resultados práticos que apresentam. Especificamente no caso do OAp, a opção também decorre do fato de muitos autores apontarem que o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul, desde Brasília até Olivos, foi influenciado pelo sistema instituído no âmbito da OMC.⁶⁹ Mais que isso, é bastante comum encontrar na doutrina referências e comparações não somente entre ambos os mecanismos, como também entre o próprio TPR e o OAp, seja para demonstrar a similitude ou a diferença entre eles.⁷⁰

Há que se ressaltar, ainda, que embora os objetivos da OMC e do Mercosul sejam diferentes – enquanto o primeiro objetiva a liberalização comercial mundial, o segundo é um processo regional eminentemente integracionista do Cone Sul⁷¹ – ambos são organizações de caráter intergovernamental, o que os aproxima

membros que compõem os Grupos Especiais são selecionados especificamente para cada caso, observada a sua independência (ESC, artigo 8, 2). Em regra, não podem participar dos Grupos Especiais nacionais dos Estados envolvidos na controvérsia, mas as partes podem dispor diferentemente (ESC, artigo 8, 3). Ao contrário do que ocorre com o OAp, os membros dos Grupos Especiais podem ser funcionários governamentais (ESC, artigo 8, 1). Finalmente, em conflitos “envolvendo de um lado um país em desenvolvimento e de outro um país desenvolvido, mediante requerimento do primeiro, ao menos um dos painelistas deverá ser nacional também de um país em desenvolvimento (ESC, artigo 8, 10).” *Ibid.*, p. 21.

⁶⁹ Luiz Olavo Baptista, *Análise da funcionalidade do sistema de solução de disputas do Mercosul*. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 104.

⁷⁰ Ver: Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 309; Henrique Choer Moraes, op. cit., p. 61; Elizabeth Accioly, *Sistema...* op. cit., p. 49 e 181-2; Liliam Chagas de Moura, A consolidação da arbitragem no Mercosul: o sistema de solução de controvérsias após oito laudos arbitrais. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 98; e Welber Barral, *As inovações...* op. cit., p. 239 e 245. Há quem afirme que o TPR teve inspiração não somente no OAp, mas também no Benelux. Assim, por exemplo, é o parecer de Jorge Fontoura: “sem utilizar o modelo comunitário-europeu, ou a sua mimese andina, mantendo o Mercosul ágil, flexível e minimamente institucional, buscou-se conjugar a idéia de um tribunal arbitral permanente, como no Benelux, com o modelo que prevê o órgão de apelação do sistema de solução de controvérsias da OMC, colegiado, revisional e compulsório”. Cf. Uma perspectiva do Protocolo de Brasília à luz das inovações contidas no Protocolo de Olivos. In: Wagner Menezes (Org.) *Direito internacional e o direito brasileiro*: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 356. No mesmo sentido, ver A evolução... op. cit., p. 275.

⁷¹ Sobre a relação entre liberalização comercial e processo de integração, “parece lógico que a liberalização comercial, mais precisamente o desmantelamento tarifário e não-tarifário, faça parte

um do outro e, ao mesmo tempo, os afasta do TJCE. Some-se a isso o fato dos Estados-membros do Mercosul fazerem parte da OMC e do estabelecimento da cláusula de eleição de foro no artigo 1, 2 do PO.⁷²

Já no que tange ao TJCE, o fato de ser um órgão judicial de natureza supranacional, cuja principal competência, ao lado do Tribunal de Primeira Instância (TPI),⁷³ é garantir a correta interpretação e aplicação do direito originário e derivado⁷⁴ da UE, e cujo modelo integracionista o Mercosul segue os passos, fez com que a sua inclusão na pesquisa fosse imprescindível. Considere-se, não obstante, a “freqüente confusão que consiste em considerar o Mercosul como um projeto de integração similar ao da União” que “decorre precisamente do fato de que a Europa tem um modelo a propor”.⁷⁵

Doutrinariamente, a natureza jurídica conferida ao TJCE é de um Tribunal de Justiça supranacional, independente e permanente.⁷⁶ Quanto ao OAp, diz-se que é um órgão quase judicial, com alguns resquícios arbitrais em que são privilegiadas as soluções consensuais.⁷⁷

No intuito de descobrir a pretensão de funcionalidade do TPR, opta-se, nessa pesquisa, pela utilização do método de abordagem dialético, para, através da explicitação de elementos contrapostos, chegar-se a uma conclusão. Já no que se refere aos métodos de procedimento, empregam-se o histórico, o comparativo e o

da construção de um mercado comum. Mas os objetivos da integração são, na verdade, bem mais profundos, pois dizem respeito, entre outras coisas, à cidadania ou à supressão de fronteiras”. Cf. Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 296.

⁷² Sobre o assunto verificar ponto 2.1.1. desta dissertação.

⁷³ Com efeito, em função do excesso de tarefas do TJCE, foi criado, em 1989, o Tribunal de Primeira Instância (TPI), competente para se pronunciar em certos tipos de processos, principalmente em ações ajuizadas por empresas ou pessoas físicas contra instituições comunitárias e litígios entre estas e seus funcionários.

⁷⁴ Constituem o direito originário comunitário os atos jurídicos produzidos pelos próprios Estados-membros, ou seja, os tratados constitutivos, seus respectivos protocolos e os tratados de alteração desses. Já o direito derivado da UE é o decorrente das instituições comunitárias com competência legislativa (Cf. João Mota de Campos, *Direito comunitário: o direito...* op. cit. p. 319). A propósito, as instituições comunitárias são o Parlamento Europeu, o Conselho da União Européia, a Comissão Européia, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas. Estas instituições são coadjuvadas por cinco outros órgãos importantes, a saber: o Comitê Econômico e Social Europeu, o Comitê das Regiões, o Banco Central Europeu, o Banco Europeu de Investimento e o Procurador Europeu. Fonte: <<http://europa.eu.int>>. Acesso em: 22 fev. 2006.

⁷⁵ Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 545.

⁷⁶ João Mota de Campos, *Direito comunitário: o direito...* op. cit. p. 324.

⁷⁷ Welber Barral, Organização Mundial do Comércio (OMC). In: Welber Barral (Org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de soluções de controvérsias*. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 33; Id. Solução...op. cit., p. 15; Jorge Fontoura, A imanência jurídica da OMC. In: Luiz Otávio Pimentel (Org.). *Direito da integração: estudos em homenagem a Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2001. v. II. p. 12-3; Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 16; Elizabeth Accioly, Sistema...op. cit., p. 172-3; Eduardo Biacchi Gomes, *Blocos...* op. cit., p. 205; e Carlos Henrique Tranjan Bechara e Ronaldo Redenschi, op. cit., p. 73-4.

monográfico. As fontes utilizadas para a pesquisa são doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais.

A dissertação é desenvolvida em dois capítulos, cada qual dividido em duas partes que, por sua vez, subdividem-se em outras duas. No capítulo inicial, são analisados, num primeiro momento, os aspectos subjetivos dos órgãos judicantes envolvidos no estudo, quais sejam, a composição e a formação dos pólos passivo e ativo da relação processual. Posteriormente, estuda-se a sua competência a partir das atribuições do TPR.

Superada esta etapa, o segundo capítulo trata da possibilidade de ser estabelecida uma jurisprudência uniforme no Mercosul. Por tal motivo, a primeira parte desse capítulo aborda as particularidades da jurisdição e das decisões, enquanto a segunda tem por escopo discorrer acerca do único caso submetido à apreciação do TPR até o momento.

Para melhor compreensão do estudo, anexam-se, ao final da dissertação: i) um quadro comparativo do OAp, do TJCE e do TPR; ii) o PO; o Regulamento do Protocolo de Olivos (RPO); iii) o Procedimento para atender aos Casos Excepcionais de Urgência (PCEU); iv) as Regras de Procedimento do TPR (RP); v) a decisão emitida pelo Tribunal *Ad Hoc* (TAH) objeto do recurso de revisão; vi) e o primeiro laudo arbitral do Tribunal de Assunção.

1. OS ASPECTOS SUBJETIVOS E A COMPETÊNCIA: ALICERCES DOS ÓRGÃOS JUDICANTES

Para que seja estudada a pretensão de funcionalidade do TPR, e antes da verificação dos resultados que é capaz de produzir – traduzidos nos laudos arbitrais e na sua capacidade de efetivar-se na prática –, é necessário verificar os alicerces em que se estrutura.

Tais alicerces são compostos pelos seus aspectos subjetivos, uma vez que todo órgão judicante é formado por pessoas, que decidem questões referentes a outras pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Por outro lado, também são constituídos pela competência que o Tribunal possui, ou seja, pela explicitação dos casos, oportunidades e condições em que o TPR deve ou pode pronunciar-se.

Somente depois de analisados tais aspectos estruturais, é que se poderá questionar acerca da qualidade das decisões proferidas, bem como proceder à verificação do conteúdo do primeiro laudo arbitral do Tribunal de Assunção.

1.1. Os julgadores e os sujeitos processuais

No intuito de verificar a pretensão de funcionalidade do TPR, é forçoso estudar os aspectos subjetivos da relação processual nele formada. Nesse contexto, é necessário saber quem são os sujeitos partícipes da tomada de decisões, responsáveis pela emissão dos laudos arbitrais, das opiniões consultivas e das

decisões nos casos das medidas excepcionais de urgência, como também identificar quem e em quais condições submete-se às disposições proferidas pelo Tribunal.

Em outras palavras, faz-se imperioso saber quem são os julgadores – composição, duração do mandato, independência e garantia dos árbitros – e quem se sujeita às decisões – partes processuais e intervenção de terceiros. Nessa primeira parte, subjetiva, a aproximação do TPR com o sistema de solução de controvérsias instituído pela OMC e o seu afastamento do TJCE será manifesto.

1.1.1. Composição: da duração do mandato às garantias dos julgadores

De acordo com o artigo 18 do PO, o TPR é composto por cinco árbitros.⁷⁸ Cada um dos Estados-membros designa um árbitro e o seu suplente, que exercerão o cargo por dois anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos. A duração dos mandatos, portanto, é inicialmente curta.

O quinto árbitro é escolhido por votação unânime dos membros a partir de uma lista feita exatamente para esse fim, em que cada um dos Estados propõe dois integrantes, nacionais dos países do Mercosul. Caso não se obtenha a unanimidade na escolha do último árbitro, a designação deve ser realizada por sorteio pela Secretaria do Mercosul (SM). Seu mandato é de três anos, não renovável, a não ser que os Estados-membros disponham de forma diferente. Além disso, caso os países mercosulinos concordem, podem ser definidos outros critérios para a designação deste último árbitro.⁷⁹

Importante salientar, ainda, que tanto a elaboração da lista para a designação do quinto árbitro, como a manifestação sobre a renovação ou a proposta de novos candidatos dos demais árbitros, devem ser feitas pelo menos três meses antes do término dos seus respectivos mandatos. Caso expire o mandato de um árbitro que esteja atuando em uma controvérsia, este deve permanecer na função até a conclusão final da questão.

⁷⁸ Alejandro Daniel Perotti prefere não chamar de árbitros os integrantes do TPR. Para ele, em função da natureza do Tribunal extrapolar a arbitral, é mais conveniente chamá-los de membros. Cf. *A natureza...op. cit.*

⁷⁹ Atualmente, compõem o TPR, de acordo com a Decisão nº 26/04 do CMC, Nicolás Eduardo Becerra da Argentina, João Grandino Rodas do Brasil, Wilfrido Fernández de Brix do Paraguai e Roberto Puceiro Ripoll do Uruguai. O quinto árbitro, José Antonio Moreno Ruffinelli do Paraguai, foi designado por unanimidade pelos Estados-membros. Informações disponíveis em: <<http://www.mre.gov.py>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

A presidência do TPR, que tem a duração de um ano, será exercida de forma rotativa e de acordo com a ordem alfabética dos Estados-membros, iniciando-se com o quinto árbitro. Caso um dos árbitros não possa exercer a presidência, quem assume o cargo é o próximo árbitro, de acordo com a ordem de rotatividade prevista.⁸⁰

As regras para que um indivíduo possa integrar o TPR, bem como as listas de árbitros dos TAHs, estão dispostas no artigo 35 do PO. Assim, exige-se que sejam juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto de controvérsias e que tenham conhecimento do conjunto normativo do Mercosul.⁸¹ Além disso, serão designados em virtude de sua objetividade, confiabilidade e bom senso, critérios bastante vagos e nitidamente subjetivos.

O OAp, por sua vez, é composto por sete membros,⁸² cujos nomes devem ser aprovados por consenso,⁸³ pelo Órgão de Solução de Controvérsias

⁸⁰ Mercosul/CMC/DEC nº 30/05 (Regras de Procedimento do TPR – RP), artigo 8. Atualmente, quem exerce a presidência do Tribunal é José Antônio Moreno Ruffinelli.

⁸¹ O PB continha disposição similar, a saber: “os árbitros que integrem as listas a que fazem referência os artigos 10 e 12 deverão ser juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto de controvérsia” (artigo 13).

⁸² Segue a composição atual do OAp: Georges Michel Abi-Saab (Egito), Luiz Olavo Baptista (Brasil), Arumugamangalam Venkatachalam Ganesan (Índia), Merit E. Janow (EUA), John Lockhart (Austrália), Giorgio Sacerdoti (Itália) e Yasuhei Taniguchi (Japão). Cf. OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 22. mai. 2006. Uma das discussões no processo de reforma do ESC envolve a possibilidade de que seja aumentado o número de integrantes do OAp, pois a maioria dos relatórios dos Grupos Especiais são objeto de apelação. Cf. Valeria S. B. Ferraz e Omar E. Odarda, La reforma del sistema de solución de disputas de la Organización Mundial del Comercio: estado actual de las negociaciones. In: *DeCITA – Derecho de comercio internacional: solución de controvérsias*. Adriana Dreyzin de Klor e Diego P. Fernández Arroyo (Dir.). Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 164-5.

⁸³ Há que se fazer uma ressalva acerca do processo decisório do OSC, que é baseado no consenso. Dessa forma, “consenso não quer dizer unanimidade. Em outras palavras, haverá consenso se nenhum membro votar contrariamente, não havendo necessidade de votos a favor. Esta observação é importante, uma vez que alguns membros, sobretudo países de menor desenvolvimento relativo, não conseguem comparecer a todas as reuniões dos órgãos da OMC”. Cf. Welber Barral, *Organização...op. cit.*, p. 47. Além disso, em determinadas decisões – formação dos Grupos Especiais, adoção das recomendações dos Grupos Especiais ou do OAp e autorização para suspender concessões –, utiliza-se a regra do consenso reverso ou negativo. Em outras palavras, “para determinadas decisões, que são extremamente importantes na solução de controvérsias, todos os membros deverão votar contra, para que a decisão não seja acolhida”. Cf. Welber Barral, *Solução...op. cit.*, p. 34. Durante a vigência do GATT de 1947, adotava-se o consenso positivo, ou seja, nenhuma parte deveria opor-se ao relatório. Como as partes na controvérsia não estavam excluídas do seu processo de adoção, o demandado podia bloquear o estabelecimento de um Grupo Especial, a adoção das recomendações e a autorização para suspender concessões. Até hoje, contudo, nunca houve o consenso reverso. Cf. OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

(OSC),⁸⁴ sendo que apenas três atuam em cada caso.⁸⁵ O mandato é de quatro anos e pode ser renovado uma vez. A cada dois anos, não obstante, o órgão renova parcialmente a sua composição.⁸⁶ O Presidente do OAp é eleito entre os seus membros por um período de um ano, prorrogável por igual período.⁸⁷

De acordo com o artigo 7, 3, exige-se que os integrantes do OAp sejam pessoas de prestígio reconhecido, com competência técnica comprovada em direito, em comércio internacional e nos assuntos dos acordos abrangidos pela OMC. Ainda, não podem estar vinculados a nenhum governo, mas devem, em contrapartida, representar, em termos gerais, a composição da OMC. Em regra, a maior parte dos integrantes do OAp são professores universitários, advogados em exercício, ex-funcionários governamentais ou magistrados experientes. Além disso, normalmente de três a quatro membros são cidadãos de um país em desenvolvimento.⁸⁸

O TJCE é composto de um juiz para cada Estado-membro⁸⁹ da União.⁹⁰ A nomeação é feita para um mandato de seis anos de comum acordo pelos Estados. Há possibilidade de recondução. São escolhidos entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições exigidas, nos respectivos países, para o exercício das mais altas funções jurisdicionais ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência.⁹¹

⁸⁴ O OSC é um órgão político, composto por todos os membros da OMC. São, na sua maioria, representantes dos governos, pertencentes aos Ministérios de Comércio e Assuntos Exteriores de seus respectivos países, que residem em Genebra, sede da OMC. Ocupa-se da aplicação do ESC e supervisiona o procedimento de solução de controvérsias da Organização. Cf. OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

⁸⁵ ESC, artigo 17, 1.

⁸⁶ ESC, artigo 17, 2.

⁸⁷ Atualmente a presidência do OAp é exercida por Arumugamangalam Venkatachalam Ganesan, da Índia. Informações disponíveis em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 22. mai. 2006.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ No presente, o TJCE conta com vinte e cinco países, a saber: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca e Suécia. Informações disponíveis em: <http://curia.eu.int/pt/instit/presentationfr/index_c je.htm>. Acesso em: 06 fev. 2006.

⁹⁰ São juízes do TJCE: Vassilios Skouris (Presidente), Jean-Pierre Puissochet, Peter Jann, Romain Schintgen, Ninon Colneric, Stig von Bahr, Antonio Tizzano, José Narciso da Cunha Rodrigues, Christiaan Willem Anton Timmermans, Allan Rosas, Rosario Silva de Lapuerta, Koen Lenaerts, Konrad Hermann Theodor Schiemann, Jerzy Makarczyk, Pranas Kūris, Endre Juhász, George Arestis, Anthony Borg Barthet U.O.M., Marko Ilešič, Jirí Malenovský, Ján Klučka, Uno Lõhmus, Egils Levits, Aindrias Ó Caoimh, Lars Bay Larsen. Informações disponíveis em: <http://curia.eu.int/pt/instit/presentationfr/index_c je.htm>. Acesso em: 22 mai. 2006.

⁹¹ Tratado que institui a Comunidade Européia (TCE), artigos 221 e 223. Nem poderia ser diferente, uma vez que os integrantes do TJCE são juízes de direito e não árbitros.

Ressalte-se que a nomeação por consenso existente na OMC assemelha-se mais à nomeação de comum acordo da UE do que à forma de composição arbitral existente no Cone Sul. Não obstante, determina-se, tanto no TJCE como no TPR, a formação jurídica, embora aquele seja ainda mais exigente que esse, impondo aos juízes a capacidade de exercício das mais altas funções jurisdicionais ou a qualidade de juristas de reconhecida competência em seus Estados originários. Ainda, há uma aproximação entre os três modelos em análise, no que toca à exigência de que os membros do OAp tenham competência técnica comprovada em direito.⁹²

À semelhança do que ocorre na OMC e diferentemente do que acontece no Mercosul, de três em três anos é realizada a substituição parcial dos quadro de juízes do TJCE. O presidente é escolhido por seus próprios integrantes, por um período de três anos, podendo haver a reeleição.⁹³

Não encontrando nenhum parâmetro de comparação com os demais mecanismos de solução de controvérsias em estudo, os juízes do TJCE contam com a assistência de nove advogados-gerais,⁹⁴ eleitos de comum acordo pelos Estados-membros; número que pode ser aumentado caso o Tribunal solicite.⁹⁵ Os seus mandatos são de seis anos e é permitida a recondução. Há a renovação parcial a cada três anos,⁹⁶ de forma semelhante ao que ocorre com os juízes.⁹⁷

A figura do advogado-geral origina-se no sistema contencioso-administrativo francês, em que o Comissário de Governo apresenta ao Conselho de

⁹² O mesmo não se pode dizer da composição dos Grupos Especiais. Assim, “diferentemente do sistema de soluções de controvérsias da OMC, no qual atuam como ‘painelistas’ pessoas com conhecimento e experiência nas regras de comércio internacional, os árbitros do Mercosul devem ser ‘juristas’ de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto de controvérsia, qualificação que foi mantida pelo Protocolo de Olivos. Considerando o disposto no artigo 15 do Regulamento do PB, de que não poderão atuar como árbitros pessoas que não tenham a necessária independência dos Governos dos Estados-Partes, verifica-se outra diferença em relação à OMC, onde é comum a escolha de delegados de missões diplomáticas de membros da OMC para resolver controvérsias entre terceiros países, em função de seus conhecimentos específicos sobre os temas regulados nos acordos multilaterais”. Cf. Liliam Chagas de Moura, op. cit., p. 98.

⁹³ TCE, artigo 223.

⁹⁴ São advogados-gerais do TJCE: Philippe Léger, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Antonio Tizzano, Leendert A. Geelhoed, Christine Stix-Hackl, Juliane Kokott, Luís Miguel Poiares Pessoa Maduro, Eleanor Sharpston, Paolo Mengozzi. Informações disponíveis em: <http://curia.eu.int/pt/instit/presentationfr/index_c.je.htm>. Acesso em: 22 mai. 2006

⁹⁵ TCE, artigo 222.

⁹⁶ Estatuto do Tribunal de Justiça (ETJ), artigo 9.

⁹⁷ TCE, artigo 223.

Estado suas conclusões sobre o litígio em questão.⁹⁸ A sua função não é de representar certos interesses, pois é membro independente do próprio Tribunal.⁹⁹ De fato, o seu papel é de apresentar publicamente, com imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas das causas que requeiram a sua intervenção, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto do Tribunal de Justiça (ETJ).¹⁰⁰

No caso do TPR, insta ressaltar também que os Estados-membros podem solicitar esclarecimentos e apresentar objeções justificadas às pessoas propostas pelos demais sócios para figurarem como quinto árbitro, de acordo com a leitura conjugada dos artigos 18, 7 e 11, 2 de Olivos.¹⁰¹ O prazo para tanto é de trinta dias, contados a partir da notificação das propostas. Pela leitura do artigo 11,2, subentende-se que tanto os esclarecimentos como as objeções somente poderão estar fundamentadas no teor do artigo 35 do PO.¹⁰² Não obstante essa interpretação, o RPO, ao tratar especificamente sobre a possibilidade de um Estado-membro apresentar objeções aos indicados pelos demais, refere-se somente aos

⁹⁸ Patrícia Luíza Kegel, Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. *In: Welber Barral (Org.). Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias.* Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 161.

⁹⁹ João Mota de Campos, *Direito comunitário: o direito...op. cit.* p. 331.

¹⁰⁰ TCE, artigo 222.

¹⁰¹ Com efeito, o artigo 18, 7, afirma que “aplica-se, no que couber, aos procedimentos descritos neste artigo o disposto no artigo 11,2”. Já o artigo 11,2 trata da lista de terceiros árbitros dos TAHs, da seguinte forma: “2. Cada Estado Parte proporá, ademais, quatro (4) candidatos para integrar a lista de terceiros árbitros. Pelo menos um dos árbitros indicados por cada Estado Parte para esta lista não será nacional de nenhum dos Estados Partes do Mercosul. i) A lista deverá ser notificada aos demais Estados Partes, por intermédio da Presidência *Pro Tempore*, acompanhada pelo *curriculum vitae* de cada um dos candidatos propostos. ii) Cada Estado Parte poderá solicitar esclarecimentos sobre as pessoas propostas pelos demais Estados Partes ou apresentar objeções justificadas aos candidatos indicados, conforme os critérios estabelecidos no artigo 35, dentro do prazo de trinta (30) dias, contado a partir da notificação dessas propostas. As objeções deverão ser comunicadas por intermédio da Presidência *Pro Tempore* ao Estado Parte proponente. Se, em um prazo que não poderá exceder a trinta (30) dias contado da notificação, não se chegar a uma solução, prevalecerá a objeção. iii) A lista consolidada de terceiros árbitros, bem como suas sucessivas modificações, acompanhadas do *curriculum vitae* dos árbitros, será comunicada pela Presidência *Pro Tempore* à Secretaria Administrativa do Mercosul, que a registrará e notificará aos Estados Partes”.

¹⁰² O artigo 35 trata da qualificação dos árbitros, já mencionado. Cabe, no entanto, transcrevê-lo: “Art. 35. Os árbitros dos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* e os do Tribunal Permanente de Revisão deverão ser juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto das controvérsias e ter conhecimento do conjunto normativo do Mercosul. 2. Os árbitros deverão observar a necessária imparcialidade e independência funcional da Administração Pública Central ou direta dos Estados Partes e não ter interesses de índole alguma na controvérsia. Serão designados em função de sua objetividade, confiabilidade e bom senso”.

terceiros árbitros dos TAHs, omitindo-se a respeito dessa possibilidade para a lista do quinto árbitro do TPR.¹⁰³

Há quem entenda que a possibilidade de requerer esclarecimentos sobre os árbitros indicados pelos Estados pode causar um mal-estar entre os países do bloco, em razão do alto grau de subjetividade contido na disposição, “que permite um pedido de esclarecimento sem que se acompanhe de uma devida regulamentação”.¹⁰⁴ Além disso, questiona-se, diante da constatação de que na ausência de acordo entre os Estados-membros a objeção prevalece, se essa possibilidade configura-se genuíno direito de veto que ofende o princípio da confiança mútua entre os integrantes do bloco ou se visa a resguardar valores sobre a qualificação dos árbitros.¹⁰⁵ De qualquer forma, há a necessidade de “evitar todo o tipo de subjetividade e de não deixar espaços que derivem em atitudes discricionárias”.¹⁰⁶

No caso da OMC, há possibilidade de oposição, pelos Estados partes da controvérsia, à composição dos Grupos Especiais – a primeira instância da OMC –, mas apenas por razões imperiosas,¹⁰⁷ analisadas no caso concreto. Essa previsão não existe no caso do OAp, porque a sua composição é realizada por consenso pelo OSC. Na UE, em decorrência de a composição do TJCE ser feita de comum acordo entre os Estados-membros, também resta impossibilitada prática semelhante.

Como já foi referido, embora conste na sua denominação o vocábulo “permanente”, o TPR é um órgão meramente disponível, na medida em que os seus integrantes, “uma vez que aceitem sua designação, deverão estar disponíveis permanentemente para atuar quando convocados”.¹⁰⁸ A doutrina aponta alguns motivos pelos quais o TPR não é permanente, dando destaque à onerosidade que acarretaria aos Estados-membros, principalmente em função de todo o

¹⁰³ Assim é a redação do artigo 23 do Regulamento do Protocolo de Olivos (RPO): “1. As objeções a respeito dos candidatos para integrar a lista de terceiros árbitros e as comunicações entre o Estado objetante e o proponente para chegar a uma solução, formular-se-ão por escrito e serão remetidas a todos os Estados Partes através da Presidência *Pro Tempore*. 2. Considerar-se-á que os candidatos propostos tenham sido aceitos quando não se tenham recebido objeções transcorridos trinta (30) dias desde a notificação da proposta”.

¹⁰⁴ Adriana Dreyzin de Klor e Luiz Otávio Pimentel, O sistema...op. cit., p. 167.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 167-8.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 169.

¹⁰⁷ ESC, artigo 8, 6.

¹⁰⁸ PO, artigo 19.

aparelhamento burocrático necessário para a manutenção de um Tribunal da espécie.¹⁰⁹

O fato de o TPR não funcionar de modo permanente o distancia de tribunais de outros modelos integracionistas, levando os seus componentes a não se dedicarem integralmente às funções do Tribunal, como ocorre, por exemplo, na UE. Com efeito, os integrantes do TJCE estão impedidos, em princípio, de exercer qualquer outra atividade profissional, seja ela remunerada ou não,¹¹⁰ mesmo porque eles percebem remuneração mensal para exercer a sua função jurisdicional. O próprio ETJ determina que os juízes e advogados-gerais devem residir no local onde o Tribunal tem a sua sede e que o mesmo funciona de modo permanente.¹¹¹

No entanto, o sistema instituído em Olivos assemelha-se ao da OMC, cujo OAp é instaurado na medida em que os casos vão sendo apresentados para julgamento, de acordo com as apelações interpostas.¹¹² Nesse modelo, os integrantes desse órgão “estarão disponíveis em todo momento e em curto prazo e se manterão informados sobre as atividades de solução de controvérsias e demais atividades pertinentes da OMC”.¹¹³ Vale notar que o ESC também denomina o OAp de “Órgão Permanente de Apelação”, embora este não o seja, tal qual ocorre no Mercosul.

Conclui-se, por esse motivo, que tanto em Assunção quanto em Genebra, os julgadores estão livres para exercer outras atividades, remuneradas ou não. No caso da OMC, contudo, “a carga de trabalho e, por outro lado, a capacidade de dedicar-se a outras atividades profissionais importantes, depende do número de apelações apresentadas”.¹¹⁴ No que se refere ao TPR, a sua escassa atuação permite que os árbitros envolvam-se com afincos em outras atividades. De fato, para os árbitros do TPR, que não recebem remuneração mensal para o exercício da sua

¹⁰⁹ Adriana Dreyzin de Klor e Luiz Otávio Pimentel, O sistema...op. cit., p. 192; e Luiz Otávio Pimentel, Mercado Comum do Sul (Mercosul). In: Welber Barral (Org.). *Tribunais internacionais*. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 184.

¹¹⁰ João Mota de Campos, *Direito comunitário: o direito...*op. cit. p. 332. Diz o artigo 4º do ETJ: “os juízes não podem exercer quaisquer funções políticas ou administrativas. Não podem, salvo derrogação concedida a título excepcional pelo Conselho, exercer qualquer atividade profissional, remunerada ou não”.

¹¹¹ ETJ, artigos 14 e 15.

¹¹² Elizabeth Accioly, *Sistema...*op. cit., p. 49.

¹¹³ ESC, artigo 17, 3.

¹¹⁴ Informações disponíveis em OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

função jurisdicional, essa é uma questão necessária, por motivos de sobrevivência, o que acarreta o comprometimento de sua independência.¹¹⁵

O funcionamento do TPR é bastante complexo. Por vezes atua com apenas três árbitros e em outras ocasiões com o pleno.¹¹⁶ Quando a controvérsia envolver dois Estados-membros, o TPR será composto por três árbitros.¹¹⁷ Como sói ocorrer na constituição dos TAHs, embora não seja recomendável, dois deles devem ser nacionais dos países envolvidos na controvérsia.¹¹⁸ Como será visto mais adiante, tanto no OAp como no TJCE, a questão da nacionalidade não é levada em consideração. Já o terceiro árbitro, que exerce a presidência, deve ser escolhido mediante sorteio realizado pelo diretor da SM, entre os árbitros restantes que não tenham a nacionalidade dos envolvidos no litígio.¹¹⁹ Essa designação ocorre no dia seguinte à interposição do recurso de revisão.

O mesmo artigo 20 prescreve a atuação do TPR com todos os seus membros quando a demanda envolver mais de dois Estados-membros. Na alínea 3, entretanto, afirma que os integrantes do Mercosul “de comum acordo, poderão definir outros critérios para o funcionamento do Tribunal estabelecido nesse artigo”.

Além disso, e conforme as regras de competência que serão vistas no ponto 1.2, o TPR deverá contar com a presença da totalidade dos árbitros quando os Estados optarem pelo acesso direto ao mesmo,¹²⁰ na emissão de opiniões consultivas¹²¹ e no atendimento às medidas excepcionais de urgência.¹²²

¹¹⁵ Ligado à necessidade de remuneração periódica para a garantia da independência dos julgadores está a irredutibilidade dos subsídios, garantia prevista na Constituição Federal brasileira. Assim, é de “interesse relembrar a advertência feita na obra clássica de Alexandre Hamilton, James Madison e John Jay (*O federalista*) onde, ao conceituar a irredutibilidade de vencimentos, Hamilton consagrou o ditado popular de que mexer na subsistência é mexer na vontade”. Cf. Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 471.

¹¹⁶ Nesse sentido, é bastante pertinente a crítica de Luiz Otávio Pimentel, ao referir que “para avançar na interpretação uniforme do direito do Mercosul, teria sido mais conveniente que em todos os casos o TPR funcionasse sempre integrado por todos os seus cinco membros. Será difícil conseguir o objetivo de interpretação uniforme mediante o regime estabelecido. As experiências nos conflitos levados ante os Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* demonstram que as controvérsias se apresentam entre dois Estados Partes. Conseqüentemente, a composição por três dos membros do TPR, que serão diferentes segundo as partes na disputa, poderá suscitar, eventualmente, distintas interpretações por força da regra da maioria das decisões arbitrais”. Cf. Mercado...op. cit., p. 187-8.

¹¹⁷ PO, artigo 20.

¹¹⁸ PO, artigo 10.

¹¹⁹ PO, artigo 10.

¹²⁰ RPO, artigo 39, 2.

¹²¹ RPO, artigo 6, 1.

¹²² Procedimento para atender aos casos excepcionais de urgência (PCEU), artigo 4.

O RPO estabelece as regras para o exercício da presidência do Tribunal, nos casos em que atua com cinco árbitros, em seu artigo 34. Assim, assevera que o TPR será presidido pelo árbitro proveniente do Estado que não seja parte na controvérsia. No entanto, quando na controvérsia estiverem envolvidos todos os Estados-membros, a presidência será exercida pelo quinto árbitro.

No que tange ao funcionamento da OMC, seleciona-se, para conhecimento de cada apelação, uma seção composta por três membros do OAp,¹²³ e cada seção elege o seu presidente. O procedimento de seleção das referidas seções obedece aos princípios da aleatoriedade, da imprevisibilidade e da possibilidade de atuação de todos os membros com independência em relação a sua origem nacional. Aqui, diferentemente do que ocorre nos Grupos Especiais em que, em princípio, é proibida a participação de nacionais dos Estados envolvidos na controvérsia, não importa a nacionalidade das partes nem dos julgadores.¹²⁴ No caso do TPR, como verificado, os árbitros nacionais dos Estados-membros envolvidos no litígio devem obrigatoriamente participar do julgamento.

Ressalve-se que as seções trocam informações com os demais membros do OAp, a fim de garantir a uniformidade e a coerência da adoção dos relatórios.¹²⁵

Por tratar-se de um Tribunal efetivo, o TJCE reúne-se em seções e de forma plenária.¹²⁶ Assim, o Tribunal pode constituir-se em seções de três e cinco juízes, elegendo entre si os presidentes de cada seção. A grande seção, por sua vez, é composta de treze juízes e presidida pelo presidente do Tribunal. É integrada, também, pelos presidentes das seções de cinco juízes e outros juízes, designados nas condições estabelecidas no Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça (RPTJ). A reunião em grande seção ocorre quando um Estado-membro ou uma instituição comunitária que seja parte no litígio solicite. A reunião em tribunal pleno ocorre em casos determinados, devendo ser apresentado ao TJCE um requerimento.¹²⁷ Por fim, o TJCE pode, desde que considere uma causa de

¹²³ ESC, artigo 17, 1.

¹²⁴ Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 25. Sobre a questão da nacionalidade dos componentes dos Grupos Especiais, vide nota 68.

¹²⁵ Informações disponíveis em OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

¹²⁶ ETJ, artigo 16.

¹²⁷ Assim, o Tribunal reúne-se como tribunal pleno sempre que lhe seja apresentado um requerimento em aplicação dos artigos 195, 2; 213, 2; 216; ou 247,7 do Tratado CE, ou dos artigos 107-D, 2; 126, 2; 129; ou 160-B, 7 do Tratado CEEA. Cf. ETJ, artigo 16.

excepcional importância, decidir remetê-la ao tribunal pleno, após a oitiva do advogado-geral.¹²⁸

Note-se, ademais, que juízes do TJCE, a exemplo do que ocorre no TPI, não precisam ter a nacionalidade dos Estados-membros, embora normalmente a tenham. O Tratado que institui a Comunidade Européia (TCE) diz apenas que o TJCE e o TPI são compostos de um juiz por Estado-membro.¹²⁹ Há que se destacar, também, que “as partes não podem invocar a nacionalidade de um juiz, nem o fato de nenhum juiz da sua nacionalidade integrar o Tribunal ou uma das suas seções, para pedir a alteração da composição do Tribunal ou de uma das suas seções”.¹³⁰ Esses fatos corroboram a idéia de que, em se tratando da UE, está se falando de uma comunidade, de maneira que os interesses coletivos é que estão assegurados.

Finalmente, cabe perscrutar as garantias de independência e imparcialidade dos julgadores. No plano interno, as garantias conferidas aos integrantes do Poder Judiciário têm por objetivo assegurar a sua independência, indispensável para o exercício da jurisdição.¹³¹ Nesse contexto, é preciso que os juízes estejam livres de pressões particulares ou dos demais Poderes de Estado quando do exercício de sua função institucional, para julgar com a necessária independência e autonomia. De certa forma, essa regra também se aplica no plano internacional. Os julgadores devem estar resguardados de pressões políticas, externas e estatais para que o seu julgamento e parecer sejam independentes e autônomos. Toda e qualquer dependência, inclusive financeira, deve ser afastada.

Sabe-se que a confidencialidade é tida como uma das características inerentes à arbitragem.¹³² Assim, na tentativa de manter a imparcialidade e independência dos árbitros envolvidos no julgamento, principalmente em relação aos Estados que os designaram,¹³³ o artigo 46 do PO regula a confidencialidade do procedimento arbitral, incluindo o TPR. Desse modo, todo e qualquer documento

¹²⁸ Informações atualizadas pelo site: <<http://europa.eu.int>>. Acesso em: 22 mai. 2006.

¹²⁹ TCE, artigos 221 e 224.

¹³⁰ ETJ, artigo 18.

¹³¹ Alexandre de Moraes, op. cit., p. 466. No direito brasileiro, por exemplo, as garantias institucionais do Poder Judiciário referem-se à sua autonomia funcional, administrativa e financeira e ao modo de escolha dos dirigentes dos tribunais. Já no que diz respeito às garantias dos membros do Judiciário, dividem-se em: garantias de liberdade (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e de imparcialidade (vedação de exercício de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; de recepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processo; e de dedicação à atividade político-partidária). Ibid., p. 467-72.

¹³² Elizabeth Accioly, O atual...op. cit., p. 382.

¹³³ Maria Cristina Boldorini, op. cit., p. 124.

apresentado é de caráter reservado às partes na controvérsia. As únicas exceções são a publicidade dos laudos arbitrais, das opiniões consultivas e das decisões nos casos excepcionais de urgência.¹³⁴ No entanto, o mesmo artigo, em seu inciso 2, determina que, a critério da Seção Nacional (SN) do GMC de cada Estado-membro, e quando isso seja necessário para a elaboração das posições a serem apresentadas ante o Tribunal, esses documentos poderão ser dados a conhecer por setores com interesses na questão, e somente a eles.

Além disso, o artigo 25 do mesmo Protocolo afirma expressamente que os laudos do Tribunal serão adotados por maioria, fundamentados e assinados por todos os árbitros que participaram do julgamento. O fato de os laudos serem adotados por maioria afasta o TPR da lógica intergovernamental do consenso.

No entanto, os votos em dissidência não são fundamentados e deve ser mantida a confidencialidade da votação.¹³⁵ Toda e qualquer deliberação também é sigilosa e assim deve permanecer em todo momento.¹³⁶ Quanto a isso, deve ser observado que quando a controvérsia envolver dois Estados-membros, e normalmente é assim, dois dos árbitros do TPR devem ser nacionais dos países envolvidos na controvérsia.¹³⁷ Nesse caso, o motivo do sigilo, que é resguardar os árbitros de eventuais pressões dos Estados que os indicaram, acaba sendo afastado, pois o normal é que cada árbitro vote favoravelmente ao Estado de que é nacional, até mesmo para evitar indisposições governamentais. Assim, quem acaba decidindo a controvérsia é o Presidente,¹³⁸ pois entre três árbitros, dois deles nacionais de países envolvidos no conflito, é possível identificar os votos.

O mesmo artigo 25 ainda acrescenta que os árbitros deverão “observar a necessária imparcialidade e independência funcional da Administração Pública

¹³⁴ RP, artigo 13.

¹³⁵ PO, artigo 25. No caso das opiniões consultivas, devem ser expressas as opiniões divergentes, consoante ver-se-á no item 1.2.2.

¹³⁶ Nesse contexto, é importante o parecer de Welber Barral: “em termos de princípios processuais, aplicáveis ao procedimento, o Protocolo de Olivos reasseverou os princípios típicos da arbitragem. [...] determina-se a confidencialidade do procedimento e dos documentos, com exceção dos laudos arbitrais. À confidencialidade se agrega a autonomia dos árbitros, que deliberarão também de forma sigilosa, sem fundamentar a dissidência, agindo com imparcialidade e independência, mas garantindo às partes a oportunidade de ser ouvida e apresentar seus argumentos, no que se pode identificar o princípio do devido processo legal”. Cf. *As inovações...* op. cit., p. 242.

¹³⁷ PO, artigo 10.

¹³⁸ Com efeito, o primeiro laudo arbitral do TPR, cuja controvérsia envolvia o Uruguai e a Argentina, foi decidido por maioria e não por unanimidade.

Central ou direta dos Estados Partes¹³⁹ e não ter interesses de índole alguma na controvérsia”.¹⁴⁰

Na OMC, a independência e a autonomia dos integrantes do OAp também são garantidas pela regra da confidencialidade, embora se diga que “a arbitragem não se confunde com o que se tem na OMC”.¹⁴¹ Dessa feita, as suas deliberações são confidenciais e os relatórios, adotados por maioria, são redigidos na ausência das partes,¹⁴² embora nada impeça que as partes tornem públicas as suas posições. As opiniões dispostas no relatório final são anônimas.¹⁴³ Dentre os aspectos que deveriam ser alterados na sistemática do ESC, há quem aponte o problema da publicidade dos documentos, uma vez que o processo ainda requer maior transparência frente aos Estados e cidadãos.¹⁴⁴

No que se refere ao TJCE, os Tratados adotaram uma gama de medidas para assegurar a independência dos membros do Tribunal, muitas delas

¹³⁹ Nesse sentido, o artigo 32 do RPO trata das declarações que os árbitros do TPR e os seus suplentes devem assinar quando nomeados. Assim: “Art. 32. Os integrantes do TPR e seus suplentes ao aceitar o cargo, assinarão duas declarações com o seguinte teor, as quais ficarão depositadas na SM e na Secretaria do Tribunal: ‘Pela presente aceito a designação para ser integrante do Tribunal Permanente de Revisão e manifesto minha disponibilidade para atuar quando seja convocado. Obrigoo-me a manter sob reserva a informação e procedimentos vinculados com as controvérsias em que deva atuar, assim como o conteúdo de meus votos. Responsabilizo-me a atuar e julgar com independência, honestidade e imparcialidade e a não aceitar sugestões ou imposições de terceiros ou dos Estados Partes, assim como a não receber qualquer remuneração, exceto aquela prevista no Protocolo de Olivos. Assumo a responsabilidade de escusar-me de atuar naqueles casos em relação aos quais, por qualquer motivo, não guarde a necessária independência. Caso sobrevenha algum impedimento para continuar atuando em um caso determinado como membro do Tribunal, de conformidade com o estabelecido neste Declaração, comprometo-me a escusar-me de atuar em tal caso.’ ”

¹⁴⁰ O artigo 19 do RPO determina que: “1. Não poderão ser designados árbitros ou aceitar a designação para desempenhar-se como árbitros em um caso específico as pessoas que se encontrem compreendidas em alguma das seguintes situações: a. ter intervindo como representante de algum dos Estados partes na controvérsia nas etapas prévias ao procedimento arbitral em assuntos ou matérias relacionados com o objeto da controvérsia; b. ter algum interesse direto no objeto da controvérsia ou em seu resultado; c. representar atualmente ou ter representado durante qualquer período, nos últimos 3 anos, pessoas físicas ou jurídicas com interesse direto no objeto da controvérsia ou no seu resultado; d. não ter a necessária independência funcional da Administração Pública Central ou direta dos Estados partes na controvérsia. 2. Caso alguma das situações mencionadas no numeral 1 deste artigo sobrevierem durante o desempenho de seu cargo, o árbitro deverá renunciar por impedimento. 3. Se, em função do disposto neste artigo, uma das partes objetar a designação de um árbitro provando fidedignamente a objeção, dentro dos sete (7) dias de notificada essa designação, o Estado respectivo deverá nomear um novo árbitro. No caso em que a objeção não tiver sido devidamente provada será mantida a designação efetuada.”

¹⁴¹ Jorge Fontoura, *A imanência...* op. cit., p. 18. No mesmo sentido, Eduardo Biacchi Gomes, *Blocos...* op. cit., p. 206.

¹⁴² ESC, artigo 17, 10 e artigo 18, 2.

¹⁴³ ESC, artigo 17, 11.

¹⁴⁴ Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 35.

bastante parecidas com as que existem no plano interno,¹⁴⁵ a saber:¹⁴⁶ i) a duração do mandato, que só poderá ser antecipada por vontade própria ou por decisão do TJCE; ii) o regime de remunerações, que inclui a recepção de uma pensão durante o período de três anos posterior à cessação do mandato, igual à metade do vencimento que auferiam quando do exercício de suas funções jurisdicionais; iii) a eleição da presidência do Tribunal, que, como visto, é realizada pelos próprios juízes; iv) a renovação parcial do quadro de juízes e de advogados-gerais, que permite conferir relativa continuidade à orientação jurisprudencial do Tribunal; v) a possibilidade de recondução dos juízes e advogados-gerais; vi) a exigência de que os juízes e os advogados-gerais residam na cidade sede do Tribunal;¹⁴⁷ vii) a nomeação do Secretário, que é feita pelos integrantes do Tribunal e viii) a adoção do RPTJ, que deve, no entanto, ser aprovado pelo Conselho.¹⁴⁸

Embora vigore no âmbito da UE o princípio da publicidade, “as deliberações do Tribunal são e permanecem secretas”.¹⁴⁹ Os acórdãos são fundamentados e mencionam os nomes dos juízes que deliberaram.¹⁵⁰ Contudo, nas decisões do Tribunal, que são tomadas por maioria, não são expressas as opiniões divergentes.¹⁵¹ Isso também acontece no Mercosul, “o que constitui uma exceção ao sistema tradicional de julgamento por órgãos colegiados”.¹⁵² Na OMC é diferente, pois, como já analisado, os votos divergentes são fundamentados, embora mantenham-se anônimos.

Pode-se questionar, inclusive, a conveniência de não serem expressos os votos divergentes no contexto da UE, uma vez que a judicialidade do TJCE e as outras garantias de que gozam os julgadores os protegem de objeções políticas e nacionalistas ao extremo. Em outras palavras, se isso é justificável, embora questionável, em um sistema arbitral, no intuito de evitar que os árbitros sofram

¹⁴⁵ Algumas também semelhantes às existentes na OMC.

¹⁴⁶ Cf. João Mota de Campos, *Direito comunitário: o direito...op. cit.*, p. 332-3.

¹⁴⁷ ETJ, artigo 14.

¹⁴⁸ O Conselho da UE é o principal órgão de tomada de decisões da União. Cada país faz-se representar pelo Ministro responsável pelo domínio em questão (assuntos externos, finanças, assuntos sociais, transportes, agricultura, etc.). A presidência é exercida por cada Estado-membro por um período de seis meses, numa base rotativa. Informações disponíveis em: <<http://europa.eu.int>>. Acesso em: 16 dez. 2005.

¹⁴⁹ ETJ, artigo 35.

¹⁵⁰ ETJ, artigo 36.

¹⁵¹ Informações disponíveis em: <http://europa.eu.int/index_pt.htm>. Acesso em: 16 dez. 2005.

¹⁵² Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, *op. cit.*, p. 176.

pressões dos governos que os indicaram, o mesmo não se pode dizer de um mecanismo judicial.

No âmbito interno, sob a ótica de Estados democráticos, os julgamentos devem ser públicos, resguardadas algumas exceções, e fundamentadas as decisões, inclusive quando houver dissidência.¹⁵³ Em outras palavras, os julgamentos são transparentes, o que beneficia não somente as partes, que ficam protegidas de julgamentos arbitrários, mas também os julgadores, que assumem maior responsabilidade pelas suas decisões e pareceres. A confidencialidade contrapõe-se à transparência, portanto, e não somente afasta os jurisdicionados da jurisdição, como cria uma aura de desconfiança em torno do que se decide, minando a confiança no órgão julgante.

Finalmente, os gastos e os honorários ocasionados pela atividade dos árbitros do TPR são custeados em partes iguais pelos Estados na controvérsia, a menos que o Tribunal decida distribuí-los em proporção distinta, cuja definição fica a cargo do GMC.¹⁵⁴

Na OMC, a responsabilidade pelo pagamento do serviço dos integrantes do OAp, incluindo despesas com as viagens e a remuneração, são cobertas pelo orçamento da própria Organização, de acordo com os critérios adotados pelo Conselho Geral (CG).¹⁵⁵

No TJCE, os juízes e os advogados-gerais são remunerados pelos cofres comunitários. Além da remuneração recebida enquanto exercerem funções no Tribunal, os juízes e advogados-gerais ganham, como já mencionado, uma pensão

¹⁵³ No Brasil, por exemplo, determina a Constituição Federal, em seu artigo 93, IX que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Cf. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

¹⁵⁴ PO, artigo 36.

¹⁵⁵ ESC, artigo 17, 8. O Conselho Geral é o órgão decisório mais importante da OMC e é composto por representantes (geralmente embaixadores e funcionários de nível equivalente) de todos os Estados-membros. Reúne-se periodicamente para desempenhar suas funções (informações disponíveis em <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2006). Além disso, atua de três maneiras diferentes, a saber: “a) atuação como *Conselho Geral*: funciona como guardião dos Acordos Multilaterais e centro administrativo da OMC; b) atuação como *Órgão de Solução de Conflitos – OSC (Dispute Settlement Body – DSB)*: órgão máximo do sistema de solução de litígios; c) atuação como *Órgão de Revisão de Política Comercial*. Na verdade, trata-se do mesmo órgão e componentes, apenas agindo sob diferentes formas e princípios”. Cf. Carlos Maria Cambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 12.

equivalente à metade do que recebiam durante três anos após a cessação do mandato.¹⁵⁶

Enquanto os julgadores da OMC e da UE auferem remuneração das Organizações a que estão vinculados, no Mercosul os honorários dos árbitros são bancados exclusivamente pelos Estados partes no litígio, o que dificulta o acesso ao sistema de solução de controvérsias do bloco. No entanto, conforme prevê o artigo 36, 3 do PO, os gastos e honorários gerados pelas atividades dos árbitros do TPR podem ser pagos por intermédio da SM, inclusive por meio de um Fundo Especial criado pelos Estados mercosulinos. Esse Fundo já existe e foi instituído através da Decisão nº 17/04 do CMC,¹⁵⁷ mas está longe de significar a autonomia financeira do Tribunal, uma vez que seus recursos não dão conta de enfrentar todos os custos oriundos de suas atividades.¹⁵⁸ A sua lógica ainda obedece à regra da intergovernabilidade, na medida em que os Estados fazem as suas contribuições, em contas separadas, e as utilizam quando necessário, devendo repô-las quando os recursos exaurem-se parcial ou totalmente, sem possibilidade, em princípio, de que um Estado valha-se do depósito efetuado por outro.

Outra questão a ser ressaltada é que os árbitros no Mercosul recebem pela controvérsia em que atuam, ou seja, não contam com um salário fixo, periódico e permanente enquanto durarem os seus mandatos. Esse é outro motivo pelo qual

¹⁵⁶ Elizabeth Accioly, *Sistema...* op. cit., p. 194.

¹⁵⁷ Segue o conteúdo da referida Decisão: “O CMC decide: Art 1 - Criar o Fundo Especial para controvérsias com a finalidade de cobrir os honorários, despesas de traslado e diárias dos integrantes dos tribunais do Mercosul. Art. 2 - O Fundo Especial estará integrado por uma contribuição de cinquenta mil dólares estadunidenses (US\$ 50.000.-) efetuado por cada Estado Parte. Art. 3 - As contribuições ao Fundo Especial se administrarão através de quatro contas separadas, correspondentes a cada um dos Estados Partes. Das mesmas, se deduzirão os honorários, despesas de traslado e diárias dos integrantes dos Tribunais do Mercosul que correspondam a cada país e se verifiquem em ocasião de uma controvérsia, de acordo ao estabelecido no artigo 36 do Protocolo de Olivos. O Grupo Mercado Comum regulamentará a administração deste Fundo Especial antes de dezembro de 2004. Art. 4 - A contribuição inicial ao Fundo se efetuará no primeiro trimestre do ano 2005. Art. 5 - Quando um Estado Parte tenha utilizado total ou parcialmente sua quota parte de cinquenta mil dólares estadunidenses (US\$ 50.000.-), deverá realizar previsões para integrar o valor utilizado da mesma em um prazo máximo de sessenta (60) dias. Art. 6 - Em nenhum caso, a SM poderá utilizar fundos da quota de um Estado Parte para cobrir despesas que correspondam a outro, salvo que medeie acordo expresse do mesmo. Art. 7 - Esta Decisão não necessita ser incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do Mercosul.”

¹⁵⁸ Ricardo Seitenfus, *Manual...* op. cit., p. 84.

são obrigados a dedicar-se a outras atividades, sobretudo considerando o escasso acionamento do sistema de solução de controvérsias.¹⁵⁹

De tudo que foi exposto nesse tópico, verifica-se que, no que diz respeito aos julgadores, o TPR assemelha-se mais ao sistema de segunda instância instituído pela OMC do que ao TJCE. Contudo, mesmo sendo a OMC uma organização intergovernamental com objetivos diversos do que um processo integracionista preconiza, em geral o funcionamento do OAp é mais próximo do TJCE que do próprio TPR – por exemplo, na composição do órgão, no pagamento da remuneração, na previsão de renovação parcial dos mandatos, na escolha do presidente. No próximo tópico será verificado se tal fenômeno ocorre em relação às partes processuais.

1.1.2. A formação dos pólos passivo e ativo da relação processual

No âmbito não somente do TPR, mas de todo o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, desde Brasília até Olivos, aos particulares – pessoas físicas e jurídicas – não é garantido o acesso direto aos meios de solução de conflitos, sendo partes processuais somente os Estados-membros do bloco. No entanto, não é incomum encontrar referências doutrinárias destacando a inovação do PB, que se manteve no PO, de incluir, mesmo que de forma indireta, a participação dos particulares no processo de solução de divergências.¹⁶⁰

Logo no artigo 1º do PO está expresso o âmbito de aplicação de Olivos: às controvérsias que surgirem entre os Estados-membros sobre a interpretação, a aplicação ou o cumprimento da normativa Mercosul. A previsão de participação dos particulares consta no Capítulo XI do mesmo Protocolo¹⁶¹ e refere-se às reclamações por eles efetuadas em razão da sanção ou aplicação, por

¹⁵⁹ Segundo Alejandro Daniel Perotti, essa limitação do TPR impede a reunião dos árbitros na ausência de controvérsia para resolver questões pertinentes e relativas ao próprio funcionamento do Tribunal. Além disso, devem ser consideradas as competências do Tribunal para responder às opiniões consultivas e manifestar-se sobre as medidas excepcionais de urgência. Ora, se essas competências forem efetivamente utilizadas, seria mais vantajoso financeiramente para o Mercosul que os membros do TPR contassem com uma remuneração periódica. Cf. *A natureza...* op. cit.

¹⁶⁰ Assim, por exemplo, Elizabeth Accioly, *Sistema...* op. cit., p. 29; Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998. p. 154; e Id., *Análise...* op. cit., p. 105.

¹⁶¹ PO, artigos 39 a 44.

qualquer dos Estados-membros, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatório ou de concorrência desleal, em violação ao direito originário e derivado do bloco. No entanto, cabe ao Estado a decisão de endossar o pleito trazido à sua apreciação pelo particular que, se assim o fizer, passa a ser o autor da demanda e responsável pela continuidade do processo. Em decorrência disso, há quem refira que é improvável que um confronto entre os Estados-membros do Mercosul e os indivíduos resolva-se de maneira satisfatória.¹⁶²

O motivo comumente invocado para que somente os Estados figurem como partes na relação processual estabelecida no âmbito do Mercosul é que, numa organização de caráter intergovernamental, regida pelas regras de direito internacional público, as pessoas físicas e jurídicas não são consideradas sujeitos de direito.¹⁶³ Em outras palavras, ao contrário do que acontece na UE, os particulares do Mercosul não teriam contato imediato com as instituições do bloco, não se justificando o seu acesso sem a intermediação estatal ao mecanismo de resolução de divergências.¹⁶⁴

Não obstante, é sempre bom destacar “a importância [de] que [se] revestem os particulares para o processo de integração, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas de caráter privado”.¹⁶⁵ Nesse contexto, uma das maiores críticas doutrinárias do resultado da revisão do sistema de solução de controvérsias mercosulino foi a ausência de inovações significativas sobre a participação do particular. De fato, “as condições de acesso dos particulares ao sistema continuam muito restritas. O novo Protocolo não melhora a invocabilidade em juízo das normas

¹⁶² Cláudia Maria S. Trabuco. A importância de um tribunal supranacional no contexto de um processo de integração: o dilema do Mercosul. p. 29. Disponível em: <<http://www.fdunl.pt/pt/wps/wp005-99.doc>>. Acesso em: 29 out. 2003.

¹⁶³ Eduardo Biacchi Gomes, Protocolo...op. cit., p. 83; e id., *Blocos*...op. cit., p. 189-90. Há que se observar, não obstante, que essa opinião não é isenta de críticas. Durante muito tempo, o Estado foi considerado o ator exclusivo das relações internacionais, mas, atualmente, isso já pode ser contestado. De fato, embora o Estado ainda ocupe papel primordial nesse espaço, cedeu lugar aos chamados atores secundários, entre os quais se destacam as organizações internacionais, as empresas transnacionais, as organizações não governamentais de alcance transnacional, as igrejas, o crime organizado, a opinião pública e, finalmente, o indivíduo. Cf. Ricardo Seitenfus, *Relações*...op. cit., p. 114-172. No mesmo sentido: “este dogma do direito internacional clássico vem sendo excepcionado pelos novos ramos, sobretudo pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito Internacional Econômico. Neste último caso, pela atribuição de determinadas garantias ou prerrogativas a sujeitos não estatais, sobretudo nos mecanismos de solução de controvérsias, criados em matéria econômica”. Cf. Welber Barral, *Solução*...op. cit., p. 23.

¹⁶⁴ Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul*...op. cit., p. 155.

¹⁶⁵ Luiz Otávio Pimentel e Adriana Dreyzin de Klor, *O sistema*...op. cit., p. 214.

do Mercosul. Ele não traz maiores benefícios aos cidadãos dos países do bloco”,¹⁶⁶ pois “o nível de participação do particular no processo depende exclusivamente da qualidade de suas relações com o governo nacional em questão”.¹⁶⁷

Apesar disso, há quem deposite expectativas na implantação do sistema permanente de solução de controvérsias no Cone Sul para que “os particulares possam desfrutar de um meio mais seguro e mais justo, quiçá nos moldes do reenvio prejudicial”,¹⁶⁸ uma vez que os maiores beneficiados por essa figura *sui generis* do direito processual comunitário foram os próprios cidadãos da UE, pela sua aproximação com a Justiça comunitária.¹⁶⁹

O procedimento aplicado às reclamações efetuadas por particulares no âmbito do PO faz-se de acordo com as regras estabelecidas nos artigos 39 a 44. A reclamação inicia-se perante a SN do GMC do Estado-membro onde o particular reside habitualmente ou tem a sede de seus negócios.¹⁷⁰ Aqui já fica visível o primeiro problema da participação do particular do sistema de solução de controvérsias mercosulino: e se a parte contrária no conflito for o próprio Estado em que o particular tem residência habitual ou a sede dos seus negócios? Ao que tudo indica, a resolução do conflito por meio do atual sistema de solução de controvérsias resta danificada, não havendo outra saída ao prejudicado, exceto se recorrer ao Judiciário nacional. Além disso, se a reclamação for dirigida a outro particular, a solução não pode ser diferente, com a ressalva de que, nesses casos, a controvérsia também pode ser resolvida por meio de acordos internacionais sobre arbitragem comercial entre particulares.¹⁷¹ Nesse contexto, foi assinado em Buenos Aires, no dia 23 de julho de 1998, o “Acordo para Arbitragem Comercial e Internacional do Mercosul”, que consagra a arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias emanadas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.¹⁷²

¹⁶⁶ Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 310.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 258.

¹⁶⁸ Elizabeth Accioly, *Sistema...* op. cit., p. 58.

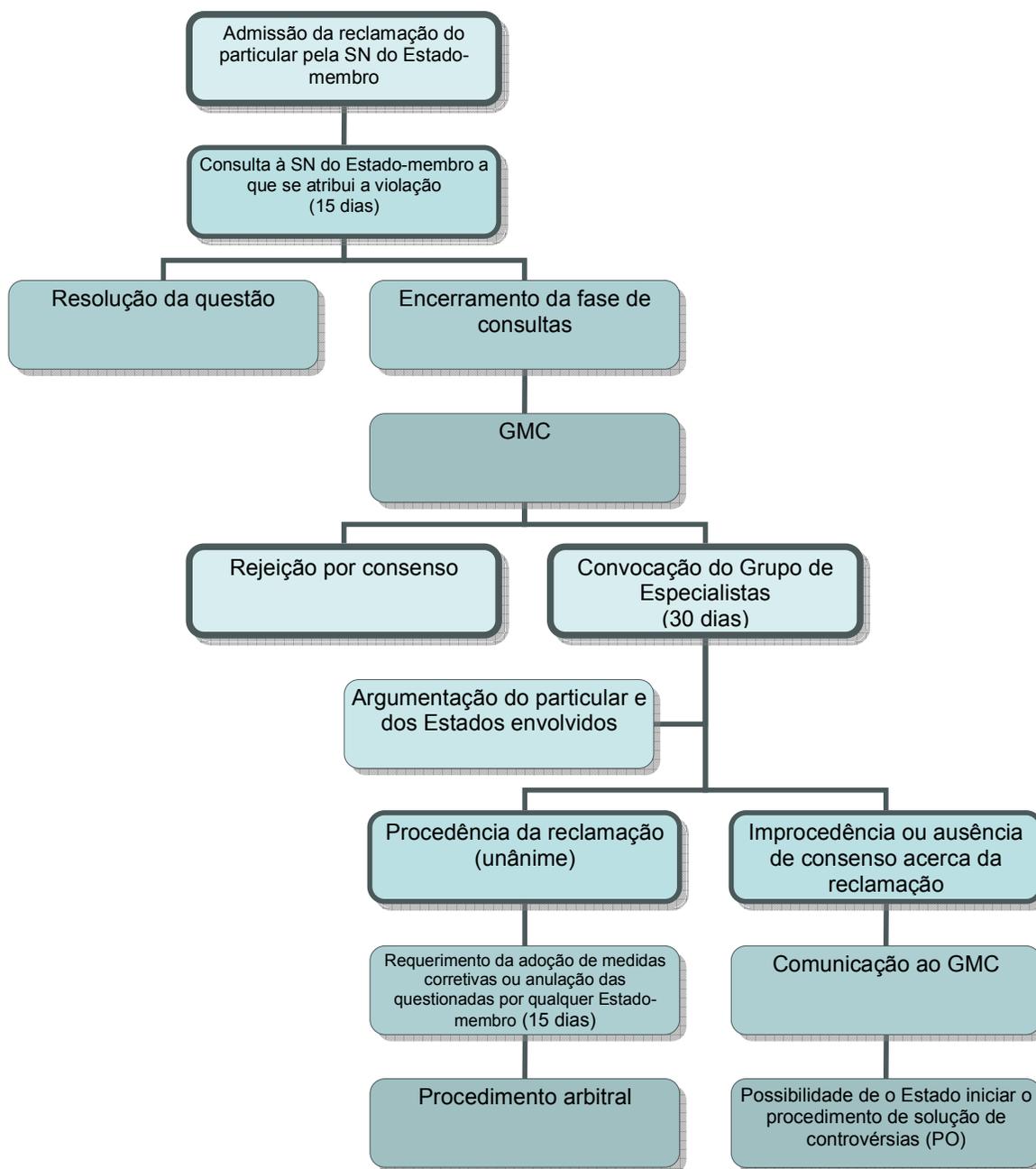
¹⁶⁹ Jânia Maria Lopes Saldanha, *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial – um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário – perspectiva para a sua adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. op. cit., p. 107. Sobre o reenvio prejudicial europeu, ver ponto 1.2.2.

¹⁷⁰ PO, artigo 40. 1.

¹⁷¹ Deisy Ventura, *Asimetrías cruzadas o cubismo normativo: la incorporación de normas en el Mercosur. Internalization of rules in Mercosur*. Deeper Integration of Mercosur: Dealing with Disparities: Washington, 2005. p. 2-3.

¹⁷² *Id.*, *As assimetrias...* op. cit., p. 229-30.

Participação do particular no sistema de solução de controvérsias no Mercosul



Na instauração da reclamação, obrigatoriamente formal e por escrito e em termos claros e precisos,¹⁷³ devem ser apresentados elementos que permitam

¹⁷³ RPO, artigo 46. Ainda, deve constar na reclamação: a. a identificação do particular reclamante, seja pessoa física ou jurídica e o seu domicílio; b. a indicação das medidas legais ou administrativas que configurariam a violação alegada; c. a determinação da existência ou da ameaça de prejuízo; d. relação causal entre a medida questionada e a existência ou ameaça de

verificar a veracidade da violação e a existência ou a ameaça de um prejuízo para que a mesma possa ser admitida pela SN e avaliada pelo GMC e pelo grupo de especialistas, se for convocado.¹⁷⁴

A seguir, a menos que a reclamação diga respeito a uma questão que tenha motivado o início de um procedimento de solução de controvérsias,¹⁷⁵ a SN do GMC que tenha admitido a reclamação deverá consultar a SN do GMC do Estado-membro a quem se atribui a violação, na tentativa de solucionar a questão suscitada. Em regra, se dentro de quinze dias, contados a partir da comunicação da reclamação ao Estado a que se atribui a violação, a questão não for resolvida, encerra-se a fase de consultas,¹⁷⁶ com a posterior elevação da reclamação ao GMC.¹⁷⁷

Recebida a reclamação do particular, o GMC examina se houve a violação ao direito originário ou derivado do Mercosul e a existência ou a ameaça de um prejuízo na primeira reunião subsequente ao seu recebimento. Pode rejeitá-la por consenso se concluir que não estão reunidos os requisitos necessários.¹⁷⁸ Caso não ocorra, a reclamação estará admitida e o GMC convoca um grupo de especialistas¹⁷⁹ para emitir parecer no prazo de trinta dias, contados a partir da sua designação.¹⁸⁰ Tanto o particular como os Estados envolvidos na controvérsia terão oportunidade de apresentar seus argumentos, em audiência conjunta.¹⁸¹

prejuízo; e. os fundamentos jurídicos em que se baseiam e f. a indicação dos elementos de prova apresentados.

¹⁷⁴ PO, artigo 40, 2.

¹⁷⁵ Negociação direta, intervenção do GMC, procedimento arbitral *ad hoc* ou procedimento de revisão.

¹⁷⁶ PO, artigo 41, 1. As partes podem fixar outro prazo.

¹⁷⁷ PO, artigo 41, 2.

¹⁷⁸ PO, artigo 42, 1.

¹⁷⁹ Segue a redação do artigo 43 do PO: "1. O grupo de especialistas a que faz referência o artigo 42.2 será composto de três (3) membros designados pelo Grupo Mercado Comum ou, na falta de acordo sobre um ou mais especialistas, estes serão escolhidos por votação que os Estados Partes realizarão dentre os integrantes de uma lista de vinte e quatro (24) especialistas. A Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará ao Grupo Mercado Comum o nome do especialista ou dos especialistas que tiverem recebido o maior número de votos. Neste último caso, e salvo se o Grupo Mercado Comum decidir de outra maneira, um (1) dos especialistas designados não poderá ser nacional do Estado contra o qual foi formulada a reclamação, nem do Estado no qual o particular formalizou sua reclamação, nos termos do artigo 40. 2. Com o fim de constituir a lista dos especialistas, cada um dos Estados Partes designará seis (6) pessoas de reconhecida competência nas questões que possam ser objeto de reclamação. Esta lista ficará registrada na Secretaria Administrativa do Mercosul. 3. Os gastos derivados da atuação do grupo de especialistas serão custeados na proporção que determinar o Grupo Mercado Comum ou, na falta de acordo, em montantes iguais pelas partes diretamente envolvidas na reclamação".

¹⁸⁰ PO, artigo 42, 2.

¹⁸¹ PO, artigo 42, 3.

Se o parecer dos especialistas entender unanimemente pela procedência da reclamação formulada, qualquer outro Estado-membro pode requerer a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas, dentro de quinze dias. Esgotado esse prazo, o mesmo Estado pode recorrer diretamente ao procedimento arbitral.

Se, ao revés, o parecer reputar improcedente a reclamação por unanimidade ou não alcançar a unanimidade, o grupo de especialistas o comunica ao GMC, que dá por concluída a reclamação naquele âmbito. A conclusão da reclamação por parte do GMC, em ambos os casos, não impede que o Estado reclamante inicie os procedimentos de negociação direta, de intervenção do GMC ou de arbitragem, de acordo com o PO.

A OMC padece de problemática similar ao Mercosul no que diz respeito às partes processuais. De fato, essa Organização tem natureza intergovernamental, de maneira que a participação de particulares e de outros entes dotados de personalidade jurídica – normalmente empresas privadas, sobretudo transnacionais –, que não os Estados, resta impedida,¹⁸² embora terminem por ser, não raro, os mais direta e prejudicialmente atingidos. Com efeito, inexistente no direito internacional econômico norma que obrigue os Estados a assumir as causas de seus nacionais diante de tribunais internacionais.¹⁸³ O Estado tem discricionariedade para tanto e, a partir do momento que endossa a demanda do particular, a reclamação passa a ser sua.¹⁸⁴

Interessa notar, ainda, que embora as Organizações Não Governamentais (ONGs) não possam participar do sistema de solução de controvérsias da OMC, elas podem exercer influência e pressão sobre o governo de um Estado-membro para que o litígio seja iniciado.¹⁸⁵ Além disso, “vários membros da OMC promulgaram leis que permitem aos particulares peticionar aos seus governos para que iniciem uma controvérsia na OMC”.¹⁸⁶ Mesmo assim, muitas

¹⁸² Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 35.

¹⁸³ É o que se denomina proteção diplomática. Consoante doutrina de Ricardo Seitenfus e Deisy Ventura e de acordo com o enunciado clássico da Corte Internacional de Justiça (CIJ), “quando um Estado assume uma causa de um de seus nacionais e em benefício deste promove uma ação diplomática ou judicial, ele faz prevalecer o respeito ao direito internacional na pessoa de seu nacional”. Cf. *Introdução...* op. cit., p. 119.

¹⁸⁴ Welber Barral, *Sistema...* op. cit., p. 31.

¹⁸⁵ OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

¹⁸⁶ *Ibid.* Tradução livre.

vezes, o interesse dessas organizações é bastante diverso dos interesses dos seus governos, o que dificulta ou até mesmo impede o endosso da demanda.

No entanto, as particularidades da OMC permitem que os territórios aduaneiros possam ser partes no sistema de solução de controvérsias, prática que remonta ao GATT de 1947.¹⁸⁷ Outra situação particular, criada na Rodada Uruguai, foi o reconhecimento do caráter de membro às Comunidades Europeias.¹⁸⁸

No contexto da UE, as controvérsias decorrentes da aplicação do direito comunitário são resolvidas por instituições judiciais. Assim, por tratar-se de uma organização intergovernamental, dotada de instituições de natureza supranacional, não somente os Estados, mas também os particulares têm as suas relações reguladas pelas normas comunitárias. Com efeito, o direito comunitário é aplicado não somente pelas instâncias judiciais comunitárias, mas também pelos Judiciários nacionais¹⁸⁹e, embora os particulares tenham acesso direto ao TJCE, isso só acontece quando os atos das instituições comunitárias produzem efeitos diretos nas suas esferas jurídicas.¹⁹⁰

Através da construção pretoriana realizada pelo TJCE ao longo de cinquenta anos e principalmente por meio da figura do reenvio prejudicial, foram construídos os mais importantes princípios do direito comunitário, quais sejam, o princípio da aplicabilidade direta ou imediata e o princípio da primazia do direito comunitário.¹⁹¹ Enquanto este assegura que nenhum Estado-membro possa invocar a legislação nacional, independente da sua hierarquia, para impedir a aplicação do direito comunitário, aquele significa que as normas de direito comunitário independem de incorporação ao ordenamento jurídico interno para serem invocadas,

¹⁸⁷ Welber Barral, *Sistema...op. cit.*, p. 23-4.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 24. No que se refere ao Mercosul, Jorge Fontoura assevera: “nada impediria uma litigância em bloco, desde que alcançadas as citadas coordenações [blocos econômicos que sejam minimamente uniões aduaneiras, perfeitas ou não, com razoável coordenação de política comercial e macroeconômica e política externa integrada], o que corresponde a atributo de inexedível [sic] importância, ainda não devidamente valorizado pelos sócios de Assunção”. Cf. *A imanência...op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁹ A respeito, veja-se o teor do artigo 240 do TCE: “sem prejuízo da competência atribuída ao Tribunal de Justiça pelo presente Tratado, os litígios em que a Comunidade seja parte não ficam, por este motivo, subtraídos à competência dos órgãos jurisdicionais nacionais”.

¹⁹⁰ Eduardo Biacchi Gomes, *Blocos...op. cit.*, p. 177.

¹⁹¹ Jânia Maria Lopes Saldanha, *op. cit.*, p. 37-43. Nesse mesmo sentido, “a definição e as bases do reconhecimento da primazia do direito comunitário é trabalho jurisprudencial, já que não constou nos Tratados. Por tal é possível reiterar que a supremacia do direito comunitário na Comunidade Européia foi buscada, construída de forma lenta, progressiva e jurisprudencial”. Cf. Augusto Jaeger Junior, *op. cit.*, p. 84.

uma vez que estão integradas às ordens jurídicas nacionais.¹⁹² Conseqüência do princípio da aplicabilidade direta ou imediata é que toda pessoa dotada de personalidade jurídica tem condições de invocar a norma comunitária perante as jurisdições nacionais, pois é titular de direitos e obrigações fundadas no direito comunitário. Essa é a teoria do efeito direto.¹⁹³

A importância da aplicabilidade direta e da conseqüente possibilidade de os particulares poderem invocar as normas comunitárias perante as suas jurisdições nacionais reside no fato de que estes só podem ser partes em ações específicas. Aliados do acesso incondicional ao TJCE e ao TPI e sem a aplicabilidade direta da norma comunitária, o particular ficaria à mercê da conveniência ou não de seu Estado acionar o Judiciário supranacional. No máximo, o que este particular poderia fazer seria tentar conseguir convencer a Comissão¹⁹⁴ do descumprimento do direito originário ou derivado comunitário, para que a UE acionasse o responsável pela violação de seus direitos.¹⁹⁵

Entretanto, a conjugação dos princípios antes mencionados permite afirmar que o direito comunitário gera direitos e deveres não somente aos Estados-membros, mas também às instituições comunitárias e às suas pessoas físicas e jurídicas, permitindo aos últimos recorrer às suas respectivas Justiças nacionais na busca de proteção aos seus direitos.¹⁹⁶ Todo juiz nacional é, por esse motivo, um juiz comunitário. Bem a propósito, “numericamente, o maior aplicador do direito comunitário é o juiz nacional”.¹⁹⁷

Ainda, os tratados constitutivos da UE prevêm uma série de ações específicas¹⁹⁸ a serem ajuizadas perante o TJCE e/ou TPI, nas quais podem figurar

¹⁹² Ressalve-se, contudo, que essa regra comporta exceções. Veja-se, por exemplo, Deisy Ventura, *A ordem...op. cit.*, p. 22; Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, *op. cit.*, p. 172-3; e João Mota de Campos, *Direito comunitário o ordenamento jurídico comunitário*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. v. II. p. 242 e ss.

¹⁹³ Deisy Ventura e Ricardo Seitenfus, *Introdução...op. cit.*, p. 191-2.

¹⁹⁴ “A Comissão Européia é a ‘guardiã dos tratados’ e ‘responsável por todos os procedimentos’. Suas atribuições incluem a execução das normas comunitárias (poder executivo) e a elaboração de pareceres e recomendações. O Conselho só pode tomar decisões com base em proposta da Comissão (iniciativa exclusiva). A Comissão representa a UE nos organismos internacionais. Esse leque de relevantes funções faz da Comissão a instituição supranacional mais importante da União”. Cf. Frank R. Pfetsch, *op. cit.*, p. 144.

¹⁹⁵ Patrícia Luíza Kegel, *O sistema de solução de controvérsias na União Européia. Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004. p. 87.

¹⁹⁶ *Ibid.* p. 87-8.

¹⁹⁷ Ricardo Seitenfus e Deisy Ventura, *Introdução...op. cit.*, p. 192.

¹⁹⁸ São elas: recurso por descumprimento (incumprimento), recurso por ilegalidade (anulação, omissão e exceção de ilegalidade), recurso por responsabilidade extracontratual da Comunidade, recurso de pessoal e recurso em matéria de cláusulas compromissórias. Além da competência

como partes Estados-membros *versus* Estados-membros; Estados-membros *versus* instituições comunitárias; Estados-membros *versus* particulares; instituições comunitárias *versus* instituições comunitárias e instituições comunitárias *versus* particulares.

Demandas envolvendo direito comunitário entre particulares somente ocorrem perante as jurisdições nacionais. Nesse caso, havendo dúvida sobre a interpretação ou a validade do direito comunitário, o juiz nacional conta com o instituto do reenvio prejudicial, responsável por promover o diálogo entre as Justiças nacional e a supranacional.¹⁹⁹

No Mercosul não há previsão de instituto semelhante, da mesma forma que os princípios supra elencados. No entanto, os particulares também têm a sua esfera de relações atingida pelas normas do bloco, com a diferença de que no Cone Sul as normas de direito de integração aplicam-se apenas e na medida em que forem incorporadas pelas legislações nacionais. O particular pode e deve acionar o Judiciário nacional no caso de se sentir prejudicado, tendo sempre em vista que o conteúdo da normativa do Mercosul aplicado pelo juiz nacional o é – se o for – porque foi incorporado ao respectivo ordenamento interno. Em outras palavras, o direito do Mercosul é o direito internalizado pelos Estados.

Lembre-se, ademais, que “o conflito entre uma norma comunitária e uma normal nacional é assunto, no Mercosul, de mero direito internacional geral”,²⁰⁰ de maneira que se deve procurar nas respectivas Constituições dos Estados-membros a regra aplicável para o conflito de normas de direito da integração e direito interno. No Brasil, por exemplo, ante a omissão constitucional a respeito da hierarquia entre normas de origem internacional e interna, o Supremo Tribunal Federal (STF) consagrou o entendimento de equivalência entre a lei interna e o tratado internacional, de maneira que se aplica, em caso de conflitos de normas, as regras *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generali*.²⁰¹ Sabe-se, além disso, que para os Estados-membros do Mercosul (também para Argentina e

contenciosa, são da alçada da Justiça comunitária a competência recursal e a voluntária (esta última referente à interpretação e à validade do direito comunitário). Sobre o assunto, conferir: Jânia Maria Lopes Saldanha, op. cit., p. 46-7; Patrícia Luíza Kegel, Tribunal...op. cit., p. 166 e ss; id., O sistema...op. cit., p. 99 e ss; e João Mota de Campos, *Direito comunitário: o ordenamento...*op. cit., p. 395 e ss.

¹⁹⁹ Sobre o reenvio prejudicial, ver ponto 1.2.2.

²⁰⁰ Deisy Ventura, *As assimetrias...*op. cit., p. 170.

²⁰¹ Lei posterior derroga a anterior e lei especial derroga a geral. Cf. *ibid.*, p. 192-3.

Paraguai, que aceitam a supranacionalidade), o *status* das normas de direito internacional, inclusive de direito da integração, é infraconstitucional.²⁰²

Finalmente, é conveniente mencionar a completa ausência legislativa da figura da intervenção de terceiros no Mercosul, seja na etapa de negociação,²⁰³ de conciliação ou de arbitragem.

Apesar disso, as regras de procedimento²⁰⁴ do IX Laudo Arbitral do Mercosul,²⁰⁵ de forma inovadora, previram a possibilidade de convidar as partes a se manifestarem acerca da participação, na qualidade de terceiros, dos demais Estados-membros do Mercosul.²⁰⁶ Na ocasião, os Estados envolvidos na controvérsias opuseram-se à possibilidade, não podendo ser negado, contudo, “o valor que assume a cláusula incorporada, como precedente de futuras atuações”.²⁰⁷

Com base nisso, o primeiro laudo arbitral pronunciado pelo TPR tratou desse tema, inclusive tecendo críticas ao pronunciamento de primeira instância, que interpelou os Estados partes no litígio para saber se concordavam ou não com a intervenção dos demais Estados-membros no Mercosul no processo, na qualidade de terceiros; oportunidade em que o Uruguai opôs-se à intervenção. Segundo o Tribunal, é de sua atribuição e responsabilidade institucional, principalmente em processos relativos ao descumprimento e à incompatibilidade da normativa mercosulina, entregar cópias do processo de ofício aos demais Estados-membros que não participam da controvérsia, independente do consenso das partes envolvidas no litígio. Nesse sentido, aqueles Estados passam a ser terceiros na lide.²⁰⁸ Ainda, para o TPR, tanto uns quanto os outros Estados têm a responsabilidade de manter a confidencialidade do procedimento, uma vez que o seu objetivo no âmbito de um processo de integração não é o mesmo existente no direito privado.

²⁰² Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, op. cit.

²⁰³ Cf. Gualtiero Martín Marchesini, Aspectos procesales del arbitraje comercial internacional. Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005.

²⁰⁴ Conforme determinação da normativa Mercosul/CMC/DEC nº 17/98, artigo 20.

²⁰⁵ Mercosul. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Argentina e a República Oriental do Uruguai sobre a incompatibilidade do regime de estímulo à industrialização de lã outorgado pelo Uruguai estabelecido pela Lei nº 13.695/68 e Decretos Complementares com a normativa Mercosul que regula a aplicação e utilização de incentivos no comércio intrazona. 04 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 02. abr. 2006.

²⁰⁶ Adriana Dreyzin de Klor, Mercosur: los laudos...op. cit., p. 108.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Na ocasião, o Brasil mostrou-se favorável à pretensão da Argentina, enquanto o Paraguai colocou-se ao lado da manifestação uruguaia.

No Mercosul, lacuna semelhante também há em relação ao instituto do *amicus curiae*, oriundo do direito norte-americano e que significa, literalmente, “o amigo da corte”. Assim, o *amicus curiae* é representado por pessoas, entidades ou órgãos que participam da controvérsia para prestar informações a ela relevantes, embora não sejam partes processuais.²⁰⁹

Observe-se, porém, que na fase mercosulina de conciliação, a qual constitui a intervenção agora opcional do GMC, a controvérsia também pode ser levada à sua consideração mediante solicitação de outro Estado, que não os que sejam partes no litígio, desde que prove ser de seu interesse um posicionamento do GMC,²¹⁰ consoante redação dos artigos 6, 3 e 7 do PO. Para alguns, essa possibilidade, de solicitação de um Estado que não inicia o conflito e que pretende tão somente a opinião de um conciliador “lembra a figura do *amicus curiae*, utilizada em tantos outros fóruns internacionais”.²¹¹

Sobre as comunicações de *amicus curiae* na OMC, há diferença de opinião entre os membros sobre a possibilidade de ONGs e de outras entidades, que não os Estados-membros, intervirem nas divergências. No entanto, o entendimento jurisprudencial da OMC, tanto em primeira como em segunda instância, é de que há discricionariedade dos Grupos Especiais e do OAp para aceitá-las ou não, embora não sejam obrigados, em caso de recebimento, a considerá-las.²¹²

Ainda, no contexto das negociações para alteração do ESC, as propostas em geral objetivam conferir maior transparência ao mecanismo de solução de divergências da OMC, não somente dando oportunidade de manifestação às entidades da sociedade civil, na qualidade de *amicus curiae*,²¹³ como regulamentando a sua intervenção.

²⁰⁹ Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 546-7; e Inocêncio Mártires Coelho, As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: RT, n. 6, out./dez. 1998. p. 29-30. Especificamente no direito brasileiro, a Lei nº 9.868/99, que dispôs sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), prevê a figura do *amicus curiae* nessas ações no seu artigo 7º, § 2º.

²¹⁰ Elizabeth Accioly, O atual...op. cit., p. 365.

²¹¹ Ibid., p. 365.

²¹² OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006. Sobre o assunto, ver também Welber Barral, Solução...op. cit., p. 32.

²¹³ Elizabeth Accioly, A reforma...op. cit., p. 145.

Na OMC, há previsão da intervenção de terceiros. No caso específico da segunda instância, somente os Estados partes na controvérsia, com exceção dos terceiros, podem recorrer ao OAp contra a recomendação de um Grupo Especial. Apesar disso, os terceiros que tenham informado ao OSC ter interesse substancial no litígio podem manifestar-se por escrito ao OAp, que poderá ouvi-los.²¹⁴ A respeito da ausência de critérios plausíveis para que um Estado intervenha como terceiro, note-se que tal ferramenta:

[...] foi imaginada como um meio de dar maior transparência à solução adotada, e também de impedir que soluções negociadas pudessem ser alcançadas às custas dos interesses dos demais Membros ou das regras multilaterais do comércio. A prática nesta matéria, entretanto, tem sido de que alguns Membros – notadamente EUA e CE – intervêm como terceiros interessados em praticamente todas as controvérsias, quaisquer que sejam as matérias ou partes envolvidas. Neste caso, seria difícil identificar o interesse concreto desses terceiros. Sua intervenção se explica pelo fato de que esses Membros querem influenciar as interpretações adotadas pelos painéis, de forma a não criar precedentes contrários a seus interesses gerais.²¹⁵

Entretanto, uma das discussões das atuais negociações para reforma do mecanismo de solução de controvérsias da OMC envolve o fortalecimento dos direitos dos terceiros, tanto na etapa das consultas, como perante o Grupo Especial e o OAp, inclusive com a possibilidade de que Estados terceiros que não tenham participado das etapas anteriores possam participar da controvérsia no âmbito recursal.²¹⁶

O artigo 40 do ETJ da UE, por sua vez, permite aos Estados-membros e às instituições das Comunidades intervirem nas causas submetidas ao TJCE. Mais do que isso: qualquer pessoa que demonstre interesse na resolução da causa submetida ao Tribunal – exceto quando a causa for entre Estados-membros, entre instituições das Comunidades, ou entre Estados-membros, de um lado, e instituições das Comunidades, de outro – pode intervir na relação processual. As conclusões do

²¹⁴ ESC, artigo 17, 4.

²¹⁵ Welber Barral, *Solução...op. cit.*, p. 29.

²¹⁶ ESC, artigo 10, 2 e artigo 17, 4. Cf. Valeria S. B. Ferraz e Omar E. Odarda, *op. cit.*, p. 164. Com efeito, atualmente, os Estados que não tenham figurado como terceiros na fase do Grupo Especial estão excluídos da participação como terceiros perante o OAp. Cf. OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

pedido de intervenção, no entanto, devem limitar-se a sustentar as conclusões de uma das partes.²¹⁷ Se o pedido de intervenção for negado perante o TPI, cabe recurso ao TJCE no prazo de duas semanas, a contar da notificação da decisão de indeferimento.²¹⁸

Tendo em vista tais considerações, é fácil concluir que a formação dos pólos passivo e ativo da relação processual do TPR aproxima-se muito mais da OMC do que do sistema judicial instituído na UE, inclusive porque as suas particularidades acabam compensando-se: a reclamação dos particulares, existente no Mercosul, compensa a ausência de maturação da intervenção de terceiros e a própria recepção das comunicações *amicus curiae*, admitidas na OMC.

Ainda, conforme se verificou acima, a formação dos pólos passivo e ativo no contexto do Mercosul não dá margem a qualquer controle da legalidade dos atos das instituições mercosulinas, nem à possibilidade de essas controlarem de forma efetiva os atos não conformes à normativa do Mercosul, adotados pelos Estados-membros. Isso porque não há previsão de “disputas envolvendo os próprios órgãos do Mercosul, entre os funcionários do Mercosul e os seus órgãos, os conflitos normativos entre o ordenamento jurídico do Mercosul e o ordenamento de cada Estado-parte e as controvérsias entre um Estado-parte e o Mercosul ou um de seus órgãos”.²¹⁹

É forçoso admitir, assim, que tanto o sistema do Cone Sul como o da OMC encontram-se bastante aquém da realidade da UE no que atine às partes processuais.

Verificados os aspectos subjetivos da relação processual formada no TPR, é necessário, nesse momento, estudar um dos seus aspectos objetivos, qual seja, a sua função jurisdicional.

²¹⁷ O parágrafo terceiro do mesmo artigo ainda refere que “sem prejuízo do segundo parágrafo, os Estados partes no Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu que não sejam Estados-membros, bem como o Órgão de Fiscalização da EFTA mencionado no referido acordo, podem intervir nos litígios submetidos ao Tribunal que incidam sobre um dos domínios de aplicação do acordo”.

²¹⁸ ETJ, artigo 57.

²¹⁹ Augusto Jaeger Junior, op. cit., p. 575-6.

1.2. A função jurisdicional à luz da competência do Tribunal de Assunção

O âmbito de aplicação do TPR é o mesmo do PO, ou seja, as controvérsias surgidas entre os Estados-membros do Mercosul sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do TA, do POP, dos protocolos e acordos celebrados no marco do TA, das decisões do CMC, das resoluções do GMC e das diretrizes da CCM. Ademais, como já verificado, quando a reclamação for iniciada por um particular, a controvérsia também pode ser instaurada em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-membros, de medidas legais ou administrativas discriminatórias, de efeito restritivo, ou de concorrência desleal, em violação à normativa do Mercosul antes citada.

No caso do OAp, o seu âmbito de aplicação também é o mesmo que o da OMC e diz respeito a qualquer controvérsia entre os seus membros que derivem dos acordos firmados no seu domínio, inclusive do seu acordo constitutivo.

Já o TJCE, ao lado do TPI, é responsável por assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados que instituem as Comunidades Europeias, bem como das normas jurídicas adotadas pelas instituições comunitárias competentes.

Importa ressaltar a dificuldade de estabelecer uma criteriosa comparação entre esses três órgãos jurisdicionais especialmente nesse campo, uma vez que possuem competências específicas e, por vezes, diferenciadas, de acordo com os objetivos e as necessidades da Organização de que fazem parte. No caso do TJCE, com o escopo de garantir a correta interpretação e aplicação do direito comunitário originário e derivado, foram atribuídas à Justiça comunitária amplas competências, exercidas no quadro de diversas espécies de ações e recursos, inexistentes no Mercosul e na OMC.

Conseqüentemente, o ponto de partida do estudo será a competência do TPR, cujas funções jurisdicionais são o conhecimento e a resolução em matéria de opiniões consultivas, a revisão do laudo do TAH apresentado por qualquer das partes – exceto aqueles emitidos com base no princípio *ex aequo et bono* –, a atuação em única instância e nos casos em que os Estados-membros ativem o

procedimento estabelecido para a resolução das medidas excepcionais de urgência.²²⁰

A análise do OAp e do TJCE será feita aqui, mais do que nas passagens anteriores, de maneira incidente, apenas quando desses órgãos jurisdicionais se possa extrair aspectos paradigmáticos e/ou necessários à verificação da pretensão de funcionalidade do Tribunal mercosulino.

Assim, num primeiro momento, serão analisadas a competência recursal do TPR – típica, em regra, de qualquer tribunal – e a possibilidade de atuar em única instância. Posteriormente, será estudada a sua competência para emitir opiniões consultivas e para manifestar-se sobre as medidas excepcionais de urgência. Embora no que tange à competência recursal seja possível aproximar o TPR do OAp e, em certa medida, do TJCE, nos demais aspectos nem sempre tal aproximação é possível ou pacífica, conforme ver-se-á nos pontos seguintes.

1.2.1. A competência recursal e a atuação em única instância

O TPR, como Tribunal de revisão que é, possui competência recursal. A palavra recurso tem um sentido amplo e outro restrito. No sentido amplo, recurso significa qualquer remédio, ação, medida ou socorro enumerados na lei no intuito de defender ou proteger direito lesionado ou ameaçado.²²¹ Já seu sentido restrito, que é o relevante para essa pesquisa, deriva da possibilidade de reforma das decisões. Desse modo, recurso é o remédio processual colocado à disposição das partes – por vezes também de um terceiro – com o objetivo de modificar uma decisão já emitida.²²² Via de regra, essa nova apreciação é feita por um órgão hierarquicamente superior ao que a proferiu,²²³ conquanto a relação jurídica processual mantenha-se a mesma.

Nos termos do artigo 17 do PO, qualquer das partes na controvérsia pode apresentar recurso de revisão ao TPR dos laudos emitidos pelos TAHs, dentro de 15 dias a partir da sua notificação. O recurso deve ter por base as questões

²²⁰ RP, artigo 2.

²²¹ De Plácido e Silva, op. cit., p. 684.

²²² Ibid.

²²³ Nelson Nery Junior, *Princípios fundamentais* – teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 177.

consideradas nas etapas anteriores²²⁴ e será limitado às questões de direito que tiverem sido tratadas e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do TAH. Da leitura do artigo, depreende-se que, além da exclusão das questões de fato, não podem ser objeto de recurso as de direito não tratadas na primeira instância.

Há quem suscite a exigüidade da abrangência do recurso ao TPR, se excluídas as questões de fato, como efetivamente faz o PO. No entanto, é interessante observar que “durante a vigência do Protocolo de Brasília [...] situações de fato alegadas por uma parte e negadas pela outra, que necessitavam da produção de provas e que fundamentavam as decisões, eram muito poucas e bastante limitadas na documentação que informa os laudos arbitrais”.²²⁵

Aliás, sobre a relação entre questões de direito e de fato, cabe aqui uma observação. Embora seja bastante comum, principalmente em sede de interposição de recursos perante órgãos superiores no plano interno,²²⁶ a exigência de que o mesmo restrinja-se às questões de direito, é certo que “toda situação de fato é nova e única”.²²⁷ Ou seja, não há como desvincular a questão de direito da questão de fato posta à apreciação jurisdicional, pois o que será analisado é “este caso” e não “outro caso”. Nesse sentido, deve ser invocada a necessidade de análise acurada de todo e qualquer processo jurisdicional, em virtude das peculiaridades do caso concreto, pois o mundo fático também está incluído no mundo jurídico.²²⁸ Sabiamente, ao pronunciar-se no seu primeiro laudo arbitral, que será estudado ao final dessa dissertação, o TPR definiu o alcance das referidas questões de direito nos recursos interpostos por meio do PO.

Ressalve-se, ainda, que os laudos emitidos com base nos princípios *ex aequo et bono* não são suscetíveis de revisão. Essa expressão, de origem latina, refere-se aos julgamentos realizados de acordo com a equidade, a justiça e o bem.²²⁹ A possibilidade de que os TAHs julguem com base em tais postulados está

²²⁴ RP, artigo 18.

²²⁵ Carlos Alberto González Garabelli, op. cit., p. 224. Tradução livre.

²²⁶ No Brasil, por exemplo, tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possuem súmulas limitando a interposição de recursos extraordinário e especial, respectivamente, às questões de direito. Assim, o teor da Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova, não cabe recurso extraordinário”. No mesmo sentido, a Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Informações disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>> e <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2006.

²²⁷ Cappelletti, *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Antonio Fabris, 1999. p. 25.

²²⁸ Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e ideologia*. Auditório da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). FADISMA. 24 set. 2004. Aula magna.

²²⁹ De Plácido e Silva, op. cit., p. 329.

presente no artigo 34 do PO, que trata do direito aplicável ao mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul. Assim, enquanto o inciso primeiro desse artigo menciona que os TAHs e o TPR decidirão o litígio conforme o disposto no TA, no POP, nos protocolos e acordos celebrados no marco do TA, nas decisões do CMC, nas resoluções do GMC e nas diretrizes da CCM, e nos princípios e disposições de direito internacional aplicáveis à matéria,²³⁰ o inciso segundo prevê a faculdade de que tais órgãos arbitrais – no caso do TPR, apenas quando atuar em única instância – decidam a controvérsia *ex aequo et bono*, se as partes assim acordarem.

A parte recorrida tem o direito de contestar²³¹ o recurso interposto, também no prazo de quinze dias, agora contados da notificação da apresentação recursal,²³² que suspende o cumprimento do laudo emitido pelo TAH.²³³

O TPR deve decidir o recurso em trinta dias, contados da notificação da contestação ou do vencimento do prazo para a sua apresentação. Esse prazo, no entanto, pode ser prorrogado por mais quinze dias, caso o Tribunal assim decida.²³⁴

O alcance do pronunciamento está disposto no artigo 22 do PO, de maneira que a deliberação do TPR, que é definitiva e prevalece sobre a emitida em primeira instância, pode confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões dos TAHs.²³⁵

É importante mencionar a possibilidade de que as partes interponham recurso de esclarecimento do laudo emitido pelo TPR, bem como sobre a forma de cumprimento, possibilidade esta que também existe em relação aos laudos emitidos

²³⁰ Sobre essa previsão, “uma vez que a interpretação da norma do Protocolo de Olivos conduz à conclusão de que, por exemplo, normas multilaterais possam ser aplicadas pelos órgãos judiciais, abre-se um novo questionamento: [...] uma controvérsia entre membros do bloco pode, eventualmente, encontrar-se sob a incidência de normas regionais e multilaterais. Nessas hipóteses, qual a norma a ser aplicada? [...] A jurisprudência do bloco, de uma forma velada, já lidou com o problema. A adoção de uma interpretação teleológica das normas aplicadas até o momento permite apontar para a preferência da norma que provocar maior liberalização de comércio”. Henrique Choer de Moraes, op. cit., p. 70. No mesmo sentido, Welber Barral, *As inovações...* op. cit., p. 244.

²³¹ No direito brasileiro, a contestação é uma das espécies de resposta do réu, ao lado da exceção e da reconvenção. A contestação “é o meio de resistência direta à pretensão do autor, tanto por motivos de mérito como processuais”. Cf. Humbertho Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I. p. 58. Para recursos em geral, a resposta da parte recorrida denomina-se contra-razões.

²³² PO, artigo 21, 1.

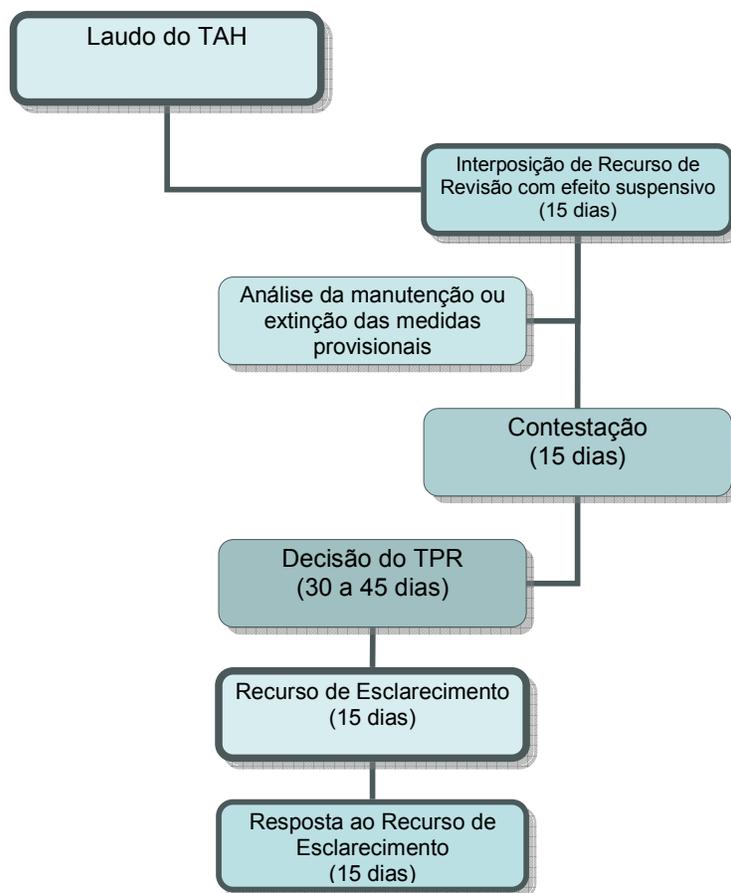
²³³ PO, artigo 29, 2. “O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso. Pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso”. Cf. Nelson Nery Junior, *Princípios fundamentais...* op. cit., p. 383.

²³⁴ PO, artigo 21, 2.

²³⁵ PO, artigo 22.

pelos TAHs, dentro do prazo de quinze dias subsequentes à sua notificação.²³⁶ O Tribunal terá igualmente quinze dias para responder ao recurso em questão, podendo inclusive outorgar prazo adicional para o cumprimento do laudo.²³⁷

Procedimento do Recurso de Revisão no TPR



Ademais, se o laudo proferido pelos TAHs for objeto do recurso de revisão, as medidas provisionais²³⁸ que não tenham sido deixadas sem efeito antes

²³⁶ PO, artigo 28, 1. Analogicamente, pode-se dizer que essa figura processual é semelhante aos embargos de declaração existentes no direito brasileiro, que podem ser opostos quando houver, na decisão, obscuridade ou contradição ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou o tribunal. Cf. Presidência da República, Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2006. Para Elizabeth Accioly, “o recurso de esclarecimento previsto tanto no PB como no PO tem sido utilizado amiudamente nos laudos arbitrais hoje proferidos, mas não com o vício de procrastinação que a figura dos embargos de declaração muitas vezes encerra nos ordenamentos jurídicos nacionais, mas sim para aclarar alguns pontos da decisão ou para reparar uma omissão, situações que podem vir a ocorrer mais freqüentemente pela novidade do direito mercosureno”. Cf. *Sistema...op. cit.*, p. 44-5.

²³⁷ PO, artigo 28, 2.

da sua emissão serão mantidas, cabendo ao TPR, em sua primeira reunião, deliberar sobre a sua manutenção ou extinção.²³⁹ Mas o que são as medidas provisionais? O artigo 15 do PO não as define. Determina apenas que o TAH pode, desde que haja solicitação da parte interessada e mediante presunções fundamentadas de que a manutenção da situação poderá ocasionar danos graves e irreparáveis a uma das partes na controvérsia, ditar medidas provisionais que entenda adequadas na prevenção de tais danos, podendo, ainda, torná-las sem efeito a qualquer momento. Embora o PO não explicita quais as espécies de medidas provisionais que podem ser adotadas, a doutrina costuma, analogicamente, recorrer às medidas cautelares previstas no direito interno.²⁴⁰

Da leitura do artigo 15, conjugado com o artigo 23 do PO,²⁴¹ resulta que o TPR só terá competência para ditar medidas provisionais quando as partes o acessarem diretamente, competência que será analisada mais adiante. Caso isso não ocorra, o Tribunal somente tem alçada para resolver sobre a sua manutenção ou extinção, no caso de interposição de recurso, nos termos do artigo 15 já citado.²⁴² Essa interpretação também está em consonância com o artigo 29 do RPO, em virtude do qual o TPR pronuncia-se a respeito da continuidade ou término das medidas provisionais emitidas pelos TAHs, devendo notificar imediatamente a sua decisão às partes da controvérsia.

²³⁸ Alguns autores, entre eles Elizabeth Accioly e Eduardo Biacchi Gomes, adotam a denominação “medidas provisórias” ao invés de “medidas provisionais” (cf., respectivamente, O Atual...op. cit., p. 369; e Protocolo...op. cit., p. 86). No entanto, é preferível adotar a última nomenclatura, principalmente no direito brasileiro, que já conta com instituto de mesmo nome, mas de significado completamente diverso. Trata-se da faculdade do Presidente da República de editar atos normativos com força de lei em casos de relevância e urgência. Cf. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

²³⁹ PO, artigo 15, 3.

²⁴⁰ No direito brasileiro, por exemplo, os procedimentos cautelares específicos são o arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão, a exibição, a produção antecipada de provas, o arrolamento de bens, a justificação, a homologação de penhor legal, entre outros. Cf. Presidência da República, Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2006.

²⁴¹ A redação do artigo 23 do PO consta na nota de rodapé 55.

²⁴² Nesse mesmo sentido, Evelio Fernandez Arevalos, Opiniones consultivas, medidas provisionales y medidas excepcionales y de urgencia. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 63-4. Interpreta diversamente o conteúdo de Olivos, Eduardo Biacchi Gomes, para quem “também foi estabelecida, de forma mais clara, a possibilidade de adoção de medidas provisórias, tendo o Tribunal a competência de, a qualquer momento, definir as medidas a serem adotadas para prevenir eventuais danos, bem como sustar medidas”. Cf. Protocolo...op. cit, p. 86.

No contexto da OMC, a competência recursal está disciplinada no artigo 17 do ESC. Assim, o OAp aprecia os recursos de apelação interpostos contra os relatórios dos Grupos Especiais, o que permite que este órgão corrija possíveis erros jurídicos emanados na primeira instância. O papel do OAp é consolidar entendimentos coerentes, além de trazer previsibilidade ao sistema multilateral de comércio.²⁴³ Assim, sempre que for apresentada uma apelação, o relatório recorrido não pode ser adotado pelo OSC, havendo a suspensão dos efeitos da decisão do Grupo Especial. O apelante deve informar ao OAp a sua decisão de recorrer antes de adoção do relatório do Grupo Especial.

Na OMC, não há prazo claro e específico para a interposição da apelação. O certo é que ela deve ocorrer antes da adoção do relatório do Grupo Especial, que, por sua vez, não pode acontecer antes de transcorridos vinte dias nem depois de transcorridos sessenta dias, contados da sua distribuição. Dentro desse prazo, o relatório do Grupo Especial pode inscrever-se na ordem do dia do OSC,²⁴⁴ contando os dez dias de antecedência exigidos para a solicitação de inclusão dos pontos na pauta da reunião seguinte. O prazo para interposição da apelação, portanto, varia de vinte a sessenta dias.²⁴⁵ Desse modo, se a parte vencedora do procedimento do Grupo Especial objetiva abreviar o prazo da apelação de que dispõe a parte contrária, pode fazê-lo incluindo o relatório de primeira instância na ordem do dia de uma reunião do OSC, celebrada dentro de vinte dias contados da sua distribuição.²⁴⁶

Somente as partes da controvérsia podem apelar, excluídos os terceiros, que têm a sua atuação restrita às comunicações por escrito ao OAp dentro dos vinte e cinco dias seguintes ao aviso de apelação. O OAp poderá ouvi-los, desde que tenham atuado nessa condição perante o Grupo Especial.²⁴⁷

O apelado tem o direito de contestar. Assim, dentro de vinte e cinco dias contados da notificação do apelante ao OSC da sua intenção de recorrer, o apelado deve arquivar as suas razões escritas junto ao Secretariado.²⁴⁸

²⁴³ OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

²⁴⁴ ESC, artigo 16, 4.

²⁴⁵ Cf. Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006

²⁴⁶ Ibid.

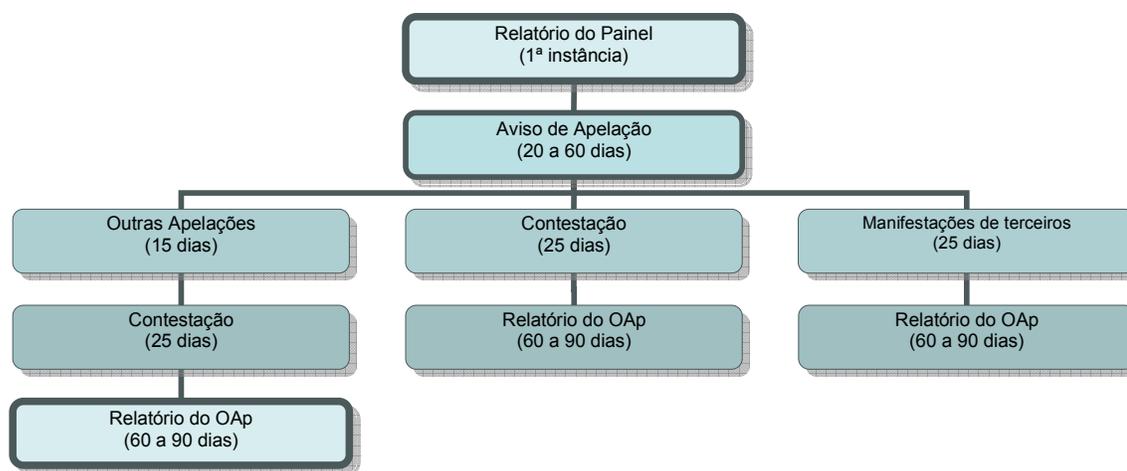
²⁴⁷ ESC, artigo 17, 2 e artigo 10, 2. A respeito das negociações para reforma do ESC nessa temática, ver item 1.1.2.

²⁴⁸ Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 26.

Há possibilidade, ainda, de que uma parte envolvida na controvérsia, que não o apelante inicial, queira também recorrer, independente de usar os mesmos argumentos da apelação originária. Nesse caso, o interessado deve arquivar as suas razões junto ao Secretariado dentro de quinze dias do aviso de apelação inicial. Também aqui as demais partes têm o direito de contestar.²⁴⁹

A previsão é de que o procedimento de apelação não exceda a sessenta dias, contados entre a data em que uma parte notifica formalmente a outra da sua decisão de recorrer e a data em que o OAp distribui o seu relatório. Apesar disso, o OAp pode prorrogar esse prazo, desde que justifique os motivos por escrito ao OSC e que a dilatação não ultrapasse noventa dias.²⁵⁰

Procedimento de Apelação perante o OAp



Tal qual acontece no Mercosul, a apelação tratará apenas das questões de direito abordadas pelo Grupo Especial e das interpretações jurídicas por ele formuladas,²⁵¹ motivo pelo qual a diferenciação entre questões jurídicas e fáticas é tida como muito importante.²⁵² Em função dos debates intermináveis que geralmente nascem de uma discussão que tenta identificar se determinada questão

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ ESC, artigo 17, 5. A leitura do ESC permite interpretar que esse prazo conta-se desde a notificação da parte de sua intenção de recorrer (Cf. Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 25). Entre as várias propostas de aprimoramento do ESC, uma delas envolve o aumento de sessenta para noventa dias ordinários, e de noventa para cento e vinte extraordinários, de duração do procedimento de apelação. Cf. Valeria S. B. Ferraz e Omar E. Odarda, op. cit., p. 165.

²⁵¹ ESC, artigo 17, 9.

²⁵² OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

é de fato ou de direito, o “OAp tem adotado a postura de só examinar matéria na qual a questão jurídica do problema esteja expressamente manifesta”.²⁵³ Além disso, o OAp pode confirmar, modificar ou revogar as constatações e conclusões jurídicas do Grupo Especial.²⁵⁴

Não se fala em figura semelhante ao recurso de esclarecimento no âmbito do OAp, mas os membros da OMC têm o direito de expor as suas opiniões sobre os relatórios de segunda instância, independente da sua adoção pelo OSC.²⁵⁵

A competência recursal do TJCE advém das decisões emanadas do TPI, que julga processos em que os particulares – indivíduos ou empresas – sejam demandantes.²⁵⁶ O TJCE, portanto, é competente para apreciar o recurso ordinário ou de cassação das decisões proferidas pelo TPI.²⁵⁷

Já se mencionou que a Justiça comunitária conta com uma série de ações e recursos²⁵⁸ específicos. No entanto, em algumas hipóteses a competência originária é do próprio TJCE, como no caso do recurso por descumprimento e do controle prévio dos acordos internacionais, oportunidades em que, obviamente, não haverá possibilidade de recurso ao mesmo Tribunal.

Em outras espécies de ações e recursos, a competência pode ser tanto do TJCE como do TPI,²⁵⁹ de acordo com as normas próprias de distribuição de

²⁵³ Welber Barral, Solução...op. cit., p. 41.

²⁵⁴ ESC, artigo 17, 13. Curiosamente, o OAP pode não completar a análise jurídica, não somente quando há insuficiência de fatos, mas também quando se alega uma questão nova em segunda instância, não devidamente tratada no âmbito do Grupo Especial. Cf. OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

²⁵⁵ ESC, artigo 17, 14.

²⁵⁶ João Mota de Campos, *Direito Comunitário: o direito...*op. cit., p. 345.

²⁵⁷ Em alguns casos também o TPI tem competência recursal. Conforme o artigo 225-A do TCE, “as decisões das câmaras jurisdicionais podem ser objeto de recurso para o Tribunal de Primeira Instância limitado às questões de direito ou, quando tal estiver previsto na decisão que cria a câmara, que incida também sobre as questões de fato”. Estas câmaras, por sua vez, são criadas pelo Conselho, por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu e à Comissão. A sua competência é conhecer em primeira instância certas categorias de recursos em matérias específicas. O Tribunal de Função Pública (TPF) foi criado a partir dessa permissão legislativa.

²⁵⁸ Observa-se que, muitas vezes, o que se chama recurso no âmbito do direito comunitário europeu seria, no contexto de outras legislações, inclusive na brasileira, uma ação autônoma. Segundo Nelson Nery Junior: “é, portanto, tarefa exclusiva do direito positivo, estabelecer quais desses remédios são, efetivamente, recursos. Daí a razão por que já se afirmou, com acerto, que não se pode determinar um conceito de recurso *anterior* ao que se encontra regulamentado pelo sistema da lei. Como decorrência, remédio que entre nós é recurso pode não possuir essa natureza jurídica em outro sistema e vice-versa”. Cf. *Princípios fundamentais...*op. cit., p. 177.

²⁵⁹ A competência em primeira instância pode ser também das câmaras jurisdicionais, mencionadas na nota de rodapé 257 supracitada. Assim é a redação do artigo 225 do TCE: “O Tribunal de Primeira Instância é competente para conhecer em primeira instância dos recursos referidos nos artigos 230, 235, 236 e 238, com exceção dos atribuídos a uma câmara jurisdicional e dos que o

competências. Estão englobados aqui o recurso por omissão, o recurso de anulação, a exceção de ilegalidade e os recursos em matéria de cláusulas compromissórias.²⁶⁰ Nesses casos, só haverá possibilidade de recurso quando a competência originária for do TPI.

Finalmente, há processos em que a competência originária é do TPI, de maneira que o recurso ao TJCE sempre é cabível. Assim ocorre com o recurso por responsabilidade extracontratual das Comunidades. Antes também era da competência do TPI o conhecimento e o julgamento do chamado recurso de pessoal, concernente aos litígios envolvendo as Comunidades e os seus agentes.²⁶¹ Atualmente, quem exerce essa competência é o Tribunal da Função Pública (TFP),²⁶² com a possibilidade de interposição de recurso de cassação para o TPI.

Segundo o artigo 56 do ETJ, os recursos das decisões do TPI interpostos junto ao TJCE são cabíveis quando puserem termo à instância, quando conhecerem apenas parcialmente o mérito da causa ou quando puserem termo a um incidente processual relativo a uma exceção de incompetência ou a uma questão prévia de inadmissibilidade. O prazo para interposição é de dois meses, contados a partir da notificação da decisão impugnada.²⁶³

Qualquer das partes que sucumba à decisão está legitimada a recorrer. No entanto, salvo se as partes forem os Estados-membros e as instituições comunitárias, o recurso só é cabível se a decisão do TPI as afetar diretamente. Além disso, tanto os Estados-membros como as instituições que não tenham participado na causa em primeira instância podem recorrer, desde que tenham uma posição idêntica às dos Estados e instituições que tenham participado do processo perante o TPI. Essa regra não é aplicável, contudo, nas ações envolvendo as Comunidades e os seus agentes.²⁶⁴

Estatuto reservar para o Tribunal de Justiça. O Estatuto pode prever que o Tribunal de Primeira Instância seja competente para outras categorias de recursos”.

²⁶⁰ “Nos contratos celebrados pela Comunidade, a inserção da cláusula compromissória remete diretamente ao TPI e em relação às diferenças entre Estados-membros, a competência é do Tribunal de Justiça”. Cf. Patrícia Luíza Kegel, *O sistema...op. cit.*, p. 109.

²⁶¹ TCE, em especial os artigos 225, 227, 228, 230, 232, 235 e 236.

²⁶² Decisão CE, EURATOM/752/2004. Segundo o artigo 1º do anexo da referida Decisão, o TPF exerce, “em primeira instância, a competência para decidir dos litígios entre as Comunidades e os seus agentes por força do artigo 236 do Tratado CE e do artigo 152 do Tratado CEEA, incluindo litígios entre qualquer órgão ou organismo e o seu pessoal, relativamente aos quais seja atribuída competência ao Tribunal de Justiça”.

²⁶³ ETJ, artigo 56, 1.

²⁶⁴ ETJ, artigo 56, 2 e 3.

O recurso ao TJCE, tal qual ocorre no TPR e no OAp, é limitado às questões de direito. A sua fundamentação pode ser a incompetência do TPI, eventuais irregularidades processuais perante o mesmo e que prejudicam interesses do recorrente, além da violação ao direito comunitário pela decisão de primeira instância.²⁶⁵

O processo perante o TJCE envolve duas fases: uma escrita e outra oral. Em determinadas condições, fixadas no RPTJ e depois de ouvidos o advogado-geral e as partes, esta última fase pode ser suprimida.²⁶⁶

Em regra, a interposição do recurso junto ao TJCE não suspende os efeitos da decisão emanada pelo TPI.²⁶⁷ Apesar disso, o TJCE pode ordenar a suspensão da execução do ato impugnado, caso considere necessário.²⁶⁸

Nos termos do artigo 115 do RPTJ, a petição, protocolada na Secretaria, é notificada ao demandado, que tem o prazo de dois meses, a contar da notificação da petição, para apresentar uma resposta.²⁶⁹

No caso do recurso submetido ao TJCE ser julgado procedente, ocorre a anulação da decisão de primeira instância. O Tribunal pode decidir definitivamente o litígio, ou, se isso não for possível, remeter o processo ao TPI para julgamento, que fica vinculado à solução dada às questões de direito pela segunda instância.²⁷⁰

Importa frisar, ainda, que, caso um recurso interposto por um Estado-membro ou por uma instituição das Comunidades que não tenha atuado em primeira instância for julgado procedente, o TJCE, se assim entender necessário, pode indicar quais os efeitos da decisão anulada que devem ser considerados subsistentes em relação às partes no litígio.²⁷¹

²⁶⁵ ETJ, artigo 58.

²⁶⁶ ETJ, artigo 29.

²⁶⁷ ETJ, artigo 60.

²⁶⁸ TCE, artigo 242.

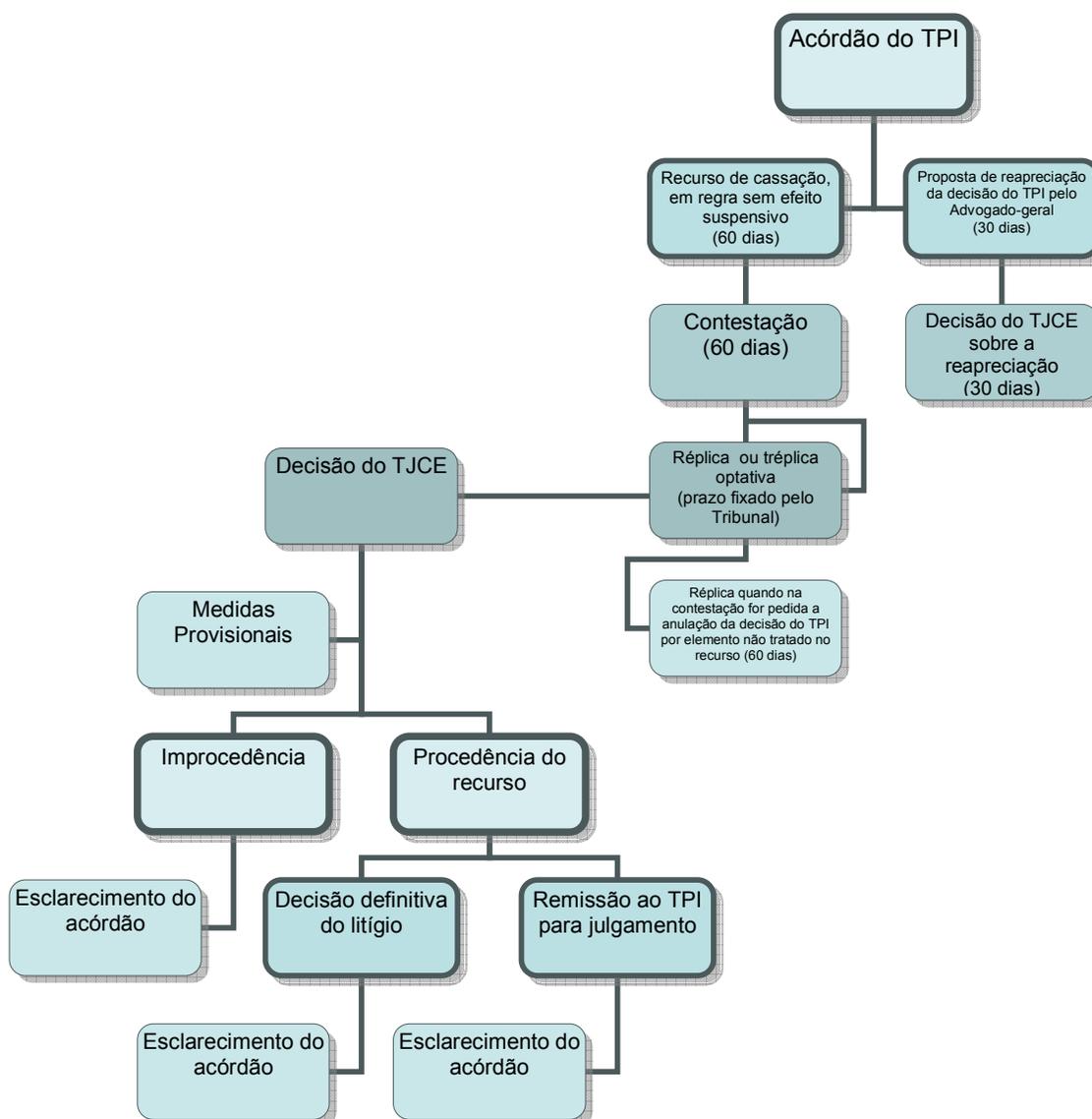
²⁶⁹ Ainda, segundo o artigo 117 do RPTJ: “1. O recurso e a resposta podem ser completados por uma réplica e por uma tréplica quando o presidente, tendo-lhe sido apresentado um pedido nesse sentido pelo recorrente no prazo de sete dias a contar da notificação da resposta, o julgar necessário e expressamente autorizar a apresentação de uma réplica para permitir ao recorrente a defesa do seu ponto de vista ou para 53 preparar a decisão sobre o recurso. O presidente fixa a data em que a réplica deve ser apresentada e, ao notificar este articulado, a data em que a tréplica deve ser apresentada. 2. Quando nas conclusões da resposta for requerida a anulação total ou parcial da decisão do Tribunal de Primeira Instância com base num fundamento não aduzido na petição de recurso, o recorrente, ou qualquer outra parte, pode apresentar uma réplica limitada a esse fundamento, no prazo de dois meses a contar da notificação da referida resposta. O n.º 1 do presente artigo aplica-se a qualquer memorando complementar a apresentar na seqüência da réplica acima referida”.

²⁷⁰ ETJ, artigo 61, 1 e 2.

²⁷¹ ETJ, artigo 61, 3.

O artigo 62 do ETJ prevê uma espécie de recurso de ofício de determinadas decisões do TPI. Assim, nos casos previstos no artigo 225, 2 e 3 do TCE, e sempre que avalie existir um risco de grave lesão da unidade ou da coerência do direito comunitário, cabe ao advogado-geral propor ao TJCE que reaprecie a decisão do TPI, desde que tal recurso seja apresentado dentro de um mês da data da decisão de primeira instância. O TJCE tem o mesmo prazo para considerar se deve ou não reapreciar a decisão.

Procedimento do Recurso de Cassação no TJCE



O TJCE, a exemplo do que ocorre no Mercosul, também pode esclarecer sobre o sentido e o alcance de uma decisão, desde que uma parte ou uma instituição das Comunidades o requeira.²⁷²

Ainda, e também de forma similar ao que ocorre no Cone Sul, o TJCE tem competência para ordenar medidas provisionais necessárias nas causas submetidas à sua apreciação.²⁷³ Diz-se de forma similar porque, como já foi visto, o TPR só tem competência para ditar medidas provisionais quando atuar em única instância. Na esfera recursal, está limitado a deliberar sobre a sua manutenção ou extinção quando da primeira reunião.

Verifica-se, do que foi exposto até aqui, que o PO confere ao Mercosul marco institucional inexistente no direito comunitário, uma vez que a possibilidade de o TJCE atuar como instância de revisão frente às decisões do TPI existe apenas para algumas ações específicas.²⁷⁴ Essa observação permite aproximar o TPR do OAp e afastá-lo, uma vez mais, do TJCE. No entanto, não se pode esquecer que também no Mercosul não é toda e qualquer decisão que pode ser objeto de recurso perante o TPR. No caso das opiniões consultivas e das medidas excepcionais de urgência a competência é originária do Tribunal. Além disso, o PO também permite que o TPR seja acionado diretamente.

Com efeito, um aspecto bastante interessante e inovador do PO foi a possibilidade de as partes acessarem diretamente o TPR, desde que o acordem expressamente. Nesse caso, o Tribunal terá as mesmas competências que um TAH, aplicando-se, no que for cabível, os artigos 9, 12, 13, 14, 15 e 16 do PO.²⁷⁵ Nessa hipótese, o TPR estará integrado por todos os seus membros.²⁷⁶

Os motivos da inserção de tal possibilidade remontam aos primeiros projetos de reforma do PB, pois desde o início o Uruguai defendia com veemência a criação de um Tribunal de Justiça para o Mercosul. Posteriormente, o Uruguai moderou o seu posicionamento inicial e foi favorável à constituição de um tribunal arbitral permanente, com competência para conhecer de consultas e conflitos entre Estados e entre estes e particulares. O projeto encaminhado aos coordenadores do GMC continha as alternativas sugeridas pelo Uruguai e as propostas dos demais

²⁷² ETJ, artigo 43.

²⁷³ TCE, artigo 243.

²⁷⁴ Henrique Choer Moraes, op. cit., p. 63.

²⁷⁵ PO, artigo 23, 1. Na RP estão disciplinados os meios de provas cabíveis, bem como a sua admissibilidade e diligenciamento, quando o Tribunal atuar como instância única (artigo 21).

²⁷⁶ RPO, artigo 39, 2.

países. A criação de uma instância revisora do direito, através de um órgão estável composto por cinco juristas, foi, de início, recusada pelo Uruguai, que entendia que os laudos deveriam ser inapeláveis.²⁷⁷

Ao final, portanto, “restou contemplada a iniciativa de algumas delegações de instituir um mecanismo de revisão e a de outras de estabelecer um tribunal permanente e ativo e não meramente restrito a cumprir funções como instância superior”.²⁷⁸ Isso foi feito através da instituição do TPR como instância revisora, mas também pela possibilidade de supressão da primeira instância *ad hoc*, caso as partes concordem expressamente.

Nesse contexto, para alguns a intenção do artigo 23 foi de fortalecer o TPR por vias oblíquas, em prejuízo dos TAHs, uma vez que as partes podem deixar de utilizar a instância *ad hoc* e recorrer diretamente ao TPR. No entanto, até o momento o sistema do PO foi utilizado somente uma vez. Nessa oportunidade, as partes não concordaram em acionar diretamente o Tribunal. Da mesma forma, a parte prejudicada pelo laudo arbitral interpôs recurso de revisão, o que parece fortalecer o duplo grau de jurisdição no bloco. Essa apreciação, contudo, também é apressada, pois a análise empírica de funcionamento do TPR é deveras limitada, sendo difícil, senão impossível, afirmar qual será a preferência das partes na condução de suas controvérsias entre as alternativas existentes. Mesmo porque, se é certo que as críticas dirigidas à inconveniência de se adotar um órgão *ad hoc* de solução de controvérsias são procedentes,²⁷⁹ não é menos certo que a possibilidade de acionar uma segunda instância no intuito de reformar decisão desfavorável também é bastante tentadora, embora torne o processo mais moroso.

Tanto no OAp como no TJCE inexistente previsão similar. Mesmo assim, pode-se afirmar que a prática instituída em Olivos pode ter o condão de conferir maturidade institucional ao bloco. Desse modo, “conforme a *preferência* dos sócios, o sistema regional de solução de controvérsias pode aproximar-se mais do Sistema

²⁷⁷ O histórico da elaboração do PO consta em Luiz Otávio Pimentel e Adriana Dreyzin de Klor, O sistema...op. cit. p. 146-60. Especificamente sobre as opiniões das delegações acerca da necessidade de instituição de um tribunal permanente, consultar: Carlos Alberto González Garabelli, op. cit., p. 208-10.

²⁷⁸ Berta Feder, El protocolo de Olivos para la solución de controvérsias del Mercosur: algunos aspectos particulares (técnico jurídicos, organico institucionales, procesales). In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 259. Tradução livre.

²⁷⁹ Alejandro Daniel Perotti, El segundo fallo arbitral del Mercosur o el amargo despertar de nuestro sistema de solución de controversias. *Revista de derecho do Mercosul*. Tucuman: La Ley, n. 2, abr. 2000. p. 144.

Comunitário (em que inexistente a instância *ad hoc*) ou firmar-se em moldes similares ao sistema multilateral (com a diferença da inexistência de painéis)”.²⁸⁰

Além da competência recursal e da possibilidade de atuar em única instância, o TPR é competente para emitir opiniões consultivas e decidir sobre as medidas excepcionais de urgência. No caso das opiniões consultivas, é possível fazer uma aproximação, mesmo que tímida, com o reenvio prejudicial europeu. Já no que tange às medidas excepcionais de urgência, tanto a OMC como a UE contam com atribuições em parte, ou de certo modo, semelhantes.

1.2.2. As opiniões consultivas e as medidas excepcionais de urgência

Sabe-se que uma preocupação constante em processos integracionistas é a necessária adequação do direito interno ao direito comunitário, uma vez que ambos não se excluem, mas convivem harmoniosamente. Essa questão está relacionada à correta e igual aplicação do direito comunitário por todos os Estados-membros.

No direito do Mercosul as opiniões consultivas não chegam a prestar-se a esse papel, a não ser que sejam aprofundadas para algo análogo ao reenvio prejudicial do direito comunitário europeu, figura processual carente de caráter contencioso, responsável pelo diálogo ou intercâmbio de cooperação entre o TJCE e/ou o TPI e as jurisdições nacionais, cujo maior escopo é assegurar a uniformidade da aplicação e da interpretação do direito comunitário.

De fato, além de atuar no denominado contencioso comunitário,²⁸¹ o TJCE é responsável por dar uma resposta definitiva às questões de interpretação do direito comunitário originário e derivado, e de validade deste último, por meio da cooperação jurisdicional com as instâncias nacionais. Isso porque, “ante a falta de competência genérica do Tribunal de Justiça, os Tratados constitutivos confiaram às jurisdições nacionais a missão de aplicar as normas comunitárias”.²⁸² É aqui que se insere a figura do reenvio prejudicial.

²⁸⁰ Henrique Choer de Moraes, op. cit., p. 63-4.

²⁸¹ A respeito, vide nota de rodapé 198.

²⁸² Jânia Maria Lopes Saldanha, op. cit., p. 23.

A competência do TJCE dentro do sistema de cooperação jurisdicional por meio do reenvio prejudicial foi prevista pela primeira vez no artigo 41 da CECA, ao referir que “só o tribunal é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a validade das deliberações da Alta Autoridade ou do Conselho se, em litígio submetido a um tribunal nacional, esta validade for posta em causa”. Já os Tratados da Comunidade Econômica Européia (CEE) e da Comunidade da Energia Atômica (EURATOM) determinaram, em seus artigos 177²⁸³ e 150, respectivamente, que, em matéria de interpretação e validade dos atos comunitários

O Tribunal de Justiça é competente para decidir a título prejudicial: a) sobre a interpretação do presente Tratado; b) sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade; c) sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por um ato do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Ademais, o Tratado de Amsterdã modificou o teor da letra “b”, acima transcrita, renumerando o artigo 177 para 234 e estendendo a competência do TJCE para decidir sobre “a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade e pelo Banco Central Europeu (BCE)”. A competência para analisar questões prejudiciais por parte do TPI foi prevista no Tratado de Nice, de 10 de março de 2001, vigente desde 1º de fevereiro de 2003.²⁸⁴ Com efeito, o seu artigo 225, 3, além de dispor sobre a competência do TPI para conhecer as questões prejudiciais submetidas, por força do artigo 234, em matérias específicas determinadas no Estatuto, prevê também a possibilidade deste Tribunal remeter a causa ao TJCE para deliberação, sempre que entender que a causa exige uma decisão de princípio suscetível de afetar a unidade ou a coerência do direito comunitário. Afora isso, excepcionalmente, as decisões proferidas pelo TPI em matéria de questão prejudicial podem ser reapreciadas pelo TJCE, caso exista risco

²⁸³ “Anterior a toda institucionalização comunitário-européia, é no Benelux que se encontram as raízes históricas do significativo art. 177 do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, a instituir o reenvio pré-judicial”. Cf. Jorge Fontoura, A evolução do sistema de solução de controvérsias – de Brasília a Olivos. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 276.

²⁸⁴ “Até a entrada em vigor do Tratado de Nice, a competência originária para conhecer do recurso prejudicial era do Tribunal de Justiça. Com a nova redação do art. 225, o TPI passa a ser competente para conhecer das questões prejudiciais nas matérias especificadas no Estatuto. O recurso ao Tribunal ocorre apenas se existe risco de lesão da unidade ou coerência do direito comunitário”. Cf. Segundo Patrícia Luíza Kegel, Tribunal...op. cit., p. 164-5.

de grave lesão da unidade e coerência do direito comunitário, nas condições definidas pelo Estatuto.

É importante ressaltar o papel de destaque que o TJCE exerceu sobre a uniformização e sobre a própria construção do direito comunitário, pois a competência para a realização da cooperação jurisdicional, através do reenvio prejudicial pelo TPI, é bastante recente. Com efeito, o TJCE é considerado o guardião do direito comunitário, responsável pelo controle de legalidade do mesmo, embora não seja hierarquicamente superior às jurisdições nacionais. Inexistente tal hierarquia, bem como uma jurisdição comunitária genérica da UE, afigura-se imprescindível a cooperação entre o TJCE e o TPI e as jurisdições nacionais através do reenvio prejudicial.

Mas o que é, exatamente, o reenvio prejudicial? “É um mecanismo de direito processual comunitário, ‘destituído de caráter contencioso’, que permite às jurisdições nacionais dos Estados-membros da União Européia buscar resposta”²⁸⁵ junto ao TJCE ou ao TPI, “a respeito de uma questão prejudicial à resolução do objeto litigioso que fundamentou a eventual ação proposta”.²⁸⁶

Em outras palavras, sempre que, para a decisão de mérito de um processo ajuizado perante as jurisdições nacionais dos Estados-membros da UE, houver necessidade de, incidentalmente, interpretar ou declarar a (in) validade de norma de direito comunitário, essas jurisdições podem e, em certos casos, devem, remeter a questão ao TJCE ou ao TPI, para que se pronunciem a respeito.²⁸⁷ Isso porque “os juízes nacionais são os aplicadores natos das normas de direito comunitário”.²⁸⁸

Obviamente, as normas do processo comunitário acabam incidindo sobre a vida e as relações dos cidadãos da União, que precisam obter uma resposta junto aos órgãos jurisdicionais em caso de conflito. Para evitar que cada Estado-membro decidisse sobre a interpretação e a validade do direito comunitário da forma como melhor lhe aprouvesse, criando decisões díspares sobre o mesmo assunto

²⁸⁵ Jânia Maria Lopes Saldanha, op. cit., p. 34.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Segundo a doutrina processualista, denomina-se prejudicial qualquer questão prévia de cuja resolução dependa o mérito da demanda, de maneira que a sua resolução subordina o resultado do processo. Cf. *ibid.*, p. 32-3; e Ovídio Baptista da Silva, *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. I. p. 328 e ss.

²⁸⁸ Jânia Maria Lopes Saldanha, op. cit., p. 35.

nas esferas nacionais e supranacionais, o reenvio prejudicial foi peça fundamental.²⁸⁹

Conceituado o instituto, especialmente o seu objetivo, que é o de garantir a aplicação rigorosamente igual do direito comunitário por todos os Estados-membros da UE, cabe, agora, referir as suas principais características.

Primeiramente, é de se destacar que o reenvio prejudicial não tem caráter contencioso, obedecendo à via processual objetiva.²⁹⁰ Nesse contexto, a relação que se estabelece é de juiz para juiz – do juiz nacional para o juiz do TJCE ou do TPI –, não havendo partes e contraditório. É o juiz nacional quem remete a questão prejudicial para um dos tribunais competentes, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público. A decisão sobre a necessidade e a conveniência de proceder ou não ao reenvio cabe ao juiz nacional, a não ser que o julgamento esteja em última instância na jurisdição nacional ou na hipótese de o juiz pretender declarar a invalidade da norma de direito comunitário derivado.

Explica-se: de regra, o juiz nacional decide se submete a questão à apreciação do TJCE ou do TPI, a depender da competência. Mesmo que as partes e o Ministério Público o requeiram, quem determina a necessidade e a conveniência da remessa é o juiz nacional. Casos há, contudo, em que o juiz nacional está obrigado a proceder ao reenvio: i) quando estiver julgando em última instância, independentemente de a decisão envolver questão de interpretação ou de validade do direito comunitário; ii) e quando pretender declarar a invalidade do direito comunitário, já que os juízes nacionais têm apenas competência para reconhecer a sua validade.²⁹¹

Do mesmo modo, é obrigação do juiz nacional motivar a ordem de reenvio, sob pena de não recebimento da questão pela instância supranacional. No entanto, além de não existir um momento definido para suscitar a questão prejudicial, todo o processo de veiculação da mesma é simples, desprezando

²⁸⁹ Atente-se para o fato de que nem sempre os juízes nacionais da Comunidade aceitaram com tanta facilidade submeter as questões prejudiciais à jurisdição supranacional, numa atitude de cunho bastante nacionalista e não integracionista. Nas palavras de Jânia Maria Lopes Saldanha, “não obstante, na sua construção doutrinária, o reenvio prejudicial, na condição de instituto jurídico-processual, encontrou resistência em seu uso por parte dos juízes nacionais”. Cf. *ibid.*, p. 36. Sobre o mesmo assunto, p. 98-9.

²⁹⁰ Kurt Riechenber, *El proceso prejudicial en la Unión Europea. Anuário de Derecho constitucional latinoamericano*. t. II. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004. p. 1011-23.

²⁹¹ Essa obrigatoriedade é resultado do julgamento de diversos reenvios prejudiciais por parte do TJCE e não está imune a críticas, conforme demonstra Jânia Maria Lopes Saldanha, *op. cit.*, p. 84-6.

grandes formalidades. Há, contudo, por força das próprias características do procedimento, a obrigatoriedade de satisfação de duas fases: a primeira perante o juiz nacional e a segunda perante o TJCE ou o TPI.

Note-se que, uma vez realizado o reenvio, o processo principal, que tramita perante a jurisdição nacional, fica suspenso, aguardando o resultado da instância supranacional. A consequência lógica é que a jurisdição nacional fica sujeita ao resultado da decisão proferida pelo TJCE ou TPI, sob pena de inefetividade do próprio instrumento em estudo.

A decisão do reenvio, além de vincular o resultado da demanda que originou a dúvida de interpretação ou de validade do direito comunitário, vincula as decisões posteriores que tratarem da mesma matéria,²⁹² atingindo todas as instituições comunitárias e autoridades nacionais, incluindo os órgãos jurisdicionais.²⁹³ Isso quer dizer que a resposta ao reenvio prejudicial pode inclusive atingir terceiros, motivo pelo qual se afirma que a autoridade reconhecida às decisões de reenvio assemelha-se mais à figura do *stare decisis*²⁹⁴ do que a da coisa julgada.²⁹⁵

É permitido às instâncias supranacionais manipularem os efeitos da decisão que responde à questão de reenvio. Dessa maneira, embora em regra as decisões sobre invalidade e interpretação tenham efeitos *ex tunc*, há possibilidade de o TJCE e o TPI decidirem diferentemente acerca dos mesmos, podendo fixar

²⁹² Para Eduardo Bicchieri Gomes, contudo, “muito embora a decisão somente vincule as partes e o juiz nacional, poderá servir de subsídio jurisprudencial para casos semelhantes e até mesmo dispensar o reenvio na hipótese de análise de casos similares pelos tribunais nacionais”. Cf. *Blocos...* op. cit., p. 176.

²⁹³ Luiz Otávio Pimentel e Adriana Dreyzin de Klor, O sistema... op. cit., p. 208.

²⁹⁴ O instituto do *stare decisis* configura uma condição natural da *common law* e significa, literalmente “estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas” (*stare decisis et non quieta movere*). Resultado da história do direito norte-americano, tal instituto vincula as decisões das instâncias inferiores, que devem acatar as prescrições emanadas pela Corte Superior. Sobre o assunto, ver: Sérgio Resende de Barros, Simplificação do controle de constitucionalidade. In: Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 593-617; Anderson Orestes Cavalcante Lobato e Carmen Luiza Dias de Azambuja, A influência da *judicial review* na formação do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. In: Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 7-25; e Leonardo Moreira Lima, *Stare decisis* e súmula vinculante: um estudo comparado. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_leonardo.html>. Acesso em: 27 out. 2003.

²⁹⁵ Ovídio Baptista da Silva, após referir que o conceito de coisa julgada “continua a ser indiscutivelmente um dos temas mais polêmicos e, sem dúvida, um dos mais importantes para a ciência do processo civil” o avalia como sendo “a virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias, impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo ‘a lei do caso concreto’ “. Cf. *Curso...* op. cit., p. 483-4. Sobre o assunto, ver, mais adiante, ponto 2.1.1. dessa dissertação.

efeitos *ex nunc* ou retroativos a partir de uma data determinada, por razões de segurança jurídica.²⁹⁶

Ademais, e conforme já referido em outra ocasião, o reenvio prejudicial foi responsável pela construção dos princípios cardeais do direito comunitário, quais sejam, os princípios da primazia do direito comunitário e da aplicabilidade imediata, com o seu conseqüente efeito direto.²⁹⁷ Desse modo, o conteúdo das decisões proferidas pelo Judiciário comunitário no julgamento dos reenvios prejudiciais foi de excepcional importância para a construção da UE, já que representou a consolidação de uma jurisprudência constante e uniforme. Esse fato corrobora a idéia de que para a materialização de qualquer ordem jurídica, faz-se mister a existência de um Poder Judiciário forte, com poder de interpretação e coerção.

Destaque-se que no processo prejudicial não somente as partes na controvérsia podem apresentar observações orais e escritas, mas também todos os Estados-membros e instituições comunitárias.²⁹⁸

Finalmente, é de se acrescentar que os maiores beneficiados por essa figura *sui generis* do direito processual comunitário foram os cidadãos. Isso porque o reenvio prejudicial os aproximou da Justiça comunitária. Em função de regras de direito interno, os cidadãos têm amplo acesso ao Poder Judiciário nacional, a quem cabe encaminhar ao TJCE ou ao TPI a questão prejudicial.²⁹⁹

²⁹⁶ A possibilidade de manipular os efeitos da coisa julgada no direito brasileiro tem previsão legal nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, que regulamentaram a ADIn, a ADC e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Embora encontre opositores e defensores na doutrina pátria, o direito comparado dá mostras de que essa prática não é incomum. Assim, por exemplo, são as disposições das Cartas austríaca (artigo 140,5) e portuguesa (artigo 282,4). Esta última, inclusive, inspirou a redação do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Nesse sentido, ver: Daniel Sarmiento, Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 15-21; e Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

²⁹⁷ Jânia Maria Lopes Saldanha, op. cit., p. 37 e ss.

²⁹⁸ Kurt Riechenberg, op. cit., p. 1017. Diz o artigo 23, 2 do ETJ que “no prazo de dois meses a contar desta última notificação, as partes, os Estados-membros, a Comissão e, se for o caso disso, o Parlamento Europeu, o Conselho e o Banco Central Europeu têm o direito de apresentar ao Tribunal alegações ou observações escritas”.

²⁹⁹ Nas palavras de Jânia Maria Lopes Saldanha, “[...] no âmbito das jurisdições nacionais, não existem restrições à propositura de ações diretas dos cidadãos a fim de buscar a proteção de direitos advindos dos tratados constitutivos e do direito derivado. Na medida em que não existe relação de hierarquia entre os juízes nacionais e a jurisdição do Tribunal de Justiça, é o reenvio prejudicial que serve de ponte entre ambos e que permite aos cidadãos, ainda que pela via de um mecanismo processual em que sua atuação é acanhada e que não possui contraditório, obter junto ao Tribunal de Justiça [agora também perante o TPI] a última palavra sobre o Direito Comunitário”. Cf. *ibid.*, p. 107.

Quanto ao Mercosul, se o TPR foi acionado uma única vez para atuar em segunda instância, jamais foi chamado a dar um parecer consultivo, de modo que a análise que se pode fazer das opiniões consultivas é meramente doutrinária e legislativa.

Não obstante, as opiniões consultivas, tal como o TPR, são uma destacável inovação de Olivos. Sua origem advém de propostas do Uruguai e do Paraguai de possibilitar aos Estados-membros formularem questões ao TPR sobre a aplicação, a interpretação e o não cumprimento da normativa do Mercosul.³⁰⁰ Argentina e Brasil demonstraram ter dúvidas sobre a conveniência da sua adoção, uma vez que o mecanismo poderia gerar pré-julgamentos sobre futuras controvérsias. Contudo, acabaram por acatar a inclusão de uma cláusula programática dando poderes ao CMC para definir o alcance e o procedimento das opiniões consultivas.³⁰¹

Embora seja comum apontar institutos alienígenas como precedentes das opiniões consultivas, tais como as opiniões consultivas da Carta das Nações Unidas,³⁰² do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³⁰³ e da Convenção

³⁰⁰ Maria Cristina Boldorini, op. cit., p. 139.

³⁰¹ Ibid.

³⁰² Diz o artigo 96 da Carta: “1. A Assembléia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica. 2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembléia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades”. Cf. Ricardo Seitenfus, *Legislação internacional*. Barueri: Manole, 2004. p. 98.

³⁰³ É a redação do Estatuto no que concerne à matéria: “Artigo 65 - A Corte poderá emitir opiniões consultivas sobre qualquer questão jurídica, sob solicitação de qualquer organismo autorizado para isso por Carta das Nações Unidas, ou de acordo com as disposições da mesma. 1. questões sobre as quais seja solicitada opinião consultiva serão expostas à Corte mediante uma solicitação por escrito, em que estejam determinados os prazos exatos da questão a respeito da qual se faça a consulta. Em solicitação estarão anexados todos os documentos que possam esclarecer a questão. Artigo 66 – 1. Assim que seja recebida a solicitação da opinião consultiva, o Secretário notificará a todos os Estados que tenham direito a comparecer diante da Corte. 2. O Secretário notificará também, mediante comunicação especial e direta a todo Estado com direito a comparecer frente a Corte, e a toda organização internacional que a juízo da Corte, ou de seu Presidente se a Corte estiver reunida, possam retirar alguma informação sobre a questão, que a Corte estará pronta para receber exposições escritas dentro do prazo determinado pelo Presidente, ou para escutar em audiência pública que será realizada à questão, exposições orais relativas a tal questão. 3. Qualquer Estado com direito a comparecer frente a Corte que não tenha recebido a comunicação especial mencionada no parágrafo 2 deste Artigo, poderá expressar seu desejo de apresentar uma exposição escrita ou de ser ouvido, sendo que a decisão será da Corte. 4. Será permitido aos Estados e às organizações que tenham apresentado exposições escritas ou orais, ou de ambos os tipos, discutir as exposições apresentadas por outros Estados ou organizações na forma, na extensão e dentro do prazo fixado para cada caso pela Corte, ou seu Presidente se a Corte não estiver reunida. Com esta finalidade, o Secretário comunicará oportunamente tais exposições escritas aos Estados e organizações que tenham apresentado as suas. Artigo 67 - A Corte pronunciará suas opiniões consultivas em audiência pública, com prévia

Americana sobre Direitos Humanos,³⁰⁴ além do próprio reenvio prejudicial europeu, na realidade, não se trata disso.³⁰⁵

De fato, o primeiro projeto de alteração do sistema de solução de controvérsias mercosulino elaborado pelo Uruguai chamava-se “Protocolo para a prevenção e para a solução de controvérsias”, ou seja, o Protocolo tinha por objetivo não somente resolver controvérsias, mas também evitá-las. Além disso, no projeto, a norma que dispunha acerca das opiniões consultivas iniciava seu texto com a indicação de que o seu objetivo era o de prevenir controvérsias, permitindo também aos particulares o requerimento das consultas.³⁰⁶

Originariamente, portanto, as opiniões consultivas tratavam-se de um mecanismo para prevenir disputas, de maneira a evitar o enfrentamento entre Estados. Pode-se afirmar, conseqüentemente, que tal instituto é uma inovação sem precedentes no direito comparado no âmbito das soluções de divergências,³⁰⁷ cuja expectativa é de que “sirva a uma interpretação uniforme das regras do Mercosul e a uma confiança na sua arquitetura judicial”.³⁰⁸

Diz o artigo 3º do PO que “o Conselho Mercado Comum poderá estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão, definindo seu alcance e seus procedimentos”.

Este artigo foi regulamentado pelo RPO que estabeleceu, entre outras coisas, a legitimidade para solicitar as opiniões consultivas aos Estados-membros do Mercosul, atuando conjuntamente, aos órgãos com capacidade decisória do bloco e

notificação ao Secretário Geral das Nações Unidas e aos representantes dos membros das Nações Unidas, de todos os outros Estados e das organizações internacionais diretamente interessadas. Artigo 68 - No exercício de suas funções consultivas, a Corte se guiará além das disposições deste Estatuto que conflitam sobre uma matéria contenciosa, na medida em que a própria Corte as considere aplicáveis”. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cijestat._corte_intern._just.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2006.

³⁰⁴ Segue a redação do artigo 64 da Convenção: “Art. 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos inter-nacionais”. Cr. Ricardo Seitenfus, *Legislação...* op. cit., p. 319.

³⁰⁵ Berta Feder, op. cit., p. 262. Tradução livre.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid., p. 263.

³⁰⁸ Augusto Jaeger Junior, op. cit., p. 583.

aos Tribunais Superiores dos Estados-membros de jurisdição nacional, nas condições estabelecidas para cada caso.³⁰⁹

Especificamente sobre a tramitação da solicitação das opiniões consultivas por parte dos Estados-membros e dos órgãos mercosulinos, poderão ser requeridas sobre qualquer questão jurídica compreendida no TA, no POP, nos protocolos e acordos celebrados no marco do TA, nas decisões da CMC, nas resoluções do GMC e nas diretrizes da CCM.³¹⁰ Se um ou mais Estados-membros desejarem pedir uma opinião consultiva, devem apresentar um projeto de solicitação aos demais Estados, no intuito de entrar em um acordo relativo ao objeto e ao conteúdo da mesma. Obtido o consenso, cabe à Presidência *pro tempore* preparar o texto e apresentar as opiniões consultivas ao TPR através de sua Secretaria (ST).³¹¹ Quando forem requerentes os órgãos do Mercosul, estas opiniões devem constar na ata da reunião na qual se decida solicitá-las, que será apresentada pela presidência *pro tempore* ao TPR através da ST.³¹²

No que concerne à tramitação iniciada pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-membros com jurisdição nacional,³¹³ as opiniões consultivas deverão referir-se exclusivamente à interpretação jurídica da normativa mercosulina, sempre que estejam vinculadas às causas que tramitem no Judiciário do Estado solicitante.³¹⁴ Aqui ainda há que se perguntar quem definirá qual o enquadramento de jurisdição superior dos Estados-membros, no intuito de identificar quem serão os legitimados para proceder ao reenvio: o TPR, a exemplo do que aconteceu na UE, ou os países membros do Mercosul?³¹⁵ Provavelmente isso será definido na regulamentação desse procedimento, que deve ser feito “uma vez consultados os

³⁰⁹ RPO, artigo 2.

³¹⁰ RPO, artigo 3.

³¹¹ RPO, artigo 3, 2. Uma ponderação necessária acerca da ST é o fato de contar apenas com cinco funcionários, incluindo o secretário, o que demonstra que o Tribunal carece não somente de recursos financeiros, mas também de recursos humanos. Cf. Alejandro Daniel Perotti, *A natureza...* op. cit.

³¹² RPO, artigo 3, 3.

³¹³ Sobre a construção do conceito de jurisdição apta a proceder à questão prejudicial pelo TJCE, ver Jânia Maria Lopes Saldanha, op. cit., p. 53-8.

³¹⁴ RPO, artigo 4, 1.

³¹⁵ No Brasil, por exemplo, existem vários tribunais com jurisdição nacional que carregam consigo o *status* de superioridade. Além do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), há o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Superior Tribunal Militar (STM). Cf. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

Tribunais Superiores de Justiça dos Estados Partes”.³¹⁶ Até o momento, no entanto, esta regulamentação não foi concluída, embora se encontre em andamento.

Independentemente de quem solicite as opiniões consultivas, o seu requerimento deve ser por escrito, em termos precisos, com a indicação das razões que as motivam e com as normas mercosulinas vinculadas à petição. Caso seja necessário, deve ser acompanhado da documentação que possa contribuir para a apreciação do pedido.³¹⁷

As opiniões consultivas emitidas pelo TPR não serão vinculantes nem obrigatórias.³¹⁸ Para sua emissão, o TPR estará integrado por todos os seus membros³¹⁹ e deve se pronunciar por escrito dentro do prazo de quarenta e cinco dias contados a partir do recebimento da solicitação.³²⁰

Há casos em que o TPR está impedido de emitir as opiniões consultivas, quais sejam, i) quando se mostrem improcedentes, de acordo com os artigos 1 a 3 do RPO³²¹ e ii) quando se encontre em curso qualquer procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão.³²²

Para realizar a sua função consultiva, o Tribunal pode recorrer ao intercâmbio de comunicações à distância, tais como fax e correio eletrônico. Caso considere necessário reunir-se, deve informar previamente os Estados-membros para que prevejam os fundos necessários ao seu funcionamento.³²³ Pode, ainda, solicitar aos requerentes os esclarecimentos e a documentação que entenda necessários, fato que, em princípio, não suspende o prazo para emissão das opiniões consultivas, salvo se assim entender o Tribunal.³²⁴

As opiniões consultivas emitidas devem ser fundamentadas e assinadas por todos os árbitros.³²⁵ Diferentemente dos laudos arbitrais, nos quais não podem ser fundamentados os votos dissidentes,³²⁶ no parecer do TPR que

³¹⁶ RPO, artigo 4, 2.

³¹⁷ RPO, artigo 5.

³¹⁸ RPO, artigo 11.

³¹⁹ RPO, artigo 6, 1.

³²⁰ RPO, artigo 7, 1.

³²¹ Os referidos artigos tratam da opção de foro, da legitimação para solicitar opiniões consultivas e da sua tramitação.

³²² RPO, artigo 12.

³²³ RPO, artigo 7, 2.

³²⁴ RPO, artigo 8.

³²⁵ RPO, artigo 9, 2.

³²⁶ PO, artigo 25.

responde à opinião consultiva devem constar as apreciações discordantes, se for o caso.³²⁷

O procedimento consultivo pode ser finalizado de três maneiras: i) com a emissão das opiniões consultivas; ii) com a comunicação ao requerente de que as opiniões consultivas não serão emitidas por alguma causa fundamentada, tal como a falta dos elementos necessários para o pronunciamento do TPR; ou iii) com o início de um procedimento de solução de controvérsias sobre a mesma questão.³²⁸

Verifica-se, do exposto, que diversamente do reenvio prejudicial, as opiniões consultivas são, como o próprio nome diz, meros conselhos de interpretação fornecidos pelo TPR. Por esse motivo, além de não vincular futuros julgamentos similares, não vinculam sequer as decisões dos tribunais que as tenham requerido. Por outro lado, ao contrário do que acontece com o reenvio prejudicial, não são todos os órgãos judiciais, independente do grau de jurisdição, que podem requerê-las, mas apenas os tribunais superiores.

No entanto, somente o efetivo uso desse instituto poderá indicar uma real aproximação ou afastamento entre o reenvio e as opiniões consultivas.

Algumas soluções poderiam ser adotadas para aproximar ambos os institutos. A primeira e mais improvável delas é a revisão do RPO por parte do CMC, para que a competência para requerer opiniões consultivas seja estendida às instâncias inferiores do Poder Judiciário de cada Estado-membro, de maneira a democratizar o instrumento. Além disso, seria necessária uma atribuição de efeito obrigatório e vinculante aos pareceres do TPR. Outra possível solução abre-se em decorrência da disposição do artigo 4, 2, que prevê que o procedimento para a solicitação das opiniões consultivas sofrerá regulamentação após consulta aos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados-membros. Nesse caso, embora não seja possível alterar o efeito dos pareceres emitidos pelo TPR com esse mister, poderia haver a ampliação da legitimidade para jurisdições não superiores, através da previsão de um requerimento das instâncias inferiores aos tribunais tidos como superiores e competentes para formular a consulta, no âmbito das legislações internas dos Estados-membros. Finalmente, em caso de não adoção de qualquer uma das propostas acima formuladas, as partes processuais, por meio dos seus advogados, poderiam provocar a sua jurisdição nacional para suscitem ao TPR

³²⁷ RPO, artigo 9, 1.

³²⁸ RPO, artigo 10.

uma opinião consultiva relativa a uma norma do Mercosul aplicável ao processo em curso. Isso poderia ser feito, inclusive, no âmbito de atuação de instâncias inferiores, já que “a parte interessada na interpretação das normas do bloco poderia requerer junto ao juiz nacional, que a solicitaria ao tribunal superior, ou diretamente perante o tribunal superior se for o caso,”³²⁹ que, por sua vez, faria a solicitação ao TPR.

Quanto à obrigatoriedade e à vinculação dos pareceres consultivos emanados do TPR, mesmo diante de norma de caráter contrário no RPO, há que se ressaltar a importância do desenvolvimento de uma consciência integracionista, tanto no âmbito dos órgãos institucionais do Cone Sul, como no contexto dos Estados-membros. Caso os particulares e os Judiciários da Argentina, do Uruguai, do Paraguai e do Brasil adotarem uma atitude positiva, de cumprimento da interpretação fornecida pelo TPR, estar-se-á caminhando para a superação da natureza intergovernamental das instituições do Mercosul. Desse modo, as opiniões consultivas poderiam desenvolver-se e consolidar-se como efetivo instrumento de uniformização do direito da integração nessa parte do mundo, de modo similar ao que ocorreu na Europa, por força das decisões de reenvio pronunciadas pelo TJCE.

Por fim, cabe analisar a competência do TPR para atender às medidas excepcionais de urgência. Segundo o artigo 24 do PO, o CMC pode estabelecer procedimentos especiais para atender casos excepcionais de urgência que possam ocasionar danos irreparáveis às partes. Esses procedimentos foram estabelecidos pela Decisão nº 23, de 07 de julho de 2004, que até o momento foi internalizada apenas pelo Uruguai, através do Decreto nº 62, de 02 de março de 2006.

De acordo com essa Decisão, qualquer Estado-membro pode recorrer ao TPR para requerer medidas de urgência, o qual estará composto por todos os seus membros.³³⁰ O requerimento, contudo, deve atender aos seguintes requisitos:

i) tratar de bens perecíveis, sazonais, ou que por sua natureza e características próprias possam perder suas propriedades, utilidade e/ou valor comercial em um breve período de tempo, se foram retidos injustificadamente no território do país reclamado, ou de bens destinados a atender demandas originadas em situações de crise no Estado importador;

³²⁹ Luiz Otávio Pimentel, Mercado...op. cit., p. 183.

³³⁰ PCEU, artigo 4.

ii) versar sobre situação originada em ações ou medidas adotadas por um Estado-membro, em violação ou descumprimento de normativa mercosulina vigente;

iii) a manutenção dessas ações ou medidas possa produzir danos graves e irreparáveis;

iv) as ações ou medidas questionadas não devem ser objeto de uma controvérsia em curso entre as partes envolvidas.³³¹

O texto de apresentação deve conter a identificação dos bens envolvidos, a descrição das circunstâncias de fato que permitam constatar se foram cumpridos os requisitos indicados no parágrafo supra, os fundamentos que permitam provar o descumprimento ou a violação da normativa do Mercosul vigente, os elementos comprobatórios, a indicação dos danos graves e irreparáveis que derivam ou possam derivar da manutenção da situação, além da medida de urgência solicitada ao Tribunal, indicando-a concretamente.³³²

O Estado-membro contra o qual se postula o procedimento de urgência tem o direito de exercer o contraditório, podendo apresentar as alegações escritas que estimar necessárias dentro de três dias úteis, contados do dia em que lhe foi comunicado o requerimento da parte contrária.³³³ No entanto, a apresentação das alegações fora desse prazo não impede que o Tribunal as considere durante suas deliberações.³³⁴

O TPR decide por maioria, dentro de seis dias corridos, contados a partir do vencimento do prazo para o exercício do contraditório. Comprovado o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos no artigo 2º do PCEU, o Tribunal pode ordenar, dentro do mesmo prazo, a medida de urgência pertinente, cuidando para que a mesma seja proporcional ao dano demonstrado.³³⁵ Para adoção da sua decisão, o Presidente do TPR comunicar-se-á com os demais árbitros pelos meios que considere mais idôneos e que possibilitem a maior celeridade. Também os votos poderão ser transmitidos por qualquer meio idôneo de comunicação.³³⁶

³³¹ PCEU, artigo 2.

³³² PCEU, artigo 3.

³³³ PCEU, artigo 5.

³³⁴ PCEU, artigo 5.

³³⁵ PCEU, artigo 6.

³³⁶ PCEU, artigo 6.

Caso não seja cumprida a medida de urgência emanada do Tribunal, aplicam-se as medidas compensatórias previstas no capítulo IX do PO.³³⁷ Ademais, se o TPR denegar a solicitação de uma medida de urgência, o requerente não poderá solicitar outra medida relativa ao mesmo objeto.³³⁸ O mesmo acontece no caso de o requerente desistir do requerimento de urgência.³³⁹

A parte que se sentir prejudicada pode pedir que o Tribunal reconsidere a decisão no prazo de quinze dias, a contar da sua notificação.³⁴⁰ Nessa hipótese, o procedimento do TPR atenderá aos requisitos do acesso direto, previstos no artigo 23 do PO. No entanto, o pedido de reconsideração não suspende a execução das medidas de urgência determinadas pelo Tribunal.³⁴¹

Caso o TPR denegue a medida por entender que houve o descumprimento das alíneas *a* e *c* do artigo 2º do PCEU,³⁴² o requerente pode dar início a um procedimento de solução de controvérsias de acordo com o PO.³⁴³ O mesmo não ocorre quando a denegação do pedido for fundamentada na negativa de violação da normativa do bloco.³⁴⁴

Os gastos de funcionamento do TPR serão cobertos de acordo com o estabelecido no PO. À parte que tenha atuado com dolo ou má fé poderá ser imposto o seu pagamento.³⁴⁵

No mecanismo de solução de controvérsias da OMC, o artigo 4, 9 do ESC prevê genericamente que, nos casos de urgência, incluindo os que afetem produtos perecíveis, as partes na divergência, os Grupos Especiais e o OAp devem fazer o possível para acelerar ao máximo o processo. No que tange aos Grupos Especiais, especificamente o artigo 12, 8 do ESC determina ainda que, havendo urgência, sobretudo nos casos que envolvam produtos perecíveis, o Grupo Especial

³³⁷ PCEU, artigo 7. Sobre o assunto, ver ponto 2.1.2. desta dissertação.

³³⁸ PCEU, artigo 8.

³³⁹ PCEU, artigo 10.

³⁴⁰ PCEU, artigo 9.

³⁴¹ PCEU, artigo 9.

³⁴² É a redação do artigo 2º, incisos *a* e *c*: “Art. 2 - Qualquer Estado Parte poderá recorrer ante o Tribunal Permanente de Revisão (TPR) sob o procedimento estabelecido na presente Decisão sempre que se cumpram os seguintes requisitos: *a*. que se trate de bens perecíveis, sazonais, ou que por sua natureza e características próprias perderam suas propriedades, utilidade e/ou valor comercial em um breve período de tempo, se foram retidos injustificadamente no território do país reclamado; ou de bens que estivessem destinados a atender demandas originadas em situações de crise no Estado Parte importador; [...] *c*. que a manutenção dessas ações ou medidas possam produzir danos graves e irreparáveis [...]”.

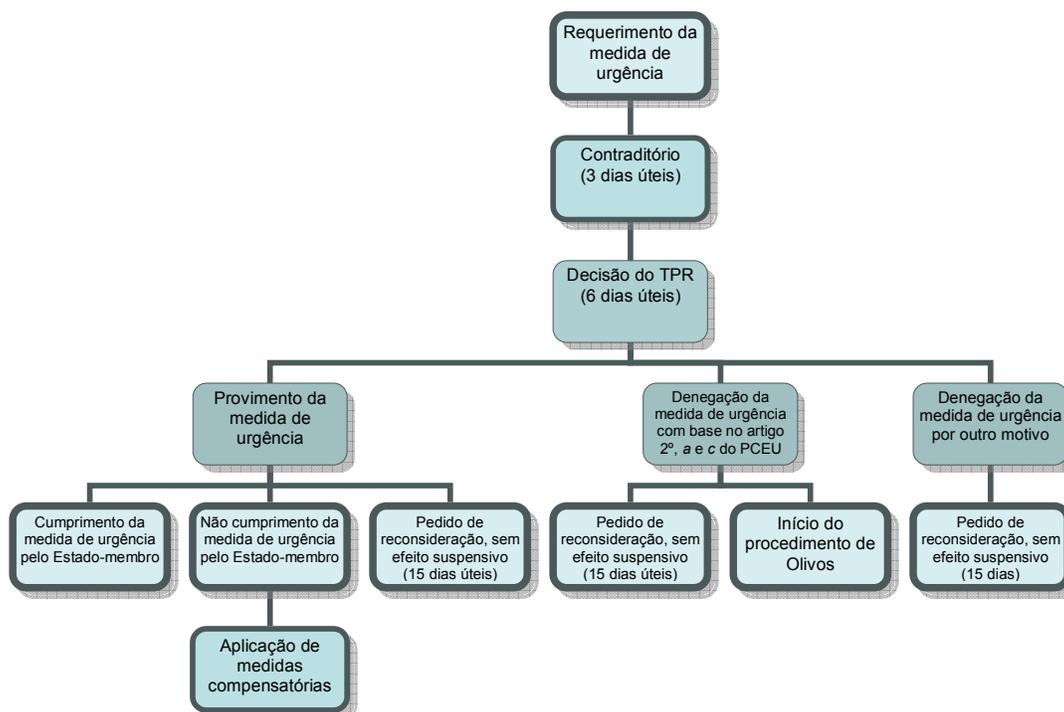
³⁴³ PCEU, artigo 11.

³⁴⁴ PCEU, artigo 11.

³⁴⁵ PCEU, artigo 12.

deve procurar terminar o seu relatório dentro de três meses. Não há, entretanto, previsão similar no contexto do OAp.

Procedimento das Medidas Excepcionais de Urgência no TPR



Na UE, o RPTJ, por sua vez, dedica um capítulo à tramitação acelerada do processo. Assim, caso o demandante ou demandado requeira, em peça separada e no momento da apresentação da petição da contestação ou da resposta, o presidente pode, sob proposta do juiz-relator e ouvidas as partes e o advogado-geral, julgar o processo de acordo com a tramitação acelerada, afastando determinadas disposições do Regulamento. Essa medida é, contudo, excepcional e somente pode ser aplicada caso a especial urgência do processo exija que a controvérsia resolva-se com brevidade.³⁴⁶

Da análise da competência do TPR resta incontestado que ela extrapola, em muito, o carácter arbitral.³⁴⁷ Apesar disso, ainda não chegam ao extremo da judicialidade. Não existe um recurso de anulação, nos moldes do que ocorre na UE,

³⁴⁶ RPTJ, artigo 62-A., 1.

³⁴⁷ Alejandro Daniel Perotti, *A natureza...op. cit.*

para controlar a legalidade do direito derivado em relação ao direito originário do Mercosul.³⁴⁸ Não há, da mesma forma, o controle de legalidade da atuação do Poder Judiciário nacional. As opiniões consultivas, da forma como estão estabelecidas e reguladas, não se prestam ao diálogo necessário e vinculante entre a jurisdição do Mercosul e a jurisdição dos Estados que o compõem, conforme o reenvio prejudicial europeu. Não há ainda um controle sobre o conteúdo dos acordos celebrados pelos Estados com terceiros países.³⁴⁹ De outra parte, as controvérsias envolvendo os funcionários mercosulinos não são de competência do TPR, mas do Tribunal Administrativo Laboral, inclusive nos conflitos envolvendo funcionários do próprio Tribunal.

Pode-se constatar, assim, que a competência do TPR extrapola não somente a sua própria natureza arbitral, mas também muito mais ampla do que a do OAp, que não é um órgão arbitral. No entanto, se comparado com o TJCE, o TPR novamente situa-se muito aquém de sua realidade comunitária.

A seguir, cabe verificar as peculiaridades das decisões emitidas pelo TPR, especificamente em relação aos laudos arbitrais. De fato, da análise da obrigatoriedade da jurisdição, dos efeitos e da execução dos julgados, será possível tecer considerações sobre a possibilidade de construir uma jurisprudência uniforme e vinculante no Mercosul, incorporando, entre outros aspectos, a crítica do primeiro laudo arbitral emitido pelo TPR.

³⁴⁸ Segundo Patrícia Luiza Kegel, “o recurso de anulação [...] permite ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Primeira Instância controlarem a adequação ao direito comunitário dos atos e disposições emanados das instituições comunitárias. Corresponde a um verdadeiro controle da atividade administrativa das instituições comunitárias, garantindo a observância dos preceitos legais”. Cf. O sistema...op. cit., p. 102. Analogicamente, é possível comparar o recurso de anulação ao controle de constitucionalidade existente no direito interno. Assim como o recurso de anulação visa a garantir a observância do direito derivado relativamente ao direito originário comunitário, o controle de constitucionalidade objetiva resguardar a adequação entre o direito infraconstitucional e o constitucional.

³⁴⁹ Na UE, no âmbito da interpretação uniforme do direito comunitário, há o controle prévio de compatibilidade com o TCE dos acordos internacionais, que corresponde a um “verdadeiro controle de constitucionalidade dos atos internacionais da Comunidade”. *Ibid.*, p. 113.

2. POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA JURISPRUDÊNCIA UNIFORME NO MERCOSUL?

Cumpra avaliar os atributos das decisões, na perspectiva de que o TPR consolide-se como um guardião do direito mercosulino.³⁵⁰

Primeiramente deve-se ter em conta que o direito positivado, no caso o PO e as regras a ele vinculadas, precisam necessariamente possibilitar a prática de efetivação do direito da integração nos Estados-membros. Em segundo lugar, as decisões do TPR devem vir acompanhadas de uma vontade de concretização. O

³⁵⁰ São vários os vieses que envolvem a qualidade da prestação jurisdicional. O acesso à jurisdição, já analisado, é um deles. A celeridade processual, feição que não será tratada nesse estudo, também. Porém, há quem diga que uma Justiça lenta não é Justiça (cf. Miguel Julio Rodríguez Villafane, *Derecho de la información y el respeto a las garantías del debido proceso*. In: *Anuário de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2003. p. 308). Da mesma forma, de nada adianta maximizar o acesso à jurisdição, sem que seja resolvido o problema da morosidade da prestação jurisdicional (cf. Jairo Gilberto Schäfer, *Diretos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 122 e ss). Exatamente nessa linha de raciocínio, atualmente é corriqueiro afirmar que o processo deve ter uma duração ou um prazo razoável (cf. Jorge A. Marabotto Lugaro, *Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia*. In: *Anuário de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2003. p. 298). A título de ilustração, foi acrescentado à Constituição Federal do Brasil, em recente alteração do seu artigo 5º, o inciso LXXVIII, cujo teor é “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (cf. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>). Da mesma forma o ETJ, em seu artigo 21, 2, prevê que os documentos que devem acompanhar a petição dirigida ao TJCE e que não o foram sejam apresentados dentro de um prazo razoável. Assim, “se esses documentos não forem apresentados com a petição ou o requerimento, o secretário convida o interessado a apresentá-los dentro de um prazo razoável, sem que possa ser invocada a caducidade no caso de a regularização se efetuar depois de decorrido o prazo para a propositura da ação ou a interposição do recurso”.

interesse comum, por isso mesmo, deve ser o norteador das decisões do Tribunal, em prejuízo dos interesses nacionais dos Estados.³⁵¹

Nesse diapasão, a criação do TPR é vista como uma real contribuição para a construção de uma jurisprudência uniforme no Mercosul, mesmo tendo-se em conta que o direito da integração não é somente interpretado pelas instâncias jurisdicionais criadas para resolver os conflitos nascidos e desenvolvidos no bloco, mas também pelos juízes e tribunais de cada Estado-membro, e que a interpretação idêntica dessa normativa nas instâncias internas e comum é o que permite manter o princípio da igualdade entre os Estados.³⁵² De fato, os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros devem interpretar e aplicar o direito interno, quando da execução das obrigações derivadas do Mercosul, à luz da normativa do bloco.³⁵³

Somado a isso, “com a criação da Corte Revisora, sabe-se que os sócios buscam [...] o aprofundamento da segurança jurídica, essencial para garantir o exercício dos direitos e o cumprimento de obrigações por todos os atores envolvidos nesse processo de integração”,³⁵⁴ o que não ocorre no contexto dos tribunais *ad hoc*.

É sabido que o princípio da segurança jurídica está presente na UE. É fato que os Estados-membros da União devem adotar, nas suas relações jurídicas internas, este princípio.³⁵⁵ Não é menos verdade que uma das bases do Estado de direito é o mesmo princípio. Nesse sentido, o Estado de direito garante a segurança e a liberdade, já que, “através de um conjunto de princípios jurídicos procura estruturar a ordem jurídica de forma a dar segurança e confiança às pessoas”.³⁵⁶

³⁵¹ “Se temos um órgão regional, ele tem de impulsionar a integração e tem de se diferenciar dos Estados, não pode ser um quinto Estado, mas congregar o que existe de comum. É diferente justapor propostas nacionais e discutir uma proposta que pense na estrutura, ou seja, passar de bombeiro a arquiteto”. Cf. Deisy Ventura, Folha de S. Paulo. Estrutura pífia do bloco favorece dispersão, afirma especialista. São Paulo. 26 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 27 mar. 2004.

³⁵² Susana Czar Zalduendo, *op. cit.*, p. 213. No mesmo sentido, “no âmbito do Mercosul se gera um ordenamento normativo complexo e assistemático, cuja vigência é inerente à vontade política dos Estados dependendo do nível de compromisso que se estabelece entre eles. [...] Outro fator a destacar é que estamos nos referindo à atuação nos tribunais arbitrais *ad hoc* sem fazer menção alguma às jurisdições nacionais; focalizamos o tema na perspectiva plasmada no Protocolo de Brasília. Quando são os tribunais nacionais os que interpretam e aplicam o direito do Mercosul, eventualmente com parâmetros distintos ao tribunal arbitral em casos equivalentes, não há senão que acudir às respectivas legislações nacionais e aos princípios de hierarquia que se reconhecem entre ordenamento nacional e o internacional”. Cf. Adriana Dreyzin de Klor e Luiz Otávio Pimentel, *O sistema...op. cit.* p. 202-3.

³⁵³ *Ibid.*, p. 223.

³⁵⁴ Elizabeth Accioly, *Sistema...op. cit.*, p. 53.

³⁵⁵ Deisy Ventura, *As assimetrias...op. cit.*, p. 312.

³⁵⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Estado...op. cit.*, p. 73.

Assim, se o conceito de segurança jurídica está ligado à própria concepção de Estado de direito, ele também está relacionado à confiança estabelecida entre os destinatários das normas e das decisões e as instituições responsáveis pela sua emanção. Nesse contexto,

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos e calculados com base nessas mesmas normas.³⁵⁷

No âmbito interno, o princípio da segurança jurídica permite que aqueles que são atingidos pelos atos e decisões públicas, tanto na esfera jurisdicional como na administrativa, possam agir na expectativa de obter resultados claros e previsíveis. A relação de confiança insere-se nesse contexto, uma vez que a conduta dos destinatários dos atos e decisões públicas é determinada pelo que geralmente ocorre e geralmente se decide, pela forma como normalmente a Administração e o Judiciário comportam-se. A partir da expectativa criada pelo comportamento dos poderes públicos, forja-se nos destinatários uma perspectiva peculiar e a confiança de que, se agirem de determinada maneira, o resultado será um e não outro. Ora, se isso é válido no plano das relações internas, igualmente é no âmbito integracionista.

O TPR pode, portanto, imprimir a segurança jurídica na aplicação do direito e estabelecer essa saudável e necessária relação de confiança entre o bloco e os seus jurisdicionados. Isso se aplica não só aos Estados-membros, mas também aos particulares que são atingidos pelas relações criadas pelo bloco, além de “toda a comunidade relacionada com os negócios, que têm uma expectativa legítima sobre a existência atual de um livre comércio”.³⁵⁸ A partir do conhecimento de como o Tribunal é capaz de se comportar nas mais diferentes situações, os jurisdicionados podem esperar ou não algum resultado, a depender da jurisprudência formada.³⁵⁹

³⁵⁷ Id., *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 371-3.

³⁵⁸ Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 311.

³⁵⁹ Relacionando essa questão à duração do mandato dos árbitros, “a consolidação da interpretação uniforme intrajurisdicional da normativa Mercosul através do TPR é elemento essencial, ainda mais se, até um prazo de seis anos, atuem os mesmos quatro árbitros, e se o quinto permaneça por três anos”. Cf. Susana Czar de Zalduendo, op. cit. Tradução livre. p. 221.

No entanto, a consolidação dessa jurisprudência uniforme estará sujeita à iniciativa dos Estados-membros de acionar o sistema de solução de controvérsias mercosulino na existência de conflito. Além disso, dependerá de haver provocação do TPR, especialmente em instância única ou revisional.

O próximo tópico procurará elucidar essas questões, a partir da análise da opção de foro e das peculiaridades das decisões.

2.1. A obrigatoriedade da jurisdição e as características das decisões

A partir das ponderações acerca da possibilidade de o TPR firmar-se como construtor e guardião do direito da integração mercosulino, é necessário verificar a qualidade das decisões por ele emitidas, por meio de parâmetros precisos. Nessa parte do estudo, portanto, a análise ficará restrita aos efeitos dos laudos arbitrais, excluindo a competência consultiva e de urgência do Tribunal.³⁶⁰

Num primeiro momento, o aspecto a ser abordado será a obrigatoriedade da jurisdição. A seguir serão verificados os efeitos dos laudos arbitrais. O estudo dessas questões no âmbito da OMC e da UE será incidente e, na medida da necessidade, leva em conta também as implicações de tais questões num processo integracionista.

Posteriormente, adentrar-se-á no campo da efetividade das decisões, oportunidade em que a execução dos laudos será minuciosamente observada. Nessa parte, o TPR novamente está mais próximo da OMC do que a UE, conforme verificar-se-á mais adiante.

2.1.1. A opção de foro: inovação de Olivos

Em regra, a jurisdição estabelecida pelo PO é obrigatória, *ipso facto*,³⁶¹

³⁶⁰ Relembre-se que, caso não sejam cumpridas as medidas de urgência determinadas pelo TPR, aplicam-se as medidas compensatórias previstas no Capítulo IX do PO (PCEU, artigo 7).

³⁶¹ A expressão latina *ipso facto* quer dizer 'pelo próprio fato', como resultado da evidência do fato, como sua consequência natural. Na linguagem jurídica é utilizada para exprimir a modificação ou alteração de uma situação jurídica, operada naturalmente, sem qualquer pronunciamento da

e sem necessidade de acordo especial, tanto no que concerne aos TAHs, como ao TPR.³⁶²

Não obstante, quando das negociações para a reforma do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, a Argentina considerou imprescindível incluir no texto de Olivos uma norma de opção de foro, uma vez que todos os Estados-membros do Cone Sul também são membros da OMC. Segundo a delegação argentina, a instituição de tal cláusula contribuiria para diminuir a insegurança jurídica no bloco.³⁶³

Com efeito, o receio da Argentina fundava-se em fatos já ocorridos no passado, em controvérsias envolvendo este país e o Brasil. Em duas oportunidades, nos casos dos produtos têxteis e dos frangos, o Brasil recorreu ao mecanismo de solução de divergências da OMC contra a Argentina, para resolver questões que também haviam sido suscitadas no âmbito do PB.³⁶⁴

No caso dos produtos têxteis, a solicitação brasileira de formação de um Grupo Especial na OMC, a respeito das “Medidas de salvaguardas transitórias visando a algumas importações de tecidos de algodão e de algodão misto originários do Brasil”, jamais foi concretizada, em função de a Argentina ter retirado as medidas litigiosas em abril de 2000, oportunidade em que obedeceu às prescrições do laudo arbitral, pronunciado no âmbito do sistema de solução de controvérsias mercosulino.³⁶⁵

Já no caso dos frangos, em virtude de os árbitros do Mercosul não terem conseguido resolver a questão a contento, o recurso ao ESC foi a fórmula encontrada pelo Brasil para que o problema fosse solucionado. De fato, a decisão

justiça, pela evidência do fato de que decorre. É, por isso, usualmente empregada com o sentido de “por isso mesmo, conseqüentemente, por via de conseqüência, naturalmente”. Cf. De Plácido e Silva, op. cit., p. 451-2.

³⁶² Assim é o teor do artigo 33 do PO: “Os Estados Partes declaram reconhecer como obrigatória, *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição dos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* que em cada caso se constituam para conhecer e resolver as controvérsias a que se refere o presente Protocolo, bem como a jurisdição do Tribunal Permanente de Revisão para conhecer e resolver as controvérsias conforme as competências que lhe confere o presente Protocolo”.

³⁶³ Maria Cristina Boldorini, op. cit., p. 127-8. Há quem advogue a tese de que a opção de foro já existia na sistemática de Brasília, uma vez que a ausência de qualquer determinação a respeito implicava na existência da mesma opção, porém sem a conseqüência preclusiva que foi estabelecida em Olivos. Assim, “a respeito de um texto que nada diz, ao não permitir e nem proibir, deduz-se a liberdade dos Estados de escolher uma ou outra jurisdição, liberdade que se manifestou, na prática, em reclamações também no âmbito multilateral”. Cf. Berta Feder, op. cit. Tradução livre. p. 264.

³⁶⁴ Deisy Ventura, *As assimetrias...* op. cit., p. 297.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 297-8.

emanada pelo TAH, de maio de 2001, denegou a pretensão brasileira, mas, por outro lado, não reconheceu a legitimidade das medidas argentinas.³⁶⁶

Dessa forma, a proposta da Argentina de instituir uma cláusula de opção de foro tinha o objetivo de evitar a simultaneidade de recurso a dois mecanismos de solução de controvérsias, bem como de impedir, como provável consequência disso, a proliferação de decisões divergentes para a mesma questão.

A cláusula de opção de foro acabou por ser incluída no texto de Olivos, apesar das discussões que suscitou ao longo das negociações. O texto, ao final aprovado, foi praticamente uma reprodução daquele apresentado pela Argentina em fevereiro de 2002 ao GMC.³⁶⁷

Em função disso, o artigo 1º do PO abre a possibilidade para que, em determinados casos, não seja acionado o mecanismo de solução de controvérsias mercosulino. Num primeiro momento, afirma que as controvérsias que surjam entre os Estados-membros sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do direito originário e derivado do bloco devem ser submetidas aos procedimentos estabelecidos no PO. No entanto, logo a seguir, a segunda alínea do mesmo artigo trata das controvérsias que possam também se submeter ao sistema de solução de controvérsias da OMC, além de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam partes individualmente os Estados-membros. Nesses casos, e de acordo com a escolha da parte demandante, o litígio pode ser submetido a outro foro. Além disso, as partes podem, de comum acordo, definir o foro.

É normal e cada vez mais freqüente, principalmente em relação aos acordos comerciais internacionais, a inclusão de cláusulas semelhantes, pois os Estados-membros da OMC e de outros esquemas preferenciais de comércio têm o direito de usar a sistemática multilateral de solução de divergências quando

³⁶⁶ Ibid., p. 301. Segundo Adriana Dreyzin de Klor, “ainda que a Argentina tenha vencido a arbitragem, o Brasil entendeu que as medidas *antidumping* não se aplicaram corretamente, motivo pelo qual recorreu ao sistema de solução de controvérsias da OMC. Em virtude dos ‘Entendimentos Bilaterais’ alcançados durante a Cúpula Presidencial Argentina-Uruguai (26 de setembro de 2002), este país comprometeu-se em solicitar a suspensão dos trabalhos do Grupo Especial que analisa o caso ‘Argentina-Direitos *antidumping* definitivos sobre os frangos procedentes do Brasil’ (WT/DS241), em troca de que a Argentina derrogasse as medidas questionadas. Pela Resolução WT/DS241 de 22 de abril de 2003, o Brasil obteve uma recomendação favorável para que a Argentina deixasse sem efeito as medidas *antidumping* que estabeleceu frente à importação de frangos subsidiados provenientes do país carioca.” Cf. Mercosur: los laudos...op. cit., p. 101. Tradução livre.

³⁶⁷ Carlos Alberto González Garabelli, op. cit., p. 213.

necessário. Em contrapartida, a maioria dos acordos comerciais regionais ou bilaterais também possui um mecanismo próprio de solução de disputas.

Exemplo de cláusula semelhante encontra-se no Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA).³⁶⁸ No entanto, nesse caso, além da determinação de que as controvérsias surgidas em virtude do acordo do NAFTA ou da OMC podem ser acionadas em qualquer um dos foros, à escolha do demandante,³⁶⁹ estabelece-se uma prevalência do foro regional para certas matérias, como as relativas ao meio ambiente e as fitossanitárias.³⁷⁰

É corriqueiro o posicionamento doutrinário contrário à cláusula de opção de foro instituída em Olivos, especialmente por ela ser prejudicial ao desenvolvimento da integração: em regra, as controvérsias nascidas no seio do bloco deveriam ser resolvidas pela sistemática por ele mesmo instituída.³⁷¹ Acrescenta-se que, se antes era possível alegar que a mera existência de instâncias regionais para a solução de controvérsias indicava que os litígios deveriam por ela ser resolvidos, em obediência ao princípio da boa-fé, agora, com a alteração trazida por Olivos, já não se permite invocar tal assertiva perante a OMC ou perante outros esquemas preferenciais de comércio.³⁷²

³⁶⁸ Em inglês, *North American Free Trade Agreement*. O NAFTA é um tratado de livre comércio envolvendo Canadá, México e EUA, com custo reduzido para troca de mercadorias entre os três países, em vigor desde 1º de janeiro de 1994. O seu objetivo é a eliminação das barreiras ao comércio de bens e prestação de serviços, o melhoramento das condições na zona de livre comércio, a garantia dos direitos industriais, bem como os mecanismos efetivos para garantir os princípios do Tratado. Cf. Matthias Herdegen, *op. cit.*, p. 226.

³⁶⁹ Welber Barral, *Solução...op. cit.*, p. 56. Além do NAFTA, Barral cita como exemplos de organizações que têm armado-se com dispositivos semelhantes a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e alguns acordos bilaterais firmados pelos EUA, como o acordo com o Chile. Cf. *ibid.*, p. 56-7.

³⁷⁰ Berta Feder, *op. cit.*, p. 265. Da mesma forma, “a discussão sobre a divisão das competências entre a OMC e outros regimes internacionais tem sido travada, sobretudo no campo do direito ambiental internacional” (Cf. Henrique Choer de Moraes, *op. cit.*, p. 64). No entanto, existe uma diferença crucial entre as questões ambientais e a formação dos blocos de integração econômica. Enquanto estes últimos são vistos como uma derrogação autorizada às normas da OMC, aqueles “estão inseridos no regime multilateral da mesma forma que todos os demais” (Cf. *Idid.*, p. 65).

³⁷¹ Eduardo Biacchi Gomes, *Protocolo...op. cit.*, p. 85. No mesmo sentido, “pessoalmente não somos partidários da possibilidade da eleição estabelecida, pois entendemos que as controvérsias que surjam no marco do Mercosul não podem ter melhor e mais apropriado foro que o do próprio Mercosul, e a faculdade de eleição pelo demandante pode transformar-se definitivamente na possibilidade de manobras não desejáveis e distorcidas do objetivo que possui um estrito regime de solução de controvérsias”. Cf. Roberto Puceiro Ripoll, *El protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado en ele regimen de solución de controversias del Mercosur*. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados. Tradução livre. 2003. p. 192.

³⁷² Henrique Choer de Moraes, *op. cit.*, p. 66.

Apesar disso, também se encontram na doutrina posições favoráveis à iniciativa,³⁷³ além de interessantes ponderações a respeito do assunto. Uma questão curiosa seria indagar, por exemplo, o motivo pelo qual os Estados-membros poderiam preferir submeter-se ao ESC em prejuízo do PO. Nesse viés, ao prestígio de que goza a OMC – que incentiva que os conflitos sejam solucionados por acordo, evitando soluções unilaterais – somam-se a sua efetividade, “a natureza obrigatória das decisões, a brevidade dos prazos, a automaticidade das etapas do processo e o fortalecimento dos mecanismos de supervisão e controle.”³⁷⁴ A questão do tempo do processo, no entanto, não parece ser motivo relevante para a escolha do sistema de solução de controvérsias da OMC em detrimento do existente no Mercosul, uma vez que neste último os prazos também são bastante exíguos e geralmente cumpridos. O mesmo se diga em relação à obrigatoriedade dos laudos.

Alega-se, ainda, que na atual fase em que se encontra o Mercosul, alguns aspectos comerciais que vinculam os Estados-membros não estão abarcados pela normativa do bloco, mas já estão regulados exhaustivamente no bojo da OMC.³⁷⁵

A despeito de tais observações, é inegável que a opção de foro representa, sem dúvida, uma enorme vantagem para o Estado demandante, que tem condições de analisar qual acordo comercial fundamenta melhor a sua pretensão. O Estado demandado, da mesma forma, não fica desprovido de benefício, na medida em que está resguardado de ter que enfrentar novamente o demandante, porém em outro sistema de solução de divergências,³⁷⁶ ao menos em tese.

Diz-se em tese porque uma vez iniciado um procedimento de solução de controvérsias, seja o estabelecido pelo PO, o da OMC ou de outro esquema preferencial de comércio, nenhuma das partes pode recorrer a outro mecanismo de

³⁷³ Assim, por exemplo, “em outra ordem de idéias, é importante assinalar que o instituto da opção de foro constitui uma garantia para todos os envolvidos numa controvérsia, pois uma vez escolhida uma via para a sua solução, está excluída a possibilidade de recorrer pela mesma causa a qualquer outra. Com isso se evitará, não somente a dilatação dos processos, mas também a ameaça de um escândalo jurídico que poderia derivar de eventuais laudos contraditórios em diferentes foros”. Cf. Ramón Díaz Pereira, *op. cit.* Tradução livre. p. 185.

³⁷⁴ Luiz Otávio Pimentel e Adriana Dreyzin de Klor, *O sistema...op. cit.*, p. 176.

³⁷⁵ Maria Cristina Boldorini, *op. cit.*, p. 128.

³⁷⁶ Marina García de Río, *La solución de controversias en los Acuerdos de Mercosur con otros países o esquemas de integración. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 157.

solução de divergências em relação ao mesmo objeto.³⁷⁷ Assim, ainda que se fale em opção de foro, trata-se de uma opção que automaticamente exclui outro foro, de maneira que o estabelecimento dessa nova regra opera a proibição, “que implica a preclusão da possibilidade de acionar certo foro quando já se iniciaram as atuações em outro”.³⁷⁸

A dúvida sobre a real efetividade dessa determinação não reside no caso de o Estado-membro optar por acionar o ESC ou o mecanismo de outro esquema preferencial de comércio, ao invés da sistemática de Olivos. Nesse caso, obviamente, se ele tentar ativar o mecanismo regional, sem embargo de ter iniciado um procedimento de solução de divergências em um foro multilateral, a sua demanda não será recebida pelo mecanismo de Olivos.

No entanto, quando a opção de foro se dá inicialmente nos termos do PO, a recíproca não é verdadeira. O que impede a OMC, por exemplo, de não receber uma demanda cuja questão controvertida já tenha sido iniciada ou mesmo finda segundo o mecanismo de Olivos para solução de controvérsias, considerando que o ESC não contém qualquer regra de impedimento nesse sentido? Qual a sanção que enfrentaria o eventual Estado desobediente à regra de opção de foro? Sobre essa questão,

[...] apesar da introdução da norma do art. 1º, o Protocolo não estabelece sanções contra o Membro que, sucumbente no foro regional, venha a utilizar o Mecanismo de Solução de Controvérsias [da OMC ou de outros esquemas preferenciais de comércio] para reapreciar o litígio; da mesma forma como hoje estão regulamentados o art. XXIV, GATT, e as normas do ESC, não se poderia esperar que a regra do art. 26 estendesse a coisa julgada frente aos órgãos do Mecanismo de Solução de Controvérsias.³⁷⁹

³⁷⁷ Segue o inteiro teor do artigo 1º, 2 de Olivos: “Art. 1º. [...] 2. As controvérsias compreendidas no âmbito de aplicação do presente Protocolo que possam também ser submetidas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte individualmente os Estados Partes do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Sem prejuízo disso, as partes na controvérsia poderão, de comum acordo, definir o foro. Uma vez iniciado um procedimento de solução de controvérsias de acordo com o parágrafo anterior, nenhuma das partes poderá recorrer a mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos nos outros foros com relação a um mesmo objeto, definido nos termos do artigo 14 deste Protocolo. Não obstante, no marco do estabelecido neste numeral, o Conselho do Mercado Comum regulamentará os aspectos relativos à opção de foro”.

³⁷⁸ Berta Feder, op. cit., p. 264.

³⁷⁹ Segue a redação do artigo 26 do PO: “Art. 26. 1. Os laudos dos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* são obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir de sua notificação e terão, em relação a eles, força de coisa julgada se, transcorrido o prazo previsto no artigo 17.1 para interpor recurso de revisão, este não tenha sido interposto. 2. Os laudos do Tribunal Permanente de Revisão são

Daí a questão: o membro sucumbente no foro regional, que recorrer para o Mecanismo de Solução de Controvérsias, pode ser sancionado pelas normas do Protocolo que lidam com o descumprimento dos laudos (art. 31)?³⁸⁰ Aparentemente, esta é a solução mais plausível. A hipótese inversa, por outro lado, parece bem regulamentada. Com efeito, se um membro utilizar o Mecanismo de Solução de Controvérsias [da OMC ou de outros esquemas preferenciais de comércio], a mesma controvérsia não será recebida pelos órgãos regionais. Isso se deve ao fato de que, enquanto as normas regionais não são invocáveis para o fim de negar a jurisdição multilateral, elas o são, evidentemente, perante os órgãos do Mercosul.³⁸¹

Ao que parece, portanto, no caso de o Estado demandante optar pelo foro regional, a efetiva exclusão do sistema multilateral em momento posterior dependerá exclusivamente da boa-fé dos Estados mercosulinos em suas relações recíprocas.³⁸²

Destaca-se, por oportuno, a observação do Ministro das Relações Exteriores do Uruguai, Didier Operti, que fez com que fosse acrescentado o parágrafo 3º ao artigo 2º do PO. Para ele, nos casos em que a normativa mercosulina fosse suficiente para resolver a controvérsia, não haveria motivos para submetê-la a outro foro de solução de divergências. Após algumas discussões a respeito do assunto, acrescentou-se ao final da cláusula de opção de foro que, “não obstante, no marco do estabelecido neste numeral, o Conselho do Mercado Comum regulamentará os aspectos relativos à opção de foro”. Essa regulamentação ainda não foi aprovada pelo CMC.³⁸³

inapeláveis, obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir de sua notificação e terão, com relação a eles, força de coisa julgada.”

³⁸⁰ É o texto do artigo 31 do PO: “Art. 31. 1. Se um Estado parte na controvérsia não cumprir total ou parcialmente o laudo do Tribunal Arbitral, a outra parte na controvérsia terá a faculdade, dentro do prazo de um (1) ano, contado a partir do dia seguinte ao término do prazo referido no artigo 29.1, e independentemente de recorrer aos procedimentos do artigo 30, de iniciar a aplicação de medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o cumprimento do laudo. 2. O Estado Parte beneficiado pelo laudo procurará, em primeiro lugar, suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados. Caso considere impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor, poderá suspender concessões ou obrigações em outro setor, devendo indicar as razões que fundamentam essa decisão. 3. As medidas compensatórias a serem tomadas deverão ser informadas formalmente pelo Estado Parte que as aplicará, com uma antecedência mínima de quinze (15) dias, ao Estado Parte que deve cumprir o laudo.”

³⁸¹ Henrique Choer de Moraes, op. cit., p. 67.

³⁸² Não são todos os autores que demonstram preocupação com essa questão. Assim, “em todos os casos a opção implica a exclusão de outro foro porque os princípios gerais de direito e a regra imperativa da ‘coisa julgada’ determinam que um mesmo assunto não pode ser julgado duas vezes.” Cf. Maria Cristina Boldorini, op. cit. Tradução livre. p. 129.

³⁸³ Alejandro Daniel Perotti, *A natureza...* op. cit..

O RPO, no intuito de regular a opção de foro estabelecida no PO, previu em seu artigo 1, 1 que quando um Estado-membro decidir submeter a controvérsia a um mecanismo de solução de divergências diferente do estabelecido em Olivos, deve informar a parte contrária. Se, passados quinze dias contados a partir da notificação, as partes não acordarem submeter a controvérsia a outro foro, o demandante poderá exercer a sua opção, comunicando novamente o demandado e o GMC. A informação sobre a opção de foro deve ocorrer anteriormente ao início dos procedimentos dos artigos 4 e 41 – negociações diretas, no caso de a demanda ser de iniciativa de um Estado-membro, e consultas perante o GMC, quando a reclamação provir de particulares, respectivamente.³⁸⁴ Além disso, entende-se que um Estado-membro optou pelo sistema de Olivos ao solicitar os procedimentos desses mesmos artigos.³⁸⁵

O RPO chegou a regular, inclusive, o momento em que se considera iniciado um procedimento sob o sistema de solução de controvérsias da OMC, qual seja, quando o Estado demandante solicitar a conformação de um Grupo Especial nos termos do artigo 6 do ESC.³⁸⁶ Quanto à possibilidade do exercício da opção de foro em relação aos demais esquemas preferenciais de comércio, fica a cargo do CMC a sua regulamentação oportuna.³⁸⁷

A possibilidade de as partes optarem por um foro diverso do estabelecido no âmbito da Organização de que são membros não existe na OMC e nem na UE.

De fato, no caso da OMC, a exigência de recorrer ao sistema da OMC para solução de conflitos, presente no artigo 23 do ESC,³⁸⁸ exclui não somente a

³⁸⁴ RPO, artigo 1, 2. Dizem os artigos 4º e 41 do PO, respectivamente: “Art. 4. Os Estados Partes numa controvérsia procurarão resolvê-la, antes de tudo, mediante negociações diretas. [...] Art. 41. 1. A menos que a reclamação se refira a uma questão que tenha motivado o início de um procedimento de Solução de Controvérsias de acordo com os Capítulos IV a VII deste Protocolo, a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum que tenha admitido a reclamação conforme o artigo 40 do presente Capítulo deverá entabular consultas com a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte a que se atribui a violação, a fim de buscar, mediante as consultas, uma solução imediata à questão levantada. Tais consultas se darão por concluídas automaticamente e sem mais trâmites se a questão não tiver sido resolvida em um prazo de quinze (15) dias contado a partir da comunicação da reclamação ao Estado Parte a que se atribui a violação, salvo se as partes decidirem outro prazo. 2. Finalizadas as consultas, sem que se tenha alcançado uma solução, a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum elevará a reclamação sem mais trâmite ao Grupo Mercado Comum”.

³⁸⁵ RPO, artigo 1, 3.

³⁸⁶ RPO, artigo 1, 4.

³⁸⁷ RPO, artigo 1, 5.

³⁸⁸ Diz o mencionado artigo: “1. Quando objetivem reparar o descumprimento de obrigações ou outro tipo de anulação ou diminuição de vantagens resultantes dos acordos abarcados, ou um

ação unilateral dos Estados-membros, mas também a possibilidade de que sejam acionados outros foros para resolução da divergência, quando relacionados com os assuntos abarcados pela Organização.³⁸⁹ Em outras palavras, o ESC não comporta qualquer regra de “prevenção de seu foro, ou de impedimento de conhecer a controvérsia que já esteja sendo submetida, ou tenha sido submetida, a um mecanismo regional de solução de controvérsias”.³⁹⁰

No contexto da UE também não se aplica a facultatividade da jurisdição. Muito pelo contrário, quando se tratam das ações específicas, a Justiça comunitária é a única competente para conhecer os litígios. Além disso, nos processos em trâmite nos Judiciários nacionais em que seja necessário decidir acerca de uma questão comunitária, os juízes podem e, em casos específicos devem,³⁹¹ usar o instituto do reenvio prejudicial, remetendo a questão ao TPI ou ao TJCE, a depender das regras de competência.³⁹²

A par do exposto, conclui-se que, conquanto tenha sido um mérito de Olivos enfrentar o problema da duplicidade de foros, a solução que deu à questão não foi a mais adequada. Teria sido preferível, também no Mercosul, “que os Estados-membros se comprometessem a recorrer exclusivamente ao sistema do bloco para regulamentar as suas controvérsias”.³⁹³ De fato, a possibilidade de que

impedimento em prejuízo de qualquer dos objetivos dos acordos abarcados, os Membros recorrerão às normas e procedimentos do presente Entendimento, que deverão acatar. 2. Nesses casos, os Membros: a) não formularão uma determinação de que tenham produzido uma infração, de que tenham anulado ou diminuído vantagens ou de que tenham se comprometido com o cumprimento de um dos objetivos dos acordos abarcados, exceto mediante recurso à solução de diferenças, de conformidade com as normas e procedimentos estabelecidos no presente Entendimento, e formularão tal determinação de forma coerente com as constatações que figurem no relatório do Grupo Especial ou do Órgão de Apelação, adotado pelo OSC, ou no laudo arbitral ditado com respaldo no presente Entendimento; b) seguirão os procedimentos estabelecidos no artigo 21 para determinar o prazo prudencial para que o Membro prejudicado aplique as recomendações e resoluções; e c) seguirão os procedimentos estabelecidos no artigo 22 para determinar o nível de suspensão das concessões ou outras obrigações e para obter autorização do OSC, de acordo com esses procedimentos, antes de suspender concessões ou outras obrigações resultantes dos acordos abarcados caso o Membro prejudicado não tenha aplicado as recomendações e resoluções dentro desse prazo prudencial.” Tradução livre.

³⁸⁹ OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

³⁹⁰ Welber Barral, *Solução...op. cit.*, p. 55. Nesse contexto, “o sistema de solução de divergências é obrigatório. Todos os membros da OMC estão submetidos ao mesmo, uma vez que todos assinaram e ratificaram o Acordo sobre a OMC com um ‘todo único’, do qual o ESC é parte integrante”. Cf. OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

³⁹¹ Conforme já verificado no ponto 1.2.2 dessa dissertação, tratam-se das hipóteses de o processo estar em última instância ou de pretender-se declarar a nulidade do direito comunitário derivado.

³⁹² TCE, artigo 220 e ss.

³⁹³ Deisy Ventura, *As assimetrias...op. cit.*, p. 301. A doutrinadora acrescenta, mais adiante, que “parece lógico que o Mercosul possa apelar ao sistema de solução de controvérsias da OMC,

os Estados preferam recorrer à sistemática da OMC em prejuízo das regras regionais é latente e pode trazer um debilitamento do próprio sistema de integração do Cone Sul, dando lugar ao “forum shopping”, situação insustentável num processo integracionista como o do Mercosul, que tenta avançar para além de uma zona aduaneira.³⁹⁴

Com efeito, se a própria invocação do direito da OMC na resolução das controvérsias surgidas no âmbito do Mercosul já não é vista com bons olhos, a alternativa que o PO conferiu ao demandante, para que escolha entre o foro regional e o multilateral, é ainda mais pernicioso para a consolidação do sistema de solução de controvérsias autónomo no bloco.³⁹⁵

Sendo assim, no que concerne à segurança jurídica, Olivos é um verdadeiro paradoxo. Se, por um lado e pelos motivos antes expostos, pode-se creditar ao TPR a possibilidade de imprimir segurança jurídica ao Mercosul, na medida em que está apto a construir uma jurisprudência uniforme para o bloco, por outro lado, a cláusula de opção de foro, inserida também sob o argumento de diminuição da insegurança jurídica, compromete a atuação do Tribunal nesse sentido, em função de as partes poderem optar em recorrer a outro sistema de solução de controvérsias, que não o PO.

2.1.2. Os efeitos e a implementação das decisões

No que concerne às peculiaridades das decisões, a regulamentação de Olivos é mais satisfatória. Como visto, os laudos pronunciados pelo TPR são adotados por maioria – o que os afasta da ótica intergovernamental do consenso –, devidamente fundamentados e assinados pelo presidente e pelos demais árbitros.

mas somente para Estados terceiros. O fato de que esse sistema seja utilizado para resolver um conflito intra-zona só pode ser interpretado como um sinal de fraqueza do sistema autónomo do bloco. É largamente preferível, a aplicar no plano local as normas da OMC, preencher as lacunas atuais do direito da integração. O recurso ao direito comunitário europeu parece, nesse sentido, muito mais adaptado às situações jurídicas relativas à integração”. Ibid., p. 301-2.

³⁹⁴ Luiz Otávio Pimentel e Adriana Dreyzin de Klor, O sistema...op. cit., p. 177.

³⁹⁵ Deisy Ventura, *As assimetrias...*op. cit., p. 297 e 302.

Relembre-se que os árbitros não fundamentam os votos em dissidência e devem manter a confidencialidade da votação, ocorrendo o mesmo com as deliberações.³⁹⁶

Especificamente quanto aos efeitos dos laudos do TPR, o artigo 26, 2³⁹⁷ de Olivos determina a sua inapelabilidade e obrigatoriedade, além da força de coisa julgada a partir da sua notificação aos Estados partes na controvérsia.³⁹⁸ A responsabilidade pela notificação dos laudos fica a cargo da ST, que deve também notificar a SM.³⁹⁹ Os laudos também devem ser publicados no Boletim Oficial e na página da web do Mercosul.⁴⁰⁰

A inapelabilidade dos laudos os faz definitivos, não cabendo contra eles nenhuma espécie de recurso. A obrigatoriedade está restrita às partes na controvérsia, não se estendendo a terceiros. Em outras palavras, os laudos arbitrais têm efeitos apenas *inter partes* e não *erga omnes*, não havendo caráter vinculante para as decisões futuras e muito menos para os Judiciários nacionais dos Estados. Esse fato é especialmente grave, tendo em vista que num processo de integração os aplicadores natos das normas do bloco são os juízes dos Estados-membros, especialmente os de primeira instância.

A força de coisa julgada,⁴⁰¹ outro efeito dos laudos arbitrais do PO, assenta as suas raízes na segurança jurídica. De fato, “para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida e garantir o resultado do processo”.⁴⁰² A necessidade de prezar pela segurança das relações jurídicas, impedindo que uma discussão prolongue-se

³⁹⁶ PO, artigo 25. Ocorre o mesmo com os laudos emitidos pelos TAHs. Relembre-se que os pareceres divergentes na emissão das opiniões consultivas não obedecem à regra da confidencialidade.

³⁹⁷ O artigo 26, 1 do PO trata dos efeitos dos laudos dos TAHs.

³⁹⁸ O inteiro teor do artigo 26 consta na nota de rodapé 379.

³⁹⁹ RPO, artigo 40, 2.

⁴⁰⁰ RPO, artigo 40, 4 e PO, artigo 39. O RPO também estabelece que os laudos arbitrais devem ser emitidos por escrito e enumera os elementos a eles necessários: a. indicação dos Estados partes na controvérsia; b. o nome e a nacionalidade de cada um dos membros do TPR que atuaram no caso; c. os nomes dos representantes titular e suplente das partes; d. as questões de direito ou interpretações jurídicas submetidas ao TPR; e. um relato do desenvolvimento do procedimento arbitral nessa instância, incluindo um resumo dos atos praticados, e das alegações das partes; f. o pronunciamento sobre as medidas provisórias, se tiverem sido emitidas; g. os fundamentos da decisão do TPR; h. a decisão final do TRP que deverá incluir as medidas a serem adotadas para dar cumprimento ao laudo, quando corresponda; i. o prazo estabelecido para o cumprimento do laudo; j. a proporção dos custos do procedimento arbitral que corresponderá a cada Estado parte na controvérsia cobrir; k. data e lugar da sua emissão; e l. a assinatura de todos os membros do TPR. Cf. RPO, artigo 40, 1, ii.

⁴⁰¹ Discorreu-se brevemente sobre esse instituto na nota de rodapé 295.

⁴⁰² Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1996. v. 1. p. 447.

em demasia ou que a mesma questão seja apreciada novamente por mais de um juízo, resultando em respostas diversas à mesma pretensão jurisdicional, fez com que os ordenamentos jurídicos em geral adotassem a figura da coisa julgada, no intuito de tornar indiscutível a decisão que tenha transitado em julgado, excluindo qualquer novo debate e julgamento a respeito da mesma. Portanto, a coisa julgada é, *grosso modo*, uma qualidade da decisão que transitou em julgado, tendo o poder de tornar a mesma imutável perante todos e indiscutível perante as partes processuais. Nesse sentido, este instituto vincula a situação das partes, impedindo que o assunto por ela decidido seja examinado pelo mesmo ou por diverso juízo, bem como impede que qualquer uma das partes, unilateralmente, fuja dos efeitos e implicações da declaração jurisdicional.

Embora a obrigatoriedade do laudo alcance somente as partes da relação processual, a autoridade da coisa julgada opera-se *erga omnes*, no sentido de que todos devem respeitá-la:

Assim, visto está que a eficácia é instituto próprio da sentença em sentido estrito, ao passo que a autoridade pertine tanto a esta quanto à coisa julgada, pois aquilo que determina a produção de resultados é a sentença, e o que torna a decisão imutável e indiscutível é a coisa julgada, a qual possui também uma qualidade, representada pela capacidade de ser imposta perante todos, chamada de autoridade.⁴⁰³

Por conseguinte, o laudo arbitral vincula as partes,⁴⁰⁴ obrigando-as ao seu fiel cumprimento não porque seja a expressão da verdade e da justiça, mas sim porque o PO teve por bem conferir a ele, desde que transitado em julgado, o caráter de indiscutibilidade. A decisão passada em julgado é, assim, a “expressão da lei no caso concreto”.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Sérgio Gilberto Porto, *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495. Ovídio A. Baptista da Silva (Coord.), São Paulo: RT, 2000. v. 6. p. 157.

⁴⁰⁴ Apesar de vincular somente as partes, caso a decisão não seja cumprida total ou parcialmente, o particular não está desprovido de meios jurisdicionais para que seja implementada. Se, por exemplo, o laudo decide que determinada norma interna viola a normativa mercosulina, o Estado condenado não a revoga e são impostas contra ele medidas compensatórias no mesmo ou em diverso setor empresarial, os particulares desse setor podem ser diretamente prejudicados. O que podem fazer nessa hipótese, no intuito de que sejam reparados pelos prejuízos acarretados? Certamente recorrer ao Judiciário nacional, para obtenção de indenização reparatória do descumprimento do laudo. Cf. José Carlos de Magalhães, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁰⁵ Giuseppe Chiovenda, *op. cit.*, p. 449. A título exemplificativo, veja-se a redação do artigo 468 do Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 469. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Denota-se, assim, que o legislador brasileiro, ciente do papel desempenhado pela coisa julgada, explicitou o caráter de lei da

Em virtude de o TPR poder ser acionado diretamente, o artigo 23,2 do PO regula a questão dos efeitos do laudo arbitral nesses casos, afirmando que os laudos serão obrigatórios para os “Estados partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recurso de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada”.

Não é demasiado lembrar, nesse momento, que a obrigatoriedade dos laudos confere um germe de supranacionalidade à fase jurisdicional do mecanismo de solução de controvérsias mercosulino, pois a sua imperatividade independente da vontade individual dos Estados.⁴⁰⁶

O laudo deve ser cumprido na forma e com o alcance em que foi ditado.⁴⁰⁷ Caso não tenha sido definido um prazo para cumprimento, deve ser cumprido nos trinta dias seguintes à data de notificação.⁴⁰⁸ Se as partes solicitarem esclarecimento sobre o seu conteúdo ou interpretação de como cumpri-lo, o TPR pode prorrogar o prazo para o seu implemento.⁴⁰⁹

Finalmente, a adoção das medidas compensatórias, que serão vistas a seguir, não exige o Estado parte na controvérsia da obrigação de cumprir o laudo.⁴¹⁰

Na OMC, o OAp não sentencia, apenas recomenda. Por esse motivo, é errôneo chamar esses relatórios de sentenças, pois têm a natureza jurídica de pareceres⁴¹¹ e somente passam a ter efeitos jurídicos a partir da sua adoção pelo OSC, que gera a responsabilidade internacional do Estado revogar ou alterar a medida objeto da controvérsia.⁴¹²

Dessa maneira, as recomendações do OAp devem ser adotadas pelo OSC e aceitas sem condições pelas partes na controvérsia. O relatório somente

decisão judicial, de modo a esclarecer que o seu descumprimento equivale, além de uma violação à ordem judicial, a uma violação legal. Cf. Presidência da República, Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 15. mar. 2006.

⁴⁰⁶ A respeito, ver nota de rodapé 45.

⁴⁰⁷ PO, artigo 27.

⁴⁰⁸ PO, artigo 29, 1 e RP, artigo 28, a e b. Verifique-se que “o texto da norma do Protocolo que dispõe sobre a obrigatoriedade do laudo a partir da notificação, semeia uma questão, pois a parte que deve cumpri-lo dispõe de quinze dias para interpor recurso de revisão. Em virtude do fato de os laudos dos TAHs e do TPR [...] serem obrigados a determinar o prazo dentro do qual devem ser cumpridos, supõe-se que tal prazo nunca poderia ser inferior aos quinze dias, tendo em conta que o recurso suspende a obrigatoriedade do cumprimento do laudo.” Cf. Carlos Alberto González Garabelli, op. cit. Tradução livre. p. 252-3.

⁴⁰⁹ RP, artigo 28, c.

⁴¹⁰ RPO, artigo 27.

⁴¹¹ Celso Lafer ap. Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 23.

⁴¹² Ibid., p. 42.

deixará de ser acolhido se houver o consenso reverso, ou seja, se todos os membros da OMC decidirem não adotá-lo⁴¹³ no prazo de trinta dias, contados a partir da sua distribuição.⁴¹⁴

Adverte-se que embora o ESC mencione somente a adoção da recomendação emanada pelo OAp, é certo que esta deve ser aprovada junto com a recomendação do Grupo Especial – que não passou pelo processo de adoção em consequência da apelação – para que se possa compreender a resolução geral.⁴¹⁵ Assim, aprovam-se a decisão de primeira instância e a de segunda, que confirma, modifica ou revoga a primeira.

O teor do relatório final aprovado, caso conclua que a medida nacional reclamada é incompatível com os acordos da OMC, recomenda que o Estado que a adotou a torne compatível com o acordo, podendo sugerir, também, a maneira pela qual deve ser implementada a recomendação.⁴¹⁶ Apesar disso, não existe qualquer regra no mecanismo do ESC que crie obrigações interpretativas para os Judiciários nacionais, nem mesmo para cumprir as decisões adotadas pelo OSC. Em outras palavras, não há normas que gerem efeitos diretos para a esfera normativa nacional dos Estados a fim de que cumpram as decisões do OSC ou as interpretações eventualmente adotadas pelos Grupos Especiais e pelo OAp,⁴¹⁷ o que, de resto, também ocorre no Mercosul, com o agravante de que este é um processo integracionista.

Os relatórios não vinculam decisões futuras, não se aplicando na sistemática do ESC a doutrina do *stare decisis*. No entanto, os painéis e o OAp fazem constantes remissões a relatórios passados.⁴¹⁸ Dessa forma, embora as remissões não sejam invocadas na qualidade de precedentes jurisprudenciais, acabam por influenciar as decisões futuras. Se adotado no contexto do Mercosul, principalmente pelo TPR, esse hábito contribuiria para a formação de uma jurisprudência uniforme no bloco.⁴¹⁹

No caso do TJCE, em função da gama de ações judiciais que podem a ele ser submetidas, os efeitos das decisões são bastante variados. É certo que ele

⁴¹³ A respeito do consenso reverso, ver nota de rodapé 83.

⁴¹⁴ ESC, artigo 17, 14.

⁴¹⁵ OMC, Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias. Disponível em: <<http://www.wto.org/indexsp.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

⁴¹⁶ Welber Barral, Solução...op. cit., p. 41.

⁴¹⁷ Ibid., p. 54.

⁴¹⁸ Ibid., p. 29.

⁴¹⁹ Ibid.

“decide não apenas independentemente dos Estados nacionais, mas exerce sua competência com efeito vinculante para todos os Estados-membros da União”.⁴²⁰ Da mesma forma, há o dever de indenizar, no caso de o Estado-membro infringir o direito comunitário e ao mesmo tempo prejudicar uma pessoa. O direito de indenizar, nesse sentido, é considerado uma implementação do direito comunitário.⁴²¹ Assim, a possibilidade, inexistente no Mercosul e na OMC, de vinculação das decisões da Corte aos Judiciários nacionais, existe na UE.⁴²²

Sobre os efeitos específicos das sentenças, exemplificativamente, a decisão de uma exceção de ilegalidade vincula somente as partes e não declara *erga omnes* a ilegalidade do ato.⁴²³ Já uma sentença proveniente de um recurso de anulação produz efeitos *inter partes* no caso de declarar a nulidade de uma decisão, mas tem efeitos *erga omnes* quando o objeto anulado é uma diretiva ou um regulamento. Os efeitos são *ex tunc*.⁴²⁴ Uma decisão pronunciada num recurso por descumprimento é obrigatória e pecuniária,⁴²⁵ já que a condenação imposta pelo Tribunal inclui uma quantia fixa ou progressiva, na hipótese de não ser cumprida pelo Estado infrator. O pagamento pode ser feito através da compensação de recursos enviados pela Comissão aos Estados com o intuito de ajuda ou de transferência dos Fundos Comunitários.⁴²⁶ Já a decisão que resolve uma questão prejudicial “passa a vigorar de forma vinculante em todos os Estados-membros, desde que não haja mudança na postura do Tribunal”.⁴²⁷

Constata-se, de tal modo, que os efeitos emanados pelas decisões provenientes do TJCE são muitos e variados, a depender do tipo de ação ou recurso. Em todos há, obviamente, um efetivo poder de coerção, para que produza efeitos no plano prático.

⁴²⁰ Frank R. Pfetsch, op. cit., p. 165.

⁴²¹ Ibid., p. 166.

⁴²² Welber Barral, Solução...op. cit., p. 54.

⁴²³ Eduardo Biacchi Gomes, *Blocos*...op. cit., p. 171.

⁴²⁴ Ibid., p. 171-2 e Patrícia Luíza Kegel, O sistema...op. cit., p. 104. Assim, segundo a última doutrinadora, “a eficácia da sentença é regulada no art. 231 TCE, e na hipótese de anulação do ato impugnado pelo TJ, a sentença passa a ter valor *erga omnes*”.

⁴²⁵ Eduardo Biacchi Gomes, Solução...op. cit., p. 175.

⁴²⁶ Patrícia Luíza Kegel, O sistema...op. cit., p. 100. Segue o teor do artigo 228, 3 e 4 do TCE: “Se o referido Estado-membro não tomar as medidas necessárias para a execução do acórdão do Tribunal de Justiça dentro do prazo fixado pela Comissão, esta pode submeter o caso ao Tribunal de Justiça. Ao fazê-lo, indicará o montante da quantia fixa ou progressiva correspondente à sanção pecuniária, a pagar pelo Estado-membro, que considerar adequada às circunstâncias. Se o Tribunal de Justiça declarar verificado que o Estado-membro em causa não deu cumprimento ao seu acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.”

⁴²⁷ Patrícia Luíza Kegel, O sistema...op. cit., p. 110.

Na temática dos efeitos das decisões, o TPR e o OAp novamente aproximam-se um do outro e afastam-se do TJCE, mais legalista. No entanto, a força de coisa julgada, inexistente no sistema de solução de divergências da OMC, que apenas recomenda e não sentencia, é uma nítida vantagem legal do Cone Sul. Há que se observar, porém, que de pouco adianta estudar as características das decisões, sem que seja analisada a forma como as mesmas são materializadas.

Nos termos do artigo 27 do PO, os laudos do Mercosul deverão ser cumpridos na forma e com o alcance em que foram emitidos. Nem mesmo a adoção das medidas compensatórias exime o Estado vencido do cumprimento da decisão.

O TPR, da mesma maneira que os TAHs, deve conferir um prazo para que a decisão seja cumprida. Se houver omissão quanto a esse aspecto, os laudos deverão ser efetivados no prazo de trinta dias, seguintes à data de notificação da decisão.⁴²⁸ O Estado vencido deve informar a outra parte e o GMC sobre as medidas que adotará para que seja executado o laudo por intermédio da SM, no prazo de quinze dias contados também da notificação.⁴²⁹

Observe-se que o laudo arbitral emitido pela sistemática de Olivos é uma decisão internacional, com força obrigatória no âmbito externo e com capacidade para produzir efeitos na esfera interna dos Estados. Por esse motivo, não há necessidade de que seja aprovado pelo Judiciário nacional para ser executado no seu território através de sentença homologatória.⁴³⁰ Há uma diferença, portanto, entre a sentença internacional e a estrangeira: para essa última, a homologação é necessária, de maneira que “o que se executa é a sentença homologatória nacional da sentença estrangeira”.⁴³¹

Contudo, se o Estado beneficiado pelo laudo entender que as referidas medidas não o cumprem, terá o prazo de trinta dias, após a adoção daquelas, para

⁴²⁸ PO, artigo 29, 1.

⁴²⁹ PO, artigo 29, 3.

⁴³⁰ José Carlos de Magalhães, Os laudos arbitrais proferidos com base no Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias. In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 77-8.

⁴³¹ Ibid., p. 78. No Brasil, a competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias era do STF até a Emenda Constitucional nº 45/2004. Atualmente, essas são tarefas do STJ (CF/88, artigo 105, I, i). Cf. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. De acordo com a diferenciação entre decisão internacional e estrangeira, os laudos emitidos conforme o sistema de solução de controvérsias mercosulino em que o Brasil foi vencido, houve o pronto cumprimento da decisão, sem necessidade de homologação pelo Judiciário nacional.

levar a situação à consideração do TPR.⁴³² Este terá o mesmo prazo, contado da data em que tomou conhecimento da situação, para dirimir a questão.⁴³³ Se o TPR entender que as medidas adotadas para dar cumprimento ao laudo são suficientes, não podem ser aplicadas medidas compensatórias pelo Estado beneficiado pela decisão. Caso estas já estejam sendo aplicadas, devem ser deixadas sem efeito.⁴³⁴

Na hipótese de o Estado vencido não cumprir total ou parcialmente o laudo, não há a previsão de aplicação de compensações pecuniárias pelo Estado beneficiado pela decisão. Não obstante, a outra parte terá a faculdade, dentro do prazo de um ano, de aplicar medidas compensatórias não pecuniárias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o cumprimento do laudo. Trata-se de sanção de caráter internacional, e não de medida protecionista.⁴³⁵ O prazo é contado a partir do dia seguinte à data limite em que deveria ter sido cumprido o laudo, nos termos do artigo 29, 1 do PO. Além disso, a adoção das medidas compensatórias independe de se ter recorrido ao Tribunal, alegando a insuficiência das medidas adotadas pelo Estado vencido, nos termos referidos no parágrafo anterior.⁴³⁶

Em primeiro lugar, o Estado beneficiado pelo laudo deve suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados. Caso considere impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor ou setores, poderá suspender concessões ou obrigações em outro ou outros, devendo indicar as razões que a fundamentam,⁴³⁷ juntamente com a notificação informativa das medidas compensatórias a serem tomadas.⁴³⁸ Essas medidas compensatórias, que não eximem o Estado vencido da obrigação de cumprir o laudo, devem a ele ser informadas com uma antecedência mínima de quinze dias.⁴³⁹

⁴³² PO, artigo 30, 1. Se não tiver sido interposto recurso de revisão, a questão deve ser levada à consideração do TAH. Nos termos do artigo 30, 3, "caso não seja possível a convocação do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* que conheceu do caso, outro será conformado com o ou os suplentes necessários mencionados nos artigos 10, 2 e 10, 3".

⁴³³ PO, artigo 30, 2.

⁴³⁴ RPO, artigo 43, 1.

⁴³⁵ José Carlos de Magalhães, op. cit., p. 77.

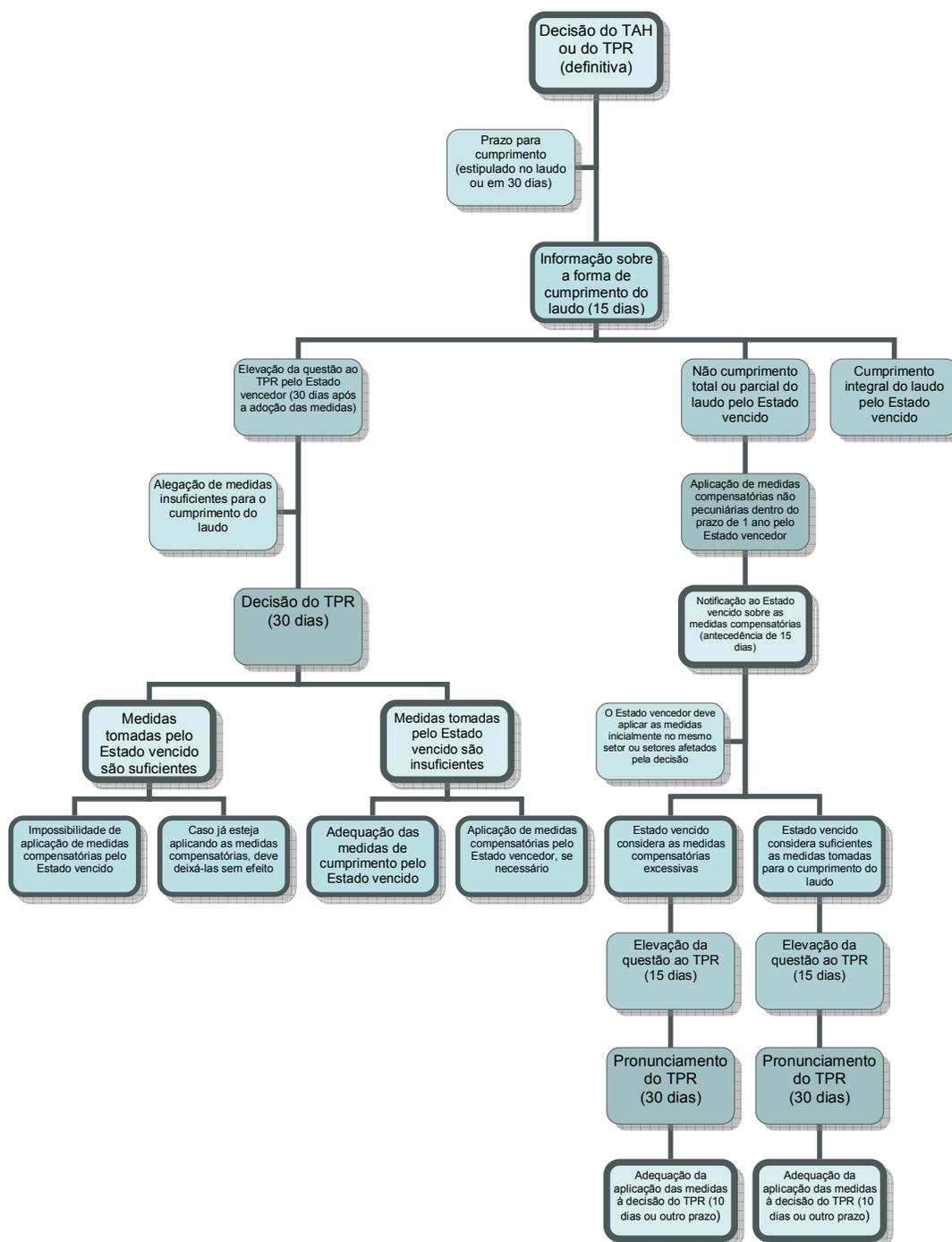
⁴³⁶ PO, artigo 31, 1.

⁴³⁷ PO, artigo 31, 2.

⁴³⁸ RPO, artigo 43, 2.

⁴³⁹ PO, artigo 31, 3.

Execução dos laudos arbitrais pelo PO



O Estado obrigado a cumprir o laudo pode não concordar com a alegação de insuficiência das medidas tomadas para o seu cumprimento, entendendo-as satisfatórias. Nessa hipótese, terá um prazo de quinze dias, contado

a partir da notificação de que serão aplicadas medidas compensatórias, para levar esta situação à consideração do TPR, que deverá se pronunciar em trinta dias.⁴⁴⁰

Ainda, o Estado vencido pode considerar as medidas compensatórias excessivas. Nessa hipótese, terá um prazo de quinze dias, a partir da sua aplicação, para solicitar ao TPR que se pronuncie a respeito, o qual novamente deve se pronunciar em trinta dias.⁴⁴¹ Para o pronunciamento, deve avaliar a fundamentação que o Estado beneficiado pelo laudo apresentou para aplicá-las em um setor distinto daquele afetado, se for o caso, assim como a sua proporcionalidade em relação às consequências derivadas do não cumprimento do laudo. Ao analisar esse último aspecto, o Tribunal levará em consideração, entre outros elementos, o volume e/ou o valor de comércio no setor afetado, além de qualquer outro prejuízo ou fator que tenha incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias.⁴⁴²

Em qualquer caso, o Estado que aplicou as medidas deve adequá-las à decisão do Tribunal em no máximo dez dias, havendo a possibilidade de ser estabelecido outro prazo.⁴⁴³

Aqui é importante referir que desde o início das negociações para a alteração do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, o Paraguai foi contrário à aplicação das medidas compensatórias dessa natureza no caso de não cumprimento do laudo, por entender que a gritante diferença entre as economias dos países do bloco levaria à inefetividade da sua aplicação. Assim, em determinados casos, a compensação não chegaria a afetar de tal forma o Estado obrigado a cumprir o laudo, não tendo o devido poder de coerção.⁴⁴⁴ Para este país, em caso de não cumprimento do laudo no prazo previsto para tanto, o ideal seria aplicar uma multa ou obrigar ao pagamento de uma compensação pelo Estado

⁴⁴⁰ PO, artigo 32, 1. No caso de não ter havido recurso de revisão, a parte interessada deve recorrer ao TAH.

⁴⁴¹ PO, artigo 32, 2. Quando não tiver havido recurso de revisão, a parte interessada deve recorrer ao TAH.

⁴⁴² PO, artigo 32, 2, i e ii. Sobre isso, diz o artigo 44 do RPO: “1. O Estado que alegue que as medidas compensatórias aplicadas são excessivas apresentará perante o Tribunal que corresponda a justificativa de sua posição. 2. Para facilitar a tarefa do Tribunal que deve pronunciar-se sobre a proporcionalidade das medidas compensatórias adotadas, o Estado parte na controvérsia que as aplica deverá proporcionar informação detalhada referente, entre outros elementos, ao volume e/ou valor do comércio no setor afetado, assim como todo outro prejuízo ou fator que haja incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias. 3. A informação mencionada nos numerais 1 e 2 do presente artigo será enviada ao Tribunal através da SM ou da ST, segundo corresponda, e, em este último caso, com cópia à SM”.

⁴⁴³ PO, artigo 32, 3.

⁴⁴⁴ Carlos Alberto González Garabelli, op. cit., p. 235.

vencido no litígio, pelo menos em determinadas situações. A competência para determinar esses valores seria do TPR.⁴⁴⁵

Essa proposta, no entanto, não foi acolhida pelos demais Estados-membros, já que, para eles, nesta etapa do processo de integração, não seria possível atribuir ao Tribunal em estudo o poder para ditar tais multas e pagamentos e fazê-los cumprir.⁴⁴⁶

A execução das decisões no âmbito da OMC ocorre de forma bastante similar ao Mercosul, provavelmente porque o sistema de solução de controvérsias desse último baseou-se no daquela.

Quando o OAp conclui que uma medida é incompatível com um acordo da OMC, recomenda ao Estado vencido que a coloque em conformidade com o mesmo, podendo, além disso, sugerir a forma como isso deve ser feito.⁴⁴⁷ Ressalva-se que as recomendações não podem gerar o aumento ou a redução dos direitos e obrigações estabelecidos nos acordos da OMC.⁴⁴⁸ Inicia-se, então, a fase pós-jurisdicional, que visa a tornar a medida litigiosa compatível com os acordos da OMC, e não a reparar ou a penalizar o Estado infrator.⁴⁴⁹ Geralmente, este precisa tornar a sua legislação interna compatível com os compromissos da OMC.

O Estado vencido na controvérsia deve informar ao OSC sobre a forma como cumprirá a recomendação em uma reunião realizada nos trinta dias seguintes à sua adoção.⁴⁵⁰ Não sendo possível executá-la imediatamente, ao Estado vencido poderá ser concedido um prazo prudencial para tanto. Esse prazo pode ser: i) proposto por ele mesmo, desde que adotado pelo OSC; ii) fixado de comum acordo pelas partes da controvérsia dentro de quarenta e cinco dias à adoção da recomendação; ou iii) determinado mediante arbitragem vinculante dentro de noventa dias da data de adoção da recomendação.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ Eram os termos da proposta paraguaia: “Se um Estado parte na controvérsia considera inconveniente aos seus interesses ou impossível adotar medidas compensatórias temporárias, poderá reclamar ao Tribunal Permanente de Revisão o pagamento de uma compensação econômica, que será avaliada e disposta por este, para cujos efeitos terá as mesmas competências que um Tribunal *Ad Hoc* e será regido, no que couber, pelas disposições aplicáveis a esse último”. *Ibid.*

⁴⁴⁶ Maria Cristina Boldorini, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁴⁷ ESC, artigo 19, 1. O mesmo aplica-se no âmbito dos Grupos Especiais.

⁴⁴⁸ ESC, artigo 19, 2.

⁴⁴⁹ Welber Barral, *Organização...op. cit.*, p. 52.

⁴⁵⁰ Não havendo uma reunião do OSC nesse período, celebra-se uma especialmente para esse fim.

⁴⁵¹ ESC, artigo 21, 3.

Em regra, o prazo prudencial não deve exceder a quinze meses a partir da data de adoção da recomendação. No entanto, por vezes pode ser mais longo ou mais curto, de acordo com as circunstâncias particulares de cada caso. Além disso, tanto o Grupo Especial como o OAp podem prorrogar o prazo do procedimento de solução de divergências, de acordo com os artigos 12, 9⁴⁵² e 17, 5⁴⁵³ do ESC, ocasião em que o cumprimento da recomendação será mais demorado.⁴⁵⁴

Caso não haja acordo quanto à existência de medidas destinadas a cumprir as recomendações ou quanto à compatibilidade dessas medidas com um acordo, a questão deve ser resolvida pela sistemática do ESC. O Grupo Especial que tenha participado da controvérsia deve, sempre que possível, intervir no caso, devendo se manifestar nos noventa dias seguintes, a contar da data que lhe tenha sido submetido o assunto. Se precisar de mais tempo para decidir a questão, deve comunicar ao OSC por escrito, indicando os motivos.⁴⁵⁵

É de responsabilidade do OSC vigiar a aplicação das recomendações adotadas, sendo que todo membro da OMC pode acioná-lo se entender que não estão sendo satisfeitas.^{456 e 457}

⁴⁵² É a redação do artigo 12, 9 do OSC: “Quando o Grupo Especial considerar que não pode emitir o seu relatório em seis meses, ou em três meses nos casos de urgência, informará ao OSC por escrito sobre as razões da demora e apresentará uma estimativa do prazo em que emitirá o seu relatório. Em nenhum caso o período que transcorra entre o estabelecimento do Grupo Especial e a distribuição do relatório aos membros deverá exceder a nove meses.”

⁴⁵³ Diz o artigo 17, 5 do ESC: “Em regra, a duração do procedimento entre a data em que uma parte na controvérsia notifique formalmente a sua decisão de apelar e a data em que o Órgão de Apelação distribua o seu relatório não excederá a sessenta dias. Ao fixar o seu calendário, o Órgão de Apelação levará em conta as disposições do parágrafo 9 do artigo 4, se necessário. Se o Órgão de Apelação considerar impossível redigir o seu relatório em sessenta dias, comunicará por escrito ao OSC os motivos do atraso, indicando o prazo em que estima poder fazê-lo. Em nenhum caso a duração do procedimento excederá a noventa dias.”

⁴⁵⁴ Segue a redação do artigo 21, 4 do ESC: “A não ser que o Grupo Especial ou o Órgão de Apelação tenham prorrogado, em conformidade com o parágrafo 9 do artigo 12 ou o parágrafo 5 do artigo 17, o prazo para emitir sua recomendação, o período transcorrido desde o estabelecimento do Grupo Especial pelo OSC até a data em que se determine o prazo prudencial não excederá a quinze meses, salvo se as partes na controvérsia acordem outra coisa. Quando o Grupo Especial ou Órgão de Apelação tenha prorrogado o prazo para emitir a sua recomendação, a duração do prazo se adicionará a esse período de quinze meses, a menos que as partes na controvérsia convenham que existam circunstâncias excepcionais. O período total não excederá dezoito meses”. Tradução livre.

⁴⁵⁵ ESC, artigo 21, 5.

⁴⁵⁶ ESC, artigo 21, 6. Segue o inteiro teor do dispositivo legal: “6. O OSC vigiará a aplicação das recomendações ou resoluções adotadas. Todo membro poderá questionar a aplicação das recomendações ou resoluções, em qualquer momento depois de sua adoção. A menos que o OSC decida outra coisa, a questão da aplicação das recomendações ou resoluções será incluída na ordem do dia da reunião que o OSC celebre seis meses depois da data em que se tenha estabelecido o prazo prudencial em conformidade com o parágrafo 3 e se manterá na ordem do dia de suas reuniões até que se resolva. Pelo menos dez dias antes de cada uma delas, o

Na hipótese de o Estado vencido não cumprir a recomendação dentro do prazo prudencial, poderá, a partir da sua expiração, iniciar negociações com qualquer das partes que tenham recorrido ao procedimento de solução de divergências, na tentativa de conseguir uma compensação mutuamente aceitável. No entanto, passados vinte dias da expiração do prazo prudencial e caso não tenha sido alcançada uma compensação satisfatória, qualquer parte pode pedir autorização ao OSC para suspender a aplicação de concessões ou outras obrigações resultantes dos acordos da OMC, em relação ao Estado vencido.⁴⁵⁸ O OSC pronuncia-se nos trinta dias seguintes à expiração do prazo prudencial, a não ser que por consenso decida não receber a petição.⁴⁵⁹

Ressalte-se que o próprio ESC afirma que a compensação e a suspensão de concessões ou outras obrigações são medidas temporárias, que só podem ser utilizadas quando as recomendações não tiverem sido cumpridas dentro do prazo destinado para tanto. Ainda, estabelece que elas não são preferíveis à completa aplicação de uma recomendação adotada pelo OSC.⁴⁶⁰ Por esse motivo, a compensação e a suspensão somente são aplicadas até o cumprimento da recomendação ou até que se chegue a uma solução mutuamente satisfatória.⁴⁶¹

Na consideração sobre quais concessões e outras obrigações devem ser suspensas, o Estado reclamante deve obedecer a determinados princípios e procedimentos. Assim, há um princípio geral de que o Estado reclamante deve primeiramente suspender concessões e outras obrigações relativas ao mesmo setor ou setores de que tratar a recomendação. No caso de a parte entender impraticável ou ineficaz proceder às suspensões no mesmo setor ou setores, poderá atingir outros setores no marco do mesmo acordo. No entanto, se considerar essa atitude igualmente impraticável ou ineficaz e se as circunstâncias forem suficientemente graves, poderá realizar a suspensão no marco de outro acordo,⁴⁶² procedendo ao

membro vencido apresentará ao OSC por escrito um relato da situação sobre os progressos realizados na aplicação das recomendações ou resoluções”.

⁴⁵⁷ As medidas consideradas irregulares não ficam restritas à esfera federal, mas abarcam a regional e a local, de maneira que Estados que adotam a forma federativa são responsáveis por “convencer ou coagir a administração” das unidades federadas “a modificá-la, sob pena de ser o membro – país – penalizado a oferecer compensações ou sofrer suspensões”. Cf. Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p 31.

⁴⁵⁸ ESC, artigo 22, 2.

⁴⁵⁹ ESC, artigo 22, 6.

⁴⁶⁰ ESC, artigo 22, 1.

⁴⁶¹ ESC, artigo 22, 8.

⁴⁶² ESC, artigo 22, 3.

que se denomina de “retaliação cruzada”.⁴⁶³ Nas duas últimas hipóteses, deve haver a indicação das razões em que se funda o pedido de suspensão.⁴⁶⁴

Ainda, o Estado reclamante deverá levar em conta: i) o comércio realizado no setor ou no marco do acordo em que o OAp⁴⁶⁵ tenha constatado a infração e a sua importância para o comércio; ii) os elementos econômicos mais amplos relacionados com a infração e as consequências econômicas mais amplas da suspensão de concessões de outras obrigações.⁴⁶⁶

O nível da suspensão autorizado pelo OSC deve obedecer ao princípio da proporcionalidade.⁴⁶⁷ A suspensão não será autorizada, contudo, se um acordo proibi-la.⁴⁶⁸

O Estado vencido pode ainda impugnar o nível da suspensão proposta, bem como alegar o não cumprimento dos princípios e procedimentos antes analisados, especialmente quando se tratar de suspensão de concessões e outras obrigações que atingirem outro setor ou setores no marco do mesmo acordo ou de outro acordo. Nessas condições, a questão será submetida à arbitragem, que estará sob responsabilidade do Grupo Especial que tenha analisado inicialmente a controvérsia, se estiverem disponíveis os seus membros. Do contrário, o Diretor Geral nomeia um árbitro. O processo arbitral deve ser concluído dentro dos sessenta dias da data de expiração do prazo prudencial, embora não se suspendam as concessões e outras obrigações durante o seu curso.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Carlos Maria Gambaro e Jete Jane Fiorati, op. cit., p. 30.

⁴⁶⁴ O próprio ESC, no mesmo artigo, trata de esclarecer alguns conceitos. Assim é a redação do artigo 22, 3, f: “Para efeitos do presente parágrafo, entende-se por ‘setor’: i) no que concerne aos bens, todos os bens; ii) no que concerne aos serviços, um setor principal dos que figuram na versão atual da ‘Lista de Classificação Setorial dos Serviços’ em que se identificam esses setores; iii) no que concerne aos direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, qualquer das categorias de direitos de propriedade intelectual compreendidas nas seções 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 da Parte II, ou as obrigações da Parte III ou a Parte IV do Acordo sobre os ADPIC.” Ainda, segue a redação do artigo 22, 3, g: “Para efeitos do presente parágrafo, entende-se por ‘acordo’: i) no que concerne aos bens, os acordos enumerados no Anexo 1A do Acordo sobre a OMC, tomadas em conjunto, assim como os Acordos Comerciais Plurilaterais na medida em que as partes na diferença sejam partes nesses acordos; ii) no que concerne aos serviços, o AGCS; iii) no que concerne aos direitos de propriedade intelectual, o Acordo sobre os ADPIC.”

⁴⁶⁵ Na ausência de recurso, a observação é válida para o pronunciamento do Grupo Especial.

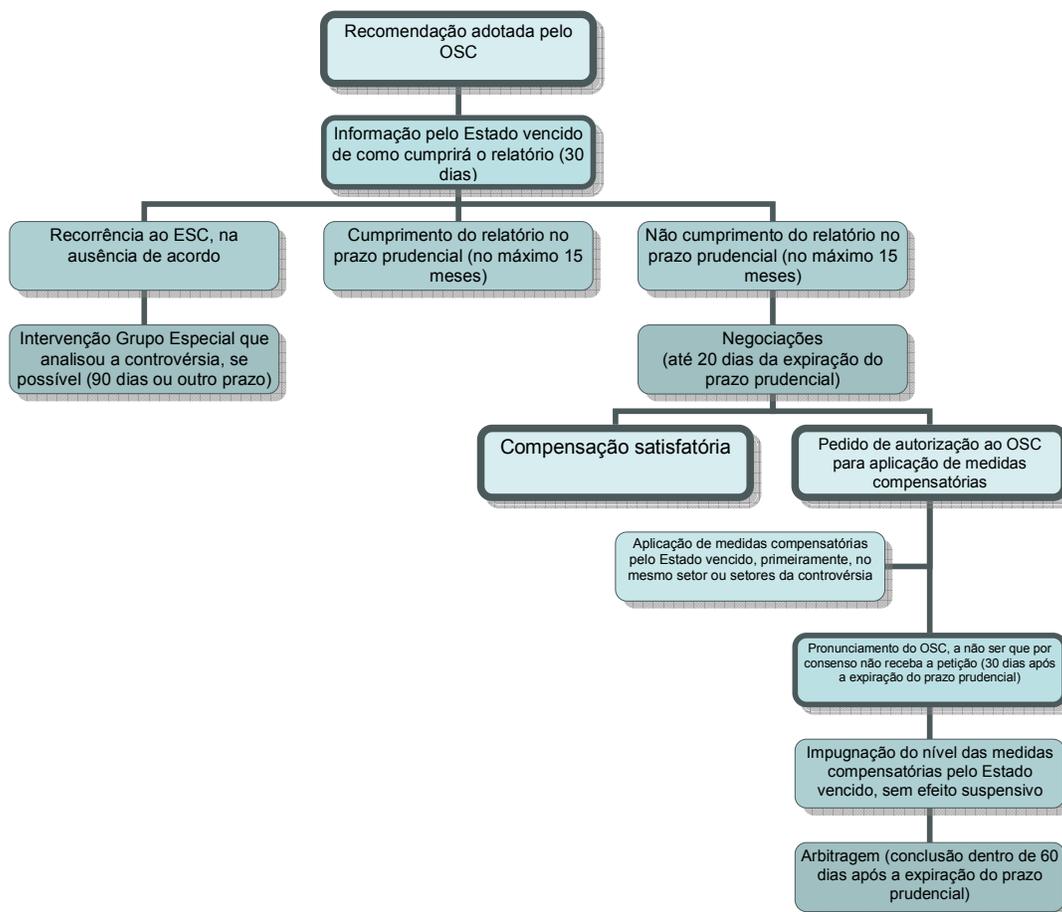
⁴⁶⁶ ESC, artigo 22, 3.

⁴⁶⁷ ESC, artigo 22, 4.

⁴⁶⁸ ESC, artigo 22, 5.

⁴⁶⁹ ESC, artigo 22, 6.

Execução dos relatórios pelo ESC



O ESC é enfático ao afirmar que o papel do árbitro não é examinar a natureza da suspensão, mas sim determinar se o seu nível é equivalente ao nível da infração cometida pelo Estado vencido. Entretanto, o árbitro pode verificar se a suspensão é permitida pelo acordo da OMC e, caso seja questionada a suspensão das concessões e outras obrigações aplicadas em outro setor ou setores no marco do mesmo acordo ou de outro acordo, o árbitro deve examinar a reclamação. Como é corriqueiro em procedimentos arbitrais, a decisão é definitiva e vincula as partes, devendo, também, ser informada ao OSC.⁴⁷⁰

A doutrina conceitua a fase de execução das recomendações como a mais crítica do ESC, pois o grau de legalismo presente nas fases anteriores inexistente aqui. Os maiores problemas podem ser assim sistematizados: i) a fixação do prazo

⁴⁷⁰ ESC, artigo 22, 7.

razoável muitas vezes esbarra nos impedimentos constitucionais e legislativos dos Estados; ii) a alternativa entre proceder a compensação e revogar a medida questionada, em decorrência daquela poder ser oferecida com o intuito de protelar o cumprimento da decisão; iii) a questão sobre qual o meio mais adequado para tornar a medida litigiosa compatível com as normas da OMC, já que vários Estados adotam mudanças superficiais nas suas legislações, obrigando o Estado beneficiado pela decisão a recorrer à arbitragem;⁴⁷¹ iv) o montante da compensação dificilmente é considerado satisfatório para o Estado reclamante, o que gera novas questões controvertidas; v) nem sempre as retaliações ou compensações autorizadas atingem o mesmo setor econômico beneficiado pelo resultado da controvérsia; vi) a autorização para suspender concessões só terá efeito sobre o Estado reclamado se o Estado reclamante tiver poder de mercado suficiente para afetar as exportações daquele,⁴⁷² em visível prejuízo aos países em desenvolvimento, pois a “sua participação no comércio internacional é por vezes ínfima, e cujo poder econômico para forçar uma potência a cumprir uma decisão do OSC pode ser absolutamente negligenciado”.⁴⁷³

Entre os temas que estão em debate na mesa de negociações para a reforma do ESC, muitos estão relacionados com a fase pós-jurisdicional. Da mesma forma que o Paraguai na esfera do Mercosul, o Equador e o Grupo Africano propuseram na OMC a previsão de compensação monetária por parte dos países desenvolvidos, no caso de as medidas compensatórias serem insuficientes para obrigá-los ao cumprimento das recomendações. A proposta, no entanto, não agrada a todos, uma vez que se alega que alguns membros, dotados de mais recursos, não se importariam em “comprar” o não cumprimento da decisão.⁴⁷⁴

Uma das questões de maior discussão para reforma do ESC é a denominada “questão da seqüência”, resultado de um conflito de aplicação entre as disposições dos artigos 21,5 e 22 do ESC. Enquanto o artigo 22 dispõe que a solicitação e a concessão de autorização pelo OSC, para que sejam aplicadas as medidas compensatórias ao Estado vencido, ocorram nos trinta dias seguintes à expiração do prazo prudencial, o artigo 21,5 confere um prazo de até noventa dias

⁴⁷¹ É o que se denomina de “sequenciamento” (*sequencing*), quando a mesma questão retorna várias vezes à arbitragem, em consequência de as modificações legislativas adotadas pelo Estado reclamado não satisfazerem o reclamante. Cf. Welber Barral, Solução...op. cit., p. 44-5.

⁴⁷² Ibid., p. 44-6.

⁴⁷³ Ibid., p. 46.

⁴⁷⁴ Valeria S. B. Ferraz e Omar E. Odarda, op. cit., p. 172.

para que o Grupo Especial que tenha intervindo na questão, manifeste-se quando não houver acordo quanto à existência de medidas destinadas a cumprir as recomendações ou quanto à compatibilidade dessas medidas com um acordo da OMC. Portanto,

se respeitada a lógica seqüencial de que primeiro haja uma decisão sobre se o Membro demandado cumpriu ou não o laudo antes da autorização para proceder às medidas compensatórias, o Estado demandante perderia o seu direito de retaliar e ver-se-ia forçado a iniciar um novo procedimento contra a medida questionada. Do contrário, se optar pela via do artigo 22 estaria autorizado a retaliar antes que tenha havido uma decisão determinando se o Estado demandado cumpriu ou não com o laudo.⁴⁷⁵

Desde a primeira vez em que foi suscitado tal conflito normativo, em 1999, no caso “Bananas” entre os Estados Unidos (EUA) e a Comunidade Européia, a questão tem sido dirimida nos diferentes casos concretos, geralmente com soluções diferenciadas, motivo pelo qual vários Estados entenderam pela necessidade de resolvê-la em definitivo e uniformemente. Entre as propostas que estão sendo analisadas para a reforma desse ponto, há uma da Comunidade Européia, que recebe oposição direta dos EUA, e outra da Austrália. Na prática, entretanto, as partes seguem resolvendo a questão através de acordos *ad hoc*, o que afasta a urgência da alteração referida.⁴⁷⁶

Se o Mercosul e a OMC apresentam semelhanças na sua fase de execução, na UE, ao revés, tudo ocorre de maneira bastante diversa. O artigo 244 do TCE afirma que os acórdãos do TJCE têm força executiva, nos termos do artigo 256 do mesmo diploma legal. Este, por sua vez, determina que a execução regule-se pelas normas de processo civil em vigor no Estado onde deve ser efetivada. Assim, num primeiro momento deve ser verificada a autenticidade do título executivo. Estando conforme, a autoridade nacional, designada pelo Governo de cada um dos Estados-membros para esse fim, informa à Comissão e ao TJCE sobre a execução.

Cumpridas essas formalidades, o interessado pode dar início à execução, recorrendo diretamente ao órgão competente nos termos da legislação nacional. Embora só possa ser suspensa por uma decisão do TJCE, a fiscalização

⁴⁷⁵ Ibid., p. 167. Tradução livre.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 167-9.

da regularidade das medidas de execução é de competência dos órgãos jurisdicionais nacionais.

Na UE, portanto, as possíveis críticas e falhas quanto ao cumprimento das decisões precisam ser analisadas de acordo com a legislação interna de cada um dos Estados que a compõem. Mais uma vez, e em consequência da supranacionalidade e da judicialidade do seu sistema de solução de controvérsias, é esta a sistemática executória mais eficaz.

Ademais, conquanto as críticas em relação ao cumprimento dos laudos arbitrais no Mercosul sejam procedentes, o fato é que, na prática, as decisões são cumpridas sem delongas pelos Estados. Com efeito, até o momento “todos os laudos [foram] cumpridos de forma incontestada pelos países sucumbentes”.⁴⁷⁷

Logo, ao menos por enquanto, as críticas à fase executória do mecanismo de solução de conflitos mercosulino são mais de caráter doutrinário do que prático. Espera-se que em Olivos o cumprimento das decisões siga pelo mesmo caminho, muito embora até o momento o Laudo nº 01/2005 do TPR não tenha sido cumprido, embora já expirado o prazo para tanto.

Passa-se, a seguir, ao estudo do primeiro caso submetido à apreciação do TPR.

2.2. O primeiro laudo arbitral emitido pelo TPR

Na primeira e, até o momento, única ocasião em que o TPR teve a oportunidade de manifestar-se, o fez como instância de revisão. A controvérsia decorreu da alegação uruguaia de ilegitimidade da Lei nº 25.626, de 09 de agosto de 2002, que proibiu a importação de pneus remoldados no território argentino.

Frustradas as etapas anteriores à arbitragem previstas no PO, o TAH foi instalado no dia 19 de agosto de 2005 na sede da SM, em Montevidéu, para resolver a controvérsia em primeira instância. Participaram do julgamento os árbitros

⁴⁷⁷ Cf. Jorge Fontoura, *A evolução...* op. cit., p. 275. No mesmo sentido, ver, também: Liliam Chagas de Moura, op. cit., p. 91 e ss; Elizabeth Accioly, *Sistema...* op. cit.; e Carlos Alberto González Garabelli, op. cit., p. 235.

Hermes Marcelo Huck, do Brasil; José Maria Gamio, do Uruguai; e Marcelo Antonio Gottifredi, da Argentina. A decisão *ad hoc* data de 25 de outubro de 2005.

Em 09 de dezembro do mesmo ano, o Uruguai interpôs recurso da decisão do TAH ao TPR. Participaram do julgamento os árbitros Nicolas Eduardo Becerra, da Argentina; Ricardo Oliveira, do Uruguai;⁴⁷⁸ e Wilfrido Fernández de Brix, do Paraguai. A decisão foi prolatada em 20 de dezembro de 2005.⁴⁷⁹

Sobre o conteúdo das decisões de primeira e segunda instância versarão os próximos títulos.

2.2.1. Os fatos que originaram a controvérsia e o laudo arbitral recorrido

O Uruguai acionou o sistema de solução de controvérsias mercosulino por entender que a Argentina, através da Lei nº 25.626/2002, havia restringido o comércio entre ambos os países. Segundo o Uruguai, antes da promulgação dessa Lei, a proibição da importação de pneus instaurada pela legislação argentina restringia-se aos pneus usados, não atingindo os pneus remoldados, integrantes da categoria recauchutados. Dessa forma, de 1997 a 2001, as indústrias do Uruguai produziram pneus remoldados e exportaram para a Argentina, fato que se alterou com a emergência da Lei nº 25.626/2002.

Para o Uruguai, a legislação argentina não teria levado em consideração as diferenças entre pneus remoldados e usados: enquanto os últimos não são suficientemente seguros e provocam danos ao meio ambiente, os problemas de segurança de trânsito e os danos ambientais causados pelos primeiros são idênticos aos gerados pelos pneus novos. Para fundamentar a sua pretensão, alegou que os pneus remoldados são usados em países desenvolvidos e apresentou as conclusões do Instituto de Investigações Tecnológicas da Universidade de São Paulo (IPT) de que possuem idênticas características às dos pneus novos.

⁴⁷⁸ Ricardo Oliveira integrou o Tribunal mediante a escusa do árbitro titular, Roberto Puceiro.

⁴⁷⁹ A Argentina interpôs recurso de esclarecimento do laudo do TPR. As alegações trazidas pela Argentina foram todas refutadas, com o conseqüente não provimento do recurso, no dia 13 de janeiro de 2006.

O Uruguai também analisou a redação do artigo 50 do Tratado de Montevidéu (TM).⁴⁸⁰ De fato, o Anexo I do TA, em seu artigo 2, *b*, incorporou como exceções ao livre comércio no bloco as hipóteses ali previstas. Desse modo, o artigo em comento enuncia os casos excepcionais em que é autorizada a imposição de barreiras não tarifárias à importação de produtos dentro do Mercosul. Para o Uruguai, o caso *sub judice* não estaria contemplado pelas referidas reservas, incluindo a questão da seguridade – pois a Argentina autoriza a utilização de pneus remoldados em sua frota nacional – e a proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais – uma vez que não há impacto adicional ao meio ambiente quando comparado com o gerado pelos pneus novos.

Assim, a proibição argentina teria violado os artigos 1 e 5 do TA,⁴⁸¹ o seu Anexo I e as Decisões nº 22/2000⁴⁸² e 57/2000⁴⁸³ do CMC. Teria ofendido,

⁴⁸⁰ Segue o inteiro teor do artigo 50 do Tratado de Montevidéu (TM): “Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento para a adoção e o cumprimento de medidas destinadas à: a) proteção da moralidade pública; b) aplicação de leis e regulamentos de seguridade; c) regulação das importações ou exportações de armas, munições e outros materiais de guerra e, em circunstâncias excepcionais, de todos os demais artigos militares; d) proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais; e) importação e exportação de ouro e prata metálicos; f) proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico e arqueológico; e g) exportação, utilização e consumo de materiais nucleares, produtos radiativos ou qualquer outro material utilizável no desenvolvimento da energia nuclear”.

⁴⁸¹ Segue o teor de ambos os artigos, respectivamente: “Art. 1º. Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido até 31 de dezembro de 1994, e que se denominará Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Este Mercado Comum implica: a livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais, regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes – de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem –, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração. [...] Art. 5º. Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são: a) um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em redução tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas das eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para, em 31 de dezembro de 1994, chegar à tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I); b) a coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desagravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior; c) uma tarifa externa comum, que incentive a competitividade externa dos Estados Partes; d) A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

⁴⁸² Inserida no processo denominado “Relançamento do Mercosul”, essa Decisão reafirmou o princípio do livre comércio e bens no bloco, com base na consolidação de um mercado comum. Informações disponíveis em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 11. abr. 2006.

⁴⁸³ A Decisão nº 57/2000 complementou a Decisão nº 22/2000, explicitando a livre circulação de bens como um elemento essencial para a construção de um mercado comum, mas indicando também

também: i) vários dispositivos de direito internacional, como o *pacta sunt servanda*⁴⁸⁴ e o princípio da boa-fé; ii) alguns princípios do direito da integração, invocados pelo laudo arbitral de 09 de janeiro de 2002, adotado numa questão análoga envolvendo o Brasil e o Uruguai⁴⁸⁵ e ii) o princípio internacional do *estoppel*,⁴⁸⁶ praticado no marco do GATT e da OMC.

O pedido do Uruguai, portanto, envolveu a declaração de incompatibilidade da Lei nº 25.626/2002 com as normas e princípios vigentes no Mercosul, bem como com os princípios e disposições do direito internacional e a sua conseqüente derrogação. Este país requereu, ainda, a derrogação de todas as medidas similares e a proibição de que, no futuro, possa a Argentina adotar outras medidas com efeitos restritivos ou discriminatórios semelhantes aos questionados na controvérsia.

A Argentina, por sua vez, rebateu os argumentos uruguaios. Inicialmente, rechaçou a amplitude do pedido, por ser genérico e com alto grau de abstração, ao englobar a derrogação de outras medidas, além da Lei nº 25.626/2002.

Para este país, o conteúdo da Lei em debate estaria amparado nas hipóteses do artigo 50 do TM, recepcionado pelo Anexo I de Assunção, mais especificamente na sua letra *d*, que trata da proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais. A Lei nº 25.626/2002 seria uma medida de caráter preventivo destinada a evitar o potencial dano que os pneus remoldados poderiam causar ao meio ambiente, à saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais, comprometendo o desenvolvimento das gerações presentes e futuras.

a imperatividade de assegurar princípios fundamentais de proteção à vida e à seguridade pública, sem que gerem obstáculos desnecessários ao comércio. Informações disponíveis em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 11. abr. 2006.

⁴⁸⁴ O contrato faz lei entre as partes.

⁴⁸⁵ Mercosul. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Federativa do Brasil. *Proibição de importação de pneus remoldados (remolded) provenientes do Uruguai*. 09 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 02. abr. 2006.

⁴⁸⁶ “Em direito internacional o princípio do *estoppel* é um conceito em evolução. Apesar da grande variedade de definições na doutrina e na prática, as seguintes características são geralmente aceitas como seus elementos essenciais: 1) uma situação criada pela atitude de uma parte; 2) uma conduta seguida pela outra parte baseada diretamente naquela atitude; e 3) uma impossibilidade de quem adotou a primeira atitude de alegar contra a mesma ou de manifestar-se em sentido contrário mesmo que não ocorra [um detrimento ou] prejuízo para a outra parte. O efeito típico desta doutrina é que as partes estão proibidas, independentemente de sua verdade ou precisão, a adotar posturas diferentes, subseqüentes, sobre a mesma matéria”. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 72/03. Petição 12.159 Informações disponíveis em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2003port/Arg.12159.htm>>. Acesso em: 11. abr. 2006.

Tendo em vista tais considerações, e antes de comentar a existência de exceções ao livre comércio no âmbito multilateral e na UE, a Argentina concluiu que:

[...] a Lei nº 25.626 está incluída entre as exceções previstas no artigo 50 do Tratado de Montevidéu, pois (a) o bem jurídico tutelado é a proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais; (b) o comércio de pneus remoldados entre a Argentina e o Uruguai foi marginal e insignificante com base no total de exportações feitas do Uruguai para a Argentina e (c) não se aplica no caso o princípio da proporcionalidade, pois quando está em jogo a vida, a saúde e o nível de vida dos habitantes do país, assim como os recursos naturais existentes, seria impossível implementar uma medida de proporcionalidade.⁴⁸⁷

Para tanto, sustentou a sua pretensão no processo legislativo que resultou na edição da Lei nº 25.626/2002, enfatizando que o objetivo da mesma foi a prevenção do ingresso em território argentino de resíduos disfarçados de mercadorias com vida útil comprometida, além da preocupação com os impactos ambientais, atuais ou latentes resultantes das mesmas mercadorias. Invocou o princípio da precaução⁴⁸⁸ e as preocupações com o meio ambiente existentes em vários documentos do Mercosul, inclusive no preâmbulo do TA. Refutou a aplicação do princípio do *estoppel*.

Com fundamento nisso, a Argentina requereu que a norma questionada fosse declarada compatível com as prescrições do TA e com o seu Anexo I, assim como em relação às normas relativas ao mesmo assunto e às disposições de direito internacional aplicáveis à matéria.

A partir disso e das provas produzidas pelas partes, o TAH definiu como sendo o objeto do litígio a proibição de importação de pneus remoldados imposta pela Argentina em seu território, que foi estabelecida pela Lei nº 25.626/2002. No entanto, incluiu no objeto da controvérsia todo e qualquer texto

⁴⁸⁷ Mercosul. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 25 de outubro de 2005. Numeral 29. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

⁴⁸⁸ Segundo o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, o princípio da precaução pode ser assim definido: "De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental". Cf. Ricardo Seitenfus, *Legislação...* op. cit., p. 1223.

legislativo ou administrativo que tivesse ou viesse a ter, na prática, os efeitos da mesma Lei.

Para o Tribunal, a principal base legal trazida pelo Uruguai foi a violação ao princípio do livre comércio no território mercosulino, que em nenhum momento foi contestada pela Argentina. A Argentina, por sua vez, invocou as exceções legais ao princípio da livre circulação de bens, com base no artigo 50 do TM, especialmente no que diz respeito à segurança e à proteção ao meio ambiente e às pessoas. Já o Uruguai não negou a existência das exceções, mas defendeu que elas não se aplicariam no caso em debate.

Em função disso, para o TAH, o caso em análise tratava-se de um confronto entre dois princípios estruturais do Mercosul: o princípio do livre comércio e o princípio da proteção do meio ambiente.⁴⁸⁹ O que teria que ser decidido seria, por conseguinte, qual dos princípios deveria prevalecer no caso concreto, ou seja, “se a proteção à saúde e vida das pessoas e dos animais e a proteção ao meio ambiente tem condições jurídicas para opor-se ao princípio do livre comércio em determinadas condições e/ou circunstâncias”.⁴⁹⁰

Além disso, e invocando o princípio da precaução, o Tribunal inverteu o ônus da prova, por entender que a parte que pretende implantar uma atividade considerada nociva ou potencialmente nociva ao meio ambiente deve provar que a mesma é segura e que não constitui perigo ecológico.⁴⁹¹

Após analisar a prova produzida pelas partes, o Tribunal conclui pela inexistência de divergência de conceituação entre pneus novos, usados e remoldados, muito embora o litígio fosse referente apenas a estes últimos. Ambas as partes também concordaram que os pneus remoldados são seguros, mas discordaram acerca da sua durabilidade – um pneu remoldado duraria, no mínimo

⁴⁸⁹ Para fundamentar a sua decisão, o TAH citou uma série de dispositivos de direito internacional, que foram abordados pelas partes ao longo da controvérsia: GATT; o artigo 31, 2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; a Decisão nº 02/2001 do CMC; a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992; as Decisões nº 22/2000 e 57/2000; além de enumerar as Decisões nº 02/94, 10/94, 10/2000, 19/2003 e 14/2004 do CMC.

⁴⁹⁰ Mercosul. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 25 de outubro de 2005. Numeral 56. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

⁴⁹¹ É regra processual, que comporta exceções, que a prova incumbe a quem alega. Nesse sentido, a título exemplificativo, dispõe o artigo 339 do Código de Processo Civil brasileiro: Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

30% de vida de um pneu novo e, no máximo, teria uma vida igual a este.⁴⁹² Em relação aos danos ao meio ambiente, também houve aquiescência das partes: i) os danos ocasionados ao final da vida útil por um pneu novo são idênticos aos gerados por um remoldado; ii) transformam-se num problema ambiental, pois demoram séculos para degradar-se, são compostos por uma série de elementos químicos; iii) provocam danos ao meio ambiente, ao homem e aos animais quando abandonados ao ar livre e iv) prejudicam a superfície freática e o subsolo se dispostos em aterros sanitários.

O Tribunal entendeu que a Lei nº 25.626/2002, ao proibir a importação de pneus remoldados, interrompeu o comércio internacional de tais produtos, atingindo a exportação efetuada pelo Uruguai para a Argentina, que ocorria desde 1997. Não obstante, também entendeu que o artigo 1 do TA, que trata da livre circulação de mercadorias, não pode ser considerado um princípio absoluto.

Conquanto tenha afirmado que a reconstrução de pneus deve ser incentivada, uma vez que retarda a acumulação de pneus usados no meio ambiente, considerou que a importação de pneus remoldados não é conveniente, pois implica, para o país importador, a aceleração do seu passivo ambiental. Desse modo, para o TAH, a defesa do meio ambiente, desde que fundada em razões justas, pode ser usada como exceção às normais gerais de integração regional, incluindo às relativas ao livre comércio entre os sócios do Mercosul, o que, de resto, prevê o próprio TA, em seu Anexo I.

Segundo o Tribunal, o caso em tela trata-se de exceção fundada em justa razão, isto é, a Argentina teve justa razão em editar a Lei nº 25.626/2002 no intuito de impedir o ingresso em seu território de pneus remoldados, pois: i) o Uruguai produz e exporta pneus reconstruídos a partir de carcaças geralmente importadas de países desenvolvidos; ii) o pneu reconstruído, com estrutura originária de outras regiões do mundo, geralmente tem uma vida útil substancialmente menor que a de um pneu novo e iii) o Estado que importe tais produtos acumula, invariável e precocemente, resíduos danificadores do meio ambiente. O fato de a Argentina possuir inúmeras fábricas que trabalham na reconstrução de pneus não afeta, para o Tribunal, o seu parecer. Nesse contexto, se o próprio país produz pneus

⁴⁹² Os dados trazidos pela Argentina tiveram por base o parecer do Instituto Nacional de Tecnologia Industrial (INTI), enquanto o Uruguai fundamentou as suas alegações nas conclusões técnicas do Instituto de Investigações Tecnológicas da Universidade de São Paulo (IPT).

remoldados, contribui para diminuição de seu passivo ambiental. Do contrário, se importa pneus com essa qualidade, incrementa este passivo, em função da sua vida útil reduzida.

A invocação do princípio do *estoppel* foi refutada pelo TAH, já que, segundo a decisão, este só seria aplicado caso houvesse um fluxo ou prática comercial suficiente para gerar a expectativa de que se constituía uma obrigação internacional. Fundamentando essa questão, o Tribunal justificou, através das provas produzidas, que, no caso, o comércio de pneus remoldados entre a Argentina e o Uruguai não foi permanente e estável, com exceção do ano de 2001, não havendo grande impacto econômico ao país exportador. Ademais, o TAH também justificou o afastamento do *estoppel* quando conflitados com princípios superiores, tais como o relativo à proteção ambiental, que, se comprovados, permitem ao Estado impor restrições econômicas ao seu comércio internacional.

Da mesma forma, a decisão de primeira instância não considerou o precedente jurisprudencial existente no Mercosul, qual seja, a decisão de 9 de janeiro de 2002, prolatada no caso “Proibição de Importação de Pneus Remoldados Procedentes do Uruguai”, envolvendo o Uruguai e o Brasil.⁴⁹³ Isso porque, nesse episódio, embora similar à questão *sub judice*, não houve preocupação com o meio ambiente. Ou seja, não houve a invocação e a análise da exceção ao princípio do livre comércio fundada na proteção à vida e à saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais, nem pelo TAH nem pelas partes.

Logo, a decisão ao final emanada, tomada por maioria de votos, foi no sentido de que a Lei nº 25.626/2002 era compatível com o TA e com o seu Anexo I, com as normas derivadas de Assunção, bem como com as disposições de direito internacional aplicáveis à matéria, tendo sido denegada a pretensão uruguia.

Não satisfeito com a decisão de primeira instância, o Uruguai interpôs recurso de revisão ao TPR, no intuito de reformá-la. Em virtude das inúmeras impropriedades que a decisão *ad hoc* comportou, o Tribunal de segunda instância a revogou, fundamentando o seu parecer em precedentes jurisprudenciais comunitários.

⁴⁹³ Naquela oportunidade, o TAH, por unanimidade, acolheu a pretensão do Uruguai, ordenando que o Brasil reformulasse a sua legislação interna de forma a readmitir a importação de pneus remoldados no seu território. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 02. abr. 2006.

2.2. O conteúdo comunitário da decisão proferida pelo TPR

O recurso de revisão, interposto pelo Uruguai em 09 de novembro de 2005 e contestado pela Argentina em 09 de dezembro do mesmo ano, derivou da discordância daquele país com a decisão *ad hoc*.

Antes de adentrar no mérito recursal, o TPR teve por bem definir o alcance do recurso à luz da determinação do artigo 17, 2 do PO, segundo a qual o recurso está limitado às questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do TAH. Mais que isso, e por tratar-se da sua primeira atuação, o Tribunal discorreu sobre a distinção histórica entre questões de direito e questões de fato, originadas no recurso de cassação francês, que tinha inicialmente o objetivo de conservar o poder do rei e, posteriormente, nessa ordem de intentos, defender a supremacia do Parlamento, uniformizar a jurisprudência e anular os vícios *in procedendo*. Somente no século XX, o fito recursal passou a ser a proteção dos direitos das partes, oportunidade em que foram abertas janelas jurídicas no recurso de cassação para questões tradicionalmente consideradas de fato e não de direito.

A partir disso, o TPR concluiu que a sua atuação estaria restrita à interpretação e à aplicação do princípio do livre comércio, das suas exceções dispostas no artigo 50 do TM e a da sua aplicabilidade no caso concreto. Ainda, quando e se fosse o caso, o Tribunal também estaria autorizado a analisar questões qualificadas como erros extraordinários ou hipóteses em que decisão fosse manifestamente arbitrária ou não razoável.

Para fundamentar o seu posicionamento, o TPR citou a atuação do TJCE e do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA), os quais rechaçam expressamente a consideração de questões genuinamente jurídicas em reenvios prejudiciais na ausência de informações claras e concretas sobre os fatos controversos. Com efeito, de acordo com o Tribunal, “entes como o TPR, o TJCE e o TJCA obviamente não estão estruturados de maneira alguma para realizar meras divagações jurídicas, teóricas e em abstrato”.⁴⁹⁴

⁴⁹⁴ Mercosul. Laudo nº 1/2005. Tribunal Permanente de Revisão. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República da Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 20 de dezembro de 2005. p. 3. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006. Na continuidade, o TPR cita uma consideração do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA), a saber: “Com efeito, a função do Tribunal Comunitário nestes casos, é a de

Aqui, importa ressaltar não só a postura do Tribunal, no sentido de vinculação da questão de direito à questão de fato, pois a análise de uma não prescinde de outra,⁴⁹⁵ mas também a condição de igualdade em que o TPR colocou-se, ao lado de Tribunais supranacionais e judiciais, mesmo não tendo ele tais características, ao menos formalmente. Aliás, o TPR faz isso no decorrer de toda a decisão, fundamentando os seus posicionamentos em precedentes jurisprudenciais comunitários.

Na seqüência, o Tribunal definiu o objeto da controvérsia, conforme já havia feito o TAH, mas corrigindo algumas impropriedades: o Tribunal de primeira instância teria definido corretamente o objeto da controvérsia como sendo a Lei nº 25.626/2002, mas teria cometido um erro ao incluir todo texto legislativo que a Argentina tenha ou venha a ter com os mesmos efeitos daquela Lei. Ciente de que, tanto no âmbito do TJCE como do TJCA, houve vários casos em que o Estado-membro, após ser condenado a derrogar determinada medida por força de um recurso de descumprimento e cumprir tal deliberação, editou outra medida com modificação secundária, repetindo o texto cuja ilicitude havia sido comprovada, o TPR invocou a tese do “descumprimento continuado” existente no TJCA. De acordo com ela, “o objeto do litígio comunitário é a conduta infratora, independente das normas e textos normativos em que se fundamenta”.⁴⁹⁶ Por esse motivo, é comum que as sentenças definitivas do TJCA estabeleçam que o Estado-membro fica obrigado à execução da decisão a partir da sua notificação dentro de um prazo de, no máximo, noventa dias, proibindo-o, igualmente, de implantar medidas contrárias ao seu pronunciamento ou que obstaculizem a sua aplicação.

Definido o alcance do recurso e o objeto da controvérsia, o Tribunal especificou as questões de direito particulares do recurso de revisão em análise, tendo-as assim definido: i) o princípio do livre comércio no Mercosul; ii) as exceções

interpretar a norma jurídica do seu ponto de vista jurídico, ou seja, buscar o seu significado para precisar o seu alcance; função diferente de aplicar a lei ao caso concreto, tarefa que é exclusiva do juiz nacional dentro da esfera de sua competência. Não obstante, o Tribunal de Justiça encontra-se facultado a referir-se aos fatos, quando for indispensável para os efeitos da interpretação solicitada”. Tradução livre.

⁴⁹⁵ A respeito, ver ponto 1.2.1 desta dissertação.

⁴⁹⁶ Mercosul. Laudo nº 1/2005. Tribunal Permanente de Revisão. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República da Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 20 de dezembro de 2005. p. 3-4. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

a este princípio; iii) os critérios de rigor para a análise da viabilidade das exceções ao livre comércio; iv) a inversão do ônus da prova e v) o princípio do *estoppel*.

Analisando cada um desses pontos separadamente, o Tribunal, num primeiro momento, asseverou que o princípio do livre comércio não era uma questão controvertida, já que tanto as partes como o TAH concordaram com a sua plena vigência no Mercosul.

No que se refere ao segundo ponto, qual seja, a previsão de exceções ao princípio do livre comércio, o TPR, após fundamentar a sua existência no artigo 50 do TM, afastou da controvérsia a questão da seguridade, de acordo com o numeral 48 do laudo do TAH.⁴⁹⁷ Manteve, contudo, a análise de eventual ofensa ao meio ambiente como possível exceção ao livre comércio no caso *sub judice*. É no estudo dessa questão que o Tribunal debruçou-se com maior afinco, retirando de precedentes jurisprudenciais do TJCE os critérios de rigor que serão a seguir destacados.

Nesse sentido, negou a existência de conflito entre dois princípios num processo integracionista, da forma como foi colocado pelo TAH. Para o TPR, o que existia era apenas um princípio – o do livre comércio –, ao qual podem ser invocadas exceções, como a preservação ao meio ambiente. Ademais, ao contrário da decisão de primeira instância, o Tribunal entendeu que conquanto o PO mencione como direito aplicável os princípios e disposições do direito internacional, o seu emprego nas decisões mercosulinas só deve ocorrer de forma subsidiária ou complementar, na medida da necessidade. Dessa forma, prioritariamente, os direitos aplicáveis na sistemática de solução de controvérsias do bloco são o direito da integração e comunitário.

Há que se fazer uma observação sobre a fundamentação que o Tribunal utilizou para fazer tal afirmação. Segundo ele, o Mercosul possui direito da integração, embora ainda não tenha direito comunitário. Aqui, não há qualquer impropriedade. Não obstante, para o TPR, o fato de o Mercosul não ter um direito comunitário deriva da ausência de supranacionalidade no bloco. Ora, embora

⁴⁹⁷ Assim, “as provas produzidas por ambas as partes deixaram claro que os pneus remoldados são razoavelmente seguros, não existindo indicações de acidentes produzidos especificamente por tais produtos”. Cf. Mercosul. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 25 de outubro de 2005. Numeral 48. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

elementos correlatos, a supranacionalidade não se confunde com ordenamento jurídico comunitário. Assim,

Os caracteres de ‘intergovernamentalidade e supranacionalidade’ referem-se à estrutura e à natureza dos órgãos regionais, enquanto a identificação de um ordenamento jurídico como ‘comunitário’ exige a presença ou a existência das três notas citadas [primazia do direito comunitário, aplicabilidade imediata e efeito direto]; em princípio, é possível considerar que existe uma relação entre estes pontos, e de fato na maioria dos casos assim é, mas – e isso é o importante – não se pode chegar ao nível de *conditio sine qua non*. Em outras palavras, tanto um ordenamento jurídico *nascido ao amparo de um tratado de integração* econômica e comercial pode ser depositário das três qualidades indicadas, pouco importando que as suas instituições sejam *supra* ou *inter* governamentais.⁴⁹⁸

Na seqüência, o laudo arbitral de segunda instância entendeu que a comprovação da existência de exceções ao livre comércio cabe a quem as invoca, tanto no direito integracionista como no comunitário. Ante a ausência, no Mercosul, de um corpo legal que preveja, clara e concretamente, os critérios de rigor para a análise de tais exceções, que, exatamente por serem exceções, devem ser interpretadas restritivamente, e ante ao “equivoco jurídico do laudo arbitral [de] não [as] ter detalhado jurisprudencialmente para a invocação de exceções ao princípio do livre comércio, e de avaliá-los à luz deste caso”,⁴⁹⁹ o TPR, abalizado na jurisprudência comunitária europeia,⁵⁰⁰ definiu-os como sendo: i) a verificação de restrição ao livre comércio pela medida questionada; ii) se positiva a assertiva anterior, a análise do caráter discriminatório ou não da medida; iii) o exame do caráter justificativo ou não da medida; iv) a existência de proporcionalidade. Passa-se, agora, a discorrer sobre cada um desses itens, da forma como decidiu o Tribunal.

⁴⁹⁸ Deisy Ventura e Alejandro Perotti, *El proceso legislativo Del Mercosur*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004. p. 53-4. Tradução livre.

⁴⁹⁹ Mercosul. Laudo nº 1/2005. Tribunal Permanente de Revisão. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República da Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 20 de dezembro de 2005. p. 6. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

⁵⁰⁰ União Europeia. Assunto C-320-03. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Comissão das Comunidades Europeias e República da Áustria. 15 de novembro de 2005; e Guia para Interpretação e Aplicação dos artigos 28 a 30 do TCE. Jan. 2001. DG do Mercado Interior.

No que concerne ao primeiro critério, a legislação argentina, ao proibir a importação de pneus remoldados no seu território obviamente restringiu o princípio do livre comércio no bloco.

Ultrapassado o primeiro item, ao que se respondeu positivamente, indagou-se se a medida argentina teve ou não caráter discriminatório. Segundo a jurisprudência europeia, a discriminação pode ser direta – quando a medida restritiva atingir diretamente os estrangeiros – ou indireta – quando afetar aos nacionais e aos estrangeiros, mas os seus efeitos alcançarem mais diretamente os últimos do que os primeiros. No caso em análise, o TPR compreendeu que a legislação argentina era diretamente discriminatória, uma vez que afetou somente os produtos estrangeiros.

Concluído que a medida argentina afetava o livre comércio e que era discriminatória, ainda não estava comprovado se ela era realmente inviável, motivo pelo qual o Tribunal avançou na análise do terceiro pressuposto, qual seja, a justificação.

A partir do precedente jurisprudencial comunitário,⁵⁰¹ que entendeu que determinadas medidas legais ou administrativas nacionais que obstaculizem o livre comércio podem estar justificadas por exigências imperativas, tais como a proteção do meio ambiente, o TPR decidiu no sentido de ausência de justificação para a edição da Lei nº 25.626/2002 pela Argentina, uma vez que na sua exposição de motivos, antes de haver a invocação da proteção ao meio ambiente, alegou-se “a proteção da indústria nacional provedora destes produtos”.⁵⁰²

Da verificação dos três primeiros requisitos, a pretensão uruguaia já restaria acolhida. Não obstante, o Tribunal analisou ainda o requisito da proporcionalidade, que está vinculado ao da justificação. Assim, segundo o TPR, houve a ausência de proporcionalidade entre a medida adotada pela Argentina no intuito de evitar danos ao meio ambiente, pois: i) houve desproporcionalidade na restrição à importação de pneus remoldados, que não integram a categoria de usados; ii) a proibição de importação não chegou a reduzir, substancialmente, o dano ambiental causado; iii) o dano ao meio ambiente, da mesma forma, não era grave ou irreversível; iv) não é razoável impedir o livre comércio eliminando de

⁵⁰¹ União Europeia. Assunto C-320-03. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Comissão das Comunidades Europeias e República da Áustria. 15 de novembro de 2005.

⁵⁰² Mercosul. Laudo nº 1/2005. Tribunal Permanente de Revisão. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República da Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 20 de dezembro de 2005. p. 8. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

circulação um produto estrangeiro que é igualmente seguro ao nacional, a não ser que seja a única medida disponível e v) a medida tomada não previne o dano ao ambiente.

Resolvidas essas questões, a decisão de segunda instância também refutou a determinação do laudo arbitral *ad hoc* de inversão do ônus do prova em decorrência da incerteza científica, novamente de acordo com precedentes do direito comunitário,⁵⁰³ uma vez que: i) a inversão do ônus da prova não existe no direito da integração em alegações vinculadas às exceções ao livre comércio; ii) esta inversão só pode ocorrer juridicamente quando há previsão legal, como, por exemplo, no caso de patentes e de direito laboral; iii) abordar o conceito de incerteza científica é uma invocação arbitrária, tendo em conta que os danos ao meio ambiente e os riscos para a saúde foram reconhecidos por ambas as partes na controvérsia; iv) ainda que existisse a incerteza científica, isto não equivaleria a justificar a aplicação de uma medida específica como a proibição de importação de pneus remoldados.

Finalmente, a segunda instância também tratou da aplicação do princípio do *estoppel*, afirmando que, conquanto seja corriqueira a sua aplicação no direito internacional, só deve ser utilizado em processos integracionistas como último recurso. O Tribunal concordou com a necessidade de coexistência dos três elementos trazidos pela primeira instância para que seja caracterizado o *estoppel* – uma situação criada por um Estado, entendida como conduta primária; uma conduta seguida por outro Estado, entendida como conduta secundária; e a impossibilidade, por parte do Estado que adotou a atitude primária, de comportar-se ou manifestar-se contrariamente a ela –, mas discordou com veemência do quarto requisito citado pelo laudo *ad hoc* – a existência de um fluxo comercial permanente –, especialmente porque não atende às exigências dos processos integracionistas. No Mercosul, isso é ainda mais problemático, tendo em vista que os Estados que o compõem possuem “mercados e economias diametralmente diversos em tamanho e desenvolvimento”.⁵⁰⁴ O TPR concluiu, assim, pela desnecessidade de aplicar o princípio do *estoppel* no caso *sub judice*, por razões diferentes das alegadas no laudo *ad hoc*.

⁵⁰³ Guia para Interpretação e Aplicação dos artigos 28 a 30 do TCE. Jan. 2001. DG do Mercado Interior.

⁵⁰⁴ Mercosul. Laudo nº 1/2005. Tribunal Permanente de Revisão. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República da Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 20 de dezembro de 2005. p. 11. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb>>. Acesso em: 29. jan. 2006..

A decisão ao final prolatada pelo TPR foi no sentido de que o laudo de primeira instância estava eivado de erros jurídicos, que tornavam imperiosa a sua revogação. Por maioria, determinou a incompatibilidade da Lei nº 25.626, da Argentina, com a normativa do Mercosul e a sua conseqüente derrogação ou modificação, mediante a via institucional apropriada, no prazo máximo de cento e vinte dias. Ainda, também por maioria, proibiu a Argentina, a partir da notificação da decisão, de adotar qualquer medida a ela contrária, ou que obstaculizasse a sua aplicação. O laudo terá efeitos somente até que o Mercosul aprove uma medida normativa sobre a questão debatida nos autos. Relembre-se, contudo, que a Argentina, até o momento, não retificou ou revogou a Lei censurada pelo TPR, apesar de já esgotado o prazo de cumprimento do laudo.

A despeito disso, o que se pode dizer do primeiro laudo arbitral emitido pelo TPR, tendo em vista o seu conteúdo?

Inicialmente, que ele prima pela precisão técnica, embora tenha incorrido em confusão ao afirmar que o direito comunitário somente nasce no bojo de uma instituição supranacional. Além disso, a decisão buscou construir um direito jurisprudencial mercosulino, com vistas a atingir casos futuros e o fez não através da invocação de regras de direito internacional, mas por meio da admissão de conceitos desenvolvidos por tribunais supranacionais, notadamente o TJCE e o TJCA.

Porém, o laudo extrapola, em muito, a sua natureza arbitral, pois não se contenta em resolver a questão controvertida, mas desenvolve uma interpretação que objetiva vincular a sua atuação futura, bem como o desempenho dos próprios tribunais *ad hoc*, em casos semelhantes. E isso não somente na análise dos critérios de rigor das exceções ao princípio do livre comércio, mas também em relação ao alcance que deve ser dado às questões de direito, à inversão do ônus da prova, no caso de haver incerteza científica, e à aplicação do princípio do *estoppel*.

Não se deve esquecer, também, que embora não exista previsão legislativa da intervenção de terceiros no sistema de solução de controvérsias mercosulino, o TPR tratou desse tema no seu primeiro laudo arbitral. Afirmou ser de sua atribuição e responsabilidade institucional, mormente quando se tratar de questões relativas ao descumprimento e à incompatibilidade da normativa do Mercosul, entregar cópias do processo de ofício aos demais Estados-membros, que

não participam da controvérsia, independente do consenso das partes, e que passarão a integrar a lide na qualidade de terceiros.⁵⁰⁵

Tais elementos apenas demonstram que um modelo de jurisdição que adota a fórmula arbitral é insuficiente para resolver conflitos de âmbito integracionista. Esta questão tende a torna-se mais latente na medida em que a integração aprofunda-se, o que pode afastar ainda mais o TPR da sua natureza arbitral, de acordo com a função que terá que desempenhar na solução das divergências do bloco.

⁵⁰⁵ A respeito, ver ponto 1.1.2 desta dissertação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Pela hora do meio-dia, com a maré,
a Ilha Desconhecida fez-se enfim ao mar,
à procura de si mesma.*

José Saramago

A importância do estudo da funcionalidade do TPR deriva do fato de que historicamente são os órgãos judicantes os verdadeiros construtores de processos integracionistas, principalmente através da unificação de jurisdições. O maior exemplo dessa afirmação é, sem dúvida, a UE.

Nas páginas anteriores ficou comprovado que o TPR assemelha-se muito mais ao OAp do que ao TJCE, tanto na composição do órgão julgador, como na formação dos pólos passivo e ativo e na execução das decisões. Casos há, no entanto, em que a aproximação inicial entre ambos enfraquece-se em decorrência de vantagens de um em relação ao outro, como, por exemplo, no que diz respeito aos efeitos das decisões, que têm força de coisa julgada no Mercosul, mas não na OMC.

Inicialmente, em consequência de o OAp ser um órgão quase judicial, que privilegia as soluções consensuais, esta primeira constatação não é prejudicial à pretensão de funcionalidade do Mercosul. De fato, o OAp é funcional, atendendo aos objetivos para os quais foi forjado. O problema coloca-se quando se constata que a OMC tem objetivos restritos à liberalização comercial, portanto mais estreitos que os do Mercosul.

Não obstante, ficou igualmente comprovado, que, em algumas situações, o OAp e o TJCE aproximam-se, afastando-se do TPR. Têm-se como exemplos a sua composição, o pagamento da remuneração, a previsão de renovação parcial dos mandatos dos julgadores, a escolha do presidente do órgão jurisdicional e a ausência da cláusula de opção de foro. Esta conclusão, mesmo que parcial, é mais incongruente que a primeira, pois, mesmo que se considere prematuro exigir que o Mercosul tenha um sistema de solução de controvérsias igual ou similar ao da UE, é no mínimo curioso que o mecanismo de solução de divergências da OMC tenha mais judicialidade que o do Cone Sul em certos aspectos.

Mas vezes há em que o TPR aproxima-se do TJCE, deixando o OAp em outro patamar, como na possibilidade de as partes interporem recurso de esclarecimento das decisões emitidas e na deliberação das medidas provisionais. Aqui pode ser citada também a possibilidade de o TPR emitir opiniões consultivas, instituto que mesmo sendo bastante diverso do reenvio prejudicial europeu, não encontra parâmetro algum na OMC. Na medida em que se trata, nesse caso, de dois órgãos jurisdicionais formados para resolver litígios nascidos no bojo de processos integracionistas, o caminho para a funcionalidade do TPR ganha novas perspectivas.

Finalmente, há que se mencionar que existem circunstâncias em que os três órgãos em análise são bastante similares, especialmente em relação à competência recursal.

Afora isto, também restou comprovado que a competência do TPR ultrapassa a sua natureza arbitral, tendo em vista que envolve não somente a revisão dos laudos dos TAHs, mas também a emissão de opiniões consultivas, a manifestação nas medidas excepcionais de urgência, a deliberação acerca das medidas provisionais e a possibilidade de atuar em instância única. Em outras palavras, embora não alcance o âmbito de atuação do TJCE, a competência do TPR é muito mais abrangente do que a do OAp e da que a dos tribunais arbitrais em geral. Por esse motivo, é certo dizer que o TPR constitui um tribunal *sui generis*, criado no contexto de um processo integracionista igualmente *sui generis*.

Nunca foi a aspiração desta dissertação tentar enquadrar o TPR em um modelo pronto de órgão jurisdicional, mas, a partir de duas realidades funcionais existentes, tentar desvendar a sua pretensão de funcionalidade, própria e particular,

sempre levando em consideração o estágio da integração no Cone Sul, bastante aquém da realidade existente na UE e muito mais pretensioso que o escopo de uma organização com fins eminentemente econômicos.

No entanto, a simples sistematização dos pontos de união e de afastamento dos órgãos jurisdicionais em estudo não basta para responder à pergunta que se fez no início dessa dissertação, qual seja: o TPR é ou não funcional? Ou, mais corretamente: o TPR tem ou não pretensão de funcionalidade?

Num primeiro momento, a pretensão de funcionalidade do TPR está relacionada à resolução a contento das controvérsias a ele submetidas, surgidas entre os Estados-membros do Mercosul sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do TA, do POP, dos protocolos e acordos celebrados no marco do TA, das Decisões do CMC, das Resoluções do GMC (GMC) e das Diretrizes da CCM (CCM), ou seja, do seu direito originário e derivado. Apesar de suas mazelas, o TPR tem plenas condições de cumprir essa missão, como visto. Por conseguinte, pode-se dizer que tem pretensão de funcionalidade.

Contudo, aqui é preciso fazer uma nova indagação: o que se espera de um órgão jurisdicional no contexto de um processo integracionista? Espera-se que ele atenda às demandas de particulares, que unifique as jurisdições nacionais em matéria integracionista, que os seus pronunciamentos vinculem as decisões posteriores, que controle a legalidade do direito derivado. Em suma, almeja-se que aprofunde as relações do bloco, com a criação de um direito comunitário para o mesmo.

Ora, o TPR, além de não conseguir unificar jurisdições, pois as suas decisões não vinculam as instâncias nacionais, não prevê mecanismo algum de controle da legalidade da produção do direito derivado do bloco ou do conteúdo dos acordos celebrados pelos Estados com terceiros países. A força da coisa julgada, em regra, não se estende às decisões posteriores sobre a mesma temática e a invocação como precedente dependerá da discricionariedade dos TAHs e do próprio TPR. Além disso, o Tribunal afasta da sua competência direta a pretensão dos particulares, os quais não têm nem ao menos legitimidade – nesse caso, mesmo indireta –, para provocar a resposta a uma opinião consultiva. Da mesma forma, a ausência de independência dos árbitros, principalmente em função de serem meramente disponíveis e de não receberem uma remuneração periódica, somada ao seu exíguo mandato, somam-se às dificuldades funcionais do TPR.

O TPR é, assim, um dos órgãos jurisdicionais, ao lado dos TAHs, criado para resolver os litígios no Mercosul, que nascem entre os Estados-membros do bloco. Não é um órgão eminentemente intergovernamental, pois possui rasgos de supranacionalidade, na medida em que as suas decisões são obrigatórias, tomadas por maioria e obedecem, ao menos em tese, ao interesse comunitário e não aos interesses particulares dos Estados. Todavia, não chega a ser um órgão efetivamente supranacional, pelas dificuldades já apontadas. Além disso, embora chamado de arbitral, detém competências que extrapolam essa natureza. Esta última constatação não fica restrita à análise formal, uma vez que a primeira decisão do TPR ultrapassou o que normalmente exige-se de um laudo arbitral.

Estas ponderações comprovam que o TPR não é um modelo ideal de tribunal, mas não significam que o mesmo não é funcional ou que não tem pretensão de funcionalidade. Prova evidentemente contrária a uma possível afirmação neste sentido é o conteúdo do seu primeiro laudo arbitral.

O que se quer dizer é que o TPR pode e deve aumentar o seu grau de pretensão de funcionalidade, aproximando-se do ideal, através da sua progressiva judicialização, que pode ocorrer formalmente – quando da adoção do mecanismo de solução de controvérsias definitivo para o bloco – ou informalmente, a partir da sua própria atuação. De fato, se um modelo de jurisdição arbitral não serve para um processo de integração, independente do estágio em que se encontre, a solução é escolher outro caminho, o da judicialidade.

Assim, se o Tribunal, independente da sua composição, da forma de nomeação, da remuneração e da duração dos mandatos dos árbitros, pautar a sua atuação no respeito ao direito mercosulino e na construção de um direito comunitário para o bloco, a extensão de sua pretensão de funcionalidade tende a aumentar. Da mesma forma, se as jurisdições nacionais aplicarem o direito mercosulino.

Em suma, apesar das suas carências, o TPR tem pretensão de funcionalidade, que não alcança o ideal, mas que pode ser aumentada ou diminuída, a depender do seu comportamento e do comportamento das jurisdições dos Estados-membros. Tal qual a Ilha Desconhecida de que fala Saramago, que partiu em busca de si mesma, na ausência de uma alteração formal, o grau de funcionalidade do Tribunal será por ele decidido, a partir da provocação dos interessados e da sua atuação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Obras

ACCIOLY, Elizabeth. *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos: contributo para o sistema permanente de solução de controvérsias do Mercosul*. Coimbra: Almedina, 2004.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.

_____; MAGALHÃES, José Carlos. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. v. I.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Plínio Dentzien, 2001. Título original: Liquid Modernity

BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; REDENSCHI, Ronaldo. *A solução de controvérsias no Mercosul e na OMC: o litígio Brasil X Argentina no Mercosul – o caso Embraer na OMC – Brasil X Canadá*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

CAETANO, Gerardo. *Los retos de una nueva institucionalidad para el Mercosur: análisis y propuestas*. Uruguai: Friedrich Ebert Stiftung, 2004.

CÂMARA DE DEPUTADOS. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul – Representação Brasileira – PARCUM, *Constituições dos países do Mercosul – 1996-*

2000 – *textos constitucionais*: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai. Brasília: Câmara de Deputados, 2001.

CAMPOS, João Mota de, *Direito comunitário*: o direito institucional. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. v. I.

_____. *Direito comunitário* o ordenamento jurídico comunitário. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. v. II.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. (Coleção Cadernos Democráticos)

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1999. Título original: Giudici legislatori?

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1999. Título Original: Il controllo giudiziario de costituzionalità delle leggi nel diritto comparato.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1996. v. 1.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. 5. ed. Paris: Montchresteien, 2001.

CORRÊA, Antonio. *Mercosul*: soluções de conflitos pelos juízes brasileiros. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1997.

DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. 7. ed. Paris: L. G.D.J., 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DREYZIN DE KLOR, Adriana; CORNET, Teresita Saracho. *Trámites judiciales internacionales*. Buenos Aires: Zavalía, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: La sovranità nel mondo moderno.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas técnicas para o trabalho científico*: explicitação das normas da ABNT. 12. ed. Porto Alegre: [s.n.], 2003.

GARABELLI, Carlos Alberto González. *Procesos de integración*: Mercosur – solución de controversias. Assunção: Konrad Adenauer, 2004.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos: solução de controvérsias – uma análise comparativa a partir da União Européia e Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (Coord.). *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

HERDEGEN, Mathias. *Derecho econômico internacional*. Tradução de Marcela Anzona Gil. 2. ed. Meddelín: Konrad Adenauer, 1998. Título original: Internacionales Wirtschaftsrecht.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. Título Original: Die Normative Kraft Der Verfassung.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. *Mini Dicionário Houaiss: Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência: na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: Der Staat als integration.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. (Coleção Clássicos do Direito)

LOCATELI, Cláudia Cinara. *Mercosul: tribunal arbitral ou permanente?* Curitiba: Juruá, 2003.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *Supranacionalidade no Mercosul: a doutrina, os governos, a Constituição Federal e os tratados de integração*. Curitiba: Juruá, 2001.

MACHADO, João Bosco. *Mercosul: processo de integração – origem, evolução e crise*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MARCONINI, Mário. *OMC, acordos regionais e o comércio de serviços: normativa internacional e interesse brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

MARIANO, Marcelo Passini. *A estrutura institucional do Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processo de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Helena B. C. *Pequeno dicionário espanhol-português, português-espanhol*. São Paulo: Melhoramentos, 1996.

PEROTTI, Alejandro Daniel. *Habilitación constitucional para la integración comunitária: estudio sobre los Estados del Mercosur*. Konrad Adenauer: Montevideu, 2004. t. I e II.

PFETSCH, Frank R. *A União Européia: história, instituições, processos*. Tradução de Estevão C. de Rezende Martins. Brasília: UnB, 2001. Título original: Die Europäische Union: eine einföhrung.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de conhecimento, arts. 444 a 495*. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. (Coord.). São Paulo: RT, 2000. v. 6.

SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara P.; FOLMANN, Melissa. *Constituição Federal & Tratados Internacionais*. 17. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial – um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário – perspectiva para a sua adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Diretos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SECRETARIA DO MERCOSUL E KONRAD ADENAUER. *Primeiro relatório sobre a aplicação do direito do Mercosul pelos Tribunais nacionais e sobre a aplicação dos direitos nacionais por meio dos mecanismos de cooperação jurisdicional do Mercosul*. Montevideu: Secretaria do Mercosul, Konrad Adenauer e Foro Permanente de Cortes Supremas do Mercosul e Associados, 2003.

SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri: Manole, 2004.

_____. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Relações internacionais*. Barueri: Manole, 2004.

SERVIÇO DAS PUBLICAÇÕES OFICIAIS DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *União Européia: compilação de tratados*. Bruxelas / Luxemburgo: CECA-CE-CEEA, 1995. V. I e II.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. (Coleção Clássicos do Direito)

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humbertho. *Curso de direito processual civil*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA. *Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa: Estrutura e apresentação de monografias, dissertações e teses – MDT*. Santa Maria: UFSM, 2004.

VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Monografia jurídica: uma visão prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____; PEROTTI, Alejandro. *El proceso legislativo del Mercosur*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004.

_____. SEITENFUS, Ricardo. *Introdução ao direito internacional público*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

b) Monografias e dissertações

VENTURA, Deisy. *A ordem jurídica comunitária no Mercosul: possibilidades de constituição e eficácia*. Dissertação (Mestrado em Integração Latino Americana – MILA). Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, 1996.

ZANOTO, Josianne. *Medidas provisórias: a inconstitucionalidade do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32*. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, 2003.

_____. *Controle de constitucionalidade: limites e perspectivas de inserção do cidadão no pólo ativo das ações de controle concentrado*. Monografia (Especialização em Direito Constitucional Aplicado). Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Santa Maria, RS, 2004.

c) Artigos em periódicos e capítulos de livros

ACCIOLY, Elizabeth Accioly. Análisis de la genesis de un Mercado Comun del Sur: la supranacionalidad. *Direito & Mercosul*. Curitiba. n. 1. p. 69-78. 1996.

_____. O atual mecanismo de solução de controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Olivos. *In: MENEZES, Wagner (Org.). O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek.* Ijuí: Unijuí, 2004. p. 361-84.

_____. A homologação de sentenças e de laudos arbitrais estrangeiros no Brasil e no Mercosul. *In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werter Faria.* Curitiba: Juruá, 2001. v. I. p. 297-327.

ARAÚJO, Nádia de. O papel da tradição do *Common Law* nos laudos arbitrais do Mercosul: considerações sobre a utilização dos princípios em seu processo decisório. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 173-82.

ARDENGHY, Roberto Furian. Transcrição da palestra ministrada em 20 de novembro de 1996. *Direito comunitário do Mercosul.* *In: VENTURA, Deisy (Org.).* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 132-7.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Análise da funcionalidade do sistema de solução de disputas do Mercosul. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 101-13.

_____. Arbitragem e mediação entre particulares no Mercosul. *Direito comunitário do Mercosul.* *In: VENTURA, Deisy (Org.).* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 105-18.

BARRAL, Welber. A reforma do sistema de solução de controvérsias da OMC. *In: DeCITA – Derecho de comercio internacional: solución de controvérsias.* DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Dir.). Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 143-7.

_____. As inovações processuais do Protocolo de Olivos. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 233-46.

_____. Organização Mundial do Comércio (OMC). *In: BARRAL, Welber (Org.). Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de soluções de controvérsias.* Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 31-55.

_____. Solução de controvérsias na OMC. *Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul.* Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004. p. 11-68.

BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle de constitucionalidade. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 593-617.

BASSO, Maristela. As fontes jurídicas do Mercosul. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 161-72.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direitos Humanos e acesso à Justiça: aspectos nacionais e internacionais. *In: MENEZES, Wagner (Org.). O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem à José Francisco Rezek.* Ijuí: Unijuí, 2004. p. 189-204.

BOLDORINI, Maria Cristina. Protocolo de Olivos: innovaciones en el sistema de solución de controvérsias del Mercosur. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 114-49.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A Justiça do Mercosul. *Direito comunitário do Mercosul.* *In: VENTURA, Deisy (Org.).* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 119-31.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. *In: VENTURA, Deisy (Org.). Direito comunitário do Mercosul.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 162-76.

CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. Os juízes do Mercosul e a extraterritorialidade dos atos jurisdicionais. *Revista de direito constitucional e internacional.* São Paulo: RT, n. 44, p. 40-61, jul./set. 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política.* São Paulo: RT, n. 6, p. 23-31, out./dez. 1998.

COSTA, Ligia Moura. Os tribunais supranacionais e a aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. *Direito comunitário do Mercosul.* *In: VENTURA, Deisy (Org.).* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 177-87.

COZENDEY, Carlos Márcio; BENJAMIN, Daniela Arruda. Laudos arbitrais no marco do Protocolo de Brasília: a construção jurídica do processo de integração. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 13-50.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. O instituto da supranacionalidade na estrutura definitiva do Mercosul. *In: MENEZES, Wagner (Org.). O direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek.* Ijuí: Unijuí, 2004. p. 385-421.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. Mercosur: los laudos arbitrales – una visión prospectiva. *In: DeCITA – Derecho de comercio internacional: solución de controvérsias.* DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Dir.). Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 92-109.

FEDER, Berta. El protocolo de Olivos para la solución de controvérsias del Mercosur: algunos aspectos particulares (técnico jurídicos, organico institucionales,

procesales). *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 247-69.

FERNADEZ AREVALOS, Evelio. Opiniones consultivas, medidas provisionales y medidas excepcionales y de urgencia. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 51-70.

FERRAZ, Valeria S. B.; ODARDA, Omar E. La reforma del sistema de solución de disputas de la Organización Mundial del Comercio: estado actual de las negociaciones. *In: DeCITA – Derecho de comercio internacional: solución de controvérsias.* DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Dir.). Buenos Aires: Zavalia, 2004. p. 148-75.

FONTOURA, Jorge. A evolução do sistema de solução de controvérsias – de Brasília a Olivos. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.* Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 271-8.

_____. A imanência jurídica da OMC. *In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werter Faria.* Curitiba: Juruá, 2001. v. II. p. 11-23.

_____. Uma perspectiva do Protocolo de Brasília à luz das inovações contidas no Protocolo de Olivos. *In: MENEZES, Wagner (Org.) Direito internacional e o direito brasileiro: homenagem a José Francisco Rezek.* Ijuí: Unijuí, 2004. p. 254-360.

GAMBARO, Carlos Maria; FIORATI, Jete Jane. O sistema de solução de controvérsias na OMC. *Revista de direito constitucional e internacional.* São Paulo: RT, n. 44, p. 7-39. jul./set. 2003.

GOMES, Eduardo Biacchi. Protocolo de Olivos: alterações no sistema de soluções de controvérsias do Mercosul e perspectivas. *Revista de direito constitucional e internacional.* São Paulo: RT, n. 42, p. 78-88, jan./mar. 2003.

GRECO, Leonardo. Transcrição da palestra proferida em 21 de novembro de 1996, revisada pelo autor. *Direito comunitário do Mercosul.* *In: VENTURA, Deisy (Org.).* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 188-97.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul: a exclusão do cidadão nos processos de constituição e integração. Temas de direito da integração e comunitário.* São Paulo: LTr, 2002. p. 36-43.

KEGEL, Patrícia Luíza. O sistema de solução de controvérsias na União Européia. *Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul.* Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004. p. 69-139.

_____. La constituciones nacionales y los procesos de integración económica regional. *In: Anuário de derecho constitucional latinoamericano*. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2000. p. 295-314.

_____. Soberania e supranacionalidade dos Estados-membros da União Européia: o *point of no return* da integração regional. *In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2001. v. II. p. 273-86.

_____. Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. *In: BARRAL, Welber (Org.). Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de soluções de controvérsias*. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 155-76.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante; AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias de. A influência do *judicial review* na formação do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. *In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 7-25.

LUGARO, Jorge A. Marabotto. Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *In: Anuário de derecho constitucional latinoamericano*. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2003. p. 291-301.

MAGALHÃES, José Carlos de. Os laudos arbitrais proferidos com base no Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 71-80.

MATTOS, Adherbal Meira. Soberania e a nova ordem mundial. *Revista brasileira de direito comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso Brasileiro, n. 23. p. 221-7. 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O VIII laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul e seus fundamentos. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 41, p. 55-68, out./dez. 2002.

MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do Mercosul – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: RT, n. 39, p. 57-71, abr./jun. 2002.

MORALES-PAULÍN, Carlos A. El derecho procesal constitucional supranacional: una aproximación. *Anuário de Derecho constitucional latinoamericano*. t. II. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2004. p. 845-57.

MOURA, Liliam Chagas de. A consolidação da arbitragem no Mercosul: o sistema de solução de controvérsias após oito laudos arbitrais. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 81-100.

P. DERMIZAKY, Pablo. Derecho constitucional, derecho internacional y derecho comunitario. *Anuário de Direito constitucional latinoamericano*. t. II. Montevideu: Konrad Adenauer, 2004. p. 831-43.

PEREIRA, Ramón Díaz. Protocolo de Olivos: algunas reflexiones sobre los institutos que deben ser objeto de reglamentación específica. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 183-8.

PEROTTI, Alejandro Daniel. El segundo fallo arbitral del Mercosur o el amargo despertar de nuestro sistema de solución de controversias. *Revista de direito do Mercosul*. Tucuman: La Ley, n. 2, p. 121-44, abr. 2000.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Mercado Comum do Sul (Mercosul). *In: BARRAL, Welber (Org.). Tribunais internacionais*. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 177-90.

_____; DREYZIN DE KLOR, Adriana. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul. *Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004. p. 141-225.

RAFFO, Valentina. Secuencias procedimentais del Protocolo de Olivos. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 223-32.

RIECHENBER, Kurt. El proceso prejudicial en la Unión Europea. *Anuário de Direito constitucional latinoamericano*. t. II. Montevideu: Konrad Adenauer, 2004. p. 1011-23.

RÍO, Marina García de. La solución de controversias en los Acuerdos de Mercosur con otros países o esquemas de integración. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 150-60.

RIPOLL, Roberto Puceiro. El protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado en el régimen de solución de controversias del Mercosur. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 189-208.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito processual e sua efetividade na condição de instrumento de atuação da ordem constitucional e comunitária. *Revista de Integração Latino Americana (RILA)*. Santa Maria, n. 1, p. 163-83.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. *In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85-108.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. Propuestas para un sistema permanente de solución de controversias en el Mercosur. *In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Direito internacional e da integração*. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 873-8.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. Tribunais do Mercosul. *Justiça do Direito*. Passo Fundo: UPF, n. 15, p. 381-98. v. II, 2001.

VÁSQUEZ, Adolfo Roberto. Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur. *In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2001. v. I. p. 23-38.

VENTURA, Deisy. Asimetrías cruzadas o cubismo normativo: la incorporación de normas en el Mercosur. *Internalization of rules in Mercosur*. Deeper Integration of Mercosur: Dealing with Disparities: Washington, 2005.

VILLAFANE, Miguel Julio Rodríguez. Derecho de la información y el respeto a las garantías del debido proceso. *In: Anuário de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2003. p. 303-19.

ZALDUENDO, Susana Czar de. El Protocolo de Olivos y la interpretación uniforme de la normativa mercosur. *In: Câmara dos Deputados e Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 209-22.

d) Artigos e matérias de jornal em meio eletrônico

BLOCH, Roberto. Un nuevo protocolo jurídico para el Mercosur. Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005.

CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de; SCOTTI, Luciana B. Armonización legislativa en el Mercosur: la interacción entre el derecho internacional privado y el derecho comparado. Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. La constitución europea. Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005.

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El Mercosur: ¿ por el camino de la transparência? Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005.

LIMA, Leonardo Moreira. *Stare decisis* e súmula vinculante: um estudo comparado. Disponível em: <http://www.puc.rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_leonardo.html>. Acesso em: 27 out. 2003.

MARCHESINI, Gualtiero Martín. Aspectos procesales del arbitraje comercial internacional. Disponível em: <<http://www.caq.org.ar>>. Acesso em: 15 set. 2005.

MEIRA, Castro. Mercosul: tribunal supranacional e integração comunitária. Disponível em: <www.trf5.gov.br/esmafe/ver_esmafe/sumario/revista_01arquivos/6_mercosul.pdf>. Acesso em: 28 out. 2003.

TRABUCO, Cláudia Maria S. A importância de um tribunal supranacional no contexto de um processo de integração: o dilema do Mercosul. p. 29. Disponível em: <<http://www.fdunl.pt/pt/wps/wp005-99.doc>>. Acesso em: 29 out. 2003.

VENTURA, Deisy. Folha de S. Paulo. Estrutura pífia do bloco favorece dispersão, afirma especialista. São Paulo. 26 mar. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 27 mar. 2004.

e) Documentos em meio eletrônico

i. Mercosul (<http://www.mercosur.org.uy>)

Mercosul/CMC/DEC nº 17/98 (Regulamento do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias)

Mercosul/CMC/DEC nº 13/03 (Designação dos Consultores Técnicos para o Setor de Assessoria Técnica da Secretaria do Mercosul)

Mercosul/CMC/DEC nº 22/00 (Relançamento do Mercosul – acesso a mercados)

Mercosul/CMC/DEC nº 25/00 (Aperfeiçoamento do Sistema de Solução de Controvérsias do Protocolo de Brasília)

Mercosul/CMC/DEC nº 57/00 (Acesso a mercados)

Mercosul/CMC/ACTA nº 01/04 (XXVI Reunião do Conselho Mercado Comum)

Mercosul/CMC/DEC nº 17/04 (Fundo Especial para Controvérsias)

Mercosul/CMC/DEC nº 23/04 (Procedimento para atender Casos Excepcionais de Urgência – art. 24 do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul)

Mercosul/CMC/DEC nº 26/04 (Designação dos árbitros do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul)

Mercosul/CMC/DEC nº 29/05 (Solicitação de adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul)

Mercosul/CMC/DEC nº 30/05 (Regras de Procedimento do Tribunal Permanente de Revisão)

Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias

Protocolo de Ouro Preto

Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul

Regulamento do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul

Segundo relatório semestral de la Secretaria del Mercosur. *Entre el diagnóstico y la propuesta*. Montevideu. Dez. 2004.

Tratado de Assunção

ii. Organização Mundial do Comércio (<http://www.wto.org>)

Acordo que estabelece a Organização Mundial do Comércio

Entendimento relativo às Normas e Procedimentos pelos quais se rege a Solução de Controvérsias

Módulo de formación sobre el sistema de solución de diferencias

iii. União Européia (<http://europa.eu.int>)

Ato Único Europeu

Decisão do Conselho, de 2 de novembro de 2004, que institui o Tribunal da Função Pública da União Européia (2004/752/CE, EURATOM)

Estatuto do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

Regulamento Adicional do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

Tratado de Amsterdã

Tratado de Nice

Tratado da União Européia (versão compilada)

Tratado que constitui a Comunidade Européia (versão compilada)

iv. ABNT (<http://www.abnt.org.br>)

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: Informação e documentação: referências – elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520: Informação e documentação: citações em documentos – apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724: Informação e documentação: trabalhos acadêmicos – apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

v. Outros

Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cijestat._corte_intern._just.pdf>. Acesso em: 15. abr. 2006.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 72/03. Petição 12.159 Informações disponíveis em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2003port/Arg.12159.htm>>. Acesso em: 11. abr. 2006.

f) Eventos

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e ideologia*. Auditório da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). FADISMA. 24 set. 2004. Aula magna.

PEROTTI, Alejandro Daniel. *A natureza jurídica do Tribunal de Assunção: limites e perspectivas do sistema de Olivos*. Auditório da Cooperativa dos Estudantes de Santa Maria (CESMA). CESMA. 24 mar. 2006. 15 anos do Mercosul: os custos sistêmicos dos conflitos regionais.

g) Legislação

BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – atualizada até a Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

_____. Presidência da República. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <<https://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Presidência da República. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Presidência da República. Lei nº 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

h) *Laudos arbitrais*

Mercosul. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Argentina e a República Oriental do Uruguai sobre a incompatibilidade do regime de estímulo à industrialização de lã outorgado pelo Uruguai estabelecido pela Lei nº 13.695/68 e

Decretos Complementares com a normativa Mercosul que regula a aplicação e utilização de incentivos no comércio intrazona. 04 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 02. abr. 2006.

_____. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Federativa do Brasil. *Proibição de importação de pneus remoldados (remolded) provenientes do Uruguai*. 09 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 02. abr. 2006.

_____. Tribunal Arbitral. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 25 de outubro de 2005. Numeral 29. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

_____. Laudo nº 1/2005. Tribunal Permanente de Revisão. Controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República da Argentina. *Proibição de importação de pneus remoldados*. 20 de dezembro de 2005. p. 3. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy>>. Acesso em: 29. jan. 2006.

j) Sites

<http://curia.eu.int>

<http://europa.eu.int>

<http://www1.folha.uol.com.br>

<http://www.mre.gov.py/tribunal>

<http://www.mercosur.org.uy>

<http://www.presidencia.gov.br>

<http://www.senado.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.wto.org>

ANEXOS