

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 124  
outubro/dezembro — 1994

*Editor:*  
*João Batista Soares de Sousa*



SENADO FEDERAL  
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

# Solução de divergências no Mercosul

LUIZ OLAVO BAPTISTA

## SUMÁRIO

*Introdução. I - Para que um sistema de solução de divergência no Mercosul? A) Alcance do sistema; 1) Rationae personae; 2) Rationae Materiae; B) Função do sistema; 1) Superação de impasses; 2) Apoio à implementação do tratado; II - Como se deveria organizar o sistema de solução de divergências no Mercosul?; A) O sistema que temos; 1) O procedimento por iniciativa de particulares – características especiais; a) Sujeito, procedimento e objeto da reclamação do particular; b) Discricionariedade ou obrigatoriedade; 2) O procedimento por iniciativa dos Estados; a) A fase diplomática; b) A fase arbitral; i) Escolha dos árbitros; ii) O processo arbitral; B) O que poderemos vir a ter; 1) Manutenção do status quo; 2) Tribunal do Mercosul; 3) Corte arbitral permanente; 4) Tribunais especializados ou instâncias administrativas.*

### *Introdução*

É tradicional a abordagem que, no âmbito internacional, distingue as divergências pelo regime jurídico a que se submetem os litigantes. Assim, as divergências entre Estados colocam-se numa categoria, aquelas que opõe um Estado a um particular ou pessoas privadas entre si, noutra.

Essa divisão liga-se à noção de soberania: como lembra antigo brocardo, *pars inter parem non habet imperium*. Por ser soberano, o Estado não pode nem quer se submeter a qualquer outra jurisdição que não seja a sua. Daí os grandes percalços opostos à implantação de órgãos jurisdicionais de caráter internacional e o alcance limitado da atuação destes – em geral dependente de uma aceitação *ad hoc* por parte dos Estados. Mas nem só aí repousa a repulsa à submissão a um juiz extra-Estado. Ela está também baseada no fato de que esse juiz estará

aplicando um direito supranacional. Ai, não um, mas dois aspectos fundamentais da soberania serão afetados.

Entretanto, justamente no processo de integração, vemos-nos diante de uma nova perspectiva da soberania: a do seu compartilhamento. Esse se faz por dupla via: a da criação de normas supranacionais, no caso chamadas de comunitárias, e a da submissão automática a uma autoridade judicial, também comunitária.

A recordação do modo como se formou o Estado norte-americano nos apresenta de modo claro o dilema da soberania nessa situação. É Nicola Matteucci quem lembra,

“[o] Estado federativo norte-americano, fruto de um compromisso político entre os defensores de uma confederação de Estados e os que sustentavam o Estado unitário, e não resultado de modelos teóricos, torna-se incompreensível se tomarmos como ponto de partida o conceito de soberania, que nos obrigaria a escolher, como sede do soberano poder, ou o Estado federativo ou os Estados-Membros. Na realidade, ele se caracteriza, ao mesmo tempo, como uma confederação e como uma união ou, mais corretamente, como uma combinação de ambas fundada numa combinação engenhosa que dividem num complexo equilíbrio, poderes pertencentes à soberania entre os Estados-Membros e o Estado Federativo”.

E, logo a seguir, nos dá a sua resposta para esse problema:

“Os defensores da nova constituição, no *Federalist* não usam argumentações jurídicas, próprias dos adversários, fechados na ótica e na lógica da soberania, e sim nas argumentações políticas, precisamente as do constitucionalismo, que pretende dividir o poder para limitá-lo e buscar os meios aptos para este objetivo”.<sup>1</sup>

Por isso mesmo é que já se acentuou o fato de que a base para o Estado federal reside, não na soberania, mas na lei e em sua supremacia.

O processo integracionista reside justamente num exercer em comum a soberania, que pode evoluir até a integração das soberanias compartilhadas numa só. Com efeito, o poder tributário passa a ser exercido em comum, por exem-

plo, na fixação de uma tarifa externa comum, ou no interior de cada Estado, de modo concertado na adoção de medidas para evitar a dupla imposição, os impostos em cascata ou as deformações resultantes sobre os preços de difíceis tratamentos tributários. Mas a integração não pára aí, pois o poder de emitir moeda também começaria a se limitar até chegar na moeda única, hipótese almejada pela Comunidade Européia. A criação de cortes de justiça como a do Benelux ou a Européia são outro passo no sentido da maior integração das nações e, conseqüentemente, da erosão da soberania de cada uma delas.

O problema então passa a ser visto, tal como ocorreu com a federação norte-americana, sob o seu ângulo político, de estabelecer os pesos e contrapesos necessários para assegurar a continuidade dos princípios democráticos e a identidade cultural dos partícipes. Nesse sentido caberia antes falar em confederação do que federação. Mas é o ângulo político que permitiu, por exemplo, à Itália lidar com os movimentos separatistas criando zonas ou regiões dotadas de certas “formas e condições particulares de autonomia”, como diz a Constituição republicana (Tit. V). Será portanto sob o ângulo político do constitucionalismo que deveremos buscar as respostas no seio do Mercosul.

Sob esse prisma, duas perguntas devem ser feitas: para que servirá o sistema de solução de divergências e como se deveria organizar esse sistema?

I – Para que um sistema de solução de divergências no Mercosul?

A opção pela montagem de um sistema de solução de divergências implica numa prévia escolha em dois aspectos: o do alcance do sistema e o de sua função. Estes dependem, evidentemente, do grau de integração desejado.

Como se sabe, os sistemas políticos vêem-se forçados a criar um subsistema que satisfaça a necessidade – essencial para sua continuação em existência – de adjudicar as controvérsias inevitáveis, pela aplicação concreta das normas que esse mesmo sistema político adotou como suas, exprimindo um consenso social ou impondo-as à sociedade.

O subsistema judiciário – a quem incumbe a adjudicação das divergências nas sociedades modernas – é um complexo de regras, estruturas, procedimentos e funções, cuja  *Pierre de clefé*, sem dúvida, colocar nas mãos de um terceiro, alheio à disputa, imparcial e neutro, o

<sup>1</sup> V. Soberania, no *Dicionário de Política*, de Norberto Bobbio et. al., Ed. Univ. de Brasília, Brasília, 1986, p. 1186.

poder de adjudicá-la, e conseqüentemente de usar o poder do Estado para impor o cumprimento de sua decisão. Entretanto, há sistemas políticos, sofisticados embora, que, como os mais primitivos não prevêm os conflitos entre seus membros sejam adjudicados por terceiros, preferindo dirigir a sua atuação para a mediação ou conciliação, ou remeter as partes para a negociação. O sucesso do sistema político japonês que recorre a esses mecanismos preferentemente, e a evidente incapacidade de se obter resposta rápida e econômica no âmbito judicial levou muitos Estados a procurar revalorizar esses métodos algo olvidados mas muito úteis. Porém, o que nos interessa a este passo, e precisamos ressaltar, é o que distingue a atuação das partes da dos terceiros que intervem nesses processos é que a função das partes ora é passiva, de sujeito da decisão, ora é ativa, de solucionador da pendenga. Mas a ação de submeter ao terceiro a adjudicação da disputa implica reconhecer-lhe um poder superior ao das partes – caso estas não possam escapar à sua jurisdição –, o que é o caso de um sistema judicial – ou a dar-lhe o caráter de emanação do poder dos litigantes, no caso de elegerem ou nomearem o terceiro para decidir aquela questão –, o que é o caso de um sistema arbitral, ou de conciliação ou mediação. Essa distinção se faz presente, também, na órbita do direito interno, em que o Estado submete-se aos “seus” juízes, muitas vezes especializados.

Essa distinção, hierárquica, é que faz com que no sistema de relações internacionais, em que os Estados são iguais entre si e pretendem preservar, na medida do possível, sua soberania, se privilegie, primeiro a negociação, depois a conciliação e a mediação, depois, ainda, a arbitragem, e como último recurso, e raramente utilizado, se for, a fórmula judicial.

Estas duas últimas maneiras de resolver divergências só aparecem pela adesão voluntária a um tratado, em que a submissão não é sempre obrigatória, como no caso das CIJ e CPIJ, ou do CIRDI, ou quando o processo de integração econômica avançou tanto no constituir um sistema político estruturado que impõe para seu sucesso a existência de um subsistema judicial que lhe é próprio.

Dessa forma, temos que indagar: – qual o alcance do Tratado de Assunção enquanto mecanismo político-institucional, quem é afetado por suas disposições, quais as matérias que abrange e, a seguir, precisamos indagar a função que aí terá um sistema de adjudicação de

divergências – se será meramente funcional ou se terá, como o europeu, um caráter institucional, de partícipe ativo na integração.

#### A) *Alcance do sistema*

Um verdadeiro sistema judicial sói surgir nas organizações políticas, entre outros fatores, quando há uma nítida diferenciação de papéis sociais, e quando a sociedade tem recursos próprios para manter essa função que não é produtora de riquezas. O sistema se organiza, historicamente, a partir de duas pautas: a das pessoas e a das matérias que abrange.

##### 1) *Rationae personae*

Do ponto de vista das pessoas, um sistema de adjudicação de divergências, ou mais amplamente, de solução de divergências, visa resolver divergências que envolvem, ou pessoas da ordem privada – e a importância para o Estado na resolução residindo na afirmação da paz social, sendo-lhe inerente o dever de garantir aos cidadãos a segurança pessoal – ou envolve diretamente os interesses do Estado nas suas relações com os seus cidadãos ou súditos, ou com os de outros Estados, ou ainda com estes. São matérias que relevam, as primeiras da competência interna do Estado, e as derradeiras da sua jurisdição internacional.

No âmbito de uma estrutura como a do Mercosul, ambos os tipos de divergências podem existir. Mas cada um dos Estados-parte dispõe de meios próprios para solução das pendências entre as pessoas da ordem privada. Os meios para resolver as divergências entre os Estados, como aquelas que envolvam seus súditos (sob a capa da proteção diplomática) são os clássicos do Direito Internacional Público. Mas não bastam, nem são, usualmente, eficazes.

É que, quando pela aplicação e interpretação das regras comunitárias surgir alguma divergência, aparecerá o interesse de criar um subsistema de resolução ou adjudicação de divergências no Mercosul, que se revista de maior eficácia e especificidade do que aquele sistema do Direito Internacional Público tradicional.

Assim podemos constatar, desde logo, que a solução de divergências no seio do Mercosul se poderá obter, tanto no plano dos mecanismos do direito internacional público, quanto nos do direito internacional privado.

Com efeito, as pendências entre pessoas privadas, por negócios privados, serão resolvidas tais como quaisquer outras pelos tribunais dos Estados envolvidos. Já aquelas questões

que envolvam uma pessoa privada e um Estado terão dois caminhos: o da submissão da disputa aos tribunais daquele Estado envolvido, e o do recurso à CIJ, se para isso contar com a proteção diplomática de seu país que será, para a Corte, o litigante. Além desses, haverá – o que nos interessa mais de perto –, o uso do instrumental do Tratado de Assunção e do Protocolo de Brasília.

Ocorrendo a divergência entre Estados, só as últimas duas alternativas são adequadas, pois, como é da tradição do Direito Internacional Público, não há jurisdição de um Estado sobre outro<sup>2</sup>. O Brasil tem longa tradição de resolução pacífica de divergências. Aderiu à “Convenção para solução pacífica dos conflitos internacionais” – de 29 de julho de 1899 da Haia<sup>3</sup>. Esse antigo tratado trata dos mecanismos para solução de divergências internacionais, apontando os bons ofícios e a mediação (Título II) as comissões internacionais de inquérito (Título III), e a Arbitragem internacional (Título IV), criando um Tribunal Arbitral Permanente “acessível a qualquer tempo e que funcione, a menos que existam estipulações contrárias das partes, de conformidade com as regras estabelecidas na presente Convenção” (art. 20). Dessa forma, como se vê, os mecanismos adotados no Mercosul têm antecedentes.

Vejamos, então, como a matéria é tratada no âmbito do Tratado de Assunção e do Protocolo de Brasília.

O Tratado, no seu anexo III, dispõe que as controvérsias entre os Estados serão enfrentadas: primeiro por negociações diretas entre os litigantes, depois, em etapas sucessivas pela atuação do Grupo Mercado Comum ou do Conselho do Mercado Comum.

Nada se fala aí das controvérsias que porventura surjam entre pessoas privadas e um dos Estados. Estas são objeto da regulamentação do Anexo III do Tratado de Assunção, que é, justamente, a origem do Protocolo de Brasília. Este, como se sabe, deriva de uma determinação expressa do referido Anexo, parágrafo 2, dirigida às Partes contratantes, a quem assinava um prazo de 120 dias para estabelecer um “Sistema de Solução de Controvérsias, que vi-

<sup>2</sup> V., a propósito, a decisão do STF no caso do Egito contra Síria.

<sup>3</sup> A adesão do Brasil foi autorizada pela resolução de 29 de dezembro de 1906, do Congresso Nacional, sancionada pelo Decreto n.º 1.633, de 3 de janeiro de 1907. Argentina e Paraguai também dela participaram e a ratificaram.

gerá durante o período de transição”, estabelecendo mais, que

“até 31 de dezembro de 1994, os Estados-partes adotarão um Sistema Permanente de solução de Controvérsias para o Mercado Comum”.

São submetidos ao sistema de solução de controvérsias, então, os Estados-partes do Tratado de Assunção, na qualidade de partes litigantes, reconhecendo, expressamente, pelo artigo 8.º do Protocolo de Brasília:

“como obrigatória, *ipso facto* e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere” o referido Protocolo.

Entretanto, embora o artigo 1.º do Protocolo de Brasília diga que as controvérsias serão as que surgirem entre os Estados-partes, na verdade as pessoas privadas também são acolhidas sob o pálio desse sistema, mercê do disposto no Capítulo V, que trata das reclamações efetuadas por particulares. Nesse caso, como a reclamação dos particulares é encaminhada pela Seção Nacional, fica subentendido que é o Estado-parte envolvido quem se apresenta como litigante, se ela for acolhida.

## 2) *Rationae materiae*

O âmbito de aplicação de um sistema de solução de controvérsias durante a fase de implantação do Mercosul é limitado justamente pelo caráter transitório que terá. Poder-se-ia imaginar que fosse crescente a competência a ele atribuída, pois à medida em que o processo de integração se desenvolvesse, igualmente aumentariam os casos em que o recurso a esse sistema se fizesse necessário.

Entretanto, a curta duração, prevista no Tratado de Assunção para que o Mercosul seja implantado faz com que

“as controvérsias que possam surgir entre os Estados-partes como consequência da aplicação do Tratado...”

sejam a competência original do sistema de solução de controvérsias. Assim, do ponto de vista da matéria, a competência seria interpretativa da letra do Tratado, pois de sua leitura dependeria a aplicação do mesmo.

Mas o Protocolo de Brasília, no seu artigo 1.º, amplia essa competência, ao determinar que será atinente à

“interpretação, à aplicação ou o não cum-

primimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum”.

#### B) *Função do sistema*

A sistemática adotada pelos Estados-partes no Tratado de Assunção tem duas características que parecem dignas de nota e que influenciaram a criação dos seus mecanismos institucionais.

Uma é que a origem do Tratado foi um acordo bilateral Brasil – Argentina, que se modificou para admitir os dois outros parceiros. A admissão de Uruguai e Paraguai, dadas as assimetrias entre esses países e os parceiros originais, não teve o condão de modificar o esquema inicial. Destarte desde logo se teve a regra do consenso como ponto de partida, pois não havia como impor a regra do voto ponderado num acordo bilateral, ao qual ocorrem os novos parceiros.

A outra característica é a da transitoriedade: visou-se estabelecer as regras para a travessia que levaria à situação de se ter uma zona aduaneira instalada, a qual seria a plataforma do Mercado Comum a ser instaurado ao fim dos 5 anos prefixados.

Nessa fase transitória, as funções primordiais do sistema de solução de controvérsias adotado foram duas: a da superação de impasses em determinadas situações que, pela regra do consenso, pudessem vir a ser empecilhos ao prosseguimento do plano integracionista, e, de outro lado, apoiar a implementação do Tratado, dando a interpretação correta aos seus termos, impondo a sua aplicação em caso de omissão, balizando a aplicação das medidas preconizadas pelo Tratado, tanto pelas Partes como pelo Conselho e pelo Grupo Mercado Comum.

#### 1) *Superação de impasses*

Cumprir lembrar a característica do Tratado que nos parece mais relevante e que é o seu caráter transitório, no sentido próprio e etimológico do termo.

Com efeito ele demarca o trânsito do regime atual para o do mercado comum, e por isso deve ser substituído pelos atos constitutivos deste último, ao se cumprirem os objetivos estabelecidos pelos signatários do acordo. Essa precariedade, ou caráter transitório, é marcada pela expressão de tratado “para a constituição” e não de constituição “de um Mercado Comum”,

e pelo fato de que ao se cumprirem as etapas do Programa de Liberação Comercial este se esgota<sup>4</sup>; é, também, ressaltada pela característica de que as instituições que cria são provisórias (art. 9.º) e serão substituídas por outras, ainda por definir, como se vê do artigo 18 que dispõe:

“[até] 31 de dezembro de 1994, os Estados-partes convocarão uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões.”

A transitoriedade é sublinhada em várias cláusulas, inclusive nas relativas ao relacionamento com outros Estados (art. 8.º) que tem prazo de vigência, tal como, de nosso particular interesse agora, no sistema de solução de controvérsias (anexo III) conforme determinado pelo art. 3.º do Tratado. Esses mecanismos, assim como o Programa de Liberação Comercial (anexo I) e a criação dos Subgrupos (anexo V) são limitados em sua vigência ao período de transição.

Um dos autores do Tratado<sup>5</sup>, em conferência feita em Santiago do Chile, para destacar a transitoriedade, lembrava que os anexos e o preâmbulo fazem parte do Tratado, (conforme, aliás, dispõe expressamente a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (art. 31.2). E dizia, apontando para o 31 de dezembro de 1994, que:

“[Es] evidente que en este momento se evaluará, en función de la experiencia cumplida y de los resultados obtenidos, toda la estructura y el funcionamiento del Tratado de Assunción y se adoptarán los nuevos instrumentos internacionales necesarios.”

Concluía por afirmar que, nesse sentido limitado e preciso, o Tratado de Assunção é provisório, ou como preferimos dizer, transitório.

A essa transitoriedade associa-se, dialeticamente, a decisão, de efeitos praticamente irreversíveis, que é a da redução automática das tarifas, conduzindo à criação do Mercado Comum. Realmente, os efeitos práticos – econô-

<sup>4</sup> Segundo a opinião de vários autores, entre eles Suzana Czar de Zalduendo, na Argentina.

<sup>5</sup> GROSS SPIELL, Hector. *Hacia nuevas formas de cooperación económica en el cono sur de América Latina: análisis del tratado constitutivo de Mercosur*. Conferência proferida no Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales em 5 de junho de 1991. Série de Conferências, 1991, p. 7.

micos e políticos – da aplicação do Tratado criarão vínculos de várias naturezas e equilíbrios comerciais e econômicos, que dificilmente poderão ser desfeitos sem conseqüências importantes. É evidente que esse percurso não se fará sem dúvidas, percalços, e por que não dizer, situações conflituosas.

Foi justamente para permitir aplainar essas dificuldades de percurso que se constituiu o mecanismo de solução de divergências do Protocolo de Brasília.

E, justamente, ao inovar admitindo o acesso dos particulares (conforme sua terminologia) a um procedimento tradicionalmente reservado aos Estados (ainda que as pessoas privadas atuem a coberto do seu Estado de origem), a função apontada se torna mais ampla e perfeita, ao permitir que mesmo os impasses surgidos politicamente possam ser contornados pela busca da solução dos interesses econômicos e jurídicos afetados. Nesse sentido a construção do mecanismo é predominantemente política, tal como aquelas do federalismo norte-americano a que há pouco aludimos.

Mas não basta superar os impasses, é preciso dar um apoio mais efetivo à implantação dos objetivos do Tratado de Assunção.

## 2) Apoio à implementação do Tratado

A idéia da redução linear e constante das tarifas, estabelecendo uma marcha temporal inexorável para a implantação da zona de livre comércio, assim como os liames que se vão construindo a partir dos interesses econômicos conjugados – e eventualmente pacificados pela via dos mecanismos de solução de divergências – representam um elemento de permanência que contrasta com o caráter transitório do Tratado e que reflete a decisão política dos participantes de verem o Mercosul instaurado.

A combinação entre essas duas facetas, a da permanência e da decisão, de um lado, e a da transitoriedade e do provisório de outro, são típicos da concepção dos autores do Tratado que, com essa fórmula dialética, não desejaram obrigar-se em mais que o necessário para atingir seus objetivos. Quiseram, ademais, e ao que tudo indica, só construir as estruturas administrativas do mercado comum a partir da experiência concreta e da prática. Para isso seria preciso ir construindo uma interpretação do Tratado e das medidas tomadas pela Comissão e pelo GMC, de forma a reforçar a idéia do Mercosul.

Por isso é que o sistema de solução de con-

trovérsias assenta muito mais na atuação diplomática que na jurídica.

A implantação do Mercado Comum Europeu, freqüentemente lembrado como exemplo, subdividiu-se em duas fases: a de cooperação – que implicava ações coordenadas porém com a manutenção de todos os aspectos da soberania – e a da integração – que redundava em reformulação de aspectos da soberania –, de maneira supranacional e integrada. Isso implicou, não em uma renúncia a certos aspectos da soberania, mas, sim, em um novo contrato social.

Nele certos aspectos da legislação – aqueles de caráter básico, diria eu, constitucional – com conteúdo político maior, seriam objeto de acordos internacionais, utilizando-se para matérias de conteúdo mais administrativo ou econômico, das decisões e resoluções comunitárias, que quanto à natureza, hierarquia jurídica e efeitos práticos, embora normas diferentes, inclusive quanto à origem, eram a fonte comum das regras destinadas à implantação da integração e, depois, da comunidade.

Mas o peso da construção, apesar de tudo, assentou na Corte<sup>6</sup>.

Foi esta quem, na Europa, desempenhou o papel capital de cimentar as regras comunitárias e as nacionais num arcabouço único, ampliando competências através de uma interpretação cuja bússola era a vontade de construir uma Europa unida. É bem verdade que o papel da Corte não teria sido esse se não houvesse uma atividade normativa própria. Não é o caso, entretanto, de nos alongarmos em argumento por demais conhecido e estudado.

Ao proceder à ampliação da competência do sistema de solução de controvérsias, assim como ao acentuar o predomínio do caráter político do mesmo, os Estados-partes do Tratado de Assunção quiseram assinalar que a segunda função antevista para esse sistema é a de apoio à implantação do Mercado Comum. Com efeito, uma leitura adequada das competências do Sistema do Tratado de Brasília nos mostra que se pretende obter – ainda que em escala mais modesta e adequada às ambições dos signatários – uma ação com certos pontos semelhantes à desempenhada ao longo de mais de quarenta anos pela Corte de Luxemburgo.

<sup>6</sup> Cf. Hjalte Rassmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, 1986, *passim*.

Esse enfoque deve orientar nossa reflexão sobre o que deverá ser um futuro sistema de solução de controvérsias.

II – *Como se deveria organizar o sistema de solução de divergências no Mercosul?*

Já na fase definitiva, os principais problemas da implantação devem estar equacionados ou resolvidos, e o processo de integração se consolidará, através da implantação de estruturas definitivas. Esta fase depende, como se imagina, de reformas legislativas em cada um dos Estados-partes e, muito provavelmente, de algumas reformas constitucionais.

Será, forçosamente, a partir da definição do sistema atual que se construirá aquele futuro. Assim, a especulação do que se fará, parte do que se tem.

A) *O sistema que temos*

Hoje, como vimos, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul se fundamenta no Anexo III do Tratado de Assunção e principalmente, no Protocolo de Brasília. Este previu mecanismo predominantemente diplomático, ao dividir o processo resolutório das divergências em duas categorias e cada uma destas em fases das quais apenas a última é a da solução arbitral.

1) *O procedimento por iniciativa de particulares – características especiais*

O encaminhamento da solução das divergências no sistema do Protocolo de Brasília pode partir, como se disse, da iniciativa dos Estados ou daquela das pessoas de direito privado. Quando a iniciativa é destas há determinadas questões a encarar.

A primeira delas é saber a quem e como dirigir a reclamação, se basta o disposto no Protocolo de Brasília ou há outros aspectos a serem regulamentados.

A segunda versa a indagação sobre o objeto da reclamação: o que nela se pode, ou não, incluir?

A terceira questão é saber se a atuação do Estado, provocado por seu cidadão, é discricionária. Em outras palavras: estamos em presença da figura tradicional da proteção diplomática?

Por último devemos assinalar as diferenças existentes entre esta hipótese e a da iniciativa do Estado.

a) *Sujeito, procedimento e objeto da reclamação do particular*

Estabelece o Protocolo de Brasília, no seu art. 26, que:

“1. Os particulares afetados formaliz-

arão as reclamações ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios;

2. Os particulares deverão fornecer elementos que permitam à referida seção nacional determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo.”

Essa norma determina quem pode reclamar: as pessoas de direito privado, que o Tratado chama de “particular”, assim como o destinatário da reclamação, que é a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum.

As pessoas de direito privado terão residência ou a “sede dos seus negócios” no Estado-parte onde a reclamação será introduzida. Não quiseram os autores do Tratado recorrer ao conceito de domicílio<sup>7</sup> preferindo-lhe, talvez para simplificar a noção de residência; assim também não falam em sede social, mas sim em sede dos seus negócios, utilizando conceito semelhante ao do direito francês<sup>8</sup>.

O destinatário da reclamação é a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum de seu país de residência.

Interessante notar o uso da expressão “seção nacional” em maiúsculas, que já denota uma certa vontade institucionalizante. Com efeito, o Tratado de Assunção define a composição do Grupo de modo bastante vago indicando os seus componentes, que representarão três órgãos da administração do respectivo país: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Economia (ou equivalente) e Banco Central. Tratam-se de mandatários da administração, e substituíveis *ad nutum*, podendo ademais mudar a cada reunião do GMC. Não se vislumbra no Tratado qualquer aceno à institucionalização ou constituição formal de uma seção nacional.

O queixoso apresentará petição fundamen-

<sup>7</sup> V., a propósito, L. O. Baptista, *A vida dos Contratos Internacionais*, sobre a noção de residência, domicílio e sede social, e também, a propósito da sede das empresas nos países do Mercosul, Ana Maria M. de Aguinis, *Empresas e Inversiones en el Mercosur*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p.282 (Argentina), 330 (Brasil), 372 (Paraguai), e 397 (Uruguai).

<sup>8</sup> A idéia de *siège social sérieux* é a utilizada pelo direito francês em matéria de conflito de leis como elementos de conexão. V., a propósito, Pierre Mayer, *Droit International Privé*, Paris Monchrestien, 4e. ed., 1991, p.609 e ss., especialmente p. 613, n. 1027, e Henri Batiffol e Paul Lagarde, *Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 1970, T.I, p. 238 e ss., n. 193.



tada a que anexe elementos de prova da veracidade das alegações que fizer, os quais comprovarão tanto o prejuízo sofrido ou a ameaça de prejuízo, quanto à violação de regra de direito. O art. 26, 2, fala em "veracidade da violação", mas quer dizer violação de uma das regras de direito aplicáveis ao Mercosul. Com efeito, o artigo 25 estabelece que:

"O procedimento estabelecido no presente capítulo aplicar-se-á às reclamações efetuadas por particulares (pessoas físicas ou jurídicas) 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 no âmbito do mesmo, das decisões do Conselho do Mercado Comum ou das Resoluções do Grupo Mercado Comum."

O objeto, entretanto, é mais amplo pois não se limita à implementação ou violação das normas do Mercosul, no âmbito administrativo mas também no das medidas tomadas no campo legislativo (chamadas de "legais" pelo Protocolo) para introdução de tais normas no direito interno de cada país.

Uma outra expressão merece mais cuidado: a referência à "sanção ou aplicação ... de medidas legais (sic) ou administrativas". Ora, sanção é, entre outros significados, também a

"Pena ou recompensa com que se procura assegurar a execução de uma lei"<sup>9</sup>

e poderia indicar a possibilidade de se ter querido incluir decisões administrativas e quiçá, mesmo judiciais, que implementassem enganadamente as regras do Tratado, dos acordos celebrados no bojo deste, ou as decisões dos organismos do Mercosul. Entretanto tudo indica que a este passo esta interpretação é ousada e de difícil uso, já que há obstáculos constitucionais nos quatro países.

#### b) *Discricionariedade ou obrigatoriedade*

Outro aspecto importante é o de saber se o recurso ao mecanismo de solução de disputas do Mercosul segue os usos tradicionais em matéria de proteção diplomática ou se é atividade vinculada da administração. Esta última alternativa parece ser a correta.

O juízo político de conveniência ficou afastado por dois fatores.

<sup>9</sup> Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa, Laudelino Freire, Rio de Janeiro, A Noite, V. V, p. 4563.

O primeiro é o fato de que em havendo o instituto da proteção diplomática seria inútil a inclusão no Tratado das regras dos arts. 25 a 27, pois a prática concernente a essa seria bastante. Ora, um princípio de interpretação é que o legislador não usa expressões ociosas.

O segundo argumento é que o art. 26, 2, exige dos reclamantes elementos que permitam à Seção Nacional determinar a veracidade, e o art. 27, fala que a Seção Nacional do GMC "que tenha admitido a reclamação na forma do art. 26" - ou seja determinando que a mesma é veraz, e por isso a tenha acolhido. O art. 26, 2 citado, ao exigir provas, menciona que essas serão as que "permitam à Seção Nacional determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo".

Logo, parece claro que havendo tais provas a reclamação terá prosseguimento, ou, em não as havendo, não o terá.

As provas, dessa forma devem ser de natureza incontestável. O limite da discricionariedade da Seção Nacional, acreditamos, reside na apreciação da confiabilidade e eficácia das provas. Cabe indagar se as provas são daquelas que demonstram por si sós a existência de um direito líquido e certo (e por isso mesmo serão documentais) tal como ocorre nos mandados de segurança, ou, se haverá um procedimento administrativo para a colheita delas. Parece que se não forem incontestes e evidentes, no Brasil, caberá o procedimento administrativo. Com efeito tratando-se de ato da administração, acha-se sujeito ao princípio da legalidade, sem prejuízo do direito à defesa (CF, art. 5.º, LV).

A recusa ao acolhimento da reclamação pois, só pode decorrer da inveridicidade ou inadequação das provas.

#### 2) *O procedimento por iniciativa dos Estados*

As controvérsias que surgirem entre Estados, partes do Tratado de Assunção, relativas à interpretação ou aplicação das normas desse, ou de acordos celebrados em seu âmbito serão resolvidas por via diplomática ou arbitral. Esta, se a primeira não tiver resultado.

##### a) *A fase diplomática*

A fase diplomática tem início por negociações diretas, devendo as partes informar ao GMC, por intermédio da Secretaria Administrativa, do andamento das negociações e de seu resultado (art. 3.1). O prazo previsto para essas é de 15 dias, podendo ser prorrogado por acor-

do das partes (art. 3.2).

Não se obtendo um acordo nessa fase, ou se o acordo for parcial, qualquer dos Estados pode submetê-la à consideração do GMC, que ouvirá as partes, recorrendo – se for o caso – a especialistas escolhidos na forma do art. 30 do Protocolo de Brasília (art. 4.2). Após ouvidas as partes, tendo consultado – se o julgar necessário – os especialistas, o GMC formulará recomendações aos Estados litigantes (art. 5).

O procedimento perante o GMC deve durar no máximo 30 dias, a partir da data da introdução da questão perante a Secretaria Administrativa (art. 6). Se os Estados não atenderem a essas recomendações, passa-se à fase arbitral.

#### b) A fase arbitral

É interessante notar que, a despeito de não se ter encontrado referências ao exame do mecanismo, o Colégio Arbitral do Tratado Benelux apresenta muitos aspectos similares com aquele que foi criado no Mercosul.

Com efeito, a missão desse Colégio Arbitral era de

*régler les différends qui pourront s'élever entre les Hautes Parties contractantes en ce qui concerne l'application dudit Traité et des dispositions conventionnelles relatives a son objet.<sup>10</sup>*

Competia a essa instância arbitral estabelecer a interpretação do Tratado, enquanto regras comuns a todas as partes, e avaliar a legalidade da aplicação dessas regras no interior de cada país, tal como ocorre com o sistema arbitral estabelecido no Mercosul.

É bem verdade que neste caso o mecanismo é mais flexível e menos estruturado, e situa-se como o último degrau numa séria de tentativas de encontrar soluções negociadas ou consensuais. Nisso há não só uma tradição diplomática latino-americana, de predomínio da solução racional e consensual, como um traço sociológico de procurar evitar as demandas – como traduz o mote popular de que “mais vale um mau acordo que uma boa demanda” – existente nos quatro países.

O procedimento arbitral previsto no Protocolo de Brasília tem início com a comunicação, feita por qualquer das partes à Secretaria Administrativa do Grupo Mercado Comum da “sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece no presente Protocolo” (art. 7, 1).

<sup>10</sup> DUMON, F. *La Cour de Justice Benelux*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 31.

A Secretaria Administrativa comunica à outra ou outras partes da divergência e ao Grupo Mercado Comum, e passa a se ocupar da tramitação do procedimento (art. 7, 2).

A submissão à arbitragem é obrigatória, sem necessidade de acordo especial, conforme prevê o Protocolo (art. 8), o tribunal arbitral sendo *ad hoc*.

#### i) Escolha dos árbitros

Os árbitros serão escolhidos pelas partes dentre os que compõem uma lista de árbitros nacionais que se acha depositada na Secretaria Administrativa, e serão dois, devendo o terceiro, natural de algum país que não seja parte, ser designado de comum acordo pelos Estados-partes. Se isso não ocorrer, será sorteado pela Secretaria Administrativa dentre os participantes de uma lista que o Grupo Mercado Comum organizará, na forma do art. 12.

As listas de árbitros, então, serão duas: uma composta de 10 árbitros indicados por cada país (art. 10), e outra de 16 árbitros que serão metade oriundos dos Países do Mercosul e metade de outros países, lista esta a ser elaborada pelo Grupo Mercado Comum (art. 12).

#### ii) O processo arbitral

Compete ao tribunal arbitral fixar sua sede, num dos Estados-partes, e adotar suas próprias regras de processo. As regras procedimentais devem, forçosamente, garantir a manifestação das partes, assim como o seu direito de apresentar provas e argumentos. Finalmente devem assegurar a rapidez do procedimento.

Inicia-se o processo pelo oferecimento, pelas partes de informações sobre as fases anteriores juntamente com uma “breve exposição dos fundamentos de fato e de direito de suas respectivas posições” (art. 16).

As partes podem designar representantes (advogados) e assessores para atuar perante o Tribunal Arbitral, requerer medidas provisórias, estando obrigados a cumpri-las até que se profira o laudo (art. 18).

O fundamento das decisões deve ser o Tratado de Assunção, acordos celebrados no seio deste, decisões do Conselho do Mercado Comum ou Resoluções do Grupo Mercado Comum, assim como as disposições de direito internacional aplicáveis à matéria. A solução *ex equo et bono* só cabe se previamente aceita pelas partes, como é usual nas arbitragens.

O prazo para a decisão do Tribunal Arbitral é de sessenta dias contados da designação de seu Presidente, prorrogáveis por mais trinta dias

por uma única vez.

As decisões não comportam voto vencido (ou dissidente), sendo confidencial o voto de cada árbitro, (art. 20) medidas essas tomadas visando assegurar-lhes maior independência.

Não cabe recurso das decisões do Tribunal Arbitral, devendo os Estados-partes cumpri-las no prazo de 15 dias a partir do recebimento da respectiva notificação, salvo se o Tribunal fixar outro prazo (art. 21). Porém nos quinze dias seguintes ao proferimento do laudo as partes podem pedir esclarecimentos quanto a omissões ou dúvidas no seu teor ou quanto à forma como deverá cumprir-se.

Se um dos Estados-partes na controvérsia não cumprir o laudo no prazo de 30 dias é facultado aos demais impor medidas compensatórias temporárias, visando obter o cumprimento da decisão. Essa disposição é de valor duvidoso dada a disparidade das dimensões das economias dos países do Mercosul, padecendo, assim, do mesmo defeito das sanções autorizadas pelo GATT.

#### B) *O que poderemos vir a ter*

Diante do exposto, cabe indagar se devemos proceder à criação de um tribunal nos moldes da Corte Européia. Parece que não, pelo menos a esta altura essa solução não é conveniente. Pode-se também imaginar a transformação do atual sistema de arbitragem *ad hoc* numa corte arbitral permanente, criar tribunais administrativos de competência setorial, ou manter o *status quo*. Vejamos as vantagens e desvantagens de cada situação.

#### 1) *Manutenção do status quo*

A manutenção do atual sistema de solução de divergências apresenta em seu favor o melhor dos argumentos: a funcionalidade do sistema, que até agora tem apresentado bons resultados, não tendo ocorrido queixas a respeito.

Por outro lado, salta à vista que é um sistema complexo e pouco adequado a um Mercado Comum, ou mesmo a uma zona aduaneira. As exigências em termos de integração impõem um sistema de solução de divergências que seja mais acessível e envolva menos os Estados em termos políticos, o que ocorre com o sistema em vigor.

Ademais, parece claro que a vontade dos Estados é de substituir o sistema atual por outro, como se pode constatar pela leitura do Tratado de Assunção, onde se fala em instituições permanentes.

Por essa razão a maioria dos estudiosos, al-

guns de grande prestígio<sup>11</sup> tem sugerido a adoção de um sistema semelhante ao europeu.

#### 2) *Tribunal do Mercosul*

Na Comunidade Européia, e desde a CECA, existe um Tribunal – a Corte Européia de Justiça – que vem sendo o órgão responsável pela solução de divergências e que assumiu importante função política.

Com efeito, o art. 31 do Tratado da CECA, como o art. 136 do EURATOM, já atribuíam à Corte de Justiça o dever de assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados que deram causa a essas comunidades. Os Tratados de Roma que se sucederam repetiram essa fórmula, sublinhando uma das características básicas da Comunidade Européia, desde suas origens: o ser um Estado de direito.

A Corte tanto exerce sua competência no tocante às questões que envolvam a aplicação dos tratados pelos Estados-Membros, como no que se refere às demais instituições comunitárias. Num discurso proferido quando da Assembleia constitutiva da Corte, em 7 de outubro de 1958, Robert Schumann dizia que ela é a garante da constitucionalidade de toda atividade no seio da Comunidade.

Atuando a partir das três comunidades que deram origem à atual UE, a Corte pôde desenvolver um papel que se estendeu além do que imaginavam os autores dos Tratados de Roma, passando a ser tanto um elemento de estabilidade como de expansão da União Européia.

Esse papel político ativo é que tem atraído os integracionistas deste lado do Atlântico, levando-os, na ânsia de promover a integração no seio do Mercosul, a desejar uma corte nos moldes da Européia.

A maior parte dos comentadores, certamente pela pressa com que os fatos vêm ocorrendo, e alguns poucos, por falta de conhecimento histórico do que ocorreu nas demais experiências de integração, ou simplesmente por puro espírito de imitação, propõe que o Mercosul comece desde logo com a criação do seu Tribunal.

Apontam como exemplo a Corte Européia. Mas aqueles que conhecem a história da hoje União Européia, a partir de suas origens, sabem que a Corte Européia demorou a surgir.

Não foi fruto de um impulso ou de uma imposição, mas foi o fruto natural de uma evolução. A nossa tese é de que o Tribunal do Mer-

<sup>11</sup> Cf. Guido S. SII.VA “.....” e Vicente Marotta Rangel “....”.

cosul venha também a ser o fruto de uma evolução, que venha a se implantar, pouco a pouco, como resposta àquilo que deve ser feito dentro do nosso sistema jurídico.

Justamente a possibilidade de um tribunal vir a assumir papel semelhante ao que foi desenvolvido pela Corte Européia é que me leva a acreditar que esse modelo é hoje inconveniente para nós.

O desenho do Tratado de Assunção, embora mencione como objetivo um Mercado Comum, na verdade mira apenas a união aduaneira, após a implantação da zona de livre comércio. Para esses graus de integração, uma Corte como a Européia é demasiado e pode conduzir a um grau de integração politicamente indesejável nos próximos anos.

Por outro lado também se pode argumentar que a tradição dos juízes nos sistemas ibéricos e nos países por estes colonizados é formalista e conformada, com escassa criatividade e quase nenhuma atividade política. Não se vislumbra na atividade judicial de qualquer dos quatro países do Mercosul qualquer dos traços de criatividade e de ativismo político que marcam a atuação dos membros da Corte Suprema dos E.U.A., ou da Corte Européia. Muito provavelmente um tribunal com ampla competência, agindo segundo nossa tradição poderia vir a ser muito mais um obstáculo que um motor de integração.

Por último, ainda nos juízos de conveniência, é preciso lembrar, com toda a humildade, que o número dos internacionalistas nos nossos países é escasso, o que poderia criar dificuldades na composição e atuação de um tribunal comunitário.

Do ponto de vista jurídico, parece haver obstáculos, ao menos do ponto de vista da Constituição Brasileira, como apontou o Ministro Moreira Alves<sup>12</sup>.

A criação do Tribunal do Mercosul implicará na modificação das Constituições dos quatro países. Será preciso que eles admitam a existência de um órgão judicial supranacional, que predomine sobre a estrutura dos respectivos Poderes Judiciários.

Nós não podemos de modo algum ignorar a nossa realidade sociológica. E nesta, o corporativismo impera. Na medida em que se disser que sobre as Cortes Supremas dos quatro paí-

ses se erguerá uma outra Corte, que terá o poder de revogar as decisões dessas, imediatamente veremos o corporativismo judicial pôr-se em ação e reagir ante a ameaça de um poder mais alto. Será preciso, então, que o processo de educação que nascerá através da prática da Corte Arbitral, da existência de Tribunais e Instâncias Administrativas Setoriais Especializados, do Tribunal de Conflitos, e dos mecanismos de integração em geral, venha a demonstrar a necessidade e a utilidade de vir a se constituir a Justiça do Mercosul, que não será superior à Justiça de cada um dos países, se não naquelas matérias da sua exclusiva competência, isto é, verificar a interpretação e a atuação que se dá às normas comunitárias.

Não nos esqueçamos de que na experiência européia a Corte de Luxemburgo foi, historicamente, um Tribunal de natureza político-constitucional, em que se colocavam os problemas relativos à aplicação dos tratados que constituíram as Comunidades Européias ao longo de sua trajetória, em termos constitucionais e de harmonização. Entretanto, cada juiz singular de cada país era também um juiz comunitário, porque também aplicava o direito comunitário. Assim, a aplicação do direito comunitário e a sua construção partiam da prática do dia-a-dia de todo o Poder Judiciário.

O processo de unificação iniciar-se-ia, a nosso ver, no momento em que se criasse a Corte Permanente de Arbitragem, dando-se a esta o poder de responder às consultas formuladas pelo Poder Judiciário de qualquer um dos países sobre a interpretação única que se deva dar aos tratados, a interpretação única que se deva dar como válida para todos os países em relação aos tratados, decisões e resoluções.

Na medida em que esta corte estabelecesse qual a interpretação (única) que se deve dar, teríamos a possibilidade de que o Poder Judiciário de cada um dos países continuasse a tarefa de unificação e construção de um Direito comum e harmônico dentro do Mercosul.

Tudo indica, então, que é preciso estabelecer uma etapa entre o atual sistema de solução de divergências e uma eventual Corte de Justiça do Mercosul, e que esta deveria ser um aprendizado, visando verificar qual das tendências acima apontadas e encaradas com olhos críticos, por gregos e troianos, predominaria. Feita essa constatação se passaria à etapa definitiva.

### 3) Corte arbitral permanente

A transição natural entre um sistema arbi-

<sup>12</sup> Conferência, no seminário promovido pelos cursos de Pós-Graduação em Direito da UGF, 1993, Rio, VDR/Editoria Central, p. 107.

tral *ad hoc* e uma Corte de Justiça passa pela existência de uma Corte Permanente de Arbitragem.

A noção de Corte Arbitral Permanente assumiu especial relevância no Direito Internacional com a sua criação pela Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais de Haia, de 1899, e adoção posterior pela Sociedade das Nações. O organismo subsistiu até os nossos dias. Apresenta sobre uma estrutura judicial permanente, no plano do Direito Internacional Público, a vantagem inegável de que não acarreta a criação de uma burocracia pesada nem despesas permanentes de vulto.

Se observarmos a prática do Mercosul desde a fundação, desde a ratificação do Protocolo de Brasília até o fim do ano de 1993, verificamos que sequer um caso chegou à arbitragem. Se tivéssemos um Tribunal, uma Corte de Justiça, esta teria ocasionado despesas inúteis. Morelo e Otciza lembram também a vantagem da economia e da inexistência da burocracia.

A Corte Arbitral Permanente, além desta vantagem, também apresenta as mesmas qualidades que teria um Tribunal Permanente. Será constituída de especialistas de Direito Internacional. Constituirá a sua própria jurisprudência, que servirá de orientação no futuro. As suas decisões, por decorrerem de compromisso assumido pelos países em tratado internacional, têm força obrigatória no âmbito do Direito Internacional. Assim, tudo indica que serão aplicadas sem qualquer dificuldade. Entretanto, se esta ocorresse, já teríamos as sanções previstas no próprio Protocolo de Brasília.

Na medida em que a Corte Arbitral Permanente começasse a ter um volume de serviço que superasse aquele desejável, poderíamos transformá-la numa Corte de Justiça. Seria um passo natural, decorrente de uma exigência e que uma aproximação funcionalista da formação do Mercado Comum do Cone Sul justifica perfeitamente.

Não podemos esquecer o fato de que os nossos países estão enfrentando o problema de repensar o Estado, e neste repensar do Estado, avulta o problema da redução das despesas, das burocracias, dos constrangimentos. Quanto à aceitação pelo Poder Judiciário da existência de uma Corte Arbitral, pode-se lembrar, por exemplo, o recente exemplo dos juizes dinamarqueses que, tendo que decidir uma questão relativa aos seus próprios interesses, propuseram ao Poder Executivo a instauração

de um Tribunal Arbitral que decidisse se eles ou o Executivo teriam razão, preservando assim a sua independência e não decidindo num caso em que seriam suspeitos. O reconhecimento, que por essa forma se faz da utilidade da arbitragem, é mais um argumento a se ponderar.

Entretanto, parece inegável que, em determinados setores, haverá a necessidade de resolver administrativamente problemas que são puramente setoriais.

#### 4) *Tribunais Especializados ou Instâncias Administrativas*

Na medida em que a estrutura administrativa do Mercosul o leve à criação de organismos setoriais, de caráter supranacional, será necessário criar ao longo desse mecanismo, Tribunais ou Instâncias Administrativas que resolvam os problemas daí decorrentes.

Um exemplo é aquele que se refere aos abusos de poder econômico. Hoje, cada um dos países tem um regime diferente. Será preciso aproximar os regimes, já que a existência de um único mercado faz com que a prática do crime de abuso econômico repercuta não só no país de origem da empresa, mas nos demais países. Entretanto, a aplicação das sanções pela prática do abuso de poder econômico depende de um inquérito para a verificação da existência deste abuso e este inquérito, tradicionalmente, tem sido conduzido por autoridades administrativas com revisão judicial.

Naqueles atos em que o alcance é transnacional, não será mais possível manter o sistema em que o exame se faz a nível local. Será preciso, e isto é inarredável, criar uma comissão de defesa contra os abusos do poder econômico, de caráter transnacional, no seio do Mercosul. E essa comissão deve ser submetida a um Tribunal Administrativo Especializado.

A primeira idéia que nos ocorre e, aqui, um *approach* funcionalista determinaria, guardando sempre a meta da modéstia do Estado e de não onerar excessivamente, estabelecer que a Instância Administrativa será formada por representantes das Administrações dos quatro países que integram o Mercosul. Estes representantes formariam uma câmara especializada dentro do Mercosul que julgaria os abusos de poder econômico que repercutam no seio desse mercado.

Esta fórmula fará com que se obtenha desde logo uma atuação junto a funcionários especializados, que já têm uma tradição no setor, e que ademais, não representarão despesas ex-

traordinárias senão as de seu transporte e alojamento. Não será, para isso, preciso criar secretarias especializadas, pois aquelas dos diferentes países poderão servir e, em cada um dos países, onde estiver a sede da empresa que pratica o abuso de poder econômico, se sediará o processo e servirá a secretaria, funcionando a sua repartição especializada como secretaria dessa Instância Administrativa.

Acresce outra vantagem, a de que com o trabalho conjunto, pouco a pouco se iriam harmonizando os modos de pensar, as regras e sua interpretação, de modo que com o tempo o direito nesses setores estaria unificado sem grandes esforços e segundo uma evolução racional.

Fórmula semelhante pode ser estudada, mediante um tratado, para criar um tribunal de conflitos judiciais. Estabelecer-se-ia, por exemplo, que o Poder Judiciário de cada país designará um certo número de juizes dos respectivos Tribunais Superiores que se reuniriam para decidir, em conjunto, conflitos de competência que surgissem. Esses juizes, para o efeito do regimento interno das respectivas cortes, teriam competência para esse efeito e, assim, sem necessidade de se alterar a composição e a organização dos tribunais nacionais, poder-se-ia ter um mecanismo transnacional atuando.

Para a revisão e julgamento dos casos decididos pela imaginada Instância Administrativa do Mercosul se poderia adotar fórmula semelhante. A rigor bastaria que do ponto de vista constitucional, se verificasse terem sido asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Com isso, não haverá obstáculos em nenhum dos quatro países, sendo dispensada a reforma constitucional, numa fórmula que permitirá, sem sombra de dúvida, a criação deste órgão judicante administrativo e o controle judicial de seus atos.

Como se sabe, se não houver a harmonização do direito em nível decisório, a tentativa de harmonizá-lo ou unificá-lo pela via do tratado ou da lei uniforme é tendente à frustração. Ocor-

rerá aí um novo fenômeno da Torre de Babel, em que a leitura da lei se fará por formas diferentes de tal modo que, depois de algum tempo, nenhum dos interlocutores poderá se entender. Ao contrário, com a formação desta rede de Tribunais Especializados e Instâncias Administrativas, faremos com que aqueles que tomam as decisões na prática e os advogados que se apresentam diante desses Tribunais aprendam a conversar uma linguagem comum que levará à existência da unificação e harmonização do Direito no Mercosul.

Será, sem dúvida, um processo não só de elaboração jurídica como também de educação dos formadores do direito e dos seus utilizadores.

Na medida em que este processo possa evoluir, eventualmente se poderá chegar a uma fase final em que se implantará o Tribunal do Mercosul.

Muitas das idéias expostas neste texto parecerão, à primeira vista, assustadoras para o leitor. É que a realidade nos impõe refletir sobre aquilo que é fundamental e que é importante e buscar a resposta para isso, dentro do bom senso e dentro dos parâmetros da nossa história e das nossas possibilidades. Não será olhando aquilo que o vizinho faz, que vamos poder repetir seu sucesso.

Com certeza, ao lançar a Campanha da Fome, Betinho não tentava imitar a Campanha Eleitoral de Bill Clinton, ou os atos de governo de Margareth Thatcher, ou as ações do Mahatma Gandhi; ele respondeu a uma realidade que a pobreza do Brasil impunha. Ele estava atendendo a uma necessidade histórica de um momento determinado, por isso não foi preciso para ele buscar nenhum exemplo mas bastava-lhe conhecer o suficiente da história, para saber aquilo que poderia funcionar e que não poderia funcionar. É de dessa mesma forma que devemos nos colocar diante da construção do sistema jurídico do Mercosul, com imaginação, criatividade e coragem.