

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO SETEMBRO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 119

A estrutura institucional definitiva do Mercosul: uma opinião

WERTER R. FARIA

Professor Titular aposentado de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; ex-Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Diretor Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI)

O artigo 1º do Tratado de Assunção exprime a decisão dos Estados-Partes de constituírem um mercado comum e fixa o dia 31 de dezembro de 1994 para seu estabelecimento definitivo. Termina nessa data o período de transição, durante o qual a administração e execução do Tratado, dos acordos e das decisões para integrar os mercados nacionais num só competem a dois órgãos intergovernamentais: o Conselho do Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum.

Por outro lado, o artigo 3º do Tratado expressa que os Estados-Partes adotam o sistema de solução de controvérsias constante do Anexo III, que vigorará por todo o período de transição. Tendo duração determinada, o artigo 18 prescreve que, antes de 31 de dezembro de 1994, os Estados-Partes realizem uma reunião extraordinária, com o objetivo de definir a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do mercado comum, as respectivas atribuições e o sistema de tomada de decisões.

Nessa oportunidade, os Estados-Partes poderão optar por uma destas soluções: *a)* dotar o mercado comum de órgãos próprios; *b)* eles mesmos administrarem o espaço econômico único.

Não se deve perder de vista que a estrutura institucional será “definitiva”, ou seja, para o período que seguirá o de transição. Se houver necessidade de prorrogar aquele, é natural que fique inalterada a “estrutura orgânica” do Tratado.

Os instrumentos que, segundo o artigo 5º, deverão levar ao estabelecimento do mercado comum são: *a)* a eliminação dos direitos alfandegários

e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; b) a coordenação de políticas macroeconômicas; c) a tarifa externa comum; d) os acordos setoriais; e) a adoção de normas comuns sobre concorrência comercial, prevista no artigo 4º. Esses instrumentos são os que permitem delimitar o conteúdo e os objetivos do mercado comum, que será o espaço econômico comum à Argentina, ao Brasil, ao Paraguai e ao Uruguai, no qual os cidadãos e os agentes econômicos poderão atuar livremente, no que concerne à circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre esses 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 Mercado Comum transcende à simples concretização das liberdades fundamentais: a livre circulação das mercadorias, serviços, capitais e pessoas. Por essa razão, o Ato Único Europeu aditado ao Tratado de Roma o artigo 13 dispondo que o mercado interno.

“compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado”.

Como explica AFONSO MATTERA (*El Mercado Único Europeo*, trad. esp., Civitas, Madrid, 1991, p. 44):

“Desta definição depreende-se a vontade dos autores do Ato Único de superar a concepção estreita da noção de *mercado comum*, que imperava no passado e que concebía o mercado único como um espaço em que qualquer obstáculo ao livre exercício de suas liberdades fundamentais deveria suprimir-se, mas que, sem embargo, conservava as fronteiras aduaneiras internas, embora flexibilizando sua estrutura e prerrogativas.”

Os cinco instrumentos para a constituição do MERCOSUL, mencionados no Tratado de Assunção, correspondem a uma parte dos indicados no artigo 3º do Tratado de Roma; porém, são suficientes para que os Estados-Partes logrem o objetivo essencial que os levou a firmar o Tratado de Assunção. Na hipótese do período de transição chegar ao fim sem o estabelecimento do mercado comum, a opção natural, como dissemos, seria a manutenção dos órgãos intergovernamentais criados pelo artigo 9º do Tratado de Assunção. Entretanto, uma análise cuidadosa dos resultados da missão confiada ao Conselho e ao Grupo Mercado Comum poderá revelar as desvantagens dessa estrutura orgânica.

A precaução que tiveram os Estados-Partes de não conferir qualquer caráter supranacional ao mercado comum dificulta o processo de integração dos países do Cone Sul. A despeito da cautela dos governos, a idéia de união dos seus povos é talvez mais forte. Os resultados obtidos em curto espaço de tempo indicam a necessidade de concretizar a aliança política dos quatro Estados. Se este objetivo se impuser, nas negociações que precederão ao estabelecimento definitivo do mercado comum, o mecanismo institucional

do Tratado de Assunção certamente será revisto. A exemplo da Comunidade Européia, o MERCOSUL precisará conter elementos mistos, supranacionais e intergovernamentais. Em vez de ser um espaço econômico comum aos Estados-Partes, que só implique

“a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos”.

poderá adquirir a dimensão de “um espaço sem fronteiras”, que, na definição de MATTERA (loc. cit., p. 44).

“se configurará como um espaço verdadeiramente unificado, porque se terá desembaraçado definitivamente das alfândegas interiores que dividem os países da Comunidade, e das *servidões* técnicas, físicas e monetárias...”.

A Comunidade Européia levou cerca de 36 anos para se converter num espaço unificado, ainda não completamente livre dessas “servidões”. Teria fracassado na realização dos seus objetivos não fosse a clarividência dos negociadores do Tratado de Roma, manifestada especialmente na criação de um sistema institucional inovador. Na síntese de DUSAN SIDJANSKI (*L'Avenir Fédéraliste de L'Europe*, Puf, Paris, 1992, p. 111),

“o poder ativo é confiado a duas instituições: uma comunitária, a Comissão, outra intergovernamental, o Conselho. Via de regra, a Comissão propõe e o Conselho decide. Porém, esses dois órgãos desenvolvem sua atividade e tomam decisões consultando o Parlamento Europeu, sob seu controle democrático, bem como sob o controle jurídico da Corte de Justiça. Esta divisão inicial dos poderes foi modificada pelo Ato Único Europeu, que manteve o papel de orientação e impulsão gerais que assume o Conselho Europeu e instituiu a participação mais direta do Parlamento Europeu no processo de decisão. Desde então, o Conselho de Ministros toma numerosas decisões *em cooperação com o Parlamento Europeu*. Este conjunto institucional em plena evolução constitui o embrião de um poder comunitário que o Tratado de Maastricht dota de dimensão política”.

Os dois órgãos intergovernamentais do Tratado de Assunção cumpriram satisfatoriamente a sua tarefa. Todavia, se um dos países do MERCOSUL não obtivesse solução de uma controvérsia, mediante negociação direta com outro, o Grupo Mercado Comum e, posteriormente, o Conselho a resolveriam? As “recomendações” a que se refere o artigo 1º do Anexo III do Tratado de Assunção não têm a força necessária para pôr ponto final às controvérsias. O *sistema de solução de controvérsias* adotado no Protocolo de Brasília destina-se a assegurar o cumprimento do Tratado de Assunção, mas não é o mecanismo ideal para dirimir as controvérsias que surgirem

entre os Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o descumprimento das suas disposições, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo e das decisões do Conselho e das resoluções do Grupo Mercado Comum. O âmbito de aplicação do sistema de soluções de conflitos, no período de transição, são as controvérsias entre os Estados-Partes. A solução pode ser obtida por três meios: a) as negociações diretas entre os Estados-Partes envolvidos na controvérsia; b) a apresentação do diferendo ao Grupo Mercado Comum para avaliar a situação e formular recomendações que o resolvam; c) o procedimento arbitral.

Os Estados-Partes reconhecem como obrigatória a jurisdição do Tribunal Arbitral. Compõe-se de três árbitros, pertencentes à lista de dez árbitros por país, todos juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto de controvérsia. Os laudos do Tribunal, adotados por maioria, são inapeláveis, obrigatórios para os Estados-Partes e a falta de cumprimento, no prazo de trinta dias, pode ser objeto de medidas compensatórias, tais como a suspensão de concessões ou outras equivalentes.

Compete ao Grupo Mercado Comum a solução das reclamações de particulares, em razão da sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados-Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, dos acordos celebrados em seu âmbito, das decisões do Conselho e das resoluções do Grupo Mercado Comum.

De acordo com o artigo 3º do Anexo III do Tratado de Assunção, os Estados-Partes, até 31 de dezembro de 1994, adotarão um Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum. Não há qualquer menção ao controle da legalidade do MERCOSUL, muito embora, nas palavras de MARCELO HALPERIM (*Hacia el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en la Aladi, integración Latinoamericana*, 1985-106, p. 25), o controle na legalidade

“se apresente como imperativo orgânico ou funcional dos esquemas de integração econômica, e não apenas dos esquemas mais evoluídos, como a Comunidade Econômica Européia (CEE) e o Grupo Andino. Baseando-nos, entretanto, nesses esquemas, dotados de um órgão com funções jurisdicionais para o exercício do controle da legalidade, poderíamos descrever as duas dimensões desse controle como: 1) faculdade de anular disposições ou atos surgidos dos órgãos comunitários, taxados de ilegalidade; e 2) faculdade de interpretar as normas do Tratado”.

No Anexo III do Tratado de Assunção estão previstos um sistema transitório de solução de controvérsias “entre os Estados-Partes” e outro, permanente, “para o Mercado Comum”. O sistema permanente não poderá ter as mesmas características do que irá substituir, pois todas as controvérsias

no MERCOSUL (e não apenas os diferendos entre os Estados-Partes) terão que ser solucionados por um mecanismo único, que, portanto, deverá exercer o controle da legalidade dos atos dos órgãos do MERCOSUL e solucionar as demais controvérsias, quer entre os países reunidos nesse espaço econômico, quer entre os particulares e aqueles órgãos. Um sistema intergovernamental, como o da solução das controvérsias por um órgão do mercado comum, que carece de independência orgânica e funcional e capacidade técnico-jurídica, não é o mecanismo mais indicado para dirimir os diversos tipos de conflitos que surgem nas organizações de integração econômica. Escreve ALBERTO ZELADA CASTEDO (*Derecho de la Integración Económica Regional*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 191):

“Na prática, os ordenamentos da integração econômica optaram por diversos métodos para o controle da legalidade dos atos dos órgãos de suas estruturas orgânicas. Em alguns sistemas, as funções de controle estão situadas, principalmente, nos mesmos órgãos criadores de normas. Em outros, essas funções se atribuem a um órgão diferente e independente dos demais. A primeira fórmula inspira-se em certo predomínio dos modos convencionais de criação de normas vinculativas. A segunda, em troca, traduz-se na adoção de meios ou procedimentos jurisdicionais.”

Da exposição dos dois métodos conclui-se que os procedimentos jurisdicionais são os mais eficazes para o controle da legalidade.

Por outro lado, o sistema de arbitragem para a solução das controvérsias não atende à necessidade de assegurar uma certa unidade na interpretação e aplicação das normas dos ordenamentos de integração, que alcançam os Estados-Partes assim como os particulares. O problema deixa de ser a falta de independência orgânica e funcional e de capacidade técnico-jurídica. O sistema de arbitragem só cumpre a função de solucionar as controvérsias. Ficam relegadas as funções de controle da legalidade dos atos dos órgãos do mercado comum e de interpretação uniforme do Tratado e dos atos dos órgãos por ele criados.

A livre circulação de mercadorias, por exemplo, constitui o elemento essencial de todo e qualquer mercado comum, e o controle da legalidade o mecanismo que assegura o bom funcionamento dessa liberdade. CRISTIAN W. A. TIMMERMANS (*A livre circulação de mercadorias; Trinta Anos de Direito Comunitário*, Comissão das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1984, p. 251) destaca a participação decisiva que o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia teve na realização dessa liberdade fundamental:

“É necessário desde logo acentuar o papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ao precisar e afirmar os princípios da livre circulação de mercadorias. Nunca será demais sublinhar a importância da jurisprudência neste domínio. A livre

circulação de mercadorias foi, em larga medida, realizada graças ao que se designou por vezes por integração negativa. As disposições do Tratado na matéria englobam principalmente proibições aos Estados-Membros, como por exemplo a de cobrar direitos aduaneiros ou encargos de efeito equivalente, a de aplicar restrições quantitativas ou medidas de efeito equivalente, ou ainda a de aplicar imposições discriminatórias nas trocas intracomunitárias. Estas proibições traduzem-se em eliminação ou limitação, em parte escalonada no tempo, de competências nacionais. Naturalmente, essas disposições do Tratado prestam-se mais ao controle judicial que disposições cuja execução necessita ainda da adoção de regulamentos ou de diretivas. Não há pois motivos para se ficar surpreendido com o fato de que, como veremos, a jurisprudência do Tribunal ter fornecido uma contribuição tão essencial neste domínio.”

A criação de uma instituição supranacional, pelo Tratado que instituiu a Comunidade, tornou-se um fator decisivo para a eliminação das barreiras que dividiam fortemente a Europa.

Em relação ao Grupo Andino, não foi somente o grande número de cláusulas de escape que acabaram por permitir aos Estados-Membros fazer o que quisessem. Para atingir as metas de integração, constata MANUEL CÁRDENAS (*Situación y Perspectivas de la Integración de la América Latina*, Lecturas-72. Unas y otras integraciones, Fondo, México, 1991, p. 207),

“buscou-se criar instituições supranacionais que subtraíssem à vontade dos Estados o cumprimento de compromissos assumidos e estivessem em condições de sancionar a violação dos mesmos. Cumriu-se este propósito de forma muito tímida. No caso do Grupo Andino, criou-se tardiamente o Tribunal de Justiça, pois, no momento em que entrou em vigência, a violação dos compromissos era tão generalizada que apenas com raras exceções os Estados-Membros se atreveram a pôr em prática a Ação por Incumprimento”.

Recentemente o Brasil proibiu a importação de maçãs argentinas, alegando problemas fitossanitários. Ato contínuo, a Argentina suspendeu a importação de diversas frutas brasileiras a pretexto de proteger os seus pomares. Os jornais noticiaram que, para a solução do litígio, os Estados recorreram aos métodos diplomáticos de Direito Internacional, enquanto um importador brasileiro submetia a questão a um juiz nacional. É possível que os fatos tenham maior dimensão. O artigo 1º do Tratado de Assunção dispõe que o 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 artigo 5º estabelece que:

“Durante o período de transição, as reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, serão acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados-Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário.”

Dessa data em diante, só poderão ser admitidas proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas, entre outras, por razões de preservação das plantas, quando não tenham caráter discriminatório, nem constituam restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-Partes.

As derrogações ao princípio da livre circulação das mercadorias constam do artigo 36 do Tratado de Roma, e não figuram no de Assunção. Caberá, portanto, aos órgãos do MERCOSUL uma tarefa mais ingente que a executada no âmbito da Comunidade Européia para a liberalização dos intercâmbios comerciais, mediante a abolição de conhecidos instrumentos protecionistas. Nela a subsistência da compartimentação dos mercados europeus obedece a duas razões, assim expostas por MATTERA (ob. cit., p. 35):

“... a resistência que, ainda hoje, opõem os Estados-Membros entrincheirados atrás de um impressionante arsenal de regras e especificações técnicas — herança de um passado de concepções autárquicas — cujo dismantelamento definitivo requererá uma ação tenaz a um grande esforço;

— a ignorância em que atuam os operadores econômicos e as empresas sobre seus direitos e as vias de recurso que as regras comunitárias estabelecem e, amiúde, sua resignação em face da manutenção de situações abusivas que os prejudicam, por temor a represálias por parte dos poderes públicos, ignorância e resignação conjugadas figuram entre as principais causas da falta de consecução do mercado interior.”

Ora, se a pedra angular do Mercado Único Europeu, desde o início do seu estabelecimento, vem sendo o Tribunal de Justiça, e não obstante a compartimentação dos mercados persista, pode-se antever como será difícil, senão impossível, a realização do objetivo fundamental do Tratado de Assunção, que é a supressão das barreiras de caráter estatal para a fusão dos mercados nacionais num só mercado.

O Sistema de Solução de Controvérsias adotado para vigorar durante o período de transição do MERCOSUL, e se necessário até que entre em vigor o Sistema Permanente, tem a desvantagem de não permitir que haja jurisprudência. Um tribunal *ad hoc* resolve o caso concreto, e o faz com a probabilidade de divergir da solução dada em caso anterior. A probabilidade

é indisfarçável, porquanto cada Estado-Parte designa dez árbitros. Quando for parte na controvérsia, nomeia um entre quarenta. Não há verdadeira "interpretação prejudicial" quando os árbitros, investidos na função jurisdicional, podem alternar-se de um processo para o outro. Não há verdadeira "interpretação prejudicial" quando são as partes envolvidas que designam e escolhem os árbitros. Abordando o tema da autoridade das decisões prejudiciais, GUY ISAAC (*Droit Communautaire Général*, 3^a ed., Masson, Paris, 1990, p. 207) lembra que

"sob a influência do direito alemão, ao que parece, os negociadores do Tratado C.E.C.A. rapidamente abandonaram a idéia de um tribunal arbitral, concebido segundo o espírito internacionalista, em favor de uma jurisdição que se comportaria, ao contrário, como um *juiz interno* da Comunidade, fazendo dos Estados-Membros, das instituições comunitárias e também dos particulares verdadeiros justiciáveis".

Esse verdadeiro poder judiciário garantiria não apenas o respeito, como a unidade da aplicação do direito comunitário.

Além disso, os autores dos tratados comunitários, acrescenta ISAAC (*ob. cit.*, p. 212),

"quiseram não só dotar a Comunidade de um poder judiciário autônomo, como também criar um vínculo orgânico entre a Corte comunitária e as jurisdições nacionais, tendo em vista a aplicação harmônica e o desenvolvimento coerente do direito comunitário. É a razão por que o sistema judiciário comunitário não reside exclusivamente na Corte de Justiça, mas no conjunto jurisdicional mais vasto que engloba as jurisdições dos Estados-Membros e a Corte de Justiça" (p. 212).

Um Sistema Permanente de Soluções de Controvérsias e um Tribunal Arbitral que se constitui para cada caso, com composição variável, não estará à altura da responsabilidade dos países do MERCOSUL, no tocante à integração, que no preâmbulo do Tratado de Assunção, proclamaram

"condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social".

Por fim, não poderá ser esquecida a Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL, criada pelo artigo 24 do Tratado de Assunção,

"com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum", a fim de que os povos do Cone Sul participem da integração, e o Parlamento intervenha no processo, inicialmente a título consultivo, e controle o órgão de caráter supranacional.