

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 162
abril/junho – 2004

ESTUDOS EM HOMENAGEM A ANNA MARIA VILLELA

Organização
Jorge Fontoura

O adensamento jurídico do Mercosul e o Protocolo de Olivos

Carlos Eduardo Caputo Bastos
e Jorge Fontoura

De um país sem justiça fogem os mais temperantes, os mais ambiciosos e os mais audazes. Porque a audácia, a ambição e a temperança trabalham para a economia, e a economia vive da segurança, cuja base é a justiça.

Rui Barbosa

O presente estudo destina-se a homenagear Anna Maria Villela, *scholar* profundamente comprometida com a idéia-matriz da integração regional e com os valores basilares da cooperação e da aproximação dos povos. Adepta de primeira hora do Mercosul, e desde sempre defensora convicta do pan-americanismo, Anna Maria influenciou de forma decisiva toda uma plêiade de jovens juristas vocacionados ao *direito das gentes* e ao comparatismo jurídico.

A era do mercado, *malgré soi*, proporciona às Ciências Jurídicas formidável momento de reconstrução. Os desafios trazidos pelos novos paradigmas, que exigem soluções além da ideologia e do dogma, obrigam o Direito, em todas as suas vertentes, a renovado esforço de criatividade e superação.

Nos espaços já integrados, ou nos que buscam a integração em blocos econômicos, pela força nem sempre bem intencionada da abertura comercial, a *judicialização* dos conflitos de interesse e o adensamento de juridicidade, na expressão laferiana, são de importância capital¹. O sistema de solução de controvérsias constitui, por conseguinte,

fator decisivo para o contingente sucesso de projetos de construção de blocos econômicos, qualquer que seja seu grau de aprofundamento ou institucionalização.

A clara definição das regras do jogo, com a neutralização das imposições unilaterais *power oriented*, torna-se imprescindível, a bem da segurança jurídica que a todos aproveitamos. A construção de blocos econômicos é, vale dizer, labor jurídico por excelência, com aportes dos mais variados, mas sempre e, essencialmente, jurídico.

Ao lamentarmos a ausência do Brasil na grande cena internacional, a defasagem entre o que poderíamos ser e o que somos, participantes em menos de um por cento do comércio mundial, reconhecemos a inadiável necessidade de maior e melhor inserção. Quanto às nossas potencialidades latentes, é revelador o fato de sermos, logo após Estados Unidos e Canadá, o grande cliente do sistema de solução de controvérsias da OMC, como autores ou réus em quase dez por cento dos casos.

A integração e a construção de blocos econômicos, *zeitgeist* do pós-guerra fria, como resposta às dificuldades trazidas pelo mercado avassalador, foi, a partir dos últimos anos 80, inevitável linha de política externa. Também para os países sul-americanos e, em especial, para os quatro “sócios de Assunção”. Em 26 de março de 1991, quando se instituiu o Mercosul, os limites do possível impunham flexibilidade máxima e institucionalização mínima, dentro de rígida forma intergovernamental, em que tudo se deveria decidir por consenso e unanimidade, consoante o direito internacional público clássico.

Depois, sobrevieram os resultados comerciais altamente positivos, conducentes ao ambicioso Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, a demonstrar que também a América Latina poderia possuir modelo de integração próprio e bem sucedido.

Sobrevivente de imensos impasses estruturais e conjunturais, como a abrupta desvalorização do real de 1999, e mesmo de

nossa inexperiência em diplomacia de confronto comercial, além de fortes embates eleitorais internos, o Mercosul segue politicamente forte e incisivo, negociando em bloco questões de macropolítica externa, como o livre comércio continental, e eventuais relações com a União Européia. Poucos ousariam imaginar, porém, como os números, os fatos não são uma mera opinião: a Alca é negociada pelo Mercosul.

Ao firmar-se o Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro 2002, os Estados *mercasureños* assumem um patamar de comprometimento jurídico mais elaborado, obedecendo *rationale* ditada pela emergência de novos desafios. Conforme esse mais recente tratado, todas as controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre interpretação, aplicação ou não-cumprimento do Tratado de Assunção, e do conjunto normativo do bloco, ser-lhe-ão submetidas. Para as controvérsias iniciadas antes de sua entrada em vigor, o Protocolo de Brasília continuará sendo aplicado.

Em essência, Olivos cria uma instância arbitral permanente de revisão, com peculiaridades, conforme vamos verificar. Teríamos chegado, finalmente, ao Sistema Permanente a que se refere o Tratado de Assunção? A resposta é negativa. O Protocolo de Olivos registra que, antes de se culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, com o aperfeiçoamento da União Aduaneira, os Estados Partes farão revisão do atual sistema.

Com isso, segue-se o pragmatismo que tem singularizado o bloco. Pratica-se o avanço que a diplomacia do possível permite. A manutenção da arbitragem como forma de solução de conflitos, embora constitua perceptível limitação, em face de modelo que incluía instituição judiciária supranacional, como na justiça comunitário-européia, é reiterada manifestação de prudência política. Afora isso, a imediata criação de tribunal de natureza judicial requereria que Brasil e Uruguai reformassem suas constituições, como o fez recentemente a Argentina, a permitir sejam criadas instituições supranacionais.

Na justificativa do Protocolo de Olivos, e da criação do Tribunal Permanente de Revisão, de natureza arbitral, fundamenta-se a necessidade de garantir a “correta interpretação, aplicação e cumprimento” do conjunto normativo do Mercosul, de forma consistente e sistemática. Não há remissão à “uniformidade de aplicação” de normas, a nosso juízo, elemento primordial à segurança jurídica e à pacificação dos conflitos. Com efeito, na perspectiva de que os Poderes Judiciários nacionais é que vão aplicar as normas geradas no bloco, qual autoridade garantirá que não haverá diferente entendimento acerca da “correta interpretação” da norma em potencial dissonância?

Enquanto o Mercosul seguir sendo um “conjunto normativo”, não há que se falar em sua “aplicação sistemática”. Essas expressões justapostas incidem em contradição. Sistema, do ponto de vista do Direito, pressupõem ordenamento jurídico e não tão somente conjunto normativo. Sendo o Mercosul apenas um conjunto normativo, ou sendo essa a realidade possível no quadro jurídico-constitucional dos Estados Partes, a idéia de aplicação sistemática remanesce com pouca precisão e efetividade jurídica.

Ademais, a uniformização não elimina a possibilidade de os judiciários nacionais exercerem controle de constitucionalidade em face das respectivas Constituições. Afinal, estamos diante de bloco intergovernamental, em que o controle não se faz, somente, em face dos tratados constitutivos, mas em razão de toda norma concretamente aplicável no espaço jurisdicional dos Estados membros.

Ressalte-se, no entanto, que Olivos traz uma importante novidade que fortalece o objetivo integracionista deduzido em todo o projeto: trata-se da preponderância em relação aos Estados Partes do sistema de solução de controvérsias comumente adotado, uma vez iniciado qualquer procedimento sob sua tutela, em uma intentada pré-primazia, por assim dizer, utilizando o inevitável referencial comunitário-europeu.

A possibilidade de o Tribunal Permanente de Revisão oferecer “opiniões consultivas” é outra inovação interessante, embora não se tenha precisado seu alcance, procedimento, e, fundamentalmente, a necessária legitimação *ad causam* para acionar o mecanismo, temas pendentes de regulamentação pelo Conselho do Mercado Comum.

O recurso das decisões dos tribunais arbitrais *ad hoc*, apesar de não ser comum em procedimentos arbitrais, parece ter sido importado do modelo OMC. A limitação do recurso às questões de direito e à qualificação jurídica dos fatos contidos nos laudos arbitrais (assim como o não-cabimento de recurso nas decisões por equidade) apresenta-se conveniente.

Claramente o Protocolo de Olivos buscou, mantendo um minimalismo institucional, conjugar a idéia de tribunal arbitral permanente, como no Benelux, com a idéia de um órgão de apelação, como no sistema de solução de controvérsias da OMC. Ao contrário do que se imagina, o tribunal do Benelux sobrevive à Corte de Justiça das Comunidades Europeias, exercendo plenamente sua atribuição de interpretar por via pré-judicial, quando as regras de direito específico do bloco forem pouco claras para o juiz nacional (DUMOND, 1980). Anterior a toda institucionalização comunitário-europeia, é aqui (HUSS, 1980) que se encontram as raízes históricas e a própria ideação original do prodigioso art. 177 do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu o reenvio pré-judicial (CLERGERIE, 2000).

Criando uma instância de revisão arbitral, o Protocolo de Olivos inova, com prudência e parcimônia, ao deixar ao sabor das partes o encaminhamento que bem se aprouver. A chave-mestra do projeto parece estar incrustada em seu artigo 23, que facultava às partes o acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão, que assim deixaria de sê-lo, para transformar-se em instância originária *tout court*².

Com isso, o imaginoso artigo 23 permite uma substantiva supressão de instância,

facultando às partes dirigirem-se, a partir da negociação direta frustrada, diretamente à fase arbitral, sem passar pelas inconveniências e dilações da tentativa de conciliação, em que intervêm as seções nacionais do Grupo Mercado Comum, com todas as limitações materiais e logísticas que tão bem conhecemos.

O caráter construtivo dos laudos proferidos pelo tribunal instituído, que não poderão ser objeto de recurso, fazendo coisa julgada formal e material, o que se subsume do mesmo artigo 23, confere mais segurança jurídica e credibilidade ao sistema. Todos os Estados membros estão sujeitos ao Tribunal, não se utilizando o expediente da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, a *Cláusula Raul Fernandez*, tão ao sabor das relações de coordenação da prática jurídica internacional. Assim estabelece o art. 54, ao estipular que a adesão ao Tratado de Assunção significa *ipso jure* a adesão ao Protocolo de Olivos. Da mesma forma, sua denúncia implica *ex vi* denúncia ao Tratado de Assunção.

No que concerne à possibilidade de particulares, pessoas físicas e jurídicas dos Estados membros litigarem *in pectore*, sem os mecanismos de representação diplomática, como se poderia pleitear sem prudência política, e como também o faz a comunidade acadêmica, acertadamente o Protocolo de Olivos nada aditou, reiterando o tratamento meramente enunciativo, de *soft law*, conforme consta no Protocolo de Brasília. Assim, como claro freio político e sem meias palavras, o Estado potencialmente réu disporia de poder de veto sobre a admissibilidade da reclamação de particulares, o que impediria a causa indesejável *ab ovo*.

Diante da transitoriedade e das peculiaridades do projeto Mercosul, a forma adotada no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, foi surpreendente para a época, mercê de seu pragmatismo e lucidez. Buscando esvaziar politicamente um grau conflitual imponderável, dificultando a “processualização” das controvérsias, inopertunas para o momento de implantação de qualquer bloco, o documento era pleno de

válvulas de segurança diplomática, impedindo, de fato, a litigância de particulares e limitando a ingerência judiciária formal. Buscava-se claramente “embalar os cristais”, o que se fez com propriedade e eficiência, nos méritos nem sempre reconhecidos do Protocolo de Brasília. Em que pese o grande incremento comercial da primeira década do Tratado de Assunção (o comércio intra-zona passou em menos de sete anos de três para vinte e um bilhões de dólares), os primeiros laudos arbitrais ocorrem somente ao final dos anos 90, tendo sido a maioria expressiva dos litígios dirimidos nas negociações diretas ou com a intervenção das seções nacionais do Grupo Mercado Comum³.

Agora, com a implantação da instância permanente de arbitragem, de revisão ou não, decorrendo do livre querer das partes, em contexto histórico alvissareiro para um Mercosul de muitas possibilidades, robustece-se a idéia da integração, sem discursos, com a semântica inenargüível dos fatos e das decisões políticas.

Notas

¹ *What do I mean by the expression “thickening of legality”... in The World Trade Organization Dispute Settlement System – Conferences Comemoratives – conferência de 18 de junho de 1996, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília 2000; Celso Lafer (1998, p. 942) é, a propósito, um emérito formulador de expressões de consagração no mundo acadêmico internacional, sendo de sua autoria também “alianças com geometria variável”, para referir a nova dinâmica das relações internacionais a partir da emergência da OMC: “... um jeu subtil que s’articule autour d’un certain nombre de acteurs incontournables qui vont nouer des alliances à GEOMETRIE VARIABLES selon les intérêts en presence...” LAFER, Celso. Réflexion sur l’OMC lors du 50^{ème}. Anniversaire du système multilatéral commercial. *Journal du Droit International*, Paris, v. 125, n. 4, p. 933-944, oct./déc. 1998.*

² *Artigo 23 – Acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão*

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 corresponder, 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.

³ O Primeiro Laudo do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul é de 28 de abril de 1999, contemplando uma controvérsia, entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil, sobre “Aplicação de medidas restritivas ao comércio re-

cíproco”, que se tornou conhecida como caso Sisco-mex, tendo atuado como árbitro brasileiro João Grandino Rodas.

Bibliografia

CLERGERIE, Jean Louis de. *Le renvoi préjudiciel*. Paris: Elipses Édition, 2000.

DUMOND, F. *La court de justice du Benelux*. Bruxelas: Bruylant, 1980.

HUSS, Alfonse. *Historique du traité instituant la court de justice Benelux*. Bruxelas: [s. n.], 1980.