

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 130

abril/junho – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Solução de controvérsias e efetividade jurídica: as perspectivas do Mercosul

JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA

Conforme o Professor Wolff Grabendorff, diretor do IRELA, Instituto de Relações com a América Latina, da União Européia, sempre afirma em suas conferências, com precedente autoridade, não há modelos para processos de integração econômica e cada caso apresenta todo um conjunto próprio de idiosincrasias e circunstâncias. Não podemos descartar, no entanto, o fato de que uma das vantagens da civilização é a que nos desobriga a inventar duas vezes a mesma coisa.

Também é certo que não nascemos em um mundo vazio de História, na feliz expressão do Professor Estevão Chaves de Rezende Martins, da Universidade de Brasília.¹

Nesse sentido, no momento em que o Mercosul ultrapassa a sua fase de decisões seminais, para conformar-se como a terceira zona aduaneira de toda a História,² é imponderável que lancemos os olhos para a experiência européia e procuremos aproveitar suas lições de passado recente.

No que diz respeito ao tema específico da solução de controvérsias no âmbito das integrações, o modelo União Européia nos mostra com clareza meridiana que o mesmo se constitui no elemento fundamental de toda a dinâmica comunitária, edificando-se como verdadeira

Jorge Luiz Fontoura Nogueira é Doutor em Direito Internacional Público, Consultor da Comissão de Relações Exteriores do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Consultor Legislativo do Senado Federal.

Texto atualizado de conferência apresentada no seminário *Solución de Controversias y Resolución de Conflicto de Intereses*, do Ministério de Relações Exteriores, da Argentina e da União Européia, Buenos Aires, 15 de novembro de 1995.

¹ *Correio Braziliense*. Brasília, 14 nov. 1995. Série Estudos.

² Os outros dois processos de zona aduaneira registrados historicamente são os que se referem à União Aduaneira dos Estados Alemães, ZOLLVEREIN, a partir da ação política prussiana, no processo de Unificação Alemã, no século passado, e a recente União Aduaneira, protagonizada pelos Estados europeus aderentes ao Tratado de Roma.

pedra angular de um sistema de direito comunitário, garantia da eficácia e do sucesso do processo de integração como um todo.

Podemos ainda haurir da experiência europeia que o modelo de solução de controvérsias ali instituído, corolário do próprio ordenamento jurídico comunitário europeu, constitui-se, sem dúvida, em um dos mais profícuos trabalhos de elaboração jurídica, onde a hegemonia das idéias impôs-se a inúmeros preconceitos e credulidades pretensamente dogmático-jurídicas, com a inscrição de uma das mais criativas páginas da ciência do Direito.

Quando os países do Mercosul buscam, agora, a implementação das linhas previstas programaticamente no Concerto de Assunção e desdobradas nos Protocolos de Brasília e Ouro Preto, urge que façamos algumas reflexões inadiáveis e de grandes implicações em relação ao tema *solução de controvérsias*.

A velocidade de implantação do Mercosul foi fulminante. Mercê, é verdade, de uma tessitura conjuntural absolutamente favorável, mas também, e indubitavelmente, graças ao bom trabalho dos “mercocratas” e da diplomacia de resultados que se impôs ao projeto (que tão bem soube acomodar o irresolúvel, com os regimes de exceção e salvaguardas providenciais), em um breve lapso de tempo, passou-se das primeiras reuniões preparatórias à elaborada personalidade jurídica de Direito Público externo, como está insculpido no art. 37 do Protocolo de Ouro Preto.³

Observe-se ainda que o Mercosul, como neonato sujeito de Direito Internacional Público, já de imediato exprimiu formalmente sua voz, com a assinatura em 15 de dezembro de 1995 do Acordo de Madri, acordo-quadro de cooperação com a União Européia, na presença solene de todos os chefes de Estado de ambos os blocos, à exceção do Presidente da República Federativa do Brasil, que subscreveu o documento somente em 20 de dezembro de 1995, três dias após a ratificação pelo seu país, verificada

³ O Brasil foi o último país a ratificar o Protocolo de Ouro Preto, tendo em vista algumas dificuldades políticas em sua apreciação legislativa, especialmente no Senado Federal, onde foram levantadas substanciais questões de constitucionalidade, considerado o preceito constitucional brasileiro que determina que se proceda a outorga legislativa em todos os “...tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, art. 49, inciso I, da Carta de 1988. A auto-

em 17 de dezembro.

Quando os críticos da França *communautaire* reclamavam, no segundo pós-guerra, que o Ministro Schuman queria desfazer em poucas décadas o que os capetíngios haviam construído por quase mil anos, em referência à construção da nação gálica, provavelmente não se imaginava a celeridade do *iter* Mercosul, conforme temos assistido nesta última década do século XX.

Uma das conseqüências do avassalador processo foi, no entanto, a falta de tempo para a maturação da idéia da integração e, especificamente no campo do Direito, a ausência de uma massa crítica apta a compreender a abrangência e o significado da mundialização da economia e de suas ingentes demandas jurídicas.

Ao enfrentarmos criticamente a questão da solução de controvérsias, constatamos a grande dificuldade, e mesmo nosso despreparo como operadores jurídicos, diante do admirável mundo novo que se nos auspícia, em que a novidade dos desafios contrasta fragorosamente com a mesmice das atitudes.

Agravando essa situação, incide o pouco interesse que desperta o Direito Internacional Público, e isso em toda a América Latina, conforme demonstram reiterados estudos do Comitê Jurídico Interamericano da OEA e da Associação Interamericana de Advogados.

Toda integração parte necessariamente de um tratado entre Estados, o que conduz à atitude de base para o primeiro *approach* com o Direito Comunitário. Tal atitude será inexoravelmente a que concerne ao Direito Internacional Público e, como todos sabemos, comumente ainda se o considera em nosso meio “como uma disciplina pseudojurídica, de pouca utilidade prática e que se insere no notório rol das perfumarias jurídicas”. Sabe-se também que em muitos dos nossos cursos e faculdades de Direito a matéria é opcional, não-obrigatória ou simplesmente ignorada na graduação. No âmbito de pós-graduação, o quadro é ainda mais grave, pois raríssimas são as ofertas de cursos com habilitação específica na área, o que traz irreparáveis

aplicação de algumas decisões comunitárias, como poderia ser interpretado em algumas passagens do Protocolo de Ouro Preto, independentemente de ratificação dos Estados signatários, conformaria violação ao preceito constitucional arrolado. No entanto, acabou prevalecendo o entendimento contrário, conducente ao Decreto Legislativo nº 188, de 1995, autorizativo da ratificação e publicado no Diário Oficial da União de 18 de dezembro de 1995.

conseqüências na formação de professores e na produção doutrinária. Enfim, escreve-se minimamente sobre o “direito das gentes”, produzindo-se pouquíssima doutrina, com a disciplina ainda se inserindo no âmbito do exótico e pouco difundido.⁴

Como conseqüência inevitável desse quadro de abandono, há uma grande perplexidade em relação a temas básicos de Direito Internacional em suas relações com o Direito Constitucional, como, por exemplo, à questão da hierarquia do tratado no ordenamento jurídico interno e ao que ocorre no caso do conflito entre a norma internacional e a norma interna antitética, com o estudo das clássicas concepções doutrinárias do monismo e do dualismo.

No Direito brasileiro, por exemplo, não há tradição de constitucionalização do tratado, sendo a questão formulada pela via jurisprudencial, através de julgamentos pregressos do Supremo Tribunal Federal. Conforme o caso padrão, Recurso Extraordinário-PR 71.154/1971, tendo sido relator da matéria o Ministro Oswaldo Trigueiro, consagrou-se em um primeiro momento o monismo jurídico, nos termos da seguinte ementa:

“...Aprovada a Convenção pelo Congresso e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna”.⁵

Em seu voto, acolhido por unanimidade, o ilustre relator assinalou:

“A Constituição inclui, na competência do Supremo Tribunal, a atribuição de julgar, mediante recurso extraordinário, causas oriundas de decisão da instância inferior quando for contrária à letra do tratado ou lei federal. A meu ver, essa norma consagra a vigência dos tratados independentemente de lei especial.

⁴ Em recente artigo em Direito e Justiça, Correio Braziliense, 5 de fevereiro de 1995, o Professor Carlos Fernando Mathias de Sousa, da Universidade de Brasília, assinalou interessante tendência do direito contemporâneo à internacionalização dos tribunais, vale dizer, à valorização do Direito Internacional Público, citando a experiência da Corte de Justiça das Comunidades Européias, lembrando que sua competência se estende a conflitos em que sejam partes tanto os Estados, órgãos das comunidades, como ainda os próprios indivíduos, empresas e demais pessoas jurídicas.

⁵ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília : STF, n. 58, p. 71.

Porque se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa da vigência do tratado, exigindo para a validade deste a aprovação pelo Congresso Nacional, porém não sua reprodução formal em texto de legislação interna”.

Em outro julgamento, seis anos após, a Excelsa Corte entendeu, no Recurso Extraordinário 80.004-SE -1977,⁶ tendo sido vencido o relator, Ministro Xavier de Albuquerque, que a lei nacional contrária ao tratado, posterior a sua ratificação, prevalece e afasta a aplicação do primeiro, negando a primazia da norma internacional, contrariando, desta forma, a grande tendência do Direito moderno de privilegiar o monismo com prevalência do Direito Internacional.⁷ São exemplos a Constituição da República da França de 1958, em seu art. 55, e a Constituição da República Italiana de 1946, em seu art. 10. A mais antiga disposição constitucional com este teor se verifica na Carta dos Estados Unidos da América, que equipara os tratados às leis federais, reconhecendo a característica que lhes é ínsita de *supreme law of the land*. Mereceria referência ainda a posição do Uruguai, onde, conforme assinala Plá Rodriguez, a ratificação do tratado, que decorre de sua aprovação por ato legislativo, tem efeitos internos diretos e imediatos, sem necessidade de qualquer ato legislativo posterior. Convém salientar que a República Argentina, após reiterada elaboração jurisprudencial no sentido de privilegiar o monismo com prevalência da norma internacional (no qual o caso Cafés La Virgínia S.A., sentença de 9 de junho de 1994, destaca-se),⁸ acabou por incorporar expressamente tal princípio

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 80.004. Acórdão de 1 de junho de 1977. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 83, p. 809.

⁷ Tal posição, negando a primazia da norma internacional sobre a nacional, colidiu também com o próprio Direito Tributário brasileiro que, no seu Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, estabelecia em seu artigo 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha.”

⁸ BOGGIANO, Antonio. *Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires : La Rey, 1995. p.638 . Apêndice : Jurisprudencia de la Corte Suprema.

no próprio permissivo constitucional, após a recente reforma de 1994.⁹

Não se pode ainda desconsiderar que a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, em vigor na Argentina desde 27 de janeiro de 1980, aprovada pela Lei nº 19.865, e no Brasil em fase de apreciação legislativa para efeitos de autorização de ratificação, após ter sido assinada em 23 de maio de 1969, estabelece a primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno. Tal postura, contida nos termos de seu art. 27, estabelece que uma parte não poderá invocar disposições de seu direito interno como justificção do não-cumprimento de um tratado.

Nesse passo, é fundamental que os Estados que se propõem a conviver em espaços jurídicos comunitários definam-se claramente com relação à questão da força vinculante dos tratados *vis-à-vis* ao ordenamento jurídico interno, seja pela via constitucional de definição da norma de conflito, seja pela via da elaboração jurisprudencial, com a criação de uma convicção político-jurídica sem a qual nenhum processo de integração pode edificar-se. Não é de se esperar, a propósito, que investidores e demais operadores econômicos se interessem por um mercado onde não se saiba, com razoável segurança jurídica, quais sejam as leis aplicáveis e quais suas efetividades em relação a hipotéticos conflitos de interesses.

⁹ Outro importante caso antecedente, na Justiça platina, julgado dois anos antes, em 7 de julho de 1992, *Ekmekdjian versus Sofovich*, também marcou a construção jurisprudencial da prevalência do tratado internacional. Neste específico julgamento, a Corte Suprema argentina decidiu nos seguintes termos:

“que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 4, C.N.), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, C.N.) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. *La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado.* Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, C.N.)”

De toda sorte, a questão é muito interessante e atualíssima, trazida constantemente à baila, à proporção que países integram-se à realidade mundial, propondo-se a projetos de integração econômica. Não podemos nos eximir de afirmar, nesse sentido, que muitos profissionais do Direito, surpreendidos pela velocidade de implantação do Mercosul, encontram-se em um certo estado de perplexidade, redescobrando ou mesmo descobrindo o Direito Internacional, no vórtice de inovações trazidas pelos novos tempos.

Em relação específica à questão da construção de um sistema de solução de controvérsias em meio a uma cultura jurídica pouco afeta ou mesmo refratária ao Direito Internacional Público, verificam-se, em conseqüência, grandes dificuldades iniciais, até porque os próprios institutos de solução de controvérsias, típicos da prática internacional, são no mais das vezes alheios às práticas de *Municipal Law*. Na atual realidade jurídica brasileira, por exemplo, falar-se em mediação ou arbitragem, mesmo em demandas jurídicas exclusivamente comerciais, ainda é considerar prática longínqua e improvável,¹⁰ aparentemente inaplicável a efetivas necessidades sociais, não obstante os trabalhos que se tem desenvolvido junto às próprias instituições de advocacia organizada dos países do Mercosul¹¹.

Com todos os perigos que as esquematizações engendram, podemos classificar, *grosso modo*, as formas de solução de controvérsias dos processos de integração em dois grandes sistemas: o primeiro de blocos intergovernamentais e o segundo de blocos supranacionais.

A supranacionalidade, sem sombra de dúvidas, é o sistema mais apto à sofisticação dos mercados comuns e o que mais se adequa às características de um direito comunitário ideal,

¹⁰ Tramita no Senado Federal brasileiro o Projeto de Lei nº 78, de 1992, que dispõe sobre a fixação de normas e hipóteses para a arbitragem, bem como sobre o reconhecimento e a execução de decisões arbitrais estrangeiras, através de homologações pelo Supremo Tribunal Federal.

¹¹ Há também, com referência à arbitragem, estudos que estão sendo realizados pelas entidades de advocacia organizada dos países do Mercosul, reunidas no órgão que congrega representantes do Colégios e Ordem dos Advogados dos países do Mercosul, COADEM, que deverão propor um documento básico de regulamentação da conciliação e arbitragem em relação às questões de Direito Privado, comum aos países do Mercosul.

que incluía todas as características da neodis-
ciplina, a saber: efeito direto e primazia em rela-
ção aos ordenamentos jurídicos dos Estados
comunitários, exigibilidade e cogência nos
espaços jurisdicionáveis dos Estados-partes,
bem como a uniformidade de interpretação e
aplicação, mediante as mais sofisticadas técni-
cas, como, por exemplo, o criativo reenvio pre-
judicial que, no modelo da União Européia, faz-
se nos termos do art. 177 do Tratado de Roma¹².

É de fato muito difícil cogitarmos uma estru-
tura comunitária, com a implantação das quatro
liberdades típicas dos mercados comuns (sem
nunca esquecer a quinta liberdade, a da
concorrência, como costuma lembrar o Pro-
fessor Werter Faria, Presidente da Associação
Brasileira de Estudos da Integração), sem a
flexibilização da livre circulação de bens ou de
tarifa externa comum, desprovida de uma corte
de justiça comunitária. Na ausência desta,
poder-se-ia vislumbrar, no mínimo, um tribunal
arbitral permanente, outra instituição com
feições cristalina e supranacionais ou de
transição à supranacionalidade.

No modelo Mercosul que temos adotado,
por motivos de fácil percepção, seguiu-se a
trilha “soberanófila” do sistema intergovernam-
ental, consubstanciado à exaustão nos artigos
16 do Tratado de Assunção e 37 do Protocolo

¹² “Art. 177. O Tribunal de Justiça é competente
para decidir, a título prejudicial:

- a) sobre a interpretação do presente tratado;
- b) sobre a validade e interpretação dos actos
adotados pelas instituições comunitárias;
- c) sobre a interpretação dos estatutos dos orga-
nismos criados por um acto do Conselho, desde que
estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja
suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um
dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar
que uma decisão sobre essa questão é necessária ao
julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça
que sobre ela pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja
suscitada em processo pendente perante um órgão
jurisdicional nacional cujas decisões não sejam
susceptíveis de recurso judicial previsto no direito
interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão
ao Tribunal de Justiça.”

Certamente a parte final do dispositivo, que cons-
trange à via prejudicial em casos de julgamentos
nacionais de última instância (“tale giurisdizione é
tenuta a...”, na versão em italiano do Tratado de
Roma) é a que mais estupefaz a nossa visão latino-
americana do exercício da jurisdição.

de Ouro Preto.¹³ Como decorrência, nada
haveria no ordenamento mercosuliano que nos
permitisse vislumbrar sequer resquícios de uma
efetividade jurídica comunitária, com o princípio
da primazia das normas do Mercosul sobre as
normas internas conflitantes. Não há, por
consequente, uma clara e sólida definição da
hierarquia das normas comunitárias, que
permanecem dependendo dos “ventos e marés”
do tratamento constitucional ou, no silêncio da
Carta, da fluidez e inconstância da elaboração
jurisprudencial.

A inelutável decorrência da opção política
que gerou o Mercosul intergovernamental, com
uma estrutura funcional de grande simplicidade
e com instituições comunitárias muito singelas,
determinou inclusive o curioso fato de não ter a
instituição quadro funcional próprio. Todos os
seus operadores técnicos e mesmo políticos,
em verdade, são ou funcionários de seus
próprios governos ou autoridades estatais.

Tudo isto conduz a um sistema de solução de
controvérsias igualmente simplificado, como quer
ser o próprio Mercosul, mesmo após o Protocolo
de Ouro Preto, formalmente designado de
*Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção
sobre a Estrutura Institucional do Mercosul*.

No que concerne à eficácia de tal sistema de
solução de controvérsias, a rigor ainda nada se
pode adiantar, tendo em vista não ter sido acio-
nado sequer uma vez. Diante da possibilidade
de controvérsias de natureza essencialmente
comercial, os cristais foram extremamente bem
embalados, com salvaguardas e flexibilizações
que geraram, de fato, uma zona *parcial* de livre
comércio e uma união aduaneira de tarifa externa
incomum. Tal acomodação, que minimizou a
possibilidade de controvérsias, impossibilitou,
no entanto, que concretamente se colocasse à
prova o sistema do Mercosul, consubstanciado
no Protocolo de Brasília para a Solução de

¹³ A professora Martha Lucía de Olivar Jimenez
registrou em recente artigo: “Que gran paso se habría
dado em prol de la fomación de un orden jurídico
comunitario si el Protocolo hubiese consagrado un
dispositivo garantizando la primacía de las normas
del Mercosul sobre las normas internas contrarias a
través de la imposibilidad del Estado de emitir legis-
lación contraria.” In : MERCOSUL : seus Efeitos
Jurídicos, Políticos e Econômicos nos Estados-
Membros. Organizadora Maristela Basso. Porto
Alegre : Livraria do Advogado, 1995. Comprensión
del concepto de derecho comunitario para una
verdadera integración en el Cono Sur.

Controvérsias, de 17 de dezembro de 1991.¹⁴

Fruto de projeto básico apresentado pela delegação argentina, chefiada pelo consultor jurídico da chancelaria platina Ministro Alberto Daverede e contando com a participação ativa do Embaixador Jorge Perez Otermin, Diretor do Instituto Artigas de Serviço Exterior, do Uruguai, o grupo *ad hoc* encarregado de redigir o Projeto de Solução de Controvérsias para o período transitório, conforme previa o próprio Tratado de Assunção em seu anexo III, laborou eficaz e rapidamente. Assim, oito meses após a assinatura do Tratado de Assunção, em março de 1991 e antes mesmo de sua entrada em vigor, entregava-se o Projeto ao Grupo Mercado Comum, pronto para ser firmado, no dia 17 de dezembro de 1991, na reunião de Presidentes ocorrida em Brasília.

Optando pelo modelo de negociação direta, na primeira fase, com a intervenção da autoridade comunitária, Grupo Mercado Comum (GMC), na segunda fase, e, por último, pelo procedimento arbitral *ad hoc*, o Projeto descartou a utilização de corte permanente, embora tenham sido detalhadamente estudados os modelos da Corte do Luxemburgo da União Européia e do Tribunal Andino de Justiça.¹⁵

Vocacionado à transitoriedade até a União Aduaneira, quando deveria ser redimensionado com as instituições permanentes, o Protocolo de

Brasília acabou sendo preservado pelo Protocolo de Ouro Preto (Cap. VI, art. 43), com o intuito expressamente consignado de criar-se um definitivo sistema de solução de controvérsias ao final da convergência da Tarifa Externa Comum, ou seja, forma elegante de dizer-se “não se sabe quando”, ou por outra “quando for possível”.

Embora, conforme já salientamos, o Sistema Transitório não tenha sido utilizado praticamente em nenhuma ocasião (na verdade em uma única vez na qual não foi necessário ir-se além da fase de consultas, por ocasião da questão dos automotores), inúmeros são os seus críticos, em face de razões que se resumem basicamente na convicção da impossibilidade do progresso comunitário sem um tribunal permanente, que possa constituir-se a pedra angular de um direito comunitário, *sine qua non* ao sucesso de qualquer processo de integração.

No Brasil, os grandes emuladores da idéia da Corte de Justiça Comunitária, e ao mesmo tempo, *et pour cause*, críticos do Protocolo de Brasília, seguem, *grosso modo*, a posição do Professor Werter Faria, que suscita ainda a questão da hermeticidade do sistema oficial, diante da dificuldade de utilização pelos particulares,¹⁶ bem como a questão da pouca experi-

¹⁴ O Protocolo de Brasília foi ratificado pelo Brasil, após uma tramitação legislativa não isenta de questionamentos quanto à sua constitucionalidade e legalidade, tendo em vista o tratamento constitucional brasileiro já comentado, tendo sido, no entanto, promulgado em 10 de setembro de 1993 e publicado no *Diário Oficial* da União em 13 de setembro de 1993, às folhas 13.552 e seguintes.

¹⁵ O Professor Guido Fernando Silva Soares assinala que, não obstante os mecanismos de solução de controvérsias previstos originariamente no Protocolo de Brasília serem inovadores em relação aos mecanismos da ALADI e do Tratado de Integração e Cooperação e Desenvolvimento estabelecido entre Brasil e Argentina (1988), ainda são muito tímidos diante da realidade e das potencialidades do processo. Acrescenta ainda o eminente diplomata e Professor-Titular de Direito Internacional da Faculdade de Direito do Largo São Francisco que “as soluções extrajudiciárias contempladas, embora tímidas, podem representar a semente de um futuro Poder Judiciário Transnacional, à semelhança do que ocorre em outras organizações internacionais regionais de integração econômica e de comércio.” (*As Instituições do Mercosul e as Soluções de Litígios no seu Âmbito – sugestões de lege ferenda*, in: *Mercosul, das Negociações à Implantação*, São Paulo, LTR, 1994)

¹⁶ Em declaração ao jornal *Gazeta Mercantil*, 21 de julho de 1995, o Dr. Carlos Eduardo Caputo Bastos, representante brasileiro no Colégios e Ordem dos Advogados do Mercosul (COADEM), considerou que “o Protocolo de Brasília foi criado com regras tão complexas que praticamente inviabilizam a sua aplicação. Há em qualquer tipo de processo a exigência de que o Estado-membro apoie a acusação da empresa instalada em seu território, o que torna sua utilização muito difícil.”

Assinala ainda o Dr. Caputo Bastos que com o advento do Protocolo de Brasília introduziu-se a possibilidade de os particulares valerem-se do procedimento nele preconizado para solução de conflitos com os Estados-Partes. Trata-se de um procedimento complicado, e em nada dinâmico, por isso mesmo objeto de muitas críticas. Manteve-se a disposição referente às negociações diretas e, não resolvido o conflito, submissão da controvérsia ao Grupo Mercado Comum.

O pleito particular submete-se, previamente, ao juízo de admissibilidade pela Secretaria Nacional do seu respectivo Estado-Parte, e, somente após a sua avaliação, é que estará hábil a percorrer o procedimento estabelecido pelo Protocolo de Brasília, e chegar, quem sabe, ao Juízo Arbitral.

A par disso, que poderá ensejar, à toda evidência, o ingresso em juízo todas as vezes que a autoridade administrativa recusar fundamento à infração

ência brasileira no emprego da arbitragem, que de resto conta com muitos críticos também na Argentina, onde o tema é bem mais debatido e conhecido.

Dessa mesma linha também compartilham as Professoras Maristela Basso, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Beatriz Duraes e Elizabeth Accioly Pinto de Almeida, da Universidade Federal do Paraná e da Faculdade de Direito de Curitiba, respectivamente, tendo esta última em recente artigo acerbamente registrado que é impossível cogitar-se a existência de um mercado comum, na ausência de instâncias judiciais supranacionais nos moldes de um Tribunal de Justiça comunitário.¹⁷

Tratam-se de argumentos absolutamente razoáveis e escorreamente formulados, contra os quais muito pouco ou quase nada há de se poder formular, abstraídos os porquês políticos que rigidamente condicionam os caminhos da integração.

Em outro tom, mais compreensivo para as injunções políticas e os limites institucionais dentro dos quais podem se mover os “merocratas”, o Professor Luiz Olavo Baptista, da Universidade de São Paulo, tem procurado mostrar que o Mercosul possível, fundado na realidade dos fatos, é o caminho mais seguro para o sucesso do Tratado de Assunção, que não é um Tratado *de* constituição de mercado comum, mas um tratado *para* a constituição de mercado comum, com timbre, portanto, manifestamente programático e proposto à distensão no tempo.

Adverte ainda o Professor Luiz Olavo Baptista para a imponderabilidade de uma estrutura supra-estatal na atual conformação constitucional brasileira, bem como para toda uma gama de fatores políticos, jurídicos e

denunciada pelo particular, o Protocolo de Brasília impõe-se-lhe que seja tutelado pelo seu respectivo Estado-Parte, na medida em que não dispõe (*o particular*) do poder de iniciativa, submetendo-se a um litisconsórcio necessário.

Não se trouxe, nesse Protocolo, qualquer disciplina que oriente os conflitos entre os particulares dos diferentes Estados-Partes, presumindo-se que, no tocante a eles, as soluções de controvérsias devem observar as regras tradicionais do direito internacional privado. (In: O Advogado nos processos de Integração, Anais do Seminário “O Direito e o Mercosul”, promovido pela Escola Superior de Advocacia, da OAB/Mato Grosso do Sul, maio de 1995).

¹⁷ In *El Mercosur en el nuevo orden mundial*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

culturais facilmente compreensíveis e que estariam a impedir a adoção de outros caminhos.

Claro que esta transitoriedade referida constantemente no tratado institutivo do Mercosul e seus Protocolos reflete o próprio espírito progressivo que estruturas de integração inter-governamental invariavelmente comportam.

Bem a propósito, ao falar em Brasília na reunião dos representantes dos partidos políticos do Mercosul, em Seminário denominado *O que pensam do Mercosul*, em outubro de 1995, o chanceler brasileiro Luis Felipe Lampréia resumiu em poucas palavras o que parece ser o comum entendimento dos mentores políticos que conduzem a integração mercosuliana. Há, como se depreende, um manifesto interesse em seu aprofundamento e consolidação paulatina, em absoluta convergência com o que manifestou o chanceler Guido di Tella, poucos dias depois, ao falar na abertura do seminário *Solución de Controversias y Medios Institucionales para la Resolución de los Conflictos de Intereses*, realizado em Buenos Aires, em novembro de 1985, sob os auspícios do Governo argentino e da União Européia.

Tal convicção comum, que de resto deve ser partilhada por Argentina e Paraguai, poderia ser sintetizada no que disse o Ministro de Relações Exteriores do Brasil:

“... Creio não haver dúvidas de que os avanços que fomos capazes de alcançar, durante este período de consolidação, definirão a necessidade ou não de criarmos novas instituições para administrar o Mercosul, ou de readequarmos as já existentes...”

Uma das vantagens do exercício universitário é que o princípio da liberdade acadêmica permite ao professor transitar livre e ilimitadamente na lucidez ou delírio de suas opiniões, podendo gostar ou não gostar, elogiar ou criticar, sem as injunções do *dever-ser* político-formal ou funcional.

Permito-me lembrar, neste sentido, que na iminência de fragorosas controvérsias que haverão de surgir, à proporção em que se forem inexoravelmente “desembalando os cristais”, com a redução ou supressão das salvaguardas à livre circulação de bens e a convergência da tarifa externa comum, controvérsias, aliás, sem as quais nenhum processo de cooperação humana se edifica e fortalece, seria inadiável a instauração de um tribunal arbitral permante.

Caso isso viesse a ocorrer, não haveria necessidade de gastos imponderáveis ou adequações ou transformações jurídicas impos-

síveis, conforme também opina o Professor Luiz Olavo Baptista.¹⁸ Instituição desse porte, com muitas das qualidades de um tribunal de justiça comunitário, constituída por juristas indicados pelos Estados-partes e não necessariamente com uma sede fixa, permitiria um substancial progresso rumo a instituições mais desejáveis, possibilitando inclusive à elaboração de um *corpus* jurisprudencial comunitário, o que as atuais instâncias arbitrais meramente *ad hoc* não permitem.

Um tribunal arbitral permanente, não supranacional e, logo, assimilável mesmo pelas concepções político-jurídicas mais “estatólatras” provocaria, ademais, o cultivo da percepção não-convencional e diferenciada que o direito de integração requer, contribuindo decididamente à formação da mentalidade da integração. Suas decisões, por decorrerem de manifestação de vontade consubstanciada em tratado, disporem da própria efetividade ínsita

ao Direito Internacional Público, o que poderia fomentar e facilitar a sua efetiva aplicação.

Por derradeiro, cumpre lembrar que, em se verificando dificuldades na execução das decisões de um tribunal arbitral permanente por parte dos Estados comunitários do Mercosul ou dos demais destinatários, poder-se-ia fazer operar o aparato sancional previsto no Protocolo de Brasília *tout court*, suficientemente vinculante e consistente.

Não se faz integração sem se modificarem os livros e as lições convencionais da escola primária.

Talvez hoje, no específico âmbito da solução de controvérsias, a instauração de um tribunal arbitral permanente do Mercosul fosse, sempre no campo do possível, um novo livro para uma velha escola.

¹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Solução de divergências no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 124, p. 155-167, out./dez. 1994.