



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CPGD

Juliana Silva da Rocha

**O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO
MERCOSUL: ASPECTOS RELEVANTES DAS
MEDIDAS COMPENSATÓRIAS**

Florianópolis

2011



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CPGD

Juliana Silva da Rocha

**O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO
MERCOSUL: ASPECTOS RELEVANTES DAS
MEDIDAS COMPENSATÓRIAS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Relações Internacionais.

Orientador: Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos.

Florianópolis

2011

Juliana Silva da Rocha

**O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO
MERCOSUL: ASPECTOS RELEVANTES DAS
MEDIDAS COMPENSATÓRIAS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Programa de Mestrado, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração de Relações Internacionais, aprovada na forma prevista no Regimento Interno do CPGD/UFSC.

Florianópolis 18/07/2011.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos
Universidade Federal de Santa Catarina
Orientador

Profa. Dra. Odete Maria de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina
Membro

Prof. Dr. Augusto Jaeger Jr.
Universidade Federal de Santa Catarina
Membro

AGRADECIMENTOS

À família, pelo apoio incondicional.

Ao meu marido Marcelo Nickel, pela compreensão, paciência, amizade, pelo apoio, companheirismo e, sobretudo, pelo amor.

Aos amigos e colegas do mestrado, especialmente, aqueles que formaram a “família florianopolitana”, pelo carinho.

À Universidade Federal de Santa Catarina, aos professores e aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Agradeço ao meu orientador, professor Dr. Ricardo Stersi, pelo aprendizado e pela orientação dedicada e paciente.

Enfim, agradeço a todos aqueles que de uma forma ou outra, fizeram parte deste tão importante passo acadêmico.

RESUMO

Desde a formação do Estado Moderno, relações de cooperação e conflito ocorrem entre esses entes. Os conflitos eram resolvidos através de guerras ou por meio de soluções pacíficas. Esta última forma de solução de conflitos passou a ganhar maior destaque a partir do período do Pós-Guerra do século XX. Período quando as relações internacionais também sofreram mudanças significativas, principalmente com a entrada de novos atores internacional na arena internacional. Por ocasião dessas mudanças, houve um aumento considerável do número de organizações internacionais de natureza integrativa, tais como o Mercosul e a União Européia. Porém, essas organizações – compostas por Estados – também necessitavam encontrar os meios de solver controvérsias mais condizentes com sua estrutura. Deste modo, a presente dissertação objetiva verificar, utilizando o método dedutivo se o sistema de sanções estabelecido pelos instrumentos jurídicos deste processo integrativo, Mercosul (pautado nas medidas compensatórias), tem a capacidade de fortalecer o sistema de solução de controvérsias mercosulista e conseqüentemente o Mercosul de uma forma geral. Conseqüentemente, o artigo *La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativos de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el Mercosur* de Alejandro Pastori Fillol foi imprescindível para o presente estudo.

Palavras-chave: Mercosul. União Europeia. Sistema de Solução de Controvérsias. Sanções. Medidas Compensatórias.

ABSTRACT

Since the formation of the Modern State, cooperation and conflict relations occurred between these States. The conflicts were solved by wars or by peaceful dispute settlement. This last form of dispute settlement started to gain more prominence from the twentieth century post war period. Period when the international relations also suffered relevant changes, specially with the entrance of new actors in the international arena. With these changes came a great increase in the number of integration international organizations, such as Mercosur and the European Union. However, these organizations – composed by States – also needed to find means to solve these controversies more suitable with its structure. Thus, the present dissertation aimed to verify, using the deductive method if the sanctions system established by the law instruments from this integration process, Mercosur (based in countervailing measures), has the capacity to strength Mercosur's dispute settlement system and consequently Mercosur itself. Thus, the article *La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativos de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el Mercosur* (The execution of the rulings and awards in the regional integration: comparative analysis of the distinct procedures instituted in the European Union and in Mercosur) of Alejandro Pastori Fillol was indispensable to the present study.

Keywords: Mercosur. European Union. Dispute Settlement System. Sanctions. Countervailing Measures.

LISTA DE SIGLAS

CCM – Comissão de Comércio do Mercosul
CIJ – Corte Internacional de Justiça
CIPJ – Corte Internacional Permanente de Justiça
CPA – Corte Permanente de Arbitragem
CPC – Comissão Parlamentar Conjunta
CMC – Conselho Mercado Comum
GMC – Grupo Mercado Comum
MERCOSUL – Mercado Comum do Sul
OI – Organização Internacional
OMC – Organização Mundial do Comércio
ONU – Organização das Nações Unidas
Parlasul – Parlamento do Mercosul
PB – Protocolo de Brasília
PO – Protocolo de Olivos
POP – Protocolo de Ouro Preto
SAM – Secretaria Administrativa do Mercosul
TA – Tratado de Assunção
TJCA – Tribunal de Justiça da Comunidade Andina
TJCE – Tribunal da Comunidade Europeia
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TM – Tratado de Montevidéu
TPR – Tribunal Permanente de Revisão
UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS ESTADOS	21
1.1 BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE ESTADO.....	21
1.2 FORMAÇÃO DE ESTADOS.....	22
1.3 RELAÇÕES INTERNACIONAIS: COOPERAÇÃO E CONFLITO	29
1.3.1 A cooperação nas relações internacionais.....	32
1.3.2 O conflito nas relações internacionais.....	35
1.4 FORMAS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE ESTADOS.....	38
1.4.1 Autotutela.....	38
1.4.2 Formas autocompositivas de resolução de conflitos	44
1.4.3 Formas heterocompositivas de resolução de conflitos	52
1.4.4 Sanções no Direito Internacional.....	65
2 MERCADO COMUM DO SUL - MERCOSUL	73
2.1 PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE INTEGRAÇÃO.....	73
2.2 REGIONALIZAÇÃO E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE INTEGRAÇÃO.....	76
2.3 O DIREITO DA INTEGRAÇÃO	84
2.4 O MERCOSUL E SUAS CARACTERÍSTICAS	88
2.5 ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO MERCOSUL	91
2.6 DIREITO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL.....	99
2.7 SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL.....	106

3 AS SANÇÕES NO SISTEMA DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIA DO MERCOSUL	125
3.1 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS	125
3.2 AS SANÇÕES PREVISTAS NO PROCEDIMENTO POR INCUMPRIMENTO DA UNIÃO EUROPEIA.....	129
3.2.1 O Tribunal de Justiça da União Europeia.....	130
3.2.2 O procedimento por incumprimento do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	134
3.3 AS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL.....	143
3.3.1 A previsão de aplicação de medidas compensatórias no Mercosul.....	143
3.3.2 Os laudos arbitrais proferidos que abordaram a temática das medidas compensatórias.....	147
3.3.3 A coercibilidade jurídica das medidas compensatórias e a sua efetividade.....	158
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	169
REFERÊNCIAS.....	175

INTRODUÇÃO

As relações de cooperação e de conflito entre associações humanas (que vieram a formar Estados) ocorrem desde os primórdios dos tempos. Por ocasião das relações da segunda espécie, os Estados têm buscado desde então, diferentes maneiras de resolvê-las, dentre as quais, encontra-se a guerra. Entretanto, tendo em vista que esta forma de resolver conflitos acarreta invariavelmente em mazelas e não propriamente em vantagens, os Estados – especialmente após a Segunda Guerra Mundial – passaram a imprimir maiores esforços no investimento de formas pacíficas de solucionar seus conflitos.

A dinâmica que veio reforçar esse ideal, foi a multiplicação de organismos internacionais de natureza integrativa. A criação desses, frequentemente vem ao encontro de razões de ordem econômica, porém, traz também em seu bojo, ideais de paz, de união entre os Estados. Neste ensejo, surgiu o Mercosul, com características, instituições e sistema de solução de controvérsias próprios. Inserido neste último, encontra-se também um sistema próprio de sanções.

A presente dissertação busca comprovar a hipótese de que o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, mais especificamente as medidas compensatórias por ele estabelecidas como sanção, tem o condão de fortalecer o processo de integração. Contudo, por se tratar de instituto criado recentemente no Mercosul, fez-se uso da comparação com o sistema de sanções contido na União Europeia.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo conjugado com a documentação indireta como técnica de pesquisa, especialmente através de pesquisa bibliográfica (ou fontes secundárias).¹ A autora se responsabiliza pelas traduções efetuadas no corpo do texto.

O primeiro capítulo tem como objetivo apresentar, especialmente, as formas pacíficas de solução de conflitos entre os Estados. Porém, inicialmente, discorre-se sobre as relações de cooperação e conflito entre os Estados, de modo a verificar que estas últimas conduzem os Estados à necessidade de encontrar uma maneira de resolver essas relações de conflito, seja pela autotutela – e inserida nesta a guerra, ou pelas formas pacíficas. Essa interação entre os Estados é considerada como o cerne das relações internacionais. O século XX trouxe para essas últimas, mudanças significativas em um dos seus principais elementos: os atores

¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 176.

internacionais. Neste viés, surgem as organizações internacionais de natureza integrativa, e inserida nessas, surge o processo de integração conhecido como Mercosul, objeto do segundo capítulo.

O segundo capítulo inicia esclarecendo o processo de formação das organizações de natureza integrativa, para poder assim abordar o Mercosul com suas principais características, funções, elementos, bem como sua estrutura institucional. Dentro dessa estrutura institucional, será explicitado o sistema de solução de controvérsias do processo de integração em questão, de forma que permita compreender a base do sistema de sanções (que tem no seu núcleo a aplicação de medidas compensatórias) mercosulista que será o objeto do terceiro capítulo.

A problemática do terceiro capítulo é posta no sentido de verificar se tais medidas compensatórias auxiliam no fortalecimento da integração mercosulista. Ou seja, se a carga coercitiva das mesmas, dentro do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, tem o condão de conceder mais crédito e força ao próprio sistema e conseqüentemente à integração. Neste contexto serão analisados os principais laudos mercosulistas que trataram do tema.

Para tanto, também analisar-se-á instrumento similar disposto pela União Europeia. Um dos laudos prolatados no âmbito do Mercosul que tratou da utilização das medidas compensatórias fez referência ao sistema de sanções da União Europeia. Mas, muito embora, tal abordagem não ter se detido no tema *sanções* – pois direcionou sua análise no sentido de comparar a natureza das duas integrações – corrobora a idéia de aproximação entre as duas integrações, por terem ambas objetivos similares. Desse modo, a ideia de utilização de mecanismos similares pelas mesmas é cabível.

Uma abordagem acerca das similaridades gerais das integrações (como a disposta no laudo mercosulista) não seria suficiente para cumprir os objetivos do presente trabalho. É imprescindível uma análise que compare os sistemas de sanções da União Europeia e do Mercosul mais especificamente. Para tanto, utilizou-se o artigo *La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativos de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el Mercosur* de Alejandro Pastori Fiol. Ele será o fio condutor do terceiro capítulo. O autor afirma que a ausência de um órgão supranacional no âmbito internacional, acarreta efeitos negativos, e que em razão disso, as integrações regionais tem buscado estabelecer procedimentos específicos, dentro de seus sistemas de solução de controvérsias, a fim de minimizar tais efeitos ocasionados pela falta de executabilidade dos laudos e sentenças internacionais. Acrescenta que:

Ambos sistemas han entendido en efecto que de nada vale la existencia de un mecanismo de solución de controversias complejo y elaborado, cualquiera que sea su naturaleza, si el laudo o la sentencia que clausura los procedimientos es de cumplimiento voluntario y no es ejecutable, o no se puede hacer cumplir, porque no existe, directa o indirectamente, un poder de coacción suficiente para que la resolución jurisdiccional o arbitral se haga efectiva cuando no hay voluntad de cumplimiento por parte del Estado obligado por la misma.²

A pertinência do tema do presente trabalho resume-se no fato de que a maneira que os processos integrativos escolhem de resolver contendas tem considerável influência sobre as direções que esses processos vão tomar. Ela pode fortalecer ou não o entrelaçamento entre os países que do organismo fazem parte. Assim, a peça-chave desta dinâmica que envolve o sistema de solução de controvérsias é o modo como as decisões finais vão ser cumpridas. Porém, no caso do Mercosul, o instituto ainda é novidade, há apenas um caso que envolve a aplicação de sanções. Por isso, será aqui analisado o sistema de sanções aplicado pela União Europeia. São sistemas diferenciados, mas ambos com um caráter coercitivo para que as decisões finais sejam cumpridas.

² PASTORI FILLÓL, Alejandro. La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el MERCOSUR. In: **Cuadernos de Integración Europea**, nº 5. Valencia, España, Junio, 2006. p. 62.

1 AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS ESTADOS

Para falar-se em conflitos internacionais, bem como, suas possíveis soluções pacíficas, leva-se em consideração os conflitos existentes entre Estados. Para tanto, necessário se faz, tecer algumas considerações sobre o Estado, como sua origem, características, conceitos, elementos, como será feito a seguir.

1.1 BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE ESTADO

Quanto à definição de Estado³, vão ser várias as contribuições trazidas pelos mais diversos autores. David observou que raras vezes os homens discordaram tão acentuadamente sobre um termo⁴. Krader afirma que o Estado “é órgão fundamental de poder em qualquer sociedade em que se encontre. É um órgão para a integração”⁵.

Jellinek por sua vez, formula conceito de Estado sob dois vieses: um social e outro jurídico. Pelo primeiro, o autor entende que Estado “é a unidade de associação dotada originariamente de poder de dominação e formada por homens assentados em um território”⁶. Pelo segundo afirma ser Estado “corporação formada por um povo, dotada de um poder de mando originário e assentada em um determinado território”⁷.

³ O termo “Estado” surgiu com Nicolau Maquiavel em 1513 em sua obra *O Príncipe*, significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 43. De toda forma, Jellinek ensina que havia uma necessidade de uma palavra geral que compreendesse a formação total do Estado e esta necessidade foi atendida na Itália. Para a pluralidade dos Estados italianos não era correto utilizar as palavras *regno*, *império*, *terra*, assim como não era suficiente a palavra *città* para expressar o caráter dos Estados de Florença, Veneza, Gênova, Pisa, etc. É a partir de então quando se começa a utilizar-se o vocábulo *Stato*, que une-se ao nome de uma cidade: *stato de Firenze*, etc. Assim, continua o autor, se criou um termo *incolor* aplicável a todos os Estados territoriais. JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Tradução: Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 97.

⁴ DAVID, Easton Apud DALLARI, 1995, p. 98.

⁵ KRADER, Lawrence. **A formação do estado**. Tradução: Regina Lucia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 50.

⁶ JELLINEK, 1970, p. 133.

⁷ JELLINEK, 1970, p. 135.

Não é o objetivo listar todos os conceitos de Estado. Para a presente pesquisa basta a ideia de que o Estado é uma Sociedade⁸ politicamente organizada que, conforme Wight, possui independência em relação a outras unidades, não reconhecendo qualquer superioridade política das demais unidades. Tais unidades possuem relações contínuas e organizadas entre as mesmas.⁹

Conforme Deutsch, o Estado é um ente estruturado para tomar e implementar decisões políticas, além de fazer cumprir as normas editadas pelo governo.¹⁰ Para tanto o Estado deve ter uma organização composta de funcionários, edifícios, força policial, etc., reconhecidos como governo, que permitam a realização desses escopos em relação a um grupo social, designado povo, dentro de um território determinável. Em sua relação com as demais unidades, o Estado deve ser reconhecido como igual aos demais, não estando sujeito a dominação de outra unidade estatal (independência). Para Deutsch o Estado do “laissez faire” se fundamentava na ideia de coerção, própria do cumprimento das leis. Modernamente o Estado direciona a sua essência não mais para a coerção, mas para os serviços sociais como educação, saúde, infraestrutura, transporte, produção, etc.¹¹

A organização política da Sociedade por meio do Estado, assim como a sua relação com os demais Estados, visa assegurar a realização dos objetivos reconhecidos como fundamentais, tais como a segurança, a liberdade, o desenvolvimento e o bem estar.

1.2 FORMAÇÃO DE ESTADOS

A questão do momento de surgimento do Estado é controversa. Entretanto, as ideias centrais sobre o surgimento são três: a) o Estado

⁸ É importante esclarecer a diferença entre sociedade e Estado, neste sentido, traz-se a contribuição de Lawrence Krader. “[...] da época de Rousseau até os fins do século XIX, a teoria política francesa encarava o Estado e a sociedade como uma coisa só. Ao contrário, Bluntschili sustentava que, enquanto o Estado é organizado com uma cabeça e os membros, a sociedade não o é. A sociedade não tem vontade coletiva nem poder político, legislação, governo ou administração da justiça; estes são do Estado. Mantida pela opinião pública, a sociedade possui pontos de vista, interesses e reivindicações comuns. O Estado e a sociedade, sendo formados pelos mesmos indivíduos, interagem de várias e íntimas maneiras. O Estado fornece a lei para a sociedade, protegendo e provendo os interesses da sociedade; a sociedade mantém o estado com seus recursos intelectuais e econômicos.” KRADER, 1968, p. 29.

⁹ WIGHT, Martin. **A política do poder**. 2. ed. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002. p. 1.

¹⁰ DEUTSCH, Karl. **Política e governo**. Brasília: UnB, 1974. p. 93.

¹¹ DEUTSCH, 1974, p. 93.

juntamente com a Sociedade sempre existiu, uma vez que o homem encontra-se numa organização social detentora de poder e autoridade a fim de coordenar o comportamento de todo o grupo¹²; b) a Sociedade humana existiu sem o Estado por certo tempo. O Estado foi constituído para atender as necessidades ou conveniências dos grupos sociais¹³; c) a terceira teoria trará no seu bojo a ideia de que se admite o Estado como uma Sociedade política, com características claramente definidas. Neste sentido alguns autores apontam a “data oficial de nascimento do Estado” o ano de 1648, quando foi assinada a Paz de Westfália, pois a partir de então, o mundo ocidental apresentou-se de forma organizada, dividido em Estados.¹⁴

Não obstante a existência de autores que apontam o surgimento do Estado em épocas mais remotas¹⁵, no presente será dada ênfase ao surgimento do Estado, enquanto Estado Moderno.¹⁶ Isso teria ocorrido no período final da Idade Média com o surgimento das primeiras monarquias absolutistas.

As características do Estado, como hoje se conhece, eram bastante diferenciadas na Idade Média. Trata-se de época controversa da história da humanidade, pois ao mesmo tempo em que foi glorificada

¹² “Eduard Meyer, historiador das sociedades antigas, e Wilhelm Koppers [...] afirmaram ser o Estado um elemento universal na organização social humana.” KRADER, 1968, p. 26; DALLARI, 1995, p. 44.

¹³ De acordo com Fustel de Coulanges, o caminhar dos homens se deu na seguinte sequência: formação da família, depois da fratria, da tribo, formação de pequenas sociedades, formação das cidades e, a partir daí, foi criado o Estado entre os antigos. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2001. p. 113-114; DALLARI, 1995, p. 44.

¹⁴ BALLADORE PALLIERI, Giorgio. **A doutrina do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 16. Tradução de Fernando de Miranda; DALLARI, 1995, p. 44-45.

¹⁵ Neste sentido Hermann Heller aponta e critica o entendimento de Eduard Meyer “leva às suas últimas consequências essa universal ampliação do conceito do Estado ao concebê-lo, contra o que se costuma fazer, não como algo que nasce com o homem, mas inclusive como aquele grupo social ‘que corresponde à horda animal e que, por sua origem, é mais antigo do que o gênero humano, cuja evolução só se torna possível nele e por ele’ (*Gesch. D. Altertums*, I, I, 4, 1925, p. 11; sobre os Estados de animais, p. 6-7). É evidente que, com tão ilimitada extensão, o conceito histórico do Estado se desnaturaliza por completo e se torna de impossível utilização.” HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Martins Fontes, 1968. p. 15.

¹⁶ É a partir deste momento que a maioria dos autores afirma sem medo a existência de um “Estado”, pois em relação a momentos anteriores os autores variam muito sobre a existência deste. Por vezes apontam a possibilidade de ele ter existido na Roma e Grécia antigas. No entanto, como ensina Heller, a denominação “Estado Medieval” é duvidosa “pois é patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”. HELLER, 1968, p. 158.

por muitos - por ter sido um período ímpar de criação no tocante à preparação do mundo para que atingisse a verdadeira noção do *universal*¹⁷ – também foi apontada por alguns como a *noite negra*, pois se tratava de um período em que as lutas constantes conformavam um estado de guerra de todos contra todos.¹⁸

Os elementos que mantiveram o Estado da forma que era na Idade Média por vários séculos, de acordo com Dallari são os seguintes: cristianismo e invasões bárbaras e o feudalismo.¹⁹ O referido autor, afirma que conjugando esses três fatores, pode-se vislumbrar a dinâmica ofertada no período medieval, qual seja: a existência de um Imperador exercendo um poder superior, mas limitado por uma pluralidade de poderes menores, com escassa definição de hierarquia; uma multiplicidade de ordens jurídicas.²⁰

Outras características do mencionado período podem ser apontadas. As funções que hoje o Estado Moderno detém, encontravam-se “repartidas entre os mais diversos depositários”²¹; havia uma grande confusão entre os setores público e privado²²; limitações a que o Estado

¹⁷ DALLARI, 1995, p. 56.

¹⁸ Hobbes já falava que os homens viviam sob o estado de natureza, numa guerra de todos contra todos, levando à necessidade de que desistissem de sua liberdade em troca de viverem numa sociedade civil para poderem assim garantir sua sobrevivência. HOBBS, Thomas. **O Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

¹⁹ No caso do cristianismo, este permitiu à Igreja formar uma unidade religiosa onde não havia unidade política clara; quanto aos bárbaros invasores, estes incentivavam as regiões invadidas a firmarem-se como unidades políticas independentes; o feudalismo por sua vez contribuiu da seguinte forma: “as invasões e as guerras internas tornaram difícil o desenvolvimento do comércio. Em consequência, valoriza-se enormemente a posse da terra, de onde todos, ricos ou pobres, poderosos ou não, deverão tirar os meios de subsistência. Assim, toda vida social passa a depender da propriedade ou da posse da terra, desenvolvendo-se um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados à situação patrimonial”. DALLARI, 1995, p. 58.

²⁰ Tais como: ordem imperial, uma ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal significativamente desenvolvido, regras estabelecidas no fim da Idade medieval pelas corporações de ofícios, e as ordenações dos feudos. DALLARI, 1995, p. 59.

²¹ São alguns deles: a Igreja, o nobre proprietário de terras, os cavaleiros, as cidades e outros privilegiados. HELLER, 1968, p. 158.

²² Essa confusão vai ocorrer, sobretudo por ocasião de três institutos: o da vassalagem através do qual “os proprietários menos poderosos colocavam-se a serviço do senhor feudal, obrigando-se a dar-lhe apoio nas guerras e a entregar-lhe uma contribuição pecuniária, recebendo em troca sua proteção; o *benefício* contrato entre o senhor feudal e o chefe de família que não possuísse patrimônio. Este último recebia uma faixa de terra para cultivar, dela extraindo o sustento de sua família, além de entregar ao senhor feudal uma parcela da produção. Estabelecido o benefício, o servo era tratado como parte inseparável da gleba, e o senhor feudal adquiria, sobre ele e sua família, o direito de vida e de morte, podendo assim estabelecer as regras de seu comportamento social e privado; e pela *imunidade* instituto pelo qual se concedia a isenção de tributos às terras sujeitas ao *benefício*”. DALLARI, 1995, p. 58-59.

estava submetido; etc. Ocorre que, essa situação de “desagregação política e as constantes lutas das corporações entre si e contra o príncipe produziram uma geral intranquilidade e uma terrível ausência de direito”²³. Desta forma, como já dito, “uma guerra geral de todos contra todos originou-se no interior das nações”²⁴. Assim sendo, esse quadro que ensejou uma permanente instabilidade política, econômica e social, e gerou uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, acabou transfigurando-se no germe de criação do Estado Moderno.²⁵

Entretanto, a mudança que ocorreu no Estado Medieval que culminou no Estado Moderno não foi repentina, pelo contrário, se deu de forma gradativa.²⁶ Sendo assim, diversos eventos foram ocorrendo até que se atingisse a mudança total.²⁷

De todas as mudanças pelas quais o Estado Medieval teve que passar para se metamorfosear em Estado Moderno, uma das mais importantes seria a aquisição de uma segurança jurídica para a unidade política. Pois, cada governo e ofício tinham usos e costumes peculiares que não estavam de acordo com os dos outros, motivo que tornava as contendas infinitas.²⁸ Portanto, o Estado necessitava de um *jus certum*²⁹. De acordo com Heller, este *jus certum* da época se deu por meio do Direito Romano³⁰, o que ocasionou a unificação da prática forense e uma jurisdição relativamente previsível, “a cargo de uma classe especial de juristas que sentenciavam baseando-se em normas racionais”³¹. Ainda de acordo com o mencionado autor, devido a tal, juntamente com o forte poder executivo do funcionário, produziu-se um significativo

²³ HELLER, 1968, p. 161.

²⁴ RANKE, Apud HELLER, 1968. p. 161.

²⁵ DALLARI, 1995, p. 59.

²⁶ De acordo com Heller, a união política ocorreu primeiramente na Inglaterra, no século XI. No século XIII, uma manifestação prematura do Estado moderno criou-se na Sicília, onde houve uma centralização de modo geral. HELLER, 1968, p. 161.

²⁷ O aparecimento do poder estatal monista como ocorreu na Inglaterra; os meios de autoridade e administração que eram de domínio privado se transformaram em propriedade pública; o poder de mando passou a ser do Estado; novas tecnologias de guerras exigiam mais recursos que por sua vez exigiam uma maior organização e centralização das finanças, bem como dos exércitos; a centralização que ocorreu no campo militar, logo passou a outras searas (comunicações, educação, administração da justiça, cultural, técnica, etc.); e dentre outros, o fato de ter o Estado fomentado seu próprio capital a fim de fortalecer seu poder político. HELLER, 1968, p. 161-163.

²⁸ HELLER, 1968, p. 167.

²⁹ Um sistema de regras unitário, fechado, escrito que fosse válido para todo o território do Estado. HELLER, 1968, p. 167.

³⁰ Apesar de muitos autores acreditarem que a recepção do Direito Romano no período tivesse sido prejudicial. HELLER, 1968, p. 167.

³¹ HELLER, 1968, p. 168

aumento da segurança jurídica e trouxe à baila “a paz territorial perpétua, que a Idade Média só conhecera com caráter temporal [...] e que era então constantemente perturbada pela adoção de medidas de defesa”³².

Restam assim esclarecidos os principais acontecimentos que levaram ao surgimento do que se conhece hoje por Estado Moderno. Neste sentido, são válidas as palavras de Dallari:

Isso tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial. Os tratados de Westfália tiveram o caráter de documentação de existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano. Era já o Estado Moderno, cujas marcas fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, foram-se tornando mais nítidas com o passar do tempo e à medida que, claramente apontadas pelos teóricos, tiveram sua definição e preservação convertidas em objetivos do próprio Estado.³³

São elementos constitutivos do Estado Moderno, o povo ou nação³⁴, o território³⁵ e a soberania. Não obstante, a importância de todos, dar-se-á ênfase à soberania, pois é este elemento que é colocado em cheque no século XX.³⁶ Reale assevera que:

Soberania é tanto a força ou sistema de forças que decide o destino dos povos, que dá nascimento ao

³² HELLER, 1968, p. 168.

³³ DALLARI, 1995, p. 60.

³⁴ A nação é o “resultante de fatores múltiplos, de ordem econômica, racial, linguística, religiosa, etc., mas sobretudo, de ordem histórica, por todos esses laços sutis e fortes que ligam os homens estabelecidos em um mesmo território com uma comunhão de usos e costumes. Representa, pois, também, um valor de ordem espiritual [...]”. REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

³⁵ O território é a base física da nação, é seu limite geográfico, tanto em terra, quanto no mar e no ar. PAUPÉRIO, Artur Machado. **Teoria geral do Estado**: direito político. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 133.

³⁶ Um dos motivos desse fenômeno, é a explosão de organizações internacionais de natureza integrativa, conforme ver-se-á no segundo capítulo.

Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto à expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania. É esta necessidade de considerar concomitantemente os elementos da soberania que nos permite distingui-la como uma forma de *poder* peculiar ao Estado Moderno.³⁷

A atualidade denota traços fortes de perda de força da soberania como era na época da criação do Estado Moderno, mas Bonavides ressalta que não se pode olvidar que foi este elemento que inaugurou o Estado Moderno. A ausência deste poder inabalável, na qualidade de autoridade central, unitária, monopolizadora da coerção, tornaria impossível a constituição daquele ente.³⁸

A instabilidade nas relações sociais e a necessidade de uma organização política que refreasse as paixões e egoísmos dos indivíduos também foram reconhecidas como elementos importantes no estabelecimento do Estado Moderno.

O cenário de guerra civil descrito por Hobbes no *Leviatã*³⁹ é atribuído ao egoísmo dos homens, próprio do estado de natureza. Esse entendimento, o levou a concluir pela necessidade de um pacto social para que os homens pudessem abandonar o perigo e a insegurança do estado que tornava a vida desagradável, bruta e curta. Para Hobbes o estado de natureza equivale ao estado de guerra⁴⁰ e, por isso, se fez necessária a presença de um soberano para encampar a função de colocar as coisas em ordem.⁴¹

³⁷ REALE, 2000, p. 139.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 35.

³⁹ *Leviatã* é um homem artificial de maior estrutura e força que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. Quem confere vida e movimento a este Estado é a soberania, pois é uma alma artificial. HOBBS, 2001, p. 15.

⁴⁰ Na concepção de Hobbes o estado de guerra pertence à natureza humana, a humanidade é dominada por uma paixão, pelo desejo incessante de poder. A consequência disso é o conflito, a guerra civil, uma guerra de todos contra todos. HOBBS, 2001; KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 27.

⁴¹ O soberano é juiz de tudo, ele tudo pode. Não pode ser privado de seu poder, suas ações não podem ser acusadas pelo súdito, por este também não pode ser punido. HOBBS, II Parte, capítulo 18, 2001.

Hobbes não foi o único a descrever o estado de natureza dos homens e as suas desvantagens. Em 1689 foram publicados os *Dois Tratados sobre o Governo*⁴², de autoria de John Locke.

No *Segundo Tratado sobre o Governo*, Locke descreveu o estado de natureza entre os homens e o pacto social, mas abordou o tema de um ângulo diferenciado do de Hobbes.

Locke não vinculou o estado de natureza ao estado de guerra de todos contra todos, contudo, admitiu alguns inconvenientes desse estado. O estado de natureza para Locke significava um estado de “perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem”⁴³.

O filósofo inglês também identificou o estado de natureza com o estado de igualdade existente entre as pessoas, que nasceram com as mesmas vantagens e faculdades oferecidas pela natureza, devendo por isso serem consideradas iguais umas às outras sem subordinação ou sujeição.⁴⁴ Na concepção de Locke, o elemento que vai unir os indivíduos nesse estado, de forma que eles não destruam a si mesmos nem aos outros, será a lei da razão.⁴⁵

Entretanto, Locke admite que o indivíduo vivendo nesse estado de natureza poderá cair na tentação de ser parcial consigo mesmo ou com seus amigos, “e, por outro lado, a inclinação para o mal, a paixão e a vingança os levarão longe demais na punição”⁴⁶ a outrem, daí se

⁴² No *Primeiro Tratado sobre o Governo*, Locke concentrou-se em rebater a teoria abordada por Robert Filmer em sua obra *O Patriarca* sobre o inatismo do monarca. Robert Filmer quis, por meio dessa obra, defender o absolutismo, alegando que o povo não é livre para escolher a forma de governo a qual o governará e que os monarcas são detentores de um poder inato que. Introdução de LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 17.

⁴³ LOCKE, 1978, p. 35.

⁴⁴ LOCKE, 1978, p. 35.

⁴⁵ “O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.” LOCKE, 1978, p. 36.

⁴⁶ Explica-se em qual situação o indivíduo poderá agir parcialmente no caso de uma punição. No parágrafo sete do capítulo *Do Estado de natureza* Locke explica o que ocorre quando um indivíduo desobedece a lei da natureza (a lei da razão). “E para impedir a todos os homens que invadam os direitos dos outros e que mutuamente se molestem, e para que se observe a lei da natureza, que importa na paz e na preservação de toda a Humanidade, põe-se, naquele estado, a execução da lei da natureza nas mãos de todos os homens, mediante a qual qualquer um tem o direito de castigar os transgressores dessa lei em tal grau que lhe impeça a violação, pois a lei da natureza seria vã, como quaisquer outras leis que digam respeito ao homem neste mundo, se

seguindo tão-somente confusão e desordem”⁴⁷. Prosseguindo em seu raciocínio, o autor reconhece que o estabelecimento de um governo civil poderá restringir os inconvenientes do estado de natureza.

Locke se coloca a favor da formação de uma sociedade política, porém, nos seguintes termos: cada indivíduo vai renunciar à prerrogativa da execução da lei natural (de castigar os ofensores da própria lei natural) que a si caberia, e vai repassá-la às mãos da comunidade. Assim, por meio desse pacto social, estará formada a sociedade. Ou seja, haverá uma sociedade civil ou política “sempre que, portanto, qualquer número de homens se reúne em uma sociedade de tal sorte que cada um abandone o próprio poder executivo da lei de natureza, passando-o ao público”⁴⁸.

As ideias de Hobbes e de Locke contribuíram para a compreensão do processo de formação do Estado Moderno. Cada um a sua maneira explicitou a importância do homem abandonar o estado de natureza e viver em Sociedade, alcançando o bem comum e a paz.

1.3 RELAÇÕES INTERNACIONAIS: COOPERAÇÃO E CONFLITO

Com a formação do Estado Moderno, a dinâmica das relações entre os entes politicamente organizados modificaram-se. As primeiras alianças políticas de competição pelo poder, de comércio e de cooperação entre esses entes incrementaram as relações internacionais.⁴⁹

Para Wight, as relações internacionais traduzem-se nas relações que ocorrem entre as unidades independentes – Estados, nações, países ou potências – que conformam um sistema de relações contínuas altamente organizadas entre elas, ou seja, relações políticas, econômicas, diplomáticas e comerciais, ou ainda de guerra e de paz.⁵⁰

O palco de atuação das relações internacionais passou a ser chamado de Sociedade Internacional. Hedley Bull sustenta a ideia de

não houvesse alguém nesse estado de natureza que não tivesse poder para por em execução aquela lei e, por esse modo, preservasse o inocente e restringisse os ofensores.” LOCKE, 1978, p. 36.

⁴⁷ LOCKE, 1978, p. 38.

⁴⁸ LOCKE, 1978, p. 67.

⁴⁹ OLIVEIRA, Odete Maria. **Relações internacionais**: estudos de introdução. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

⁵⁰ WIGHT, 2002, p. 1.

que os Estados sempre formaram e continuam a formar, não apenas um Sistema de Estados, mas também uma Sociedade Internacional.⁵¹

Stersi dos Santos, interpretando Hedley Bull, afirma que a Sociedade Internacional vai se constituir com a consciência da existência de determinados valores e interesses comuns entre os Estados.⁵² Assim, dentro da Sociedade Internacional, relações de cooperação e conflito vão surgir.

As relações entre os Estados ocorrem por meio da cooperação e do conflito.

De acordo com Entelman, serão relações de conflitos entre as partes - sejam elas Estados ou não - quando os objetivos forem incompatíveis ou, pelo menos quando, todos ou alguns integrantes da relação os percebam como incompatíveis. Porém, prossegue o autor, quando os objetivos não sejam total ou parcialmente incompatíveis, mas sim, comuns ou coincidentes, ter-se-á relações de “acordo” que, ao invés de condutas conflitivas gerarão “condutas cooperativas” ou condutas coincidentes, que podem ser individuais ou coletivas.⁵³

Para Stersi dos Santos, a “criação pela sociedade de entes dotados de poder político territorial, ao longo da história, fez com que surgissem entre essas instituições relações de cooperação e de conflito”⁵⁴.

Importante destacar que as relações de cooperação e de conflito no cenário internacional não são novidades decorrentes do surgimento do Estado Moderno. Muito pelo contrário, elas ocorrem desde o advento das primeiras cidades-Estado, como bem esclarece Coulanges.⁵⁵ A

⁵¹ De acordo com Bull, ao longo da história do sistema de estados modernos, três tradições de pensamento passaram a competir: a hobbesiana ou realista, que percebe a política internacional, as relações internacionais como um estado de guerra constante; a kantiana ou universalista que vê as relações internacionais como uma comunidade de indivíduos; e a tradição Grociana ou internacionalista que se posiciona entre as duas. Contraopondo-se respectivamente ao realismo e ao universalismo, e filiando-se ao internacionalismo, Bull não crê que as relações internacionais se traduzam em um constante embate como se os estados fossem gladiadores e não crê que os membros imediatos das relações internacionais sejam o indivíduo, e sim o estado. Acredita existir uma sociedade de estados, uma sociedade internacional, mesmo que seja anárquica por inexistir um governo comum acima dos estados. BULL, Hedley. **The Anarchical Society**: um estudo da ordem na política mundial. 3 ed. New York: Columbia University Press, 2002. p. 22-50.

⁵² STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares. As formas pacíficas de resolução de conflitos nas relações internacionais. In: BARRAL, Welber Oliveira; CORREA, Carlos M.; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs). **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 14.

⁵³ ENTELMAN, Remo F. **Teoria de conflitos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 49.

⁵⁴ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 14.

⁵⁵ Coulanges fala das relações de guerra, paz e alianças entre essas cidades. COULANGES, 2001, p. 175-180.

diferença é que a partir do Estado Moderno, de acordo com Stersi dos Santos:

Os estados se relacionam dentro de determinados princípios como o reconhecimento da soberania e a inexistência de poder ou de autoridade superior de forma a caracterizar a existência de uma sociedade anárquica nas relações internacionais.⁵⁶

Para Stersi dos Santos, as relações entre os Estados são interdependentes, ou seja, há uma dependência mútua, recíproca, de forma que a conduta de cada um leva em conta a conduta dos demais. São estas condutas e suas interpretações é que vão gerar as situações de conflito ou de cooperação.⁵⁷

Aron e Sardenberg, inobstante entenderem que as relações dominantes no cenário internacional são de natureza antagônica e de invariavelmente serem identificadas como relações de poder, reconhecem também que a realidade internacional é complexa e compreende algo mais além dos aspectos conflituosos. Nesse sentido analisam a situação da Guerra Fria e o fato de que seu desfecho teria sido desastroso para o mundo de uma forma geral, caso os as partes envolvidas tivessem optado pelo conflito armado.⁵⁸

Sobre a inevitabilidade do conflito, Entelman tem uma idéia interessante sobre o momento de tomada de decisões (de cooperar ou de entrar em conflito). O autor aborda o tema sob dois aspectos: atores individuais e atores coletivos. A conclusão do autor sobre o primeiro, é que o processo de tomada de decisões é mais simples, pois envolve apenas o indivíduo.⁵⁹

Já sobre os atores coletivos Entelman assevera que o processo de tomada de decisões é mais complexo.⁶⁰ De acordo com o autor, quando os atores protagonistas são coletivos, além das relações de cooperação e conflito que podem envolver as partes que se enfrentam, há também entre alguns membros de cada um dos grupos do embate, diversos tipos

⁵⁶ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 13.

⁵⁷ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 14.

⁵⁸ ARON, Raymond; SARDENBERG, Ronaldo. **Curso de introdução às relações internacionais: o meio internacional.** 2 ed. V. 6. unidade III. Brasília: Universidade de Brasília. 1983. p. 88-94.

⁵⁹ Exemplos de conflitos com protagonistas individuais: conflitos conjugais, conflitos de família em geral, os societários, quando envolve dois sócios, etc. ENTELMAN, 2005, p. 77.

⁶⁰ ENTELMAN, 2005, p. 79.

de relações isoladas e plenas de considerável proporção de compatibilidade de objetivos e ainda de cooperação mais ou menos intensa. Desse modo, essas relações parciais intergrupos geram, por sua vez, vínculos e sentimentos que exercerão influência no grau de participação que esses subgrupos estão dispostos a destinar à relação de conflito que ocorre entre os grupos mais amplos: os países aos quais pertencem.

Em contrapartida, também podem ocorrer conflitos internos em um ator coletivo que se enfrenta com um ator externo e que poderá acarretar a fragmentação deste ente coletivo. Talvez esses setores internos não possam tomar decisões e nem mesmo mudar os órgãos do governo implicados no conflito externo, mas eles podem influenciar no processo de tomada de decisões.⁶¹

Após ter analisado o “ator coletivo” na seara da tomada de decisão, adverte Entelman, que o operador tem que estar atento para uma série de elementos cujo conhecimento e apropriada ponderação é indispensável, tanto para a administração como para o processo de resolução do conflito.⁶² O que Entelman quer deixar claro, é que o referido fator pode ser muito significativo para o processo de tomada de decisão e, conseqüentemente, sobre os rumos das relações entre os entes coletivos (cooperação ou conflito).

1.3.1 A cooperação nas relações internacionais

Grotius em seus Prolegômenos ao *Direito da Guerra e da Paz* dava sinais de que acreditava na nobreza do homem, de que o homem, por ser um animal de natureza superior tem toda condição de diferenciar aquilo que é iníquo do que é justo. Discordava do entendimento de que o homem é um ser egoísta, disposto somente para suas próprias utilidades.⁶³

Grotius não concordava com o alegado *justo temor*, para justificar os conflitos. Em sua opinião, dentro dos limites da inteligência humana, com a capacidade de apreciação das coisas que o homem tem, ele pode conformar um juízo sadio, que não o permita se deixar vencer pelo temor nem pelas seduções dos prazeres presentes ou ainda por um

⁶¹ Como ocorreu na guerra que envolveu os Estados Unidos e o Vietnã com os grupos contrários à guerra. ENTELMAN, 2005, p. 80.

⁶² ENTELMAN, 2005, p. 81.

⁶³ Prolegômenos de GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. v. 1. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 37.

ímpeto temerário. Pois o que está contra referido juízo, é contrário à natureza humana.⁶⁴

Locke, que além de identificar o estado de natureza como um estado de igualdade e liberdade, como já dito, o diferencia do estado de guerra, afirmando que um está tão distante do outro “como um estado de paz, boa vontade, assistência mútua e preservação está de um estado de inimizade, malícia, violência e destruição mútua”⁶⁵.

Angell, no início do século XX, também vai expor suas ideias a favor do homem. Angell opôs-se ferrenhamente às ideias realistas de que à guerra, traria inúmeros benefícios, como geração de riquezas, possibilidade de confisco ou de ganhar indenizações, crescimento da força militar, etc.

Rebatendo um a um os argumentos realistas, o autor chega à conclusão de que os alegados benefícios acarretados pela guerra não passam de uma grande ilusão.⁶⁶ Angell admite que o homem possa, em tempos mais primitivos, ter sido detentor de uma natureza mais belicosa, porém, assevera que não há que se falar em imutabilidade da natureza humana, muito pelo contrário, crê que o homem pode transformar-se, especialmente, quando envolvido pelos efeitos de um desenvolvimento de cunho mecânico e social, convertendo-se, desse modo, “em um conjunto de objetivos cada vez menos destrutivos e antieconômicos, facilitando a cooperação dos homens na luta contra o ambiente, condição da sua sobrevivência e do seu progresso”⁶⁷.

Angell eleva seu entendimento de que o indivíduo não é imutável, para o âmbito dos Estados. Conclui que eles também podem evoluir a ponto de prescindirem das formas violentas de resolver conflitos, sobretudo a guerra, especialmente se conscientizarem-se das desvantagens da mesma.⁶⁸

O paradigma realista que firma suas bases nas afirmativas que as Relações Internacionais são por natureza conflitivas, traduzindo-se em atos de conflito e poder, foi desacreditado pelo interdependentismo que demonstrou que essas relações poderiam ser de caráter predominantemente cooperativo.⁶⁹

⁶⁴ Prolegômenos de GROTIUS, 2004, p. 40.

⁶⁵ LOCKE, 1978, p. 41.

⁶⁶ ANGELL, Norman. **A grande ilusão**. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.

⁶⁷ ANGELL, 2002, p. 167.

⁶⁸ ANGELL, 2002, p. 167-183.

⁶⁹ OLIVEIRA, 2007, p. 117-118.

Nye esclarece seu entendimento sobre política internacional, afirmando que atualmente, trata-se de um sistema anárquico composto por Estados relativamente coesos, porém sem poder superior.⁷⁰ Na concepção do autor, há duas tradições teóricas acerca do tema: o realismo e o liberalismo, apontando como seus respectivos expoentes Thomas Hobbes e John Locke.

Nye analisou três grandes conflitos internacionais: a Guerra do Peloponeso e as duas Grandes Guerras Mundiais. A análise desses conflitos foi realizada com uma espécie de paralelismo entre as correntes realista e liberal, sendo que o ponto destacado nesse paralelismo foi a visão que cada uma dessas correntes detinha sobre o grau de inevitabilidade dos referidos conflitos. Em todos os eventos, ao contrário das análises dos realistas, Nye chega à conclusão que poderiam ter sido evitadas.⁷¹ Em sua opinião, nas situações em que pareça que a guerra é inevitável, há que se perceber que “existem margens de liberdade e as decisões humanas podem, por vezes, evitar os piores acontecimentos”⁷².

A inclinação interdependentista do autor o leva a crer que não obstante haver uma estrutura geral de anarquia nos assuntos internacionais, que pode até mesmo por vezes encorajar a guerra, a cooperação é sempre uma possibilidade.⁷³

Para Entelman, após a Segunda Guerra Mundial começaram a intensificar-se as análises teóricas sobre os conflitos internacionais, e neste viés, iniciou-se uma diferenciação entre conflitos, de forma que a alguns se atribuiu caráter de objetivo único e, aos demais, caráter de objetivos múltiplos. Esta distinção entre os conflitos internacionais levou a pensar que os primeiros, conflitos de objetivo único, resultariam invariavelmente numa situação de ganhador-perdedor, ou seja, uma parte ganharia, e necessariamente, a outra perderia, enquanto que na presença de conflitos com objetivos múltiplos, ambas as partes poderiam obter ganhos.

⁷⁰ O autor informa que ao longo dos séculos houve três formas básicas de política mundial (somente se pode falar em política *internacional* a partir da formação do Estado Moderno): um sistema de império mundial (um governo dominante sobre a maior parte do mundo); um sistema feudal (as obrigações políticas eram, em grande parte, determinadas pelo o que acontecia aos hierarquicamente superiores); e por fim o sistema anárquico de estados.

⁷¹ NYE, Joseph. **Compreender os conflitos internacionais**: uma introdução à Teoria e à História. Tradução de Tiago Araújo. Lisboa: Gradiva. 2002.

⁷² NYE, 2002, p. 23.

⁷³ NYE, 2002, p. 23.

A contribuição de Entelman, foi no sentido de expressar duas de suas convicções: a de que era possível tratar a todos os conflitos com a mesma atitude, com a busca de soluções satisfatórias para todos; e que não era inevitável produzir um ganhador e um perdedor apenas pelo fato de tratar-se de uma situação de objetivo único. Na verdade, imaginar que ambas as partes esperam desse objetivo a satisfação de valores absolutamente idênticos, ocorre somente quando não se investiga com profundidade três elementos que fazem parte dessa relação de conflito: valores, interesses e objetivos. Entelman conclui então que, buscar uma solução de forma criativa e cooperativa, supõe uma atitude, um estado de ânimo, ou melhor, uma mentalidade.⁷⁴

1.3.2 O conflito nas relações internacionais

Como já apontado, Hobbes havia expressado o fato de que as paixões mais profundas dos homens os levavam a viver em um *estado de natureza*. Neste estado, davam vazão as suas vontades e desejos de forma inconsequente. Desse modo, tal estado poderia desencadear inúmeras vontades contrapostas de um indivíduo com o outro, e tal situação, por sua vez, acarretaria invariavelmente em situações conflituosas.⁷⁵ Assim sendo, não obstante Hobbes ter escrito sua obra em 1651, ele abordou um tema que acompanha a humanidade desde seus primórdios: as relações de conflito.

Para Bull, Hobbes discorria sobre a natureza do homem como indivíduo, mas sobrelevou sua teoria para o âmbito dos Estados. Ou seja, como se os Estados fossem os indivíduos no estado natural e necessitassem de uma autoridade acima deles para que pudesse governá-los e lhes subtraísse a possibilidade de agir no estado de natureza. O autor acrescenta:

The Hobbesian prescription for international conduct is that the state is free to pursue its goals in relation to other states without moral or legal restrictions of any kind. Ideas of morality and law, on this view, are valid only in the the context of a society, if any moral or legal goals are to be pursued in international politics, these can only be the moral or legal goals of the state itself. [...]

⁷⁴ ENTELMAN, 2002, p. 107-110.

⁷⁵ HOBBS, 2001, p. 47.

The only rules or principles which, for those in the Hobbesian tradition, may be said to limit or circumscribe the behavior of states in their relations with one another are rules of prudence or expediency.⁷⁶

Na mesma linha de Hobbes, Tucídides analisou o contexto da Guerra do Peloponeso.⁷⁷

Na interpretação de Nye, Tucídides aponta um forte motivo que pode levar os Estados a entrarem em conflito: o crescimento de um Estado que leva o outro a temer por sua segurança.⁷⁸ Para Nye, Tucídides teria demonstrado no seu relato, a dinâmica do jogo

⁷⁶ Tradução livre: “A descrição hobbesiana de conduta internacional é a que o estado é livre para buscar seus objetivos em relação a outros estados sem restrições morais ou legais de qualquer tipo. Idéias de moralidade e lei, nesta visão, são válidas somente no contexto de uma sociedade, mas a vida internacional está além dos limites de qualquer sociedade. Se nenhum objetivo moral ou legal deve ser buscado na política internacional, esses só podem ser os objetivos do estado em si. [...] As únicas regras ou princípios que a tradição hobbesiana aceita como limites de circunscrição do comportamento dos estados em suas relações uns com os outros, são regras de prudência e conveniência”. BULL, 2002, p. 24.

⁷⁷ Veja-se sucintamente do que se trata a guerra que teve como opositores principalmente Esparta e Atenas: a Guerra do Peloponeso contada por Tucídides. Tal conflito iniciou da seguinte forma. Em 434 a. C, irrompeu uma guerra civil na cidade-estado grega de Epidamno que por sua vez acabou solicitando e obtendo ajuda de outra cidade-estado, Corinto. Porém, como Epidamno havia sido colônia de Córçira (outra cidade-estado grega), tal ajuda foi entendida por esta última como um afronte. Assim Córçira partiu para um conflito contra Corinto, derrotando uma de suas esquadras. Consequentemente os coríntios declararam guerra à Córçira que por sua vez solicitaram ajuda de Atenas. Esta cidade encontrou-se assim num dilema, pois havia prometido trégua, que já durava uma década, mas em contrapartida, temeram que Corinto conquistasse a Córçira e assumisse o controle de sua grande armada, ocasionando deste modo, um desequilíbrio no poder entre os Estados gregos. Assim, Atenas envolveu-se aos poucos, de modo que acabou culminando na entrada de Esparta (outra grande e poderosa cidade-estado grega) na guerra (opondo-se à Atenas). Pois esta última também temia um crescimento demasiado de poder por parte de Atenas. No final, depois de muitos acontecimentos e anos de guerra, como resultado Atenas teve que implorar pela paz e arrancar suas muralhas que representavam seu poder. Restou demonstrado que a guerra nada de vantajoso trouxe para a Grécia em geral. NYE, 2002, p. 15-17.

⁷⁸ José Paradiso também discorre sobre a questão: o autor realiza uma contextualização da situação do mundo antes da 1ª Guerra Mundial (época em que Norman Angell escreveu *A grande ilusão*). Ou seja, havia uma corrida armamentista, empresas cresciam consideravelmente na produção de instrumentos de guerra mais sofisticados da época. Assim fomentavam todas as disputas possíveis entre os Estados e se valiam da lógica dos Estados: “Nenhum deles parecia disposto a permitir de bom grado que os outros ficassem mais fortes, e a adoção de armas mais sofisticadas exigia dos rivais um novo esforço para não ficar em posição de inferioridade. A construção de cada um estimulava a dos outros, e todos definiam a sua segurança em termos da posse de uma superioridade de forças que dissuadisse qualquer rival eventual.” Prefácio de ANGELL, 2002, p. 21-22.

denominado “Dilema do Prisioneiro”.⁷⁹ De acordo com essa dinâmica, a ausência de dois elementos bastante importantes no âmbito internacional - comunicação e credibilidade – poderá resultar em consequências belicosas. Ou seja, no caso dos prisioneiros, se cada um pensar na melhor solução de forma individual e não puder comunicar-se com o outro, poderá (dependerá da atitude do outro) ser prejudicado, e assim, terá um apenamento maior. E mesmo que possam comunicar-se (e chegar a um acordo) ainda haverá a segunda barreira a transpor: a da credibilidade, ou seja, acreditar na palavra do outro sem pensar que tal poderia ser temerário.

Desta forma, a dinâmica de tal Dilema apontado por Nye, traz a compreensão do que ocorria entre os Estados no âmbito internacional na ausência de comunicação e credibilidade. Diferentemente da atualidade, os séculos passados remontam época de comunicação precária e demorada, por isso, decisões dos dirigentes em favor da guerra eram muitas vezes tomadas antes de se obter respostas relevantes. Esses mesmos tempos também retratam uma era de falta de credibilidade, com tréguas frágeis, que podiam ser interrompidas a qualquer momento sob qualquer pretexto.

Para Nye ficou claro que a visão de Tucídides sobre a inevitabilidade de guerra traduzia-se na capacidade do homem de enredar-se no mencionado Dilema do prisioneiro. Conforme Nye a eclosão dos três grandes conflitos por ele analisados, contaram com o auxílio desta crença.⁸⁰ Tal crença tem como núcleo o supra mencionado *justo temor*. Nye assevera que tanto esta mencionada guerra – analisada pelo historiador grego, quanto muitas das que lhe sobrevieram foram justificadas por este *justo temor*.⁸¹ Essa constatação leva o autor a questionar-se sobre os motivos que levam os Estados a temerem demasiadamente por sua segurança quando há o crescimento significativo de outro Estado, bem como as razões de os Estados investirem tanto para desenvolverem suas defesas quando poderiam simplesmente entrar em um acordo para evitar esse dilema de segurança, situação que para todos seria a melhor.⁸²

⁷⁹ O enredo do Dilema do Prisioneiro consiste basicamente no seguinte: dois prisioneiros x e y vão parar na prisão e encaram (sem poderem comunicar-se) as seguintes opções: x poderá testemunhar contra y ganhando assim sua liberdade enquanto y pega pena máxima de 25 anos; ou vice-versa; ou se os dois testemunharem (um contra o outro), ambos pegam dez anos de cadeia; ou ainda, se nenhum dos dois falar, cada um será condenado apenas a um ano de cadeia (esta seria a segunda melhor opção para ambos).

⁸⁰ NYE, 2002, p. 21.

⁸¹ NYE, 2002, p. 18.

⁸² NYE, 2002, p. 18.

Conforme já dito, “a ausência de comunicação e confiança, na política internacional encoraja os estados a garantirem a sua própria segurança, mesmo que isso possa conduzir todos os Estados à insegurança mútua”⁸³. Como bem demonstra a história, esse pensamento não trouxe consequências favoráveis para as relações entre os Estados, os guiou sim a conflitos, que por vezes foram resolvidos, ou não, por meio de sangrentas guerras.

1.4 FORMAS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS ENTRE ESTADOS

O conflito faz parte das relações entre os Estados, mas as formas que poderão ser utilizadas pelos mesmos para resolvê-los poderão levar a certos desfechos diametralmente opostos.

A resolução dos conflitos entre Estados é realizada mediante a utilização de certos métodos criados pela dinâmica de interação entre os seus agentes e pode ser classificado em: autotutela, formas autocompositivas e formas heterocompositivas.

Serão trazidas à baila também, as sanções do Direito Internacional, pois já foram consideradas formas de resolver conflitos.

1.4.1 Autotutela

De acordo com Stersi dos Santos, desde os primórdios da Sociedade a autotutela é utilizada como forma de resolver conflitos. Sua dinâmica traduz-se no embate de forças, sejam elas físicas, morais ou econômicas, entre as partes, com a tentativa de imposição de uma parte sobre a outra. O autor atenta para o fato de que a autotutela é diferente da autocomposição, por meio da qual a resolução do conflito é buscada mediante a tomada de decisões voluntárias e consensuais.⁸⁴

O recurso à autotutela deixou de ser utilizado à medida que a Sociedade foi se desenvolvendo. Um dos interesses da Sociedade é criar formas mais brandas de resolução de conflitos para o grupo social assim como limitar o uso da força pelos agentes.

Atualmente, no âmbito doméstico, a autotutela encontra-se limitada pelos ordenamentos jurídicos, que por seu turno a toleram somente em situações especiais como nos casos de legítima defesa, de

⁸³ NYE, 2002, p. 20.

⁸⁴ STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 15.

desforço pessoal, do estado de necessidade e da greve, por exemplo.⁸⁵ Já no âmbito do direito internacional, também se admite a autotutela nas situações de legítima defesa⁸⁶ e estado de necessidade, visando à preservação da integridade e independência dos Estados.

A guerra é um dos meios mais extremos de se resolver conflitos internacionais e uma das manifestações mais violentas da autotutela.

Araújo ensina que “examinando-se a história dos povos⁸⁷ primitivos, toda ela imbuída de forte influência religiosa, nota-se que a belona era uma constante em todos eles”⁸⁸. Para o referido autor a Mitologia já se ocupava do assunto, ou seja, “os deuses gregos e romanos pelem entre si e os livros sagrados de todos os povos relatam encontros cruentos, lutas de extermínio, guerras contínuas”⁸⁹.

Mello afirma que “a guerra sempre teve na vida internacional um papel relevante, servindo para que os Estados por meio dela resolvessem os seus litígios e defendessem os seus interesses”⁹⁰. O autor aponta com propriedade que fatores teriam levado os Estados a se relacionarem, desse modo: as relações entre os Estados não eram significativas, portanto, eventuais sanções econômicas não tinham eficácia; a guerra exercia forte atração sobre os homens; devido à frequência das guerras, não restava clara a distinção entre o estado de paz e de guerra.⁹¹

Hugo Grotius definiu a guerra como sendo “o estado de indivíduos, considerados como tais, que resolvem suas controvérsias pela força”⁹².

Clausewitz elaborou definição semelhante: “la guerra es un acto de fuerza para imponer nuestra voluntad al adversário”⁹³. O autor afirma que esta definição é o desdobramento da idéia de que a guerra nada mais é do que um duelo em uma escala ampliada. Ou seja, há que se imaginar os diversos duelos isolados que a guerra contém, para que assim ela

⁸⁵ STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 15-16.

⁸⁶ Art. 51 da Carta da ONU.

⁸⁷ Celso de Albuquerque Mello compartilha desta opinião que a guerra sempre existiu entre os povos em todas as épocas. MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, v. 2., 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1979. p. 730.

⁸⁸ ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 339.

⁸⁹ ARAÚJO, 1995, p. 339.

⁹⁰ MELLO, 1979, p. 730.

⁹¹ MELLO, 1979, p. 730-731.

⁹² GROTIUS, 2004, p. 71-72.

⁹³ “A guerra é um ato de força para impor nossa vontade ao adversário.” Tradução livre de CLAUSEWITZ, Karl Von. **De la guerra**. Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2004. p. 15.

possa ser representada por dois lutadores que tratam cada um de impor a sua vontade sobre o outro por meio da força.⁹⁴

De acordo com Sun Tzu⁹⁵ “a guerra é uma questão vital para o Estado. Por ser o campo onde se decide a vida ou a morte, o caminho para a sobrevivência ou para a ruína”⁹⁶.

De acordo com Huck, a história da guerra muda consideravelmente após o trabalho de Vitoria e seus seguidores, pois a partir de então, muda-se radicalmente o modo de pensar a guerra e as relações jurídicas que dela advém, uma vez que “passa a ser tema essencialmente público, tendo como atores os novos Estados que se consolidavam como entes autônomos e soberanos”⁹⁷.

Gentili elaborou em 1598 a sistemática obra *O Direito de Guerra* que lhe rendeu fama reconhecida até os dias atuais e obteve reputação de clássico da literatura internacional. Referida obra nasceu de urgentes problemas de legitimidade acarretados pelas guerras internacionais e civis entre Estados católicos e Estados reformados, no período.⁹⁸ Possui formato de um tratado, com reconhecido caráter sistemático.⁹⁹ Esse aspecto de sistematização que permeou sua obra ganhou significado no tocante à tradição doutrinal do *direito à guerra* que a precedeu. Essa tradição, que encontra suas raízes na Idade Média, continha “elementos heterogêneos de natureza jurídica e teológica, cuja coesão era assegurada mais pela discussão de uma série de questões tópicas relativas à guerra do que por uma unidade sistemática”¹⁰⁰.

⁹⁴ “Si imaginamos a un mismo tiempo los incontables duelos aislados que forman una guerra, la podríamos representar como dos luchadores que tratan cada uno de imponer sua voluntad sobre el otro por medio de la fuerza física.” CLAUSEWITZ, 2004, p. 15.

⁹⁵ Sun Tzu foi um poderoso general-filósofo que viveu na China cerca de 500 a.C. Ele redigiu um manual compacto intitulado *A arte da guerra*. Trata de um curto texto sobre artes marciais que acabou se transformando em uma obra de considerável influência no pensamento de homens e nações. Introdução de SUN TZU. **A arte da guerra**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 11.

⁹⁶ SUN TZU, 2002, p. 23.

⁹⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Da Guerra justa à justa econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 41.

⁹⁸ Introdução de PANIZZA, Diego In: GENTILI, Alberico. **O Direito de Guerra**. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 18.

⁹⁹ Esse movimento de sistematização, do qual Gentili veio a fazer parte, já havia sido iniciado por teólogos como Francisco de Vitória e outros juristas, conformando uma literatura mais rica. Introdução de PANIZZA, Diego In: GENTILI, 2004, p. 25.

¹⁰⁰ A matéria foi disposta nos três livros do *O Direito de Guerra*, tendo por base as quatro causas aristotélicas. A causa eficiente encontra correspondente na definição dos beligerantes legítimos; a causa material correspondia às causas justas de guerra; a causa formal correspondia aos limites de direito atinentes à condução da guerra; a causa final à conclusão da paz. Introdução de PANIZZA, Diego In: GENTILI, 2004, p. 25.

Gentili realizou profundas análises sobre o problema da causa justa e, assim, acaba por conceder a sua obra o elemento científico ou sistemático, ao tentar classificar o conjunto das possíveis causas de guerra, em sua totalidade, de acordo com critérios gerais.¹⁰¹

As elaborações de Gentili, sobretudo, *O Direito de Guerra*, são a máxima expressão da tradição humanista e é exatamente na esteira deste pensamento que surgirá uma das inovações do autor em relação às causas justas de guerra. Contrapondo-se aos teólogos, que aceitavam a idéia de que apenas uma das partes poderia travar uma guerra justa e não ambas, Gentili entende que a guerra pode ser considerada como justa por ambas as partes envolvidas. Demonstra a sua crença sobre haver uma espécie de *enfermidade* da natureza humana que não permite a percepção segura da justiça absoluta. A consequência disso, em sua opinião, é que em qualquer controvérsia, inclusive na guerra, os oponentes tem sempre a pretensão de estarem defendendo sua posição de forma justa. Ou seja, a guerra será justa para ambas as partes.¹⁰² Ao concluir o capítulo, Gentili esclarece que ao final da contenda é que se descobrirá quem estava com a razão, então, por ocasião do desfecho, é que se atribuirá a causa injusta ao vencido.¹⁰³

Grotius também se preocupou em separar o direito da religião, criando a “hipótese impiíssima”, por meio da qual pregava que a formação de um direito do gênero humano que prescindia do papel constituinte de Deus.¹⁰⁴

Citando Grotius, Huck entende que “a guerra é um processo de conhecimento que informa a sociedade internacional, e o seu resultado é a sentença final desse complexo processo”¹⁰⁵, ou seja, a função da guerra para Grotius não se afastava muito da de Gentili, pois em Grotius a guerra também “ganha um sentido convencional que termina por revelar o direito”¹⁰⁶.

Sobre o fato de serem os atos de guerra justos ou não, para Huck a obra de Grotius filia-se à corrente que entende que a justiça desses atos dependerá de sua natureza e das circunstâncias. Entre duas posições extremas, estando de um lado a pacifista, que prega que todo ato de guerra é ilegítimo, e de outro a posição militarista que não retira a legitimidade de nenhum ato de guerra, Grotius, filiou-se à corrente que

¹⁰¹ Introdução de PANIZZA, Diego In: GENTILI, 2004, p. 25-26.

¹⁰² GENTILI, 2004, p. 86.

¹⁰³ GENTILI, 2004, p. 89.

¹⁰⁴ Introdução de HESPANHA, Antonio Manuel In: GROTIUS, 2004, p. 15.

¹⁰⁵ HUCK, 1996, p. 54.

¹⁰⁶ HUCK, 1996, p. 54.

se encontra no meio das duas citadas, de que os atos de guerra podem ser justos ou injustos, como já dito, dependerão de sua natureza e circunstâncias.¹⁰⁷

Mello aponta que a noção atual que se tem de guerra justa é aquela que ocorre em legítima defesa individual ou coletiva. Identificando-se assim com a noção de guerra legal.¹⁰⁸ Rezek, por sua vez, quando discorre sobre o fato da expressão *guerra justa* (ainda ouvida nos foros internacionais), destaca que o direito internacional contemporâneo ainda a admite: “a legítima defesa real contra uma agressão armada, e a luta pela autodeterminação de um povo contra a dominação colonial”¹⁰⁹.

A partir das duas Conferências de Haia sobre a Paz, no início do século XX e do Pacto da Liga das Nações, em 1919, iniciou-se uma tentativa de restrição ao uso da guerra na resolução dos conflitos internacionais. Este regramento não a vedou formalmente, mas determinou que referido expediente deveria ser alternativa secundária. De modo que quando surgisse uma controvérsia, a mesma deveria ser submetida ao processo de arbitragem ou à solução judiciária.¹¹⁰

Com esse ideal de pacificação, mas de forma mais intensa, sobreveio o Pacto Briand-Kellog através do qual os Estados pactuantes condenariam e renunciariam à guerra para resolver seus conflitos, que a partir de então, deveriam ser resolvidos somente por meios pacíficos.¹¹¹ Finalmente no ano de 1945 – após as duas Grandes Guerras – foi determinada a proscrição da guerra com a Carta das Nações Unidas (art. 2, § 4), ou seja, adveio a proibição formal deste tipo de ocorrência.¹¹²

¹⁰⁷ HUCK, 1996, p. 54.

¹⁰⁸ MELLO, 1979, p. 732.

¹⁰⁹ Assim sendo, o sistema da ONU admite apenas o emprego legítimo de o esforço armado singular, como sendo aquele com que certo país se defende de uma agressão, de modo imediato e efêmero. No entanto, a organização terá que encontrar uma solução para que o confronto não perdure (Art. 51 da Carta da ONU). REZEK, 1989, p. 370-375.

¹¹⁰ REZEK, 1989, p. 374.

¹¹¹ A denominação deste pacto se deve a junção dos nomes dos ministros do exterior da França e dos Estados Unidos na época: Aristide Briand e Frank Kellog. De acordo com Rezek representaria nítido progresso em relação ao documento base da Liga das Nações. REZEK, 1989, p. 374. Accioly e Silva afirmam que mencionado pacto foi criticado por ter deixado em aberto algumas lacunas de origem no Pacto da Liga das Nações, que permitiam o recurso à guerra. Em contrapartida, observam os autores que ele foi recebido com entusiasmo pela opinião pública mundial para qual a guerra havia se tornado ilícita. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 463.

¹¹² “Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações

A Primeira e a Segunda Guerras Mundiais causaram tamanha ojeriza na Sociedade Internacional, fazendo com que os autores de Direito Internacional afirmassem reiteradas vezes a necessidade de não se permitir mais de forma alguma a ocorrência de guerras totais. Pois esta sorte de “resolução” de contendas “torna caducas todas as prescrições de direito internacional público”¹¹³.

Araújo também vai discorrer sobre os absurdos ocasionados pela guerra total, uma vez que por meio desta, olvida-se do respeito aos não-combatentes, “às populações pacíficas que são dizimadas pelas bombas destruidoras, jogadas do alto”¹¹⁴. Mello também partilha da opinião da desvantagem da guerra, mas não apenas aos países vencidos, mas para ambas as partes em geral. Quando em sua obra discorre sobre as relações da guerra com a economia, afirma que a mesma é desvantajosa para os Estados de um modo geral; “mesmo os vitoriosos levam muitos anos para se recuperarem das perdas que tiveram”¹¹⁵.

As guerras em geral e, especialmente as Guerras Mundiais do século XX, deixaram impresso na Sociedade Internacional, um temor de uma eventual terceira Guerra Mundial e da situação caótica que esta acarretaria. Este temor é justificado se levar-se em consideração o atual armamento nuclear de algumas potências. Até mesmo um mundo não habitável como resultado de eventual conflito pode ser cogitado. Portanto, não obstante, a guerra gerar mazelas desde os primórdios dos tempos, e a necessidade de combatê-la ter tido sempre grande importância, agora, mais do que nunca esse modo de resolução de conflitos deve ser totalmente vetado.¹¹⁶

Unidas.” Rezek, atentamente, observa que a Carta da ONU teve o cuidado de não utilizar ao termo “guerra”, mas “algo bem mais extenso e abrangente: o *uso da força*, e até mesmo a *ameaça* de tal atitude. REZEK, 1989, p. 375. Accioly e Silva também trazem trecho que demonstram essa preocupação: “A partir daí, a Carta evita o emprego da palavra utilizando expressões mais condizentes com a nova filosofia, como *ameaças à paz*, *atos de agressão*, *ruptura da paz*, *perturbação da paz*, *a ameaça ou uso da força*, *ameaça a segurança internacional*, [...]”. ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 463.

¹¹³ Afirmação do marechal Hermann Göring quando depôs no tribunal especial de Nuremberg em março de 1946 quando “pretendeu explicar o descaso do Reich alemão por seus compromissos exteriores [...]”. REZEK, 1989, p. 379.

¹¹⁴ ARAÚJO, 1995, p. 345.

¹¹⁵ MELLO, 1979, p. 736.

¹¹⁶ ARON e SARDENBERG analisam o contexto pós-segunda guerra mundial e da Guerra Fria e os interesses tanto dos Estados Unidos quanto da União Soviética em manter um equilíbrio, diminuir os atritos de forma que não degenerasse em um significativo conflito armado. Acrescente-se a isso a consciência por ambas as potências de que “a corrida armamentista não poderia continuar indefinidamente descontrolada, pois, de um lado, tendia a maximizar, de forma intolerável, as possibilidades de um conflito nuclear [...]”. ARON; SARDENBERG, 1983, p. 88-94.

Interessante notar que nos séculos passados falava-se num “justo temor” como causador de guerras, já a contemporaneidade traz situação inversa, há um “justo temor” na Sociedade Internacional da eclosão de mais uma guerra total.

Além da guerra, como exemplo de autotutela, existem outras manifestações coercitivas conhecidas no Direito Internacional que poderão ser enquadradas como tal. Discorrer-se-á mais adiante sobre as sanções no Direito Internacional, mas já se adianta, que quando tais sanções não estiverem respaldadas por decisões anteriores que as legitimem, serão consideradas como medidas de autotutela.

1.4.2 Formas autocompositivas de resolução de conflitos

A mesma ocorrência que leva os Estados a lançar mão de alguma forma de autotutela, com o emprego de violência, também lhes permite compor o conflito de forma pacífica e consensual.

Quando discorre sobre as formas pacíficas de solução de conflitos internacionais, Stersi dos Santos, além de identificá-las, destaca que novas formas de solução de controvérsias são criadas continuamente no âmbito internacional.¹¹⁷

Neste mesmo sentido, assevera Rezek¹¹⁸ que no final do século XIX e início do século XX, as possibilidades de resolver pendências entre os Estados se resumiam a duas: diplomacia e arbitragem. Entretanto, a explosão de organismos internacionais no cenário internacional mudou a situação. Primeiro, atualmente, a arbitragem tem como concorrente as cortes permanentes, sendo a Corte de Haia a mais destacada.¹¹⁹ Já no que concerne aos meios diplomáticos, o leque de opções aumentou. Agora as organizações internacionais, principalmente as de ordem política, tornaram-se instrumento de resolução de conflitos entre as partes em um conflito internacional.¹²⁰

As formas pacíficas de resolução de conflitos podem ser classificadas em formas autocompositivas e formas heterocompositivas.

São tidas como formas autocompositivas de resolver conflitos, aquelas que envolvem apenas as partes, ou seja, as partes interessadas,

¹¹⁷ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 10-11.

¹¹⁸ Para o bom entendimento da colocação de Rezek, a exemplo de outros autores como Celso Mello, cumpre esclarecer que o autor classifica as formas de resolver conflitos internacionais em: diplomáticas, jurídicas e políticas. REZEK, 1989, p. 341; MELLO, 1979, p. 681-682.

¹¹⁹ REZEK, 1989, p. 341.

¹²⁰ O autor assevera que “é usual que se denominem meios políticos de solução de conflitos internacionais os mecanismos existentes no âmbito dessas organizações”. REZEK, 1989, p. 341.

com ou sem a colaboração de terceiros, por meio de um consenso, chegam a uma decisão que coloca fim ao conflito.¹²¹

Para o presente trabalho importa informar certas formas autocompositivas de resolução de conflitos que são mais utilizadas nos sistemas de solução de controvérsias das Organizações Internacionais de Integração. Em razão disso, serão descritas as seguintes formas autocompositivas: negociação diplomática, conciliação, mediação, bons ofícios, conferências, inquérito ou grupo especializado, e a atuação dos Órgão políticos das Nações Unidas.

a) Negociações diplomáticas ou diretas

Implica na resolução da contenda mediante negociação direta entre as partes litigantes. Não haverá intervenção de terceiros. “O entendimento direto faz-se em caráter avulso ou no quadro da comunicação diplomática existente entre os dois Estados”¹²². O conflito será solucionado no momento em que as partes transigirem em suas pretensões ou se uma delas reconhecer a validade das razões da outra.¹²³

Vale salientar o apontamento de Rezek de que o dia a dia internacional está repleto de conflitos solucionados por esta espécie de resolução de conflitos, ou seja, por um entendimento direto. Acrescenta ainda o autor que talvez esta realidade passe despercebida “em razão de uma generalizada tendência a não qualificar como conflitos verdadeiros aqueles tantos que não produzem maior tensão nem ganham notoriedade”¹²⁴.

Esta forma de resolução de conflitos internacionais deveria estar imbuída de caráter colaborativo, no entanto, em alguns casos, poderá ter uma conotação adversarial. Stersi dos Santos explica que tal fato que pode ocorrer nas situações priorizam suas posições em detrimento do seu interesse. Assim, o comportamento do negociador deixará de ter importância, pois o elemento central passará a ser o poder de cada estado no sentido de impor sua vontade sobre os demais, gerando um clima desagradável entre os negociadores.¹²⁵ A negociação realizada

¹²¹ STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 14.

¹²² REZEK, 1989, p. 342.

¹²³ REZEK, 1989, p. 342.

¹²⁴ REZEK, 1989, p. 342.

¹²⁵ Stersi dos Santos oferta dois exemplos em que negociação continha um clima adversarial. O primeiro deles se deu nas negociações entre Egito e Israel sobre a península do Sinai; o segundo caso versa sobre o conflito entre Israel e Síria acerca dos territórios das Colinas de Golam. STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 17-18.

neste contexto poderá acarretar em acordos tendentes a serem descumpridos em razão de uma possível insatisfação das partes quanto ao resultado.¹²⁶

De qualquer forma, é inegável o fato de ser a negociação direta um modo bastante vantajoso de resolver conflitos.

Para Stersi dos Santos:

As vantagens da negociação na solução de controvérsias internacionais são: a possibilidade de interpretação direta do direito internacional pelos agentes do conflito, sem a necessidade da participação de um terceiro com poder jurisdicional para impor qualquer decisão; a disponibilidade do procedimento, já que nenhuma das partes é obrigada a participar do procedimento de negociação ou a realizar qualquer acordo; a informalidade do procedimento, pois não existem regras rígidas para o desenvolvimento do procedimento, cabendo aos próprios interessados organizar esse procedimento; a possibilidade de manter o poder de decisão nas mãos dos próprios interessados, sem delegá-los a terceiros.¹²⁷

É bastante comum que sobrevenha um acordo internacional para o caso de negociações diplomáticas bem sucedidas. Este acordo poderá versar sobre a totalidade ou parte do objeto do conflito.¹²⁸ A partir da realização do acordo, haverá a expectativa de que as obrigações assumidas sejam cumpridas voluntariamente. Caso contrário, o Estado violador das obrigações poderá sofrer responsabilização internacional.¹²⁹

b) Conciliação

Conciliação é um modo de solução pacífica de controvérsias, por meio do qual as partes recorrem a um terceiro, geralmente um órgão que

¹²⁶ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 18.

¹²⁷ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 18.

¹²⁸ As partes podem promover a cessação do conflito, utilizando-se dos seguintes instrumentos: transação (intercâmbio de concessões recíprocas); renúncia (a desistência do conflito por uma das partes); submissão do Estado (quando um Estado se submete ao outro ao reconhecer e adotar como próprios, os valores do adversário); e a imposição da vontade de um estado sobre o outro (o Estado mais poderoso obriga o adversário a cessar o seu comportamento de resistência). STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 18-19.

¹²⁹ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 19.

detém a confiança de ambas as partes. Este terceiro dirigirá as negociações e proporá uma solução fundada em concessões recíprocas, que as partes poderão livremente aceitar ou rejeitar.¹³⁰ Ressalte-se que o conciliador pode apenas sugerir uma solução e esta sugestão não terá poder vinculativo, pois as partes têm autonomia da vontade e disponibilidade no tocante ao procedimento.

A função do conciliador é de colaborar para que as partes encontrem uma solução e resolvam suas diferenças, seja restabelecendo a comunicação entre elas, seja intermediando acerca de propostas ofertadas por cada parte. O conciliador deve ater-se ao fato de que sua participação é de um facilitador e que para bem desempenhar sua função, é imprescindível que seja detentor da confiança de ambas as partes. Não obstante a possibilidade de o conciliador ter a mesma nacionalidade de uma das partes, ele deverá quanto a isso ser imparcial e apenas colaborar para que as partes cheguem a uma composição.¹³¹

Para Stersi dos Santos, de forma descabida alguns tratados internacionais estabelecem a conciliação como etapa obrigatória do procedimento de resolução de controvérsias. Disposições neste sentido não condizem “com a característica da autonomia da vontade dos Estados e a disponibilidade do procedimento de conciliação”¹³².

c) Mediação

A mediação consiste no modo de resolver conflitos em que um terceiro (podendo ser uma ou mais autoridades) é escolhido pelos Estados que se encontram em litígio. Seu objetivo, tal qual na conciliação, também será de facilitar a comunicação entre as partes, de forma a auxiliar as mesmas a se aproximarem e a resolverem seus conflitos. “Ao servir como mediador o terceiro deve atuar com neutralidade e imparcialidade, buscando equidistância das partes e deixando de emitir juízos de valores a respeito do conflito”¹³³.

A mediação se assemelha bastante a outras duas formas pacíficas de resolução de controvérsias internacionais: a conciliação e os bons ofícios. Distingue-se da conciliação, pelo fato de que nesta, o terceiro é um órgão com traços institucionais, e na mediação o terceiro é geralmente a figura de um chefe de Estado ou de governo. A função

¹³⁰ MELLO, 1979, p. 687.

¹³¹ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 22.

¹³² STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 22.

¹³³ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 22.

pode recair também sobre uma alta autoridade, como um ministro de estado.

Para alguns autores não é tarefa fácil diferenciar a mediação dos bons ofícios.¹³⁴ De acordo com Mello, os dois institutos se distinguem pelo fato de o mediador ter um papel mais ativo, pois é mais que um simples intermediário e participa de maneira regular e ativa das negociações.¹³⁵

Importa informar que a função de mediador não necessariamente recai sobre determinada pessoa física.

Para Stersi dos Santos:

Caso haja mudança da pessoa que exercia o cargo, designado como mediador (em razão de eleições ocorridas que promoveram a mudança do chefe de estado ou do chefe de governo, por exemplo) o novo titular do cargo, em regra, segue na atuação como mediador. Tem-se, assim, o que o mediador pode não ser uma determinada pessoa física e sim o ocupante de uma determinada autoridade (é o caso quando se designa o Papa ou o Secretário Geral das Nações Unidas como mediador, não importando quem seja o indivíduo que ocupe a função).¹³⁶

Já Rezek faz uma comparação da mediação com as formas heterocompositivas¹³⁷ – arbitragem e forma judicial – de resolver conflitos. O autor afirma que “em essência, o desempenho do mediador não difere daquele do árbitro ou do juiz”¹³⁸. Acrescenta ainda que “a radical diferença está em que o *parecer* – ou a *proposta* – do mediador não obriga as partes”¹³⁹. Deste modo, conclui o autor, que esta escolha só terá sucesso se os contendores considerarem a proposta satisfatória e decidirem “agir na sua conformidade”¹⁴⁰.

Stersi dos Santos aponta como sendo exemplos de mediação: a intervenção do Papa Alexandre VI no acordo celebrado entre Portugal e

¹³⁴ Os autores em geral asseveram que nem sempre é fácil diferenciar os bons ofícios da mediação. MELLO, 1979, p. 683; ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 432.

¹³⁵ MELLO, 1979, p. 683.

¹³⁶ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 23-24.

¹³⁷ O autor não utiliza o termo “heterocompositiva”, fala em solução judiciária. REZEK, 1989.

¹³⁸ REZEK, 1989, p. 345.

¹³⁹ REZEK, 1989, p. 345.

¹⁴⁰ REZEK, 1989, p. 345.

Espanha que culminou com o Tratado de Tordesilhas; a intermediação do Presidente dos Estados Unidos da América no conflito entre palestinos e israelenses; a participação do Presidente Getulio Vargas na negociação de paz entre Bolívia e Paraguai para colocar fim à Guerra do Chaco, e outros.¹⁴¹

d) Bons ofícios

Estes “são a tentativa amistosa de uma terceira potência, ou de várias potências, no sentido de levar Estados litigantes a se porem de acordo”¹⁴². Podem ser solicitados pelos Estados litigantes ou ainda oferecidos pelos Estados que procuram harmonizar aqueles.

Na verdade, não cabe ao Estado ou Estados que exercem os bons ofícios tomar parte direta nas negociações ou no acordo entre os litigantes. De acordo com Accioly e Silva, a intervenção daqueles “visa apenas por em contato direto os litigantes ou colocá-los num terreno neutro, onde possam discutir livremente”¹⁴³.

Enquanto que na mediação o terceiro participa de maneira a ouvir as pretensões das partes, esclarecendo eventuais dúvidas das mesmas, ou ainda sugerindo diferentes formas das partes colocarem fim as suas pendências, nos bons ofícios, a participação do terceiro será menos ativa.¹⁴⁴

e) Conferências e Congressos

Stersi dos Santos oferece como definição e objetivos das conferências e congressos:

As conferências e congressos são negociações diretas de caráter multilateral. A matéria objeto do conflito envolve diversas partes interessadas que negociam entre si buscando uma forma de resolver a controvérsia. Pode-se até incluir as conferências como uma das espécies de negociações diretas.¹⁴⁵

¹⁴¹ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 24-25.

¹⁴² ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 430.

¹⁴³ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 431.

¹⁴⁴ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 26.

¹⁴⁵ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 26.

Trata-se de expedientes muitos utilizados a partir do século XIX e tal qual as negociações diretas tem por escopo a prevenção ou a finalização de litígios. Possuem a particularidade de serem públicas, uma vez que terceiros como outros atores das relações internacionais - Organizações não governamentais, por exemplo - ou até mesmo a opinião pública¹⁴⁶ dos estados envolvidos pode intervir. A possibilidade de terem um número elevado de participantes e de terem um objeto amplo poderá acarretar na dificuldade da composição das partes.¹⁴⁷

Não obstante falar-se em atores múltiplos no cenário de uma conferência ou um congresso, há que se levar em consideração a teoria de Entelman sobre multiplicidade de atores e bipolaridade. De acordo com o autor quando há vários atores com incompatibilidades cruzadas, se dividem, ainda no início ou ao longo da controvérsia em dois grupos dentro do qual se agrupam todos os membros da relação. Assim agem as partes, tendo em vista suas coincidências sobre os temas que mais as interessam ou que simbolizam seus valores mais elevados.¹⁴⁸

Nesta mesma esteira de pensamento, Stersi dos Santos salienta que a formação dessas alianças (que levam em consideração os interesses coincidentes dos Estados) vai facilitar, por meio da junção de instrumentos de poder, a modificação do comportamento da parte contrária. Esta dinâmica, por seu turno, deverá aumentar as chances de satisfação de tais interesses. O autor traz como exemplo o embate entre os países desenvolvidos (como os Estados Unidos) e União Europeia com os países em desenvolvimento no que tange à questão dos subsídios agrícolas na rodada de Doha da Organização Mundial do Comércio.¹⁴⁹

Nos dias atuais, temas acerca do clima e emissão de gases na atmosfera; exploração e ocupação do espaço sideral; ocupação da Antártida; comércio internacional; exploração e ocupação dos mares e

¹⁴⁶ John Locke já falava da opinião pública quando escreveu sobre a separação entre lei divina e lei civil. Sustentou que surgiu uma terceira lei: a lei dos filósofos ou lei da opinião pública, que possuiria surpreendente autoridade. KOSELLECK, 1999, p. 50.

¹⁴⁷ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 26.

¹⁴⁸ Tradução livre de: “Lo que ocurre en estos supuestos es que, cuando hay varios actores con incompatibilidades cruzadas, se perfilan inicial o progresivamente dos bandos dentro de los cuales se agrupan todos los miembros de la relación. Lo hacen teniendo en cuenta sus coincidencias sobre los temas que más les interesan o que simbolizan sus valores más elevados.” ENTELMAN, 2005, p. 85-86. O autor traz como exemplo a Segunda Guerra Mundial que tinha, apesar da multiplicidade de atores, de um lado os países do Eixo e do outro, os Aliados.

¹⁴⁹ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 27-28. O autor traz em sua obra alguns exemplos deste modo de solver conflitos: o Congresso de Viena de 1815; o Congresso de Berlim de 1885; a Conferência da Argélia em 1906 e a Conferência de Munique de 1938.

oceanos são alguns dos responsáveis pelas conferências e congressos contemporâneos.¹⁵⁰

f) Inquérito e procedimentos investigatórios

Trata-se de uma forma de resolução de conflitos em que as partes submetem o litígio a uma comissão de peritos, que terá como escopo, investigar os fatos e formular relatório quando o procedimento acabar. Porém, ressalte-se que este relatório não será vinculante.¹⁵¹

De acordo com Rezek, o inquérito é semelhante à conciliação por ser também conduzido por comissões, no entanto, essas comissões não têm por escopo propor, seja o que for, mas tão-somente o objetivo de apurar fatos ainda ilíquidos, a fim de se “preparar adequadamente o ingresso numa das vias de efetiva solução do conflito”¹⁵².

As investigações prescindem do contraditório, pois apenas apuram fatos e seu relatório final tem caráter informativo para os contendores. É categorizada como forma de solução de conflitos, pelo fato de que após a apresentação final do relatório, uma das partes pode conscientizar-se de que as alegações da parte contrária estavam corretas. A consequência desta conscientização poderá ser o fim da controvérsia.¹⁵³

g) Órgãos políticos das Nações Unidas

O art. 33.1 do capítulo VI da Carta das Nações Unidas que versa sobre *solução pacífica de controvérsia*, prevê que as partes que se encontrarem em um grau de litígio que possa vir a ameaçar a paz ou a segurança internacional, deverão tentar comporem-se por meios dos institutos aqui demonstrados, tais como, negociação, inquérito, mediação, conciliação, recurso a entidades ou acordos regionais, forma judicial, arbitragem (estes dois últimos a serem ainda vistos que tratar-se de formas heterocompositivas de solver conflitos), ou ainda qualquer outro meio pacífico que lhes aprover.

A escolha de um meio de resolver controvérsias pacificamente não deve ser feita de forma unilateral e, por vezes, esta escolha poderá

¹⁵⁰ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 28.

¹⁵¹ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 28.

¹⁵² REZEK, 1989, p. 347.

¹⁵³ O inquérito não necessariamente leva à composição da controvérsia de forma imediata, mas poderá incentivar as partes a buscar outras formas pacíficas de resolver seu conflito. STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 29.

levar a um impasse. No caso de ocorrer esta situação, deverão os órgãos políticos da ONU (Assembleia Geral ou Conselho de Segurança) remover tal obstáculo recomendando às partes um determinado método de solução pacífico (art. 33.2 da Carta da ONU).¹⁵⁴

Assim, podem ser utilizados como instâncias políticas de solução de controvérsias internacionais tanto a Assembleia Geral quanto o Conselho de Segurança das Nações Unidas. No entanto, há que se ressaltar duas particularidades desta escolha. É necessário que o conflito em questão contenha gravidade, ou seja, que ao menos constitua ameaça à paz; é medida que pode ser tomada à revelia de uma das partes.¹⁵⁵ Válido ressaltar que ambos os órgãos têm competência para investigar e discutir situações conflituosas, assim como podem expedir *recomendações* a respeito.¹⁵⁶

Quando o Conselho de Segurança ou a Assembleia Geral recomendarem às partes os procedimentos para resolver controvérsias supramencionadas, deverão levar em consideração o fato de que quando a controvérsia for de ordem jurídica, terá que ser submetida pelas partes à Corte Internacional de Justiça. Contudo, apenas em uma ocasião (controvérsia do Canal de Corfú), o Conselho de Segurança formulou essa recomendação.¹⁵⁷

1.4.3 Formas heterocompositivas de resolução de conflitos

Nas formas heterocompositivas, ter-se-á a presença obrigatória de um terceiro, pois caberá a ele decidir a lide. O terceiro detém o poder de decidir, de forma que sua decisão será vinculativa em relação às partes.¹⁵⁸ São as formas mais tradicionais de heterocomposição: a forma judiciária e a arbitragem.

a) Forma judiciária

As soluções judiciárias dos conflitos internacionais são

¹⁵⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980. p. 173-174.

¹⁵⁵ REZEK, 1989, p. 348.

¹⁵⁶ Jiménez de Aréchaga aponta que a recomendação de um órgão político da ONU não impõe dever jurídico de recorrer-se ao método sugerido, mas, ressalta o autor, que quando tal emana do Conselho de Segurança, é de bom alvitre que se siga, pois sua autoridade política indubitável. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1980, p. 175.

¹⁵⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1980, p. 178.

¹⁵⁸ STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 14.

estabelecidas por tratados internacionais¹⁵⁹ e fornecidas pelos tribunais e cortes internacionais.

Os Tribunais Internacionais, de acordo com Accioly e Silva, “são entidades judiciárias permanentes, compostas de juízes independentes”¹⁶⁰. Ademais, destacam-se pelas seguintes características: decisões geralmente proferidas por órgãos colegiados (grupo de juízes)¹⁶¹; definição prévia em norma internacional da composição, competência e fontes da decisão; obrigatoriedade da decisão, regras de procedimento estabelecidas em norma internacional; e reconhecimento prévio, por parte dos Estados, da jurisdição do órgão judiciário.¹⁶²

Desta forma, pode-se dizer que caberá aos Tribunais e Cortes Internacionais “o julgamento de conflitos internacionais tendo como base o direito internacional, de conformidade com um processo preestabelecido e cujas sentenças são obrigatórias para as partes”¹⁶³.

Os tribunais internacionais, somente se tornaram realidade no século XX. A primeira instituição de jurisdição internacional permanente foi a Corte de Justiça Centro-Americana, instituída por tratado em 1907, entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua.¹⁶⁴ A referida Corte “tinha uma peculiaridade, pois sua jurisdição era ampla, tanto assim que os indivíduos e pessoas jurídicas podiam apelar para ela”¹⁶⁵. Entretanto, ensina Mello, que a capacidade postulatória conferida ao indivíduo acabou levando ao fim esta Corte. Teve então duração curta, de apenas dez anos.¹⁶⁶

Já a Corte Internacional de Justiça até o momento, tem uma história de maior sucesso, não obstante ter também atravessado uma fase difícil por ocasião da Segunda Guerra mundial, fazendo com que sua existência seja dividida em duas fases. Ela surgiu depois da Primeira

¹⁵⁹ Será através dos tratados internacionais que os estados vão reconhecer previamente a jurisdição obrigatória do Tribunal. Os tratados também terão o condão de estabelecer as matérias para as quais o Tribunal terá competência para atuar. STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 36.

¹⁶⁰ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 437.

¹⁶¹ Geralmente os juízes são indicados pelos estados, porém isso não significa que estarão vinculados a quem os indicou. Assim, devem manter-se imparciais e independentes no exercício de sua função. Tal exercício será por tempo determinado. STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 30.

¹⁶² STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 36.

¹⁶³ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 437.

¹⁶⁴ REZEK, 1989, p. 358.

¹⁶⁵ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 437.

¹⁶⁶ A capacidade postulatória conferida aos indivíduos acabou acarretando no fim da Corte, pelo fato de que os governos passaram a utilizar este expediente para “enfraquecer a posição política do governo de um Estado vizinho, dissimulando-se através de um particular que intentava uma ação contra este governo”. MELLO, 1979, p. 541.

Guerra Mundial por ocasião da Liga das Nações no ano de 1921, no entanto, na época foi denominada de Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)¹⁶⁷.

Salienta Rezek que, não obstante ter sido prevista pelo Pacto da Liga das Nações, a CPJI não era exatamente um *órgão* na estrutura da Sociedade, entretanto mantinha com esta, laços estreitos.¹⁶⁸

Sua primeira fase extinguiu-se com a eclosão da Segunda Guerra Mundial.¹⁶⁹ Sua ressurreição ocorreu com o fim do mencionado conflito, na mesma sede (Holanda), contudo com outro nome oficial: Corte Internacional de Justiça (CIJ). Como ensina Rezek, sobrevieram mudanças ligadas principalmente a questões de adaptação às novas circunstâncias, porém, conservando até mesmo a numeração de artigos. O Estatuto da Corte continuaria o mesmo que havia sido criado em 1921. Quanto à sua natureza jurídica, pode-se dizer que a partir daquele momento, restou esclarecida, era agora um *órgão* da ONU.¹⁷⁰

Para bem de dirimir os conflitos levados perante a Corte, a mesma vai fazer usos das fontes tradicionais de direito internacional, tais como, tratados, costumes, princípios gerais do direito e, como afirma Rezek, “outras normas porventura pertinentes”¹⁷¹. Este mesmo autor assevera que a Corte em questão faz uso da sua competência contenciosa através do julgamento dos litígios que surgem apenas entre os Estados soberanos, ou seja, segue à risca o Estatuto da CIJ e não admite a capacidade postulatória seja de indivíduos ou de organizações intergovernamentais.¹⁷² Araújo também é partidário desta opinião.¹⁷³ Entretanto, autores como Accioly e Silva tem uma opinião contrária e mais acertada no tocante às associações de Estados, afirmando que as mesmas podem recorrer à Corte.¹⁷⁴ Os autores citam como exemplo a União Europeia, e nesta mesma linha, ressalte-se o Mercado Comum do Sul, por ser este uma organização intergovernamental, como se verá

¹⁶⁷ Como já apontado, a Corte de Justiça Centro-Americana antecedeu a CPJI, mas esta última foi a primeira corte internacional de caráter universal, ao passo que aquela era de caráter regional.

¹⁶⁸ Neste viés, Rezek diz que o fato de a CPJI não ser um *órgão* da Sociedade das Nações “desperta interesse sobre o curioso problema da sua exata natureza jurídica”. REZEK, 1989, p. 359.

¹⁶⁹ Neste período julgou trinta e um casos contenciosos e emitiu vinte e sete pareceres consultivos. REZEK, 1989, p. 359.

¹⁷⁰ REZEK, 1989, p. 359.

¹⁷¹ REZEK, 1989, p. 359.

¹⁷² REZEK, 1989, p. 361.

¹⁷³ ARAÚJO, 1995, p. 324.

¹⁷⁴ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 437.

mais adiante. Quanto à capacidade postulatória do indivíduo, a maioria dos autores aqui trabalhados não a reconhece.¹⁷⁵

A jurisdição da Corte não é obrigatória, no entanto as partes evidenciam sua escolha da seguinte forma: o autor, só pelo fato de ajuizar o pedido inicial sob a égide da Corte; e o réu, muito embora não esteja obrigado a aceitar a jurisdição da Corte, manifesta sua aceitação, se ao invés de rejeitar o foro, contesta o mérito.¹⁷⁶

Os autores até o momento trazidos à baila no tocante ao tema “Cortes Internacionais” ressaltam o caráter definitivo e inapelável da sentença final da CIJ.¹⁷⁷ No entanto, destaca-se a possibilidade de recurso quando se tratar de embargos declaratórios.¹⁷⁸ Outra possibilidade de revisão é apontada por Araújo: a sentença poderá ser revista quando vier à tona elemento capaz de influenciar no caso de forma decisiva.¹⁷⁹

Finalmente, reside grande importância na questão concernente à obrigatoriedade e executoriedade da sentença emanada da CIJ. Os Estados-membros se comprometem a cumprir as decisões da Corte que lhes digam respeito, caso contrário estarão cometendo um ato ilícito.¹⁸⁰ A partir daí, conclui-se pela sua obrigatoriedade.

¹⁷⁵ ARAÚJO, 1995; ACCIOLY; SILVA, 1998; MELLO, 1979; REZEK, 1989, tem este posicionamento de que o indivíduo não pode ser parte. Entretanto, atualmente, este quadro está mudando, pois alguns tribunais (como a Corte Latino-americana de direitos humanos e a Corte Europeia de direitos humanos) internacionais estão começando a aceitar o particular, nas mesmas condições dos estados, como titular do direito de ação. STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 37.

¹⁷⁶ Não obstante ser a jurisdição da Corte facultativa, há uma cláusula bastante peculiar em seu Estatuto, mais especificamente na alínea 2 do seu art. 36. Referida cláusula tem a seguinte denominação: *cláusula facultativa de jurisdição obrigatória*, mas é também conhecida como cláusula Raul Fernandes (ficou conhecida com este nome porque foi idealizada pelo representante do Brasil, Raul Fernandes). Trata-se de uma cláusula optativa, ou seja, através dela as partes reconhecem como obrigatória a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objetivo: a interpretação de um tratado; qualquer ponto de direito internacional; a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; e a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional. REZEK, 1989, p. 361.

¹⁷⁷ REZEK, 1989, p. 365.

¹⁷⁸ REZEK, 1989, p. 365.

¹⁷⁹ Mas, o autor aponta ainda uma condicionante para essa permissiva, que o fato fosse desconhecido tanto da parte que solicitou revisão quanto da Corte e que tal desconhecimento não seja fruto da negligência da parte interessada. Por último, assevera que tal pedido de revisão deve ser efetuado no prazo “de seis meses após o conhecimento de tal fato e antes que tenham decorrido dez anos da data em que foi prolatada a decisão”. ARAÚJO, 1995, p. 325-326.

¹⁸⁰ Art. 94 da Carta da ONU. REZEK, 1989, p. 366.

Mas e quanto à executoriedade da decisão? Como fica este elemento uma vez que a CIJ não dispõe dos mesmos aparatos que justiça doméstica? O art. 94 da Carta da ONU dispõe que em caso de “recalcitrância a outra parte poderá denunciar o fato ao Conselho de Segurança, e este, *caso julgue necessário*¹⁸¹, tomará medidas próprias para fazer cumprir o acórdão”¹⁸².

Accioly e Silva apontam como sendo ilusão pensar-se que o sistema da CIJ é mais vantajoso do que outras formas de resolver conflitos internacionais, por ser a Corte em questão detentora da possibilidade de envolver o Conselho de Segurança na implementação da sentença. Os autores relembram que casos como o da Nicarágua demonstram as mazelas significativas deste Conselho.¹⁸³ Ademais, como bem coloca Stersi do Santos, não há que tentar classificar algumas formas de resolução de conflitos como melhores ou piores que outras, e sim, a preocupação deve ser no sentido de proporcionar às partes o acesso facilitado a uma ordem jurídica justa.¹⁸⁴

b) Arbitragem

Ao contrário das origens das Cortes Internacionais de Justiça, que remontam ao século XX, conforme visto acima, a arbitragem como mecanismo pacífico de solução de controvérsias internacionais, remonta à Antiguidade. Têm-se referência, por exemplo, “ao terceiro milênio antes de Cristo, quando o rei de Kish, Mesilim, resolveu um diferendo fronteiriço, na região da Mesopotâmia, entre as tribos de Umma e Lagash”¹⁸⁵.

Chapal partilha deste entendimento:

C'est une pratique très ancienne que l'on retrouve dans presque toutes les sociétés et que remonte à l'Antiquité. Il est encore en usage dans la société

¹⁸¹ Este julgamento está atrelado a sua mais significativa atribuição de preservar a paz e a segurança coletiva.

¹⁸² REZEK, 1989, p. 366.

¹⁸³ Nem sempre o Conselho de Segurança vai entender necessário utilizar sua força para fazer valer a decisão da CIJ, como no caso da Nicarágua *versus* Estados Unidos que foi solucionado em favor da primeira, mas o poder de veto dos Estados Unidos no Conselho não permitiu que referido Conselho socorresse a Nicarágua. ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 439.

¹⁸⁴ STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 38-39.

¹⁸⁵ NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem internacional**: mecanismos de solução de conflitos entre Estados. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 73

contemporaine pour régler les conflits sociaux, commerciaux e internationaux.¹⁸⁶

Referido instituto foi utilizado na Grécia principalmente no período histórico denominado como clássico.¹⁸⁷ Araújo ensina que “na Grécia, o Conselho dos Anfictiões era o árbitro supremo das controvérsias entre as cidades da Hélade e o Papa, durante a Idade Média, solucionava os litígios entre os estados da Cristandade”¹⁸⁸.

Mello também traz contribuições neste sentido quando assevera que no período da Idade Média, devido à Igreja, a arbitragem foi largamente utilizada. Continua o autor, afirmando que o instituto aqui trabalhado não era utilizado apenas na seara internacional, mas também no interior da Igreja, da sociedade feudal e ainda entre comunas.¹⁸⁹

Nohmi lembra que “desde a mais remota Antiguidade, os conflitos entre os grupos humanos nem sempre foram resolvidos pela força”¹⁹⁰, e salienta que “as pendências entre homens de um mesmo grupo social nem sempre tiveram solução mediante o recurso a órgãos judicantes”¹⁹¹. Desse modo, aos poucos a arbitragem foi galgando seu espaço no universo da solução de controvérsias.

No entanto, com o apogeu do Estado Moderno, a arbitragem perdeu forças, pois os Estados passaram a não reconhecer a possibilidade de submissão ao julgamento por terceiros, uma vez que tinham que zelar por seu mais novo elemento em destaque: a soberania.¹⁹² O instituto somente conseguiu recobrar suas forças por ocasião do Tratado de Jay que determinava que os conflitos atinentes à independência dos Estados Unidos da América em relação à Inglaterra deveriam ser submetidos a uma comissão arbitral mista.¹⁹³

A partir do Tratado de Jay encontram-se outras manifestações de possibilidade de utilização da arbitragem nas Américas. Neste sentido os

¹⁸⁶ Tradução livre: “É uma prática bastante antiga que encontramos em quase todas as sociedades e que remonta à antiguidade. É ainda utilizada na sociedade contemporânea para regular os conflitos sociais, comerciais e internacionais.” CHAPAL, Philippe. *L’arbitrabilité des différends internationaux*. Paris: A. Pedone, 1967. p. 11.

¹⁸⁷ Este período inicia no século V se estendendo ao século III antes de Cristo. STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 24.

¹⁸⁸ ARAÚJO, 1995, p. 327.

¹⁸⁹ MELLO, 1979, p. 693.

¹⁹⁰ NOHMI, 2005, p. 73.

¹⁹¹ NOHMI, 2005, p. 73.

¹⁹² DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional Público*. Tradução de Vitor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 884.

¹⁹³ MELLO, 1979, p. 694; NOHMI, 2005, p. 74.

Estados de El Salvador e Colômbia assinaram o primeiro Tratado internacional de arbitragem permanente, o qual foi seguido por outras Repúblicas da América Central, a partir do ano de 1883.¹⁹⁴

O Brasil por sua vez, a partir da metade do Século XIX, participou de várias arbitragens internacionais tais como: para resolver a questão Christie, controvérsia com a Inglaterra, que contou com o rei da Bélgica como árbitro; na controvérsia com a Argentina sobre o território das Missões, que teve como árbitro o Presidente Grover Cleveland dos Estados Unidos; na questão sobre demarcação de fronteiras com a Guiana francesa; e na controvérsia, também acerca de linha fronteira com a Guiana inglesa.¹⁹⁵

No entanto foi no ano de 1899 que a questão foi regulada em caráter universal na 1ª Conferência da Paz em Haia que trouxe à baila a Convenção para solução pacífica de conflitos internacionais. Esta por sua vez tratou da arbitragem em seus artigos 15 a 57.¹⁹⁶

Soares assevera que no final do século XIX se iniciara um movimento de tentativa de “disciplinar os fenômenos das guerras”,¹⁹⁷ que culminara na “primeira tentativa histórica de tornar-se a arbitragem um instituto regulado por normas internacionais codificadas e institucionalizadas sob a égide de organizações intergovernamentais”¹⁹⁸. O autor prossegue discorrendo sobre este contexto, o apontando como cenário para o surgimento de uma Corte extremamente importante para o presente: a Corte Permanente de Arbitragem (CPA).

Apesar de ser detentora dessa denominação, os autores¹⁹⁹ em sua maioria não a consideram como tal. Mello diz: “Não é uma corte, vez que os juízes que a compõem não são obrigatórios para as partes. Não é permanente porque não se reúne em momento algum, tendo apenas uma sede em Haia”²⁰⁰. A isto, a autor acrescenta que “tem uma Secretaria, que guarda os arquivos, mas isto não significa que seja permanente”²⁰¹.

Ensina Soares que esta Corte é composta de quatro grandes conjuntos: a) uma lista anteriormente preparada pelos Governos, com nomes de pessoas ilustres, seus nacionais, que podem ser eleitos árbitros; b) uma série de normas com os mecanismos para instituição de

¹⁹⁴ PEDERNEIRAS, Raul. **Direito internacional compendiado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 380-388.

¹⁹⁵ PEDERNEIRAS, 1965, p. 384-385.

¹⁹⁶ NOHMI, 2005, p. 75.

¹⁹⁷ SOARES, 2004, p. 169.

¹⁹⁸ SOARES, 2004, p. 169.

¹⁹⁹ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 446; ARAÚJO, 1995, p. 329; SOARES, 2004, p. 170; etc.

²⁰⁰ MELLO, 1979, p. 702.

²⁰¹ MELLO, 1979, p. 703.

árbitros únicos ou de tribunais arbitrais; c) um conjunto de normas a serem respeitadas pelo(s) árbitro(s), no tocante a leis aplicáveis tanto à matéria a ser decidida e quanto a aspectos de procedimentos; d) outra série de normas, no que diz respeito a serviços administrativos a serem fornecidos nas arbitragens.²⁰²

Mencionado autor informa também que a Corte Permanente de Arbitragem:

[...] foi responsável pela realização de cerca de 20 arbitragens desde sua instituição até a Primeira Guerra Mundial e 6 em datas posteriores, muitas das quais ficaram famosas, tendo sua influência declinado após 1919, possivelmente pela instituição da corte Permanente de Justiça Internacional, cujas soluções judiciárias passaram a ter preferência dos Estados (em detrimento das arbitragens propiciadas pela CPA). Sua influência, contudo, continua presente: vários tratados e convenções internacionais, as cláusulas arbitrais fazem referência à arbitragem da Corte Permanente de Arbitragem, bem como o modelo de arbitragem que ela propicia (e pode continuar a propiciar), tem servido de parâmetro para um tipo de arbitragem que então surgiria: a arbitragem institucional [...].²⁰³

Demonstrado o histórico da arbitragem, bem como um dos seus institutos principais, o CPA, ver-se-á logo adiante do que exatamente se trata a arbitragem. Iniciando-se por sua definição.

Accioly e Silva definem arbitragem como sendo um “meio de solução pacífica de controvérsias entre Estados por uma ou mais pessoas livremente escolhida pelas partes”²⁰⁴. Acrescentam que esse acerto é, na maior parte das vezes, realizado por meio de um compromisso arbitral “que estabelece as normas a serem seguidas e onde as partes contratantes aceitam, de antemão, a decisão a ser adotada”²⁰⁵.

Esses autores provavelmente retiraram a definição do instituto em questão do art. 37 da 2ª Conferência da Paz, também assinada em Haia

²⁰² SOARES, 2004, p. 170.

²⁰³ SOARES, 2004, p. 170.

²⁰⁴ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 444.

²⁰⁵ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 444.

no ano de 1907 que dispõe o seguinte: “a arbitragem internacional tem por objeto resolver os litígios entre os Estados por meio de juízes de sua escolha e na base do respeito ao direito”²⁰⁶. Chapal, além de ter também recorrido a este regramento para definir a arbitragem, asseverou que tal definição continua a corresponder com a dinâmica atual do instituto.²⁰⁷

Por esta mesma linha, vai seguir Araújo quando afirma que “deflui dessa conceituação que os Estados litigantes podem escolher, livremente, aqueles que, alicerçados no Direito, irão decidir da justeza ou não de suas reivindicações”²⁰⁸. Relevante apontar que essa afirmação demonstra um dos pilares bases da arbitragem. Nesta linha também converge Jorge Fontoura quando assevera que a discricionariedade das partes em escolher e vetar árbitros é um dos “aspectos quintessenciais que compõe a ideiação arbitral”²⁰⁹.

Stersi dos Santos destaca algumas características do instituto:

- a) a possibilidade de escolha do árbitro; b) a possibilidade de escolha do direito a ser aplicado ao julgamento de mérito do conflito (direito de fundo); c) a possibilidade de escolha das regras de procedimento; d) a confidencialidade do procedimento; e) a celeridade do procedimento.²¹⁰

Alguns autores²¹¹ afirmam que a arbitragem, não obstante ser, em alguns casos, obrigatória, é em sua essência facultativa, pois “as partes contratantes conservam a liberdade de recorrer a outros juízes”²¹². Neste

²⁰⁶ Art. 37 da Convenção para solução pacífica de conflitos internacionais do ano de 1907 assinada em Haia. ARAÚJO, 1995, p. 327.

²⁰⁷ Esta definição tem o mérito de corresponder à maioria dos compromissos arbitrais e das sentenças proferidas, mesmo recentemente. Isto ocorre porque inúmeros autores continuam a ela se referir. Tradução livre de: “Cette définition a le merite de correspondre à la plupart des engagements d’arbitrage et des sentences rendues, même récemment. C’est pourquoi de nombreux auteurs continuent à s’y référer”. CHAPAL, 1967, p. 12.

²⁰⁸ ARAÚJO, 1995, p. 327.

²⁰⁹ FONTOURA, Jorge. As demandas arbitrais na solução de controvérsias em blocos econômicos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e conciliação**. v. 7., Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 208.

²¹⁰ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 31. O autor faz ressalva quanto a confidencialidade, afirmando que esta não é mais regra, e sim a publicidade de parte ou totalidade do procedimento, especialmente quando traz estados como parte. Desta maneira, evita-se que os estados mantenham em segredo fatos pertinentes as suas condutas, de modo a impedir que os demais atores das relações internacionais tomem ciência dos mesmos.

²¹¹ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 446; DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 887.

²¹² ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 446.

sentido Pederneiras assevera que se trata de processo facultativo, uma vez que há necessidade de um prévio acordo das partes para sua realização.²¹³

A arbitragem poderá ser institucional ou *ad hoc*. Há órgãos estruturados que contem normalmente, listas de árbitros a serem escolhidos pelas partes (ou autoridades previamente designadas que poderão realizar essa tarefa caso haja algum impasse); procedimento pré-estabelecido; normas concernentes à escolha do direito de fundo aplicável; regras para a superação de impasses que possam surgir no decorrer do desenvolvimento da arbitragem; etc. Referidos órgãos darão vida à arbitragem institucional. Enfim, nesta modalidade de arbitragem, as partes vão aderir a um regulamento pré-estabelecido, de modo a conceder credibilidade ao órgão de arbitragem optado. Já na arbitragem *ad hoc*, haverá a possibilidade de as partes escolherem as regras a serem aplicadas pelo árbitro ou tribunal arbitral.²¹⁴

A arbitragem poderá ocorrer por meio de dois instrumentos: da cláusula compromissória (também chamada de cláusula arbitral) ou então, pelo compromisso arbitral. A diferença entre um e outro, está atrelada ao momento do surgimento do conflito. Na hipótese de a arbitragem ser escolhida como forma de resolução de conflitos em momento anterior ao surgimento deste, então, ter-se-á uma cláusula compromissória. Esta estará inserida em um acordo internacional, de forma que estabeleça a obrigatoriedade de solucionarem-se as controvérsias originadas no âmbito deste acordo, pela via arbitral.²¹⁵

Quando surge o conflito e, a partir deste momento, as partes decidem por resolvê-lo com o uso da arbitragem, então fala-se em compromisso arbitral. Stersi dos Santos salienta a distinção entre os dois institutos do seguinte modo:

Na cláusula arbitral as partes ainda não estão diante de controvérsias, mas tão somente da possibilidade de tais conflitos virem a surgir. Trata-se de conflitos hipotéticos que podem ou não surgir a partir de então. Caso as diferenças

²¹³ PEDERNEIRAS, 1965, p. 381.

²¹⁴ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 32.

²¹⁵ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 33. Accioly e Silva ensinam que a arbitragem pode ser prevista em tratados de duas naturezas: a) tratados de arbitragem propriamente dita, que são aqueles que contem somente disposições referentes a esse modo de solução de controvérsias; b) tratados com cláusula compromissória, que serão os tratados que versem sobre assunto diverso, mas que, no entanto, traz em seu texto uma cláusula determinando que eventual conflito será resolvido através do instituto em questão. ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 450.

efetivamente surjam as partes terão estabelecido a arbitragem como a forma para dirimi-las. [...] Já no compromisso arbitral as partes estão diante do litígio e optam por resolvê-lo por meio da via arbitral.²¹⁶

O autor assevera que tanto num instrumento quanto no outro a competência de outros juízos é afastada e é estabelecida a competência do juízo arbitral. Não obstante a existência desta distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, Stersi dos Santos afirma que da coincidência de idéias de ambos os instrumentos, de afastar as demais jurisdições, nasce a terminologia de convenção de arbitragem que engloba tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.²¹⁷

O juízo arbitral pode ser formado por um só árbitro, ou ainda por diversos.²¹⁸ Até o começo do século passado, era mais usual a primeira composição mencionada, a escolha era geralmente um chefe de Estado.²¹⁹ No entanto, esta espécie de arbitragem apresentava inconvenientes. Accioly e Silva apresentam os seguintes: a dificuldade de abstração por parte do chefe de Estado de suas preferências políticas ou pessoais; este indivíduo, na maior parte das vezes, confiará a tarefa “de estudar a questão e elaborar sentença a pessoas que ficam anônimas e, por isso, não oferecem suficientes garantias de imparcialidade”²²⁰ Portanto, nos dias atuais é comum que se escolha o árbitro por seu notável conhecimento técnico sobre a matéria objeto do conflito, o que fará com que goze da confiança das partes. Ademais o árbitro deve ser detentor de uma conduta imparcial, independente e ética para bem desempenhar suas funções como julgador.²²¹

As partes também podem recorrer a listas de árbitros, como é o caso da Corte Permanente de Arbitragem supra mencionada, ou de blocos, como o caso do Mercosul como será tratado mais adiante.

²¹⁶ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 33.

²¹⁷ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 33. Atualmente a distinção feita entre esses dois instrumentos já não é mais tão importante. Inclusive já se denomina a escolha das partes de resolver a contenda por meio da arbitragem de “convenção de arbitragem” ou “arbitral”, independentemente da questão de saber-se se já existe previamente o conflito ou não.

²¹⁸ No caso de arbitragem com mais de um árbitro, ter-se-á então um Tribunal arbitral.

²¹⁹ Além do chefe de Estado, era comum também que juriconsultos, diplomatas, técnicos na matéria em causa atuassem como árbitro.

²²⁰ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 445.

²²¹ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 34.

O último ponto a ser tratado dentro do tópico *arbitragem* é o laudo arbitral.²²² O laudo arbitral tem duas características bem marcantes: a obrigatoriedade e a não executoriedade.

A primeira característica está ligada ao fato de que o laudo é obrigatório para as partes litigantes, pois elas “declaram expressamente aceitar a sentença no compromisso arbitral”²²³. Ou seja, houve uma aceitação prévia das partes de que cumpririam o laudo vindouro não importando qual fosse o resultado. Nele “o julgador enfrentará todas as questões de mérito suscitadas pelas partes bem como decidirá a respeito de eventuais questões prejudiciais que tenham sido opostas pelas partes”²²⁴.

Entretanto, há casos ímpares em que pode se alegar a não obrigatoriedade do laudo, e assim obter sua anulação. O mais citado deles é quando o árbitro excede seu poder.²²⁵

Muito embora o laudo arbitral seja detentor de obrigatoriedade, o mesmo não ocorre em relação à executoriedade.²²⁶ Ou seja, o laudo arbitral não é executório, “sua execução cabe às partes litigantes, que devem executá-lo com boa-fé”²²⁷. Porém, caso a parte vencida não o faça, caberá à parte vencedora fazer uso dos instrumentos de coerção autorizados pelo direito internacional, com o escopo de compelir aquela a cumprir a decisão.²²⁸

O laudo é em geral definitivo, pois põe fim à questão litigiosa, contudo pode sofrer recursos de interpretação, anulação ou revisão.²²⁹ Neste sentido, Accioly e Silva informam que:

²²² É também chamado de sentença arbitral, especialmente pela legislação pátria.

²²³ MELLO, 1979, p. 698.

²²⁴ Tais como: a não arbitrabilidade da matéria objeto do conflito; a inexistência de competência do tribunal arbitral; a inexistência ou nulidade do instrumento de escolha da arbitragem e de atribuição de jurisdição ao tribunal arbitral. STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 34-35.

²²⁵ Não obstante ser o excesso de poder a causa de nulidade mais alegada, também podem levar ao mesmo efeito quando: a sentença for resultante de fraude do(s) árbitro(s); quando a sentença tiver sido pronunciada por árbitro(s) incapaz (es); quando tiver sido violado algum princípio fundamental do processo; quando o compromisso arbitral for nulo.

²²⁶ Celso de Albuquerque Mello traz uma das poucas exceções em que a executoriedade da sentença arbitral tenha sido consagrada: Convenção Drago-Porter que previa a intervenção quando a parte não cumprisse a decisão arbitral. MELLO, 1979, p. 699.

²²⁷ MELLO, 1979, p. 699.

²²⁸ STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 35. Tais medidas serão analisadas mais adiante.

²²⁹ O laudo será passível de reforma se as regras de procedimento assim autorizarem. O Protocolo de Olivos do Mercosul que dispõe sobre a solução de controvérsias dentro deste bloco, assim permite. Quem analisará o recurso será o Tribunal Permanente de Revisão. STERSI DOS SANTOS, 2008, p. 35.

As Convenções de Haia, de 1899 e 1907, pronunciaram-se mais ou menos nesse sentido, isto é, reunindo essas duas condições e dispondo que a revisão será admitida quando tiver sido prevista no compromisso e for motivada pelo descobrimento de um fato novo, que teria podido exercer influencia decisiva sobre a sentença e que, por ocasião do encerramento dos debates, era desconhecido do próprio tribunal e da parte que pede revisão.²³⁰

Ainda sobre o tema, informam os autores em geral, que a revisão deverá preferencialmente ser feita pelo tribunal que proferiu a decisão²³¹, mas que se tal não for possível e as partes não decidirem de outra forma, ela poderá ser submetida à CIJ.²³²

Assim sendo, uma vez tendo sido analisados os principais aspectos da arbitragem internacional entre Estados, interessante encerrar o presente capítulo recapitulando a importância do instituto, sua pertinência especialmente para os tempos atuais, tempos de inúmeras rupturas de fronteiras, como as jurídicas. Neste viés, assevera Soares que “as arbitragens ganharam roupagens novas e ganharam relevância [...] pela minúcia de sua regulamentação nos grandes tratados de codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional”²³³. Em segundo lugar, o autor vai atribuir o sucesso da arbitragem à crescente importância de uma seara do Direito que não pode mais “se dar ao luxo” de obter soluções de litígios demoradas e exageradamente institucionalizadas: Direito Internacional Econômico.²³⁴

Por fim, este mesmo autor aponta mais um elemento responsável pela procura do instituto aqui trabalhado para resolver as controvérsias internacionais: a emergência dos fenômenos das integrações econômicas regionais. Afirma que estas “por tenderem a uma supranacionalidade, igualmente tendem necessitar de soluções de litígios por órgãos técnicos e mais atentos a fenômenos econômicos que os tribunais judiciários internos dos Estados Partes”²³⁵.

Estas colocações do autor vão ao encontro do conteúdo do capítulo seguinte, pois nele será abordado o Mercado Comum do Sul e o

²³⁰ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 449.

²³¹ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 449; MELLO, 1979, p. 701.

²³² MELLO, 1979, p. 701.

²³³ SOARES, 2004, p. 171.

²³⁴ SOARES, 2004, p. 171.

²³⁵ SOARES, 2004, p. 171.

seu sistema de resolução de controvérsias, estruturado em certas formas clássicas de solução de litígios enunciadas no presente capítulo.

1.4.4 Sanções no Direito Internacional

Para Mello as sanções não se confundem com a guerra e diferenciam-se dela pelos motivos seguintes: com referidas medidas, permanecem as relações diplomáticas; elas não podem atingir terceiros Estados, ao passo que a guerra é capaz de gerar direitos e deveres a terceiros Estados; as medidas coercitivas devem ser proporcionais ao ilícito praticado, enquanto que na guerra, invariavelmente, o Estado não encontra limite ao uso da força, exceto no que se refere às leis da guerra e de humanidade; a guerra é empregada para resolver conflitos em que os Estados entendem não haver outra solução dentro do quadro da paz, já as sanções são considerados um estágio anterior à guerra.²³⁶

Conforme Baumgarten e Ferreira:

Findos os meios pacíficos de resolução de controvérsias internacionais e, entendendo o Estado soberano, ou a OI, que as demais soluções fracassaram, seja pelo desinteresse da parte adversa em resolver a obrigação, ou pela falta de executabilidade da solução apresentada, através de determinadas demonstrações de poder e influência as nações em litígios buscam o convencimento através da força. Não se trata de um estado de guerra, embora tenha muitos componentes para que esta aconteça. Esses métodos são verdadeiras sanções, soluções impositivas da força, admitidas na prática internacional.²³⁷

Mello considera que estas outras formas coercitivas têm o condão de fazer com que as normas jurídicas sejam respeitadas.²³⁸

A Organização das Nações Unidas tem por um dos seus escopos que os Estados componham suas contendas de maneira pacífica. Assim,

²³⁶ MELLO, 1979, p. 709.

²³⁷ BAUMGARTEN, Marcelo Zepka; FERREIRA, Diego Vikboldt. Controvérsias internacionais: soluções pacíficas e coercitivas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 47. 30/11/2007 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2550>. Acesso em: 2 mar. 2011. p. 16.

²³⁸ MELLO, 1979.

dispositivos da Carta das Nações Unidas²³⁹ indicam meios de soluções de controvérsias entre os Estados, de modo que a paz, a segurança e a justiça internacional não sejam colocadas a perigo. Desse modo, todos os membros têm o dever de evitar a ameaça ou o uso da força contra a identidade política e integridade de qualquer Estado. Tão somente em casos de inviabilidade da composição nestes termos é que a ONU concederá seu consentimento para que a utilização das sanções seja aplicada.²⁴⁰

O entendimento de inúmeros autores²⁴¹ caminha no sentido de que sanções, como algumas das que serão expostas abaixo somente podem ser aplicadas modernamente nas hipóteses de existência de uma decisão legítima anterior que reconheça a existência de comportamentos praticados por certos Estados que tenham sido enquadrados como violadores do Direito Internacional. Dessa forma a utilização de certas sanções (tais como a retorsão, as represálias, os embargos e os bloqueios pacíficos) não seriam mais enquadradas como métodos de resolução de conflitos mas como meros instrumentos de sanção utilizados para restaurar o respeito ao Direito, já que o método de resolução de conflitos seria aquele que produziu a decisão declaratória da violação. Assim procura se evitar que os Estados mais poderosos continuem fazendo uso unilateral desses meios em desfavor de Estados menos poderosos, mesmo quando esses últimos estejam amparados pelo Direito Internacional. Accioly e Silva salientam que não foram poucas as vezes que esta situação ocorreu.²⁴² Entretanto, caso as sanções sejam adotadas por um ou por vários Estados sem a existência de uma decisão prévia (normalmente adotada por uma forma jurisdicional de resolução de conflitos: tribunal internacional ou arbitragem) que reconheça um comportamento violador do Direito Internacional, serão enquadradas como manifestações de autotutela.

As formas mais tradicionais, no Direito Internacional, de sanção são: a) retorsão; b) represálias; c) embargo; d) bloqueio pacífico; e) boicotagem; f) e a ruptura de relações diplomáticas.

a) Retorsão

Entende Araújo que retorsão “é a medida que um Estado adota

²³⁹ Art. 2.3 e 2.4 da Carta na ONU.

²⁴⁰ BAUMGARTEN; FERREIRA, 2007, p. 16.

²⁴¹ ACCIOLY; SILVA, 1998; BAUMGARTEN; FERREIRA, 2007; ARAÚJO, 1995; MELLO, 1979; REZEK, 1989; etc.

²⁴² ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 453.

com o intuito de revidar de maneira idêntica a violência ou prejuízo sofrido por outro Estado”²⁴³. A maioria dos autores afirma que trata-se de uma espécie de lei de talião.²⁴⁴

De qualquer forma, por meio da retorsão não se tenta rebater um ilícito, pois os atos que a ela dão ensejo são atos praticados por um Estado, no exercício perfeito de sua soberania, não obstante “podem colocar outro Estado em situação desvantajosa ou prejudicar, de certo modo, os interesses dos nacionais desse outro Estado em que isso importe em violação manifesta do direito internacional”²⁴⁵.

Aponta-se como causas legítimas de retorsão: o aumento dos direitos de importação ou trânsito estabelecido sobre os produtos de outro Estados, de forma exagerada; a interdição do acesso de portos de um Estado aos navios de outro Estado; o favorecimento aos nacionais de um Estado, ao mesmo tempo da recusa da mesma espécie de favorecimento aos nacionais de outro Estado, etc.²⁴⁶

Accioly e Silva entendem ser a retorsão medida legítima, em contra partida, o restante da doutrina e a prática internacional contemporânea, como ele mesmo afirma, lhe são pouco favoráveis.²⁴⁷

b) Represálias

O Instituto de Direito Internacional definiu o instituto, em sua sessão de Paris, em 1934, da seguinte forma: “as represálias são medidas coercitivas, derogatórias das regras ordinárias do direito das gentes, tomadas por um Estado em consequência de atos ilícitos praticados, em seu prejuízo, por outro Estado e destinadas a impor a este, por meio de um dano, o respeito do direito”²⁴⁸.

Ou seja, trata-se do revide de um Estado às “ofensas ou violências recebidas por outro membro da sociedade internacional com medidas contrárias aos Direitos das Gentes”²⁴⁹. Araújo salienta que essas medidas devem ser proporcionais às ofensas recebidas, bem como devem se dirigir apenas contra o Estado violador das normas internacionais e não em desfavor de seus cidadãos²⁵⁰. Entretanto, bem se

²⁴³ ARAÚJO, 1995, p. 333.

²⁴⁴ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 454; ARAÚJO, 1995, p. 333; MELLO, 1979, p. 710.

²⁴⁵ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 454.

²⁴⁶ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 454.

²⁴⁷ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 454.

²⁴⁸ Art. 1º da sessão de 19 de outubro de 1934, em Paris, do Instituto de Direito Internacional.

²⁴⁹ ARAÚJO, 1995, p. 334.

²⁵⁰ ARAÚJO, 1995, p. 334.

sabe que na atualidade, com o mundo significativamente globalizado, dificilmente os particulares de um Estado não vão sentir os danos provenientes das referidas medidas.

Sua diferença em relação ao instituto visto anteriormente é bastante simples de ser notada, pois, à medida que a retorsão tem por fundamento um ato lícito, a represália, por sua vez, combate um ato de injustiça ou de violação de um direito. Outra diferença, é que na represália não necessita haver uma identidade entre ação e reação, ela pode ocorrer por meios e processos diferentes.²⁵¹

Accioly e Silva ensinam que não existem regras específicas de direito internacional que regulem o recurso a esse expediente das medidas coercitivas, entretanto, há que se obedecer a alguns princípios.²⁵² Salienta também que as represálias têm mais importância em tempos de guerra do que em tempos de paz e que, entretanto, “devem ser utilizadas em último caso, como meio de evitar que um adversário sem escrúpulos multiplique atos contrários ao direito das gentes”,²⁵³.

c) Embargo

Trata-se de uma espécie da qual a represália é gênero. Fazendo uso deste expediente, o Estado aplicador do embargo, mesmo que durante a paz, sequestra navios e cargas de nacionais de um Estado estrangeiro que se encontrem ancorados nos portos ou em águas territoriais do Estado que faz uso deste recurso.²⁵⁴

Para Duroselle e Renouvin:

O embargo às exportações ou às importações foi quase sempre exercido como meio de pressão, tendo uma finalidade política. Proibindo aos cidadãos de seu país comprar ou vender certas mercadorias aos cidadãos de outro país, o governo

²⁵¹ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 454.

²⁵² As represálias somente podem ser permitidas caso haja violação flagrante do direito internacional, por parte do Estado contra o qual são exercidas; deve tratar-se de atos de legítima defesa, proporcionais ao dano sofrido ou à gravidade da injustiça cometida pelo dito Estado; justificam-se apenas como medidas de necessidade e depois de esgotados outros meios de restabelecimento da ordem jurídica violada; devem cessar quando seja concedida a reparação que se teve em vista obter; seus efeitos devem limitar-se ao Estado contra o qual são dirigidas e não atingir os direitos de particulares, nem os de terceiros Estados. ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 455.

²⁵³ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 456.

²⁵⁴ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 456.

que decide o embargo tem geralmente por objetivo, querer entravar uma ação empreendida por aquele outro, em particular obstar à explosão de um conflito armado, quer levá-lo a modificar as tendências de sua política. Mas também ele pode, simplesmente, querer evitar que seus cidadãos sejam envolvidos em complicações internacionais. De qualquer forma, as preocupações econômicas não têm um papel determinante.²⁵⁵

Atualmente esta medida caiu em desuso e é condenado pela doutrina, pois no passado, tal medida desencadeava guerras. Deste modo, os navios apreendidos sob seu manto, como simples penhor, eram confiscados e passavam a ser presas bélicas.²⁵⁶

Válido ressaltar que o embargo aqui tratado diferencia-se do embargo civil.²⁵⁷ Este último é motivado por questões sanitárias, ou judiciais, ou policiais e consiste na proibição da saída de navios de um porto ou ancoradouro, em águas do Estado que o emprega.²⁵⁸

d) Bloqueio pacífico

O bloqueio pacífico, também conhecido como bloqueio comercial, constitui outra forma de represália. “Consiste em impedir, por meio de força armada, as comunicações com os portos ou as costas de um país ao qual se pretende obrigar a proceder de determinado modo.”²⁵⁹ Para Renouvin e Duroselle o bloqueio é um modo de coerção econômica, porém empregado para atender a fins políticos.²⁶⁰

As embarcações de nacionais dos outros Estados não podem ser prejudicadas por essa medida. A entrada ou saída de suas embarcações deve ser mantida livre, pois apenas o Estado bloqueado deve ser alvo. Note-se que nem todos os países admitem referida medida.²⁶¹

²⁵⁵ DUROSELLE, Jean-Baptiste; RENOUVIN, Pierre. **Introdução à história das Relações Internacionais**. São Paulo: Difusão Europeia do livro, 1967. p. 104.

²⁵⁶ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 456.

²⁵⁷ Também conhecido como *embargo de príncipe (arrêt de prince)*.

²⁵⁸ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 456.

²⁵⁹ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 457.

²⁶⁰ DUROSELLE; RENOUVIN, 1967, p. 99-100.

²⁶¹ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 457.

e) Boicotagem

A boicotagem consiste na interrupção de relações comerciais com um Estado tido por ofensor dos nacionais ou dos interesses do Estado aplicador do boicote. É expediente geralmente utilizado para coagir o Estado “ofensor” a modificar uma atitude considerada agressiva ou injusta como o Estado prejudicado por esta medida.²⁶²

Esta medida tem por escopo impor um prejuízo material aos produtores ou comerciantes de outro país. Pode ser empregada por particulares e pelo Estado em desfavor de outro Estado. Duroselle e Renouvin afirmam que neste último “caso é que ela apresenta particular importância, pois provoca na opinião pública movimentos de irritação ou rancores, e porque pode ocasionar complicações políticas”²⁶³.

f) Rompimento das relações diplomáticas

Quando o conflito atinge determinado ponto que não possibilita mais as partes comporem, dá margem a uma atitude extrema por parte do Estado que se diz vítima do Estado violador das regras internacionais: rompimento das relações entre os Estados oponentes.²⁶⁴

A ruptura das relações diplomáticas se dá da seguinte forma: a “entrega de passaportes ao agente diplomático do Estado a que se aplica, ou pela retirada da capital de tal Estado, do agente diplomático do Estado que lança mão desse recurso, ou concomitantemente, pelas duas medidas”²⁶⁵.

Além dos meios coercitivos acima identificados é possível fazer a indicação de outros, tais como: suspensão das relações diplomáticas (retirada do embaixador e funcionários, com a manutenção da embaixada; suspensão de um Estado de uma Organização Internacional; denúncia e ruptura de tratados internacionais, etc.).

O conteúdo do presente capítulo, tratou das formas pacíficas de resolução de conflitos entre os Estados. Mas para tanto, explanou sobre as relações cooperação e conflito entre estes entes, e apontou os mais variados menos de resolver tais contendas. Desta maneira, o capítulo tratou nomeadamente da interação entre os Estados (desde sua formação

²⁶² ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 458.

²⁶³ DUROSELLE; RENOUVIN, 1967, p. 107.

²⁶⁴ ARAÚJO, 1995, p. 336.

²⁶⁵ ACCIOLY; SILVA, 1998, p. 459.

como Estado Moderno), ou seja, como apontam Aron e Sardenberg²⁶⁶, do cerne das relações internacionais.

Por sua vez, as relações internacionais trazem como seus principais elementos os seguintes: a sociedade internacional, espécie de cenário onde essas relações ocorrem; os paradigmas de interpretação dessas relações; e por fim, seus atores, agentes que irão interagir neste cenário. A partir da formação do Estado Moderno até a contemporaneidade, este foi considerado o único ator das relações internacionais. Contudo, a partir do final do Século XX e do início do Século XXI, as relações internacionais apresentaram uma crescente complexidade e uma tendência à integração e à criação de vínculos de cooperação entre seus atores mais significativos. É exatamente neste cenário – de uma tendência a uma nova sociedade internacional, que se descortina a partir do pós-guerra – em que surgiram os novos atores internacionais. Dentre os novos atores que surgiam, destacaram-se as organizações não-governamentais, as empresas transnacionais e as organizações internacionais²⁶⁷, de forma que interessará ao presente, este último novo ator, pois é em seu âmbito que surgem as integrações, que por sua vez, levará ao estudo do Mercosul.

²⁶⁶ ARON; SARDENBERG, 1983, p. 21.

²⁶⁷ BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 269-270.

Neste capítulo serão estudadas as principais características da Organização Internacional de Integração denominada de Mercosul, formado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.²⁶⁹ As Organizações Internacionais (OIs) cada vez mais possuem um papel relevante nas relações internacionais ao se constituírem em espaços de discussão e de aproximação de valores e de interesses comuns, daí a importância de se estudar o Mercosul, suas principais características e mais especificamente seu sistema de solução de controvérsias.

2.1 PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE INTEGRAÇÃO²⁷⁰

Levando em consideração que as integrações enquadram-se dentro das OIs, far-se-á uma breve apresentação dos principais aspectos desta última.

As OIs não surgiram por meio de um planejamento articulado pelos Estados. Sua criação no cenário internacional vem ao encontro das necessidades que nasceram juntamente com a Sociedade internacional.

²⁶⁸ Sobre a grafia da palavra “Mercosul”, os autores Carlos Márcio Cozendey e Daniela Arruda Benjamim expõem a seguinte lógica – a qual é por este trabalho compartilhada: “Formalmente, a grafia oficial correta é MERCOSUL, em maiúscula, sigla de Mercado Comum do Sul. Entendemos, porém que, transcorridos mais de dez anos da assinatura do Tratado de Assunção, Mercosul já se tornou um substantivo próprio aplicado ao processo de integração entre os signatários dos mesmo, um processo que transcende as linhas econômico-comerciais previstas no tratado fundador. Assim, a despeito dos problemas de prosódia na língua portuguesa, grafar-se-á “Mercosul”. ARRUDA, Daniela Benjamin; COZENDEY, Carlos Márcio. *Laudos arbitrais no marco do Protocolo de Brasília: a construção jurídica do processo de integração*. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003. p. 13. nota de rodapé nº 1.

²⁶⁹ Ainda se aguarda a ratificação do Senado do Paraguai para o pedido de ingresso do quinto Estado Parte do Mercosul: a Venezuela.

²⁷⁰ No presente contexto, o termo *integração* poderá ser utilizado em dois sentidos: um amplo, que considerará como integração econômica qualquer atividade integrativa (sendo ela supranacional ou de caráter intergovernamental – esses institutos serão abordados mais adiante), não importando o patamar em que se encontre, e em sentido estrito que será considerado como o estágio imediatamente inferior ao estágio *comunitário* do processo de integração.

Para Mota Campos as primeiras OIs nasceram na Antiguidade, com a constituição das ligas de cidades-Estados na Grécia (como a Confederação de Delos, entre outras).²⁷¹

Cretella Neto afirma que as OIs são dotadas de dupla natureza. Por ser um tratado que institui uma OI, esta deve se sujeitar ao Direito que os regulamenta, ou seja, a *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*, de 1969. Mas ao mesmo tempo as OIs possuem seu objeto original e seu próprio regramento, que será supletivo.²⁷²

Cretella Neto define OIs²⁷³ como:

[...] associação de Estados estabelecida por meio de uma convenção internacional, que persegue objetivos comuns aos membros e específicos da organização, dispondo de órgãos próprios permanentes e dotada de personalidade jurídica distinta da dos Estados-membros.²⁷⁴

O autor também realça que as OIs devem ser estudadas por um espectro multidisciplinar, uma vez que constituem fenômeno complexo. Portanto, sua abordagem deve ser realizada a partir de três enfoques: um político, um histórico-sociológico²⁷⁵ e por último, um enfoque jurídico.

Sob o ângulo do *político*, afirma o autor que deve ser dividido em três blocos: dos países ocidentais; dos países socialistas; e dos países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento. Para o presente vai importar apenas o primeiro (dos países ocidentais), pois ele é o responsável pela criação das organizações internacionais *regionais*.

²⁷¹ CAMPOS, João Mota de (Coordenador). **Organizações internacionais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999. p. 27.

²⁷² CRETELLA NETO, José. **Teoria geral das organizações internacionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40. Salientar esta dupla natureza, auxiliará no entendimento sobre a divisão em direito originário e direito derivado das integrações, como será visto mais adiante.

²⁷³ Neste momento, Cretella Neto utiliza a expressão “organização internacional *intergovernamental*”, mas ele mesmo ressalta que o art. 2.1, alínea i da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 não faz distinção entre as expressões *organização internacional* e *organização internacional intergovernamental*. Portanto, no presente, optou-se pela primeira, até mesmo porque a segunda expressão poderia causar confusão no que concerne à distinção entre intergovernamentalidade e supranacionalidade que será vista mais adiante. CRETELLA NETO, 2007, p. 42.

²⁷⁴ CRETELLA NETO, 2007, p. 44.

²⁷⁵ Quanto a este aspecto válido trazer as palavras de Cretella Neto: “as organizações internacionais parecem corresponder a duas necessidades bastante distintas: de um lado, a uma aspiração geral à paz e ao progresso mundiais, assegurando relações pacíficas e duradouras aos membros da sociedade internacional; de outro, ao atendimento de ampla gama de finalidades específicas e limitadas relativas a questões peculiares.” CRETELLA NETO, 2007, p. 48.

Para Cretella Neto, as OIs regionais surgem como uma contrapartida das organizações internacionais *universais*²⁷⁶ com escopo de aprofundar a atividade de cooperação.

Sobre o enfoque jurídico, importa salientar que as OIs são entidades, na maioria das vezes, dotadas de personalidade jurídica internacional, com suas próprias características, estrutura, funcionamento e efetividade.²⁷⁷ Seu surgimento desencadeou mudanças significativas tanto nos aspectos funcionais quanto estruturais no Direito Internacional. Cretella Neto explica esta ocorrência, asseverando que por não haver uma autoridade política internacional superior aos Estados, as OIs tiveram o condão de acrescentar ao Direito Internacional, ampla gama de positividade e de transformação, “pois permitem maior efetividade das normas jurídicas. Sua atuação provoca amplo processo de mudanças e de alcance de suas funções e finalidades na ordem internacional”²⁷⁸.

Por fim, os aspectos que caracterizam as OIs são: a) são criadas por tratado internacional: esta característica vai permitir que se visualize a voluntariedade dos Estados (na maior parte das vezes trata-se de Estados)²⁷⁹ em se associar, bem como, a qualidade dos sujeitos de direito que concluem tratados – apenas as entidade dotadas de personalidade jurídica de Direito Internacional; b) a prática de atos pela OI: a existência de um tratado é condição *sine qua non* para que surja uma OI, mas não é suficiente, pois será também necessário a elaboração de outros regramentos capazes de instituir órgãos, além de permitir a prática de determinados atos; c) competência funcional: as OIs criadas não são dotadas de competência territorial exclusiva, mas recebem dos sujeitos de Direito Internacional que as instituíram, uma competência

²⁷⁶ O primeiro grupo (dos países Ocidentais) é responsável também pela criação e desenvolvimento das organizações internacionais *universais*, que tem em seu funcionamento o reflexo das concepções políticas e sociais daqueles Estados. Mais tarde com a descolonização de partes da África e Ásia e a entrada dos países deste continente nas organizações, os países Ocidentais continuavam determinando a tônica da atuação das mesmas, fosse com o sistema de votação pelo consenso, ou então através do seu direito de veto ou de retirada tornaram inviáveis os mecanismos de adoção e implementação das decisões. Para compensar essa ausência de efetividade, sobrevieram as organizações internacionais regionais. CRETELLA NETO, 2007, p. 46.

²⁷⁷ Nem todas as OIs são dotadas de personalidade jurídica própria. O Mercosul só adquiriu personalidade jurídica própria quatro anos após a sua constituição. Tal personalidade jurídica foi estabelecida no Protocolo de Ouro Preto, em 1994.

²⁷⁸ CRETELLA NETO, 2007, p. 50-51.

²⁷⁹ Há por vezes, outras entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Internacional que podem ser parte de OIs, tais como: Santa Sé, Cruz Vermelha Internacional e até mesmo outras OIs.

específica em determinados domínios para exercer certas funções; d) sujeição ao Direito Internacional – dizer que as OIs sujeitam-se ao Direito Internacional, significa dizer que há normas jurídicas internacionais que vão conceder a elas direitos e impor obrigações.²⁸⁰

2.2 REGIONALIZAÇÃO E ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS DE INTEGRAÇÃO

O surgimento e o incremento do número de processos integrativos vieram inseridos num fenômeno peculiar que assolou o mundo no fim da Segunda Guerra Mundial: o regionalismo.²⁸¹ O surgimento deste verificou-se através de uma conjunção de elementos de determinada região, tais como: geografia, condições históricas e culturais, interesses comuns, etc.

Conforme Accioly e Casella os “acontecimentos das últimas décadas, levaram à formação, em todos os continentes, de alianças e de acordos regionais, instituidores de dezenas de organizações internacionais regionais ou sub-regionais”²⁸².

De acordo com Rosa, é dentro deste contexto, de um movimento de regionalização, que vão se formar as OIs de natureza integrativa.²⁸³ O autor acrescenta que tal movimento tem por escopo não se limitar “ao estabelecimento de laços de cooperação e harmonia entre os Estado, mas, mais além, buscará integrá-los em um mercado regional amplificado”²⁸⁴.

²⁸⁰ CRETELLA NETO, 2007, p. 51-57. Quanto ao item “d” há que se fazer ressalva. Ou seja, ele não é absoluto, pois como ver-se-á mais adiante, o próprio *direito comunitário* que será o conjunto normativo de uma integração avançada, não se submete ao direito internacional, muito pelo contrário, na União Europeia, por exemplo, estará o direito comunitário acima daquele.

²⁸¹ De acordo com Odete Maria de Oliveira, “o regionalismo vem conquistando significativos espaços de autonomia econômica e de governança política – poder regional e sub-regional -, causando, com isso, fortes impactos por meio da dinâmica mobilidade de seus processos – cooperação e integração -, permeados por interessantes desenhos de zonas preferenciais e de livre comércio, de políticas aduaneiras, além de liberdades de circulação de seus singulares mercados comuns.” Enfim, ele pode ser considerado tanto uma integração econômica quanto política de determinadas regiões do planeta – compreende o surgimento, evolução e consolidação desses processos (dinâmica dos blocos regionais), com escopo de promover a paz e a estabilidade dessas regiões. OLIVEIRA, Odete Maria. **Velhos e novos regionalismos**. Ijuí: Unijuí, 2009, p. 29.

²⁸² ACCIOLY, Hidelbrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo. Eulálio Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 887.

²⁸³ ROSA, Luis Fernando Franceschini da. **Mercosul e função judicial**: realidade e superação. São Paulo: LTr, 1997. p. 18. O autor se refere como sendo integrativa toda a experiência de integração econômica entre Estados, sejam elas intergovernamentais ou supranacionais.

²⁸⁴ ROSA, 1997, p. 18.

No início, as OIs eram baseadas na idéia central de cooperação em certas áreas pontuais,²⁸⁵ mas esta forma de relacionamento entre Estados no Pós-guerra, já não se fazia mais satisfatória.

As décadas de 70 e 80 trouxeram um endurecimento da concorrência econômica mundial. Como consequência, as trajetórias das principais economias capitalistas da época, que eram de crescimento, passaram a tomar um sentido diametralmente oposto, afetando assim suas dimensões produtiva, comercial, financeira e tecnológica. Branco explica essa ocorrência, pelo fato de que na referida época, aumentou consideravelmente a mobilidade do capital, ou seja, sua capacidade de se deslocar internacionalmente. Cresceu também a capacidade das empresas e das forças econômicas que perseguem a transnacionalização da produção. Isto, de acordo com o autor “leva a maioria dos países a tentarem criar espaços regulados social, política e economicamente para atrair investimentos e empresas internacionais”²⁸⁶.

Este novo cenário que se descortinava, trazia consigo novos sistemas produtivos de distribuição, financiamento, pesquisa e desenvolvimento, resultando enfim em um novo paradigma tecnológico, tornando os tradicionais quadros de cooperação obsoletos, de forma que estes últimos cedessem lugar à integração.²⁸⁷

Stersi dos Santos aborda a questão da necessidade de aquisição e desenvolvimento de tecnologia para os países de um modo geral, e dentro deste quadro a ideia de que os países detentores de economias em desenvolvimento não poderiam apenas industrializar-se desordenadamente. Seria necessário também, para poderem competir num cenário global em condições mais favoráveis, que produzissem com qualidade e baixo custo. Esta dinâmica poderia ser viabilizada através da associação dos mencionados Estados, pois “os recursos comuns seriam investidos na obtenção de tecnologia que possibilite uma participação competitiva, dos produtos regionais, no mercado internacional”²⁸⁸.

De acordo com Branco, os processos de integração:

²⁸⁵ O ideal de soberania impedia uma maior integração por parte dos Estados.

²⁸⁶ BRANCO, Luizella Giardino B. **Sistema de solução de controvérsia no Mercosul: perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente**. São Paulo: LTr, 1997. p. 18.

²⁸⁷ BRANCO, 1997, p. 17-19. O autor não concebe uma relação de cooperação como sendo uma espécie de integração. Ou seja, para ele, as interações, associações mais simples não conformam uma integração.

²⁸⁸ STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares. **Mercosul e a arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 72 - 73.

[...] visam não somente a defesa dos interesses empresariais das zonas envolvidas, mas também incluem uma visão ofensiva dos próprios Estados. Trata-se de favorecer a concentração e a centralização econômica dentro de novos padrões tecnológicos capazes de garantir o aumento de produtividade, a rebaixa de custos e, portanto, a competitividade dos produtos regionais no mercado mundial.²⁸⁹

O êxito das integrações que surgiram na segunda metade do século passado, sempre esteve estreitamente interligado com a limitação de um elemento formador do tripé do Estado Moderno: a soberania.

Rosa coloca que juntamente com o insucesso das tentativas dos Estados de superar suas crises políticas e econômicas, as organizações internacionais passam a absorver parcelas de competência próprias dos referidos entes. A consequência desse processo na opinião do autor é o enfraquecimento da concepção tradicional de soberania absoluta dos Estados.²⁹⁰

Como bem lembra Branco, o conceito clássico de soberania está significativamente conectado ao robustecimento do poder do Estado moderno, à sua indivisibilidade e inalienabilidade, ao seu poder autônomo de decisão, tanto interna – sobre seus nacionais –, quanto externamente – em relação aos outros Estados. Entretanto, com o advento das integrações cada vez mais fortalecidas, tornou-se imprescindível revisar profundamente o conceito de soberania, tal qual foi divulgado ao longo dos últimos séculos.²⁹¹

O tema soberania, no que concerne às integrações, invariavelmente levará a outro ponto que funciona como uma espécie de termômetro do comprometimento dos Estados envolvidos numa determinada integração: a supranacionalidade, ou seja, quanto maior a parcela de soberania nacional da qual os estados abrirem mão, maior será a supranacionalidade existente na integração.

Cachapuz de Medeiros informa que na seara doutrinária a expressão *direito supranacional* foi utilizada pelo jurista italiano Rolando Quadri em 1940 para referir-se a regras que disciplinavam a

²⁸⁹ BRANCO, 1997, p. 19.

²⁹⁰ ROSA, 1997, p. 17- 27.

²⁹¹ BRANCO, 1997, p. 27.

aviação civil internacional.²⁹² Mas Rosa vai mais fundo na história – até a Idade Média – afirmando que o conceito de supranacionalidade, lá deve ser buscado, mais especificamente, nas uniões entre Estados, que primeiramente mantinham laços apenas com o objetivo de segurança e defesa.²⁹³

De acordo com Pescatore a supranacionalidade traduz-se através de três elementos essenciais: o reconhecimento de valores comuns aos Estados, que será o elemento de propulsão e direção do processo; a submissão de poderes efetivos aos serviços de referidos objetivos; a autonomia desses poderes em relação com o poder dos Estados-Partes da integração. Em contrapartida, para o autor, terão caráter secundário quanto à supranacionalidade, os seguintes elementos: a institucionalização; o imediatismo do exercício desses poderes; e a coerção.²⁹⁴

Também fazendo uma leitura de Pescatore, Cachapuz de Medeiros discorre sobre o instituto e afirma que a supranacionalidade será vislumbrada sempre que estiverem presentes os seguintes elementos: interesses comuns entre os Estados autores da instituição comunitária,²⁹⁵ a colocação de poderes reais ao alcance dessa instituição e a autonomia dos referidos poderes. Prossegue o autor afirmando que haverá um organismo dotado de supranacionalidade, toda vez em que os Estados-membros transferirem a tal organismo, poderes que são de praxe, exercidos pelos órgãos governamentais de Estados soberanos. Mencionados poderes, de acordo com o autor, capacitam o organismo internacional a emitir - em determinadas condições especiais – normas e decisões vinculantes para os Estados-membros, pessoas jurídicas e indivíduos, de forma que ocasione o surgimento de um poder localizado acima dos Estados. Tudo isso será o resultado de uma transferência de caráter irrevogável, a partir dos Estados, de parte de suas funções características, em favor da entidade supranacional, que por seu turno,

²⁹² CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do Direito Comunitário: aspectos positivos e negativos. (referente à palestra proferida em 20 de novembro de 1996) In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). **Direito comunitário do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 162.

²⁹³ ROSA, 1997, p. 28.

²⁹⁴ PESCATORE, Pierre Apud OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (Org.). **MERCOSUL**: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 67.

²⁹⁵ O termo supranacionalidade é geralmente atribuído às integrações de natureza comunitária, ou seja, às que já estão em um patamar mais avançado do processo integrativo. Portanto, será bastante correto que a elas se façam referências quando falar-se em supranacionalidade.

deverá exercer essa supranacionalidade não mais em favor dos Estados, mas sim, tendo em vista o interesse comunitário.²⁹⁶

É exatamente nesse ideal em que Rosa embasa a seguinte afirmação:

O conceito que melhor traduz a emergência de uma nova categoria de organizações internacionais [...] é o da supranacionalidade, correspondente a um novo patamar de relações entre os Estados, autônomo e distinto da tradicional disputa em torno de um enfoque estatal ou de um enfoque internacional.²⁹⁷

As contribuições dos referidos autores demonstram a importância que o instituto da supranacionalidade tem para as integrações, especialmente as que visam um maior aprofundamento.

Enfim, parece crescer a percepção de que o sucesso de uma integração que busque graus aprofundados de supranacionalidade está relacionado com a renúncia aos conceitos clássicos de soberania.

Casella esclarece que:

O fenômeno da integração econômica, sobretudo em sua dimensão jurídica, como exemplifica a União Européia, traz fascinantes inovações conceituais e institucionais nesse esforço de construção de entidade nova, de caráter supranacional, cuja implementação está transcendendo os limites clássicos dos ordenamentos jurídicos internos, das tradicionais soberanias estanques, em favor de fenômeno cuja relevância transcende seu estrito âmbito territorial de aplicação.²⁹⁸

É relevante deixar claro também que o que se busca numa integração não é o abandono da soberania estatal, mas sim uma limitação da mesma. Esta limitação tem que ser o quanto basta para que

²⁹⁶ CACHAPUZ DE MEDEIROS, 1997, p. 164. Existem inúmeras integrações, cada uma delas num patamar diferenciado de interação. Quando o autor fala em interesse “comunitário” já se refere a uma integração mais aprofundada.

²⁹⁷ ROSA, 1997, p. 28.

²⁹⁸ CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul: exigências e perspectivas – integração e consolidação de espaço econômico (1995-2001-2006)**. São Paulo: LTr, 1996. p. 46.

se alcance o equilíbrio entre os interesses dos Estados e os objetivos da integração.

De acordo com Casella, é justamente por meio do exercício da soberania que os Estados vão viabilizar o processo de integração, pois é na ordem interna que vão fazer valer as obrigações constituídas internacionalmente. Porém estes entes terão que encontrar um ponto de equilíbrio entre o exercício de sua soberania – com as devidas limitações²⁹⁹ – em razão das obrigações assumidas em âmbito internacional. Uma demonstração desse equilíbrio é a criação de instância de vigência e de aplicação interna imediata de certos direitos e obrigações.³⁰⁰

Vê-se que a supranacionalidade está ligada à idéia de que o próprio organismo criado vai possuir certa autonomia para a tomada de decisões, por isso, o instituto é por vezes utilizado como uma espécie de medidor do grau de integração, atribuindo tal característica aos processos de integrativos mais avançados, como os comunitários. Entretanto, a questão é controversa. Soares admite a existência de supranacionalidade em níveis menos aprofundados de integração, como em zonas de livre comércio, pois crê em diferentes graus de transferência de poder decisório concedido pelos Estados-Partes à organização diferentemente da ideia clássica que reconhece a supranacionalidade apenas em estágios superiores de integração, como no de Comunidade, União Econômica ou União Política.³⁰¹

²⁹⁹ A Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados configura-se num importante instrumento de limitação de soberania dos Estados, na medida em que estes assumem obrigações na comunidade internacional.

³⁰⁰ CASELLA, 1996, p. 49-51; CRETILLA NETO, 2007, p. 51.

³⁰¹ Para o autor o grau de supranacionalidade das integrações seria dividido da seguinte forma: *mínimo*, de forma que a integração contará com órgãos tradicionais de representação dos Estados, os diplomatas ou delegados *ad hoc*, mas que serão desprovidos de capacidade decisória enquanto órgão supranacional, tal qual as áreas de livre comércio; o grau de supranacionalidade será *médio* quando houver órgãos superiores da política interna dos Estados, os Ministros das Relações Exteriores e das áreas econômicas, detentores de capacidades decisórias, como nas uniões aduaneiras; grau *máximo*, quando houver a presença de órgãos semelhantes aos das uniões aduaneiras e mais órgãos decisórios unicamente responsáveis perante a organização, porque apolíticos, tal qual as zonas de mercados comuns; e por fim, grau *supremo*, quando houver órgãos totalmente desprovidos de qualquer *allegiance* política aos Estados Partes, sendo assim conformada por funcionários preferentemente integrantes de uma burocracia supranacional, tal qual uma união econômica. SOARES, Guido F. S. Uma revisão de profundidade em 1996 de: As Instituições do MERCOSUL e as soluções de litígios no seu âmbito – Sugestões. In: BATISTA, Luiz Olavo; CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Orgs). **MERCOSUL: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 58.

Quando uma organização regional não for embasada na supranacionalidade, será então caracterizada pela intergovernamentalidade dos seus órgãos. Terá esta última característica quando houver necessidade de consenso entre os Estados-Partes para as tomadas de decisões.

A classificação doutrinária das etapas das integrações regionais geralmente se apresenta em quatro ou cinco fases:

- a) *Zona de livre comércio*³⁰² sendo a primeira delas, que traz consigo a eliminação das barreiras comerciais, ou seja, uma integração comercial. Sobre esta fase vale destacar que ela mantém a independência comercial dos países em relação a terceiros. No entanto, essa ausência de uma tarifa externa comum pode acarretar num desvio de comércio³⁰³ – prática que não será vantajosa para os países integrantes. Esta prática é exatamente um dos motivos que levam os países integrados a passarem para a etapa seguinte;
- b) *A união aduaneira* é a zona de livre comércio, acrescida de uma tarifa externa comum. Desta forma, os países integrados além de suprimirem as barreiras tarifárias entre eles mesmos, vão comercializar seus produtos frente a terceiros países com uma tarifa externa comum. Assim, como já dito, evitam o desvio de comércio³⁰⁴;
- c) A próxima etapa a ser seguida pela integração é a do *Mercado Comum*. Além do que já estava presente nas etapas anteriores, o Mercado Comum traz o diferencial de permitir a livre circulação de fatores e serviços nos Estados-membros, ou seja, a liberação de bens, capitais, serviços e pessoas. Esta fase imprime dinâmica e singular mobilidade ao processo de integração e, portanto, requer importantes medidas de condução política de harmonização às condições desiguais dos Estados-membros³⁰⁵;

³⁰² OLIVEIRA, 2009, p. 52.

³⁰³ Quando determinados países estão integrados economicamente através da zona de livre comércio, países terceiros podem se valer do país integrado *A* quem tem uma tarifa externa mais baixa, para na verdade vender ao país *B* que tem uma taxa mais alta.

³⁰⁴ OLIVEIRA, 2009, p. 54.

³⁰⁵ OLIVEIRA, 2009, p. 55.

- d) A etapa da *União Econômica* trata-se de etapa mais complexa ainda, pois aqui são introduzidas as harmonizações de determinadas políticas comuns diversas das políticas comerciais, tais como: Política Agrícola, Ambiental, Regional, Industrial, Transporte, Comunicação, Concorrência, etc. Desse modo, fazendo com que as diferenças existentes entre esta etapa e a de Mercado Comum praticamente desapareçam³⁰⁶;
- e) Na *União Econômica Total* encontra-se a forma mais completa de integração, pois com ela o bloco passará a ter um Parlamento comum, uma Política Exterior e de Defesa e de Interior e de Justiça também comuns.³⁰⁷

Oliveira indica que:

[...] à medida que o processo de integração econômica avança, os objetivos vão se aprofundando, segundo a ampliação de complexidade do processo. A livre circulação de bens e serviços é um dos aspectos fundamentais para o bom funcionamento de uma área de integração regional. O avanço em seus estágios exige maior coordenação das políticas macroeconômicas, tanto monetárias quanto fiscais, uma política regional para fomentar a coesão social, uma política de concorrência para evitar a distorção dos mercados e uma estreita coordenação das políticas orçamentárias, tudo para facilitar o bom funcionamento financeiro da área de integração, proporcionar credibilidade ao processo ante os mercados de capitais e evitar que o incremento do *déficit* orçamentário de algum Estado-membro desgaste a credibilidade do processo.³⁰⁸

Outro fenômeno verificado nas OIs é a existência de uma ordem jurídica própria, que coexiste com as ordens jurídicas do Estado que a compõe. A essa ordem jurídica própria se atribui a designação de direito da integração.

³⁰⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 55.

³⁰⁷ OLIVEIRA, 2009, p. 56.

³⁰⁸ OLIVEIRA, 2009, p. 56.

2.3 O DIREITO DA INTEGRAÇÃO³⁰⁹

Os processos de integração regional – independentemente da etapa em que se encontrem – necessitam de um conjunto de instrumentos jurídicos que regule as suas relações, ou seja, tanto para seu processo de formação quanto para o de funcionamento. Este conjunto normativo vai dar forma ao direito da integração.

Para Pérez Otermin, são duas as características particulares deste direito: não obstante o direito dos processos integrativos se constituírem por meio de tratados, ou seja, de normas de direito internacional público (a partir dos quais emanará o direito originário) nelas não se esgotam. Pelo contrário, terão continuidade através das normas emanadas pelos órgãos criados pelos próprios tratados (destes emanará o direito derivado); a segunda consiste no fato de que, não obstante referido direito emanar dos tratados, suas normas não vão ser dirigidas a regular as relações unicamente entre os Estados, mas vão também dirigir-se às relações entre os particulares, pessoas físicas ou jurídicas dos Estados-Partes. Portanto, deve integrar-se nas ordens jurídicas nacionais.³¹⁰

Costa vai trazer o mesmo entendimento – referindo-se, porém mais especificamente, ao direito *comunitário* – quando assevera que os modelos de integração econômica regional pautam-se por duas diretivas. A autora aponta a própria ordem jurídica comunitária como sendo a primeira delas, salientando que tal ordem não deve ficar presa apenas ao seu tratado constitutivo, mas deve levar em consideração também, textos, atos e protocolos celebrados para que se alcance a integração econômica. A segunda diretriz será uma consequência direta da primeira. “Trata-se da inserção da ordem jurídica comunitária no direito interno dos Países membros”,³¹¹

Pérez Otermin entende que o direito comunitário surge dentro do direito de integração.³¹² Afirma que direito comunitário em sentido

³⁰⁹ Quando se fala em direito da integração, aplica-se a mesma lógica vista acima sobre a abrangência da expressão *integração*. Assim, *direito da integração* poderá ter ampla conotação, abrangendo o conjunto normativo de toda e qualquer forma de processo integrativo ou ainda em oposição ao *direito comunitário*, quando no sentido estrito.

³¹⁰ PÉREZ OTERMIN, Jorge. **EI MERCADO COMUN DEL SUR**: desde Asunción a Ouro Preto – aspectos Jurídico-Institucionales. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1995. p. 92-93; STERSI DOS SANTOS, 1998, p. 101.

³¹¹ COSTA, Lígia Maura. Os tribunais supranacionais e a aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. (referente à palestra proferida em 20 de novembro de 1996). In: VENTURA, 1997. p. 177.

³¹² O autor refere-se ao sentido amplo de direito da integração.

estrito está ligado ao direito originário e ao direito derivado, enquanto que em sentido amplo traduz-se:

[...] constituyen derecho comunitario el conjunto de normas de derecho aplicables en el ordenamiento jurídico comunitario, distinguiéndose entre ellas: los *principios generales de derecho*; la *jurisprudencia*, emanada de sus respectivos órganos judiciales [...]; o las que tienen un origen exterior al orden jurídico comunitario, como el *derecho surgido de las relaciones exteriores del Mercado Común* con terceros Estados u organizaciones internacionales, o el denominado *derecho complementario*, de origen convencional, proveniente de los acuerdos celebrados entre los Estados Partes, en la aplicación del Tratado.³¹³

Levando então em conta que o direito comunitário é um estágio mais avançado do direito dos processos de integração, vale ressaltar suas principais características identificadas por Pérez Otermin: a aplicabilidade imediata, que significará que a normativa do direito comunitário adquire de forma automática, na ordem interna dos países, status de direito positivo; efeito direto que vai estar ligada ao fato de a norma comunitária poder criar por ela mesma, direitos e obrigações aos particulares; e por fim, a primazia do direito comunitário, que significará que este tem prevalência em relação à norma nacional.³¹⁴

O baluarte desta espécie de direito – pois é detentora dessas três características – é a União Europeia. Já no caso do Mercosul, a opinião majoritária é no sentido de que o direito do referido bloco não alcançou ainda tal status.

É certo que os elementos mencionados sobre o direito comunitário estão intrinsecamente ligados à relação existente entre esta nova ordem jurídica (a do processo de integração) que surge e o direito interno de cada país. Trata-se de encontrar um caminho entre um e outro.

³¹³ PÉREZ OTERMIN, 1995, p. 93.

³¹⁴ PÉREZ OTERMIN, 1995, p. 94. Lígia Maura Costa lembra que a primazia do direito comunitário também pauta-se pela modificação da legislação nacional em vigor caso esteja em desacordo com aquele. COSTA, 1997, p. 178.

Inicialmente tentou-se resolver o problema por meio das soluções clássicas de direito internacional, de forma que se submeteria ao alvitre do constituinte de cada Estado o alcance que teria o direito comunitário. Porém, com o passar do tempo, ficou claro que esta opção não era apropriada para um processo integracionista.³¹⁵ A partir da experiência da União Europeia teriam surgido as primeiras concepções das diferenças entre o direito comunitário e o direito internacional:

La concepción del Derecho Comunitario como un orden jurídico nuevo, con características propias que lo diferencian del Derecho Internacional clásico y del derecho interno de los Estados miembros, obedeció a la necesidad percibida por la doctrina y por la Corte de Justicia de crear mecanismos que aseguraran el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en los tratados constitutivos. La consciencia de que la integración dependía, fundamentalmente, de la voluntad política de los Estados y que por tal razón la adopción de ciertos principios era esencial para garantizar la independencia de las instituciones comunitarias y la autoridad vinculante de sus decisiones está al origen de toda la dogmática comunitaria.³¹⁶

Ainda sobre este entrelaçamento entre o direito da integração e direito interno, Casella assevera que aquele terá seu ponto de partida neste, bem como, na maneira como o direito interno vai tratar os direitos e obrigações na ordem externa quanto na ordem interna, ou seja, em relação aos cidadãos e pessoas jurídicas de direito privado interno. Assim, o que vai importar, sobretudo, é a forma de “incorporação desses direitos e obrigações, contraídos internacionalmente pelos Estados, em seu ordenamento jurídico interno, criando instância de vigência e aplicação interna imediata de tais direitos e obrigações”³¹⁷.

Vindo de encontro a tudo que foi dito sobre o direito comunitário, Soares aponta que à Europa comunitária se deve o mérito de ter sido a organização que conseguiu instituir um direito supranacional num grau mais avançado, se comparado com qualquer outra OI da mesma

³¹⁵ OLIVAR JIMENEZ, 1997, p. 33-34.

³¹⁶ OLIVAR JIMENEZ, 1997, p. 34.

³¹⁷ CASELLA, 1996, p. 49.

natureza, pois nela convivem os três patamares de sistemas jurídicos que caracterizam a supranacionalidade: a) o Direito Internacional Público que tem por conteúdo os tratados multilaterais típicos – inserido nessa categoria os tratados-fundação, bem como os modificadores da integração europeia. Sua elaboração é tarefa apenas dos Estados-Partes, sem possibilidade de interveniência dos órgãos comunitários, e por isso é chamado de Direito Comunitário Originário ou Primitivo; b) o direito supranacional, que tem por base o direito comunitário originário, de natureza particular e regional. Os próprios Estados conferem poderes normativos supranacionais aos órgãos da Comunidade. A doutrina o denomina Direito Comunitário; e c) o Direito Nacional gerado pelas fontes normativas internas tradicionais dos Estados, e que sofre impacto dos dois direitos mencionados anteriormente.

De acordo com Soares:

No que respeita ao impacto no direito nacional provocado pelo Direito Internacional Público, sobretudo no que se refere às normas constitucionais internas, haverá necessidade de os órgãos internos dos Estados-Membros determinarem a posição hierárquica entre os direitos domésticos e o Direito Internacional Público Geral; quanto ao impacto sofrido pela existência do Direito Supranacional, já existe uma autolimitação nos sistemas jurídicos internos, inclusive de natureza constitucional, no sentido de fazer prevalecer as normas daquele, sobre as normas domésticas.³¹⁸

A existência de uma ordem jurídica própria é uma característica importante dos processos de integração fazendo com que estes se constituam como comunidades regidas por normas jurídicas. Desta forma vai se criar um espaço de segurança jurídica, no âmbito de atuação da OI, que vai se somar ao espaço de segurança jurídica interna dos Estados-Partes.

³¹⁸ SOARES, 1998, p. 71-72.

2.4 O MERCOSUL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Trata-se o Mercosul de bloco econômico que surgiu no bojo do fenômeno supra citado: regionalismo. Conforma também no processo de integração mais significativo da América Latina.³¹⁹

Bolívar buscou a criação de uma confederação de povos americanos, livres do domínio colonial espanhol, ou seja, uma espécie de união dos países da América Latina.³²⁰

Não obstante seu intento não ter alcançado o sucesso que desejava³²¹, pode ser tomado como uma espécie de “semente” para a criação do processo de integração que é hoje conhecido como Mercosul.³²²

Neste contexto, de proporcionar uma maior aproximação entre os Estados latino-americanos, outras tentativas de associações foram realizadas, anteriormente ao Mercosul. No entanto, a maior parte delas não obteve o sucesso esperado, e mesmo as que ainda subsistem, como a Associação Latino Americana de Integração (ALADI) não são

³¹⁹ Significativa não em termos de números de Estados Partes – pois outras integrações continham mais que quatro Estados Partes como se verá mais adiante – mas sim, por ter prosseguido ao longo dos anos e ter se tornado importante para seus próprios membros e restante da Sociedade Internacional. Nesta mesma linha, Jaguaribe diz o seguinte: “Dentre os países latino-americanos, a maior potencialidade da concertação, como é do conhecimento geral, é a que existe entre o Brasil e a Argentina. Formam, esses dois países, por suas dimensões e relativamente elevado nível de desenvolvimento, o eixo de qualquer processo integracionista, na América Latina.” JAGUARIBE, Helio. Significação de Mercosul (1992). In: JAGUARIBE, Helio (Org.). **Brasil, Mundo e Homem na atualidade**. Brasília: Alexandre de Gusmão, 2008. p. 212.

³²⁰ O Libertador (como Bolívar era chamado) tinha como objetivo a formação de uma Comunidade de Estados Americanos que tivesse por base normas comuns e universais, devidamente codificadas e que garantissem os princípios da liberdade e autodeterminação dos povos, da igualdade e equilíbrio dos Estados. Além disso, esta Comunidade deveria fazer parte da cúpula das decisões da Sociedade Internacional. Entretanto, Bolívar não era partidário de ter como parceiros o Brasil, os Estados Unidos e o Rio da Prata. STERSI DOS SANTOS, 1998, p. 26-27.

³²¹ Com o afastamento de qualquer possibilidade de recolonização dos Estados Americanos, foram afastados também os ideais bolivarianos confederacionistas de Estados político-culturalmente unidos. Assim, ao invés de dar continuidade a um projeto de união política, passou-se a vislumbrar o fortalecimento de relações intergovernamentais. STERSI DOS SANTOS, 1998, p. 33-34.

³²² Sobre o tema ver também: LEE, João Bosco. **A arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.

significativamente reconhecidas no âmbito internacional.³²³

De acordo com Stersi dos Santos, a partir de então, os Estados latino americanos passaram a “pensar a Integração não mais pelo seu todo, mas dentro de uma visão mais pragmática, que restringisse o universo a ser integrado, através dos sistemas sub-regionais”³²⁴.

Nesta esteira de acontecimentos, em julho de 1990, os presidentes Fernando Collor de Mello (brasileiro) e Carlos Menem (argentino) assinaram a Ata de Buenos Aires, fixando através desta a data de dezembro de 1994 para o estabelecimento de um mercado comum entre Argentina e Brasil. No mesmo ano, em agosto, Paraguai e Uruguai foram convidados a associarem-se a este processo argentino-brasileiro, passo que resultou finalmente na criação do Mercosul em 1991, por meio do Tratado de Assunção (TA).³²⁵

Desta forma os países fundadores do Mercosul, tendo em vista a importância de seus processos de desenvolvimento econômico e a ampliação das atuais dimensões dos mercados nacionais; compreendendo a dimensão da evolução dos acontecimentos internacionais, especialmente no tocante à consolidação de espaços econômicos, e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países; convencidos também da imprescindibilidade de desenvolver o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como, modernizar suas economias e aumentar a oferta e a qualidade dos bens de serviços disponíveis, com a finalidade de

³²³ Desde a época de Simon Bolívar até a contemporaneidade, não foram poucas organizações internacionais que buscaram realizar o objetivo em questão. Destacam-se aqui duas delas: ALALC e ALADI. A primeira trata-se da Associação latino-americana de livre comércio instituída pelo Tratado de Montevideu em 1960, assinado por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai, ao qual aderem posteriormente Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia. Seu objetivo era a criação de um mercado comum continental, a partir da instauração e consolidação de uma zona de livre comércio, ao longo de doze anos. Foram vários os motivos que levaram a seu insucesso: diferença nos níveis de desenvolvimento, heterogeneidade das políticas econômicas, monetárias e cambiais, limitações decorrentes do modelo jurídico e institucional adotados, etc. Não obstante referido fracasso, mais uma tentativa com mesmo escopo (mas desta vez menos ousada, pois previa uma área de preferências econômicas) foi lançada em 1980: a criação da ALADI – Associação Latino-Americana de Integração entre Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. O Tratado que a instituiu também se denomina Tratado de Montevideu. Mencionada associação não chegou a ser extinta, no entanto também não logrou sucesso, pois o mesmo pano de fundo do cenário da ALALC se fez presente no cenário da ALADI. CASELLA, 1996, p. 125-126.

³²⁴ STERSI DOS SANTOS, 1998, p. 69.

³²⁵ MICALI, Isabella Soares. Le Marché commun du Cone Sud MERCOSUR et les autres mécanismes d'intégration et de coopération sur le continent américain – un panorama comparatif. In: BASSO, 1997, p. 589.

melhorar a qualidade de vida de seus habitantes; resolveram unir seus esforços para criarem um mercado comum do sul e desse modo, alcançarem os resultados mencionados acima.³²⁶

Para Stersi dos Santos os países do Cone Sul optaram por se inserir numa conjuntura de transformação do cenário mundial, que ocorreu principalmente a partir da década de 70 e trazia em seu bojo uma realidade dotada de uma nova perspectiva de visão da organização dos Estados Nacionais, no tocante à política e economia internacional.³²⁷

O sítio eletrônico oficial do Mercosul assinala que os quatro Estados-Partes que constituem o bloco são detentores de “sociedades democráticas, pluralistas, defensoras das liberdades fundamentais, dos direitos humanos, da proteção ao meio ambiente, e do desenvolvimento sustentável” e que, portanto, têm valores em comum. O texto acrescenta que os quatro países partilham também o compromisso com a consolidação da democracia, com o combate à pobreza, com a segurança jurídica e com o desenvolvimento econômico e social equitativamente. E que, portanto, “com essa base fundamental de coincidências, os parceiros buscaram a ampliação das dimensões dos respectivos mercados nacionais”. Vislumbram a integração como instrumento para atingir referidos objetivos comuns, por meio de comportamentos de cooperação.³²⁸

A constituição do Mercosul buscava atingir os objetivos propostos por meio de etapas, até dezembro de 1994: a livre circulação de bens, de serviços e de fatores de produção; o estabelecimento de uma tarifa aduaneira comum e de uma política comercial comum face a terceiros países; a cooperação das políticas macroeconômicas e setoriais para assegurar as condições de comércio entre os Estados-Partes e o compromisso dos mesmos em relação à harmonização de suas legislações nas áreas pertinentes, a fim de fortalecer o processo de integração.³²⁹ No entanto, chegada a data assinalada no Tratado de Assunção, o objetivo maior do estabelecimento de um mercado comum entre os países da região não havia sido concretizado, postergando-se a sua concretização. Na verdade não foi alcançado até o presente momento, decorridos vinte anos de celebração do Tratado de Assunção.

³²⁶ Preâmbulo do Tratado de Assunção. O preâmbulo de um tratado, segundo art. 31.1 e 2 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, é elemento essencial para interpretá-lo, pois fixa o objetivo e o fim do mesmo.

³²⁷ STERSI DOS SANTOS, 1998, p. 71.

³²⁸ Texto constante na página oficial do Mercosul no tópico “Sobre o Mercosul”. Disponível em: <www.mercosur.org.uy>. Acesso em: 7 nov. 2010.

³²⁹ Art. 1º do Tratado de Assunção.

2.5 ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO MERCOSUL

A estrutura orgânica do bloco aqui discutido foi instituída em diferentes momentos. Primeiramente no ano de 1991, o TA institui o mínimo necessário para o período transitório, contando com dois órgãos políticos para o período de transição: o Conselho Mercado Comum (CMC), responsável pela administração, e o Grupo Mercado Comum (GMC), por sua vez, responsável pela execução.

Já em 1994, num segundo momento, foi adotado o Protocolo Adicional do Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul, popularmente conhecido como Protocolo de Ouro Preto (POP),³³⁰ que alterou a estrutura institucional do Mercosul.

Ainda na seara institucional, concernente ao tema específico do *sistema de solução de controvérsia*, os documentos mais importantes são o Anexo III do Tratado de Assunção, o Protocolo de Brasília (PB) firmado em 1991, parte do POP e o Protocolo de Olivos (PO), firmado em 2002.

Por ser o Tratado de Assunção, tratado institucional do Mercosul, é importante apontar algumas das suas principais particularidades. Referido Tratado não institui por si só um mercado comum,³³¹ por isso a ele é atribuída a condição de tratado marco ou quadro e não um tratado final, diferente do Tratado de Roma que constitui a Comunidade Econômica Europeia.³³² Aquele tipo de tratado “é entendido como um tratado cujos instrumentos para alcance do objetivo devem ser desenvolvidos em outros tratados ou por atos jurídicos posteriores”³³³.

³³⁰ Os Estados Partes reuniram-se em Ouro Preto em dezembro de 1994 para cumprir determinação do art. 18 do Tratado de Assunção.

³³¹ Foi dito acima que o Tratado de Assunção é o tratado constitutivo do Mercosul, mas o Mercosul não significa exatamente mercado comum, pois já nasceu com esse nome, não obstante não ter conformado na época tal etapa de integração. Salienta-se então, que o Tratado de Assunção institui o Mercosul, mas configurou um tratado marco em relação à instituição do mercado comum.

³³² “O Tratado de Roma é um acordo normativo de 248 artigos, onde se regulamenta não só o funcionamento dos órgãos comunitários, como também as políticas a seguir em matéria comercial, agrícola, econômica, social [...] em suma, um Tratado que estabelece a constituição de um mercado comum e seus conteúdos. Por outro lado, o Tratado de Assunção, embora coincida no objetivo final, constitui algo muito mais ‘humilde’”. LIPOVETZKY, Daniel Andrés; LIPOVETZKY, Jaime César. **Mercosul: estratégias para a integração**. São Paulo: LTr, 1994. p. 96.

³³³ JAEGER JUNIOR, Augusto. Fundamentos e posteriores desenvolvimentos no Mercosul. In: SILVA, Karine de Souza (Org.). **Mercosul e União Europeia: O Estado da arte dos processos de integração regional**. Florianópolis: Editora Modelo, 2010. p. 281; Daniel Andrés Lipovetzky e Jaime César Lipovetzky também partilham deste entendimento. LIPOVETZKY; LIPOVETZKY, 1994, p. 96.

Ou seja, por tratar-se de um conjunto de princípios gerais, de natureza programática, às partes é conferida “certa margem de discricionariedade na elaboração das disciplinas específicas necessárias à implementação de seus objetivos”³³⁴.

A estrutura orgânica proveniente do capítulo II do Tratado de Assunção foi disposta exclusivamente para o período de transição.

O TA não criou qualquer órgão supranacional. Por tais motivos, desde a sua assinatura, surgiram críticas apontando a debilidade institucional do Mercosul.³³⁵ Aliás o tema *supranacionalidade no Mercosul* foi núcleo de muitos debates doutrinários. Quando se discorre sobre a supranacionalidade, busca-se enfatizar que se trata de um instituto que auxilia a robustecer as OI de natureza integrativa. Assevera-se também que a supranacionalidade estará presente sempre que houver interesses comuns dos Estados formadores de uma integração, bem como a colocação de poderes efetivos ao alcance dessa nova instituição; a transferência de poderes que são inerentes aos órgãos governamentais dos Estados soberanos a tal organismo.

No caso do Mercosul, de acordo com Olivar Jimenez, analisando as normas do TA, percebe-se que ele carece de alguns dos elementos essenciais da supranacionalidade. Há sem dúvida alguma, o reconhecimento de valores comuns. Porém no tocante aos poderes efetivos para servirem àqueles e, sobretudo, a autonomia de um novo centro de decisão não foram previstos. A autora baseia sua teoria no fato de que o TA prevê um mecanismo típico de um processo de cooperação, pois os poderes soberanos de seus membros não são limitados, pelo contrário, podem ser exercidos sem qualquer impedimento por meio do veto nos órgãos institucionais. Acrescenta a isso o fato de que o POP não melhorou em nada tal situação, pois não obstante ter criado novos organismos, o sistema de tomada de decisões continuou sendo o mesmo, por consenso, conforme dispõe o art. 37 do capítulo III do referido instrumento.³³⁶

Entretanto já foi apontada uma concepção menos rígida de supranacionalidade, como a de Soares, que entende que haverá uma

³³⁴ ARRUDA; COZENDEY, 2003, p. 34.

³³⁵ LIPOVETZKY; LIPOVETZKY, 1994, p. 154.

³³⁶ O art. 1º dispõe sobre a estrutura institucional e nela aparecem novos organismos (Comissão de Comércio do Mercosul, órgão intergovernamental e o Fórum Consultivo Econômico e Social como funções apenas de consultas). O art. 2º deixa claro que os únicos órgãos com capacidade de decisão são: o Conselho, o Grupo e a Comissão de Comércio; de forma que o consenso continua regendo as tomadas de decisões no interior desses órgãos. OLIVAR JIMENEZ, 1997, p. 67-68.

distinção dos graus de transferência de poder decisório dos Estados-Partes e que tal caracterizará a integração com supranacionalidade mínima, média, máxima e suprema. Dentro desta concepção, e partindo do pressuposto de que o Mercosul é uma união aduaneira, o autor entende que o mencionado bloco é detentor de supranacionalidade de grau médio.³³⁷

Apesar de a estrutura institucional do Mercosul ter sido criticada por muitos, em contrapartida, foi também aplaudida. Tal análise constata que implementar no Mercosul um sistema orgânico como o que foi adotado pela União Europeia, teria acarretado atrasos e profundos incômodos na execução de medidas concretas, à época da assinatura do TA. Levando em consideração a situação econômica caótica dos países da região, em 1990, ao invés de complicar era necessário desembaraçar e eliminar os impedimentos ao intercâmbio e conseqüentemente desenvolver os setores produtivos.³³⁸

Uma vez mencionados os órgãos instituídos pelo TA, interessa no momento esclarecer as particularidades do POP e como ficou a conformação do bloco com ambos instrumentos. Este conservou a estrutura já existente no TA (com CMC e GMC), acrescentando outros órgãos: a Comissão Parlamentar Conjunta³³⁹, Comissão de Comércio do Mercosul, Fórum Consultivo Econômico Social e Secretaria Administrativa do Mercosul.³⁴⁰

O CMC é órgão superior e de decisão, encarregado da condução política do bloco, responsável por assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos no TA³⁴¹, possuindo assim, a prerrogativa “de negociar e assinar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais, criar órgãos necessários à evolução do bloco e adotar decisões em assuntos financeiros e orçamentários”³⁴². Sua constituição possui caráter intergovernamental já que os seus integrantes representam os interesses dos Estados-Partes que os indicam.

³³⁷ SOARES, 1998, p. 57-58.

³³⁸ LIPOVETZKY; LIPOVETZKY, 1994, p. 154.

³³⁹ O Protocolo constitutivo do Parlamento do Mercosul, de 2005, modificou a estrutura da Comissão Parlamentar conjunta, prevendo a eleição direta dos setenta e dois deputados mercosulistas (ainda não realizada em qualquer dos Países membros) e a mudança da sua designação para Parlamento do Mercosul (Parlasul), entre outras modificações.

³⁴⁰ OLIVEIRA, 2009, p. 521.

³⁴¹ Arts. 10, 11 e 12 do Tratado de Assunção.

³⁴² A presidência do Conselho é composta pelos ministros das Relações Exteriores e Economia dos Estados Partes. No entanto, outros ministros ou autoridades ministeriais têm essa prerrogativa. OLIVEIRA, 2009, p. 522.

Uma das grandes modificações estabelecidas pelo POP foi a criação da personalidade jurídica ao Mercosul.³⁴³ Assim é relevante apontar que quem a exerce, ou seja, quem representa o Mercosul atualmente é o CMC.³⁴⁴

O GMC por sua vez, é responsável por cumprir as decisões do CMC, preparar seus projetos de decisões, fixar programas de trabalho, criar, modificar e extinguir órgãos, tais como subgrupos de trabalho, organizar as reuniões do CMC e preparar relatórios e estudos solicitados.³⁴⁵

O GMC como o CMC possui uma constituição intergovernamental. Desse modo, pode-se dizer que a diferença entre esses dois principais órgãos do bloco é que o primeiro – CMC, é a instituição superior, é controlada pelos Estados e tem o poder de criar regras, ao passo que ao GMC é conferido o poder de propor e implementar as regras criadas pelo primeiro.³⁴⁶

A antiga Comissão Parlamentar Conjunta, hoje Parlasul, tem como uma das suas principais funções servir de elemento de conexão entre o Mercosul e os Parlamentos nacionais, agilizando a internalização das normas da integração. Uma outra atribuição é encaminhar recomendações ao CMC, servindo indiretamente aos interesses da Sociedade Civil regional. Reveste-se esse órgão de caráter consultivo não tendo poder de decisão.³⁴⁷

³⁴³ De acordo com Olivar Jimenez, antes do surgimento da personalidade jurídica do Mercosul, as Declarações e Comunicados dos Presidentes emitidos durante as Reuniões do CMC, tinham natureza de verdadeiros *gentlemen's agreements*, que já traduzia a intenção de defender uma posição uniforme nos foros internacionais. OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. El Perfeccionamiento del Mercosur como Condición Esencial de la Relación con la Unión Europea. In: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul – Mercosur**: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007. p. 353.

³⁴⁴ Neste artigo que Olivar Jimenez escreveu em 1997 afirma que os artigos 34 e 35 do POP – que consagraram a personalidade jurídica do Mercosul – refletiram o esforço e a vontade de fortalecer a imagem do Mercosul a nível internacional, de forma que o bloco a partir de então, deveria apresentar posição unificada nos diferentes foros internacionais e nas negociações com outros estados ou grupos de Estados em que tomasse parte. OLIVAR JIMENEZ, 1997, p. 69. Em um outro artigo escrito em 2007, Olivar Jimenez reforçou a importância da personalidade jurídica do Mercosul, do aperfeiçoamento do bloco para poder estabelecer relações firmes com a União Europeia. OLIVAR JIMENEZ, 2007, p. 339-366. Sobre o assunto, ver também PEÑA, Félix. Los Grandes Objetivos de MERCOSUR: Zona de Livre Comercio, Unión Aduaneira y Mercado Común. In: BARBOSA, Rubens A.(Org.). **MERCOSUL**: quinze anos. São Paulo: Fundação memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

³⁴⁵ Arts. 13, 14, 15 do Tratado de Assunção. OLIVEIRA, 2009, p. 523.

³⁴⁶ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 285.

³⁴⁷ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 286. No tocante ao Parlamento do Mercosul, o assunto será abordado no capítulo 3.

O POP instituiu também a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM). Trata-se de órgão encarregado de dar assistência ao GMC, de velar pela aplicação dos instrumentos das políticas comerciais comuns acordadas pelos Estados-Partes para o funcionamento da união aduaneira. Também faz parte das suas funções acompanhar e revisar as matérias relacionadas com as políticas comerciais comuns com terceiros países, bem como, com o comércio intramercosul.³⁴⁸

A CCM terá o arbítrio de tomar decisões ligadas à administração e à aplicação da Tarifa Externa Comum e aos instrumentos de política comercial comum. Porém, necessita informar essas decisões ao GMC no que se refira à evolução e aplicação de tais instrumentos, bem como sobre as decisões adotadas sobre mencionada tarifa, “podendo ainda propor novas normas, ou modificações às normas existentes no que diz respeito a assuntos aduaneiros ou comerciais do bloco”³⁴⁹.

Mais uma vez o POP instituiu um órgão *ex novo* e trouxe nos seus artigos 28 a 30 as disposições sobre ele. Tratava-se do Fórum Consultivo Econômico Social (FCES). O próprio nome já faz notar sua função consultiva apenas. Sua manifestação se dá através de recomendações ao GMC.

Importante salientar que é um órgão de representação dos setores econômicos e sociais dos Estados-Partes do Mercosul, desse modo, ficam a cargo dele as discussões sobre as políticas sociais do processo de integração.³⁵⁰ Tal órgão deveria vir de encontro a necessidade de uma maior integração da Sociedade Civil regional com o Mercosul, com o intuito de afastar qualquer ponderação de falta de legitimidade nas tomadas de decisão dos órgãos deliberativos (já que haveria a possibilidade da Sociedade Civil se manifestar por meio do FCES)

Quanto à Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM), pode-se dizer que essa sofreu radical transformação³⁵¹, pois o Tratado de Assunção em seu art. 15, assim dispunha: “O Grupo Mercado Comum contará com uma Secretaria Administrativa cujas principais funções consistirão na guarda de documentos e comunicações de atividades do mesmo [...]”.

Entretanto, com o advento do POP, além de deixar de ser um mero órgão do GMC, a SAM passou a deter funções mais significativas: zelar pelo arquivo oficial da documentação do órgão; publicar e difundir

³⁴⁸ Art. 16 do Protocolo de Ouro Preto. SOARES, 1998, p. 93.

³⁴⁹ OLIVEIRA, 2009, p. 524.

³⁵⁰ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 286.

³⁵¹ SOARES, 1998, p. 97.

as decisões adotadas pelo Mercosul; editar Boletim Oficial do Mercosul; organizar logisticamente as reuniões do CMC, GMC e CCM; informar os Estados-Partes sobre as normas emanadas pelos Mercosul e que deverão ser incorporadas em seus ordenamentos jurídicos, fornecer apoio ao Estado que sediar eventos do bloco, registrar listas nacionais dos árbitros e especialistas, elaborar seu projeto de orçamento, e se aprovado executá-lo, apresentar anualmente sua prestação de contas do GMC, além de relatórios de suas atividades.³⁵² A sede da Secretaria é em Montevidéu – Uruguai e é o único órgão que possui um corpo de funcionários.³⁵³

Atualmente há diferentes opiniões sobre em qual fase integracionista encontra-se o Mercosul. As discussões geralmente giram em torno de já ter o bloco alcançado a fase de união aduaneira.³⁵⁴ Mas há também opiniões que gravitam em sentido diferente, ora no sentido de que o Mercosul já é um mercado comum – mesmo que imperfeito, ora no sentido de que o Mercosul na verdade, está criando um novo tipo de integração e um novo tipo de direito da integração.

Felix Peña não percebe o Mercosul como uma União Aduaneira. O autor chama a atenção para o fato de que uma parte substancial dos produtos ficou de fora da Tarifa Externa Comum – elemento caracterizador da união aduaneira – e que isto se traduz numa hipótese de retrocesso a uma zona de livre comércio.³⁵⁵

Para Olivar Jimenez, o insucesso de serem alcançados certos objetivos do TA deve-se ao fato de que este não previu os mecanismos adequados para que se alcançasse um mercado comum até a data estipulada.³⁵⁶ Jaeger Junior afirma que ao findar o período transitório com o advento do POP, este tornou evidente o surgimento, não de um mercado comum, mas sim de uma união aduaneira, ao disciplinar regras sobre tarifa externa comum.³⁵⁷

Soares ressalta que há que se lembrar que a formação de uma integração é um processo paulatino, realizado através de várias etapas e que por fim “nem sempre espelham o desiderato dos tratados

³⁵² OLIVEIRA, 2009, p. 525.

³⁵³ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 285-286.

³⁵⁴ Cachapuz de Medeiros é da opinião que o Mercosul encontra-se em situação de firmamento do estágio de união aduaneira. CACHAPUZ DE MEDEIROS, 1997, p. 176.

³⁵⁵ PEÑA, 2007, p. 34-35.

³⁵⁶ OLIVAR JIMENEZ, 1997, p. 64; SOARES, 1998, p. 53.

³⁵⁷ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 283.

internacionais que definiam as metas para cada qual”³⁵⁸, por isso, atingir um mercado comum em quatro anos seria impraticável. Ademais, o bloco conseguiu feito que nenhuma outra organização anterior da qual fizessem parte os Estados mercosulistas: a eliminação de 80% das barreiras aduaneiras em um tempo recorde, ocasionando assim a duplicação do comércio intrabloco.³⁵⁹

As comparações entre Mercosul e União Europeia são inevitáveis. Mas não são poucos os autores que defendem o Mercosul como sendo um produto de pragmatismo e flexibilidade e que simplesmente, tentar copiar o modelo europeu não seria a solução mais adequada, pois os Estados-Partes de cada uma dessas integrações são detentores de realidades muito diferentes. Na verdade, tentar copiar o modelo da União Europeia, olvidando-se das características peculiares dos Estados-Partes do Mercosul³⁶⁰ – acarretaria, ao invés de avanços para a integração, numa burocratização.³⁶¹

Rezek, ao realizar conferência sobre o tema, pontuou várias das diferenças do cenário europeu e do latino americano no tocante ao surgimento e estabelecimento das integrações do mencionados países.

Assevera o autor:

[...] Não sonhemos com a imitação do modelo europeu, construído em bases tão diferentes e

³⁵⁸ Neste sentido o autor coloca também que nem o Mercosul é uma área de mercado comum, nem a Comunidade Europeia é uma união econômica regional. Analisando o POP, deixa clara sua opinião de ser o Mercosul uma união aduaneira. SOARES, 1998, p. 53-58. Ver também Franceschini da Rosa para quem “[...] tanto a Comunidade Europeia, quanto o MERCOSUL, são de processos integrativos cujo objetivo foi, em algum instante, a constituição de um mercado comum, estágio já superado pela experiência europeia em 1992, com a assinatura do Tratado de Maastricht, pendente de atingimento no MERCOSUL”. ROSA, 1997, p. 20.

³⁵⁹ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 319.

³⁶⁰ A Europa tinha a favor de sua união: o peso de duas grandes guerras que ocorreram em seu solo, qualidade de sua liderança, uniformidade dos regimes democráticos que emergiam do conflito, bem como uma ajuda de ordem econômica bastante significativa. Enquanto que a América Latina, neste mesmo período do pós-guerra, não tinha políticos dignos de lisonja, havia também uma ausência de uniformidade democrática e de uma ajuda externa de qualidade. Havia também na época uma notável fuga de capitais. Todos esses fatores acabaram contribuindo para que o Mercosul fosse originado pela parcimônia. REZEK, Francisco. Recepção da regra de Direito Comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. (transcrição da conferência proferida em 19 de novembro de 1996). In: VENTURA, 1997, p. 51-52.

³⁶¹ O Pacto Andino serve como exemplo de uma integração latino-americana que tentou aproximar-se do modelo europeu, mas que não alcançou o sucesso esperado. JAEGER JUNIOR, 2010, p. 326. Luiz Olavo Baptista ao discorrer sobre o sistema de solução de controvérsias do Mercosul e as mudanças que devem ser providenciadas nesta seara, deixa claro que não será simplesmente “macaqueando” o vizinho, sem qualquer espírito crítico, que vai-se obter sucesso. BATISTA, 1997, p. 186.

tanto mais favoráveis do que as nossas. Olhemos para o que se passou nessa nossa parte do mundo. Não copiemos o exemplo de algumas tentativas integracionistas que, ambiciosas demais e pouco eficazes, construíram o aparato, desenvolveram a liturgia, trabalharam na parafernália, e quanto ao objetivo mais rudimentar de toda a integração econômica, pouco ou quase nada conseguiram.³⁶²

Seguindo nesta esteira de defesa da estrutura institucional do Mercosul, afirma Jaeger Junior que surgiu na doutrina a ideia que assevera que o Mercosul se constitui em um novo tipo de projeto de integração. Nesta concepção, trata-se de processo de integração que tem suas particularidades – o que o distingue dos demais que a ele podiam ser comparados –, mas que é o que está à disposição, é a espécie de integração que foi escolhida e com ela deve-se viver.

Como consequência desta constatação, essas ideias colocam em xeque as desconfianças direcionadas ao processo, e acabam por lembrar as diferentes realidades da União Europeia e Mercosul, bem como o fato de ser na época da instituição do TA, notório o fato de que seria impossível alcançar-se um mercado comum em apenas quatro anos.³⁶³

Não obstante o entendimento de que o Mercosul não deve simplesmente seguir os passos da União Europeia, entende-se que já chegou o momento de avançar o modelo de integração. Jaguaribe compreende o bloco como um mercado comum imperfeito, pois ainda está sujeito a inúmeras exceções. Mas ainda assim, considera que a experiência dos anos de existência do Mercosul tem um saldo positivo, tanto em sua significação internacional quanto nas suas atividades internas. O autor aponta que referida integração foi constituída principalmente, como um sistema de otimização econômica para seus partícipes, o que em sua opinião está ocorrendo. Porém, essa prática acaba restringindo-se às exportações tradicionais de seus membros. Portanto, se torna imprescindível que seja dado um passo adiante, de forma que o Mercosul converta-se num sistema industrial integrado.³⁶⁴

³⁶² REZEK, 1997, p. 52.

³⁶³ Jaeger Junior diz que uma das ilações que se pode fazer sobre a teoria de Wehner que discorre sobre a funcionalidade deste novo tipo de projeto de integração. WEHNER, Ulrich Apud JAEGER JUNIOR, 2010, p. 324-325.

³⁶⁴ JAGUARIBE, Helio. Problemas e perspectivas do Mercosul. In: BASSO, Maristela. **Mercosul – Mercosur**: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4-6.

A disposição do art. 37 do POP deixa clara a natureza de intergovernamentalidade dos órgãos com poder decisório do Mercosul quando determina que as decisões do Mercosul serão tomadas por consenso.

O sistema de tomada de decisões em caráter consensual tem por escopo assegurar aos Estados-Partes a preservação de seus interesses nacionais, bem como, garantir que “os avanços da integração tenham a exata dimensão que lhe for atribuída pelos Estados-Partes do Tratado de Assunção”³⁶⁵.

Carvalho aponta ser prescindível a discussão sobre ser o Mercosul de natureza supranacional ou intergovernamental, pois o que importa realmente é sua efetividade, e esta não dependerá de uma estrutura jurídico-institucional de natureza supranacional. Ou seja, tal não garante a consecução das metas atribuídas à organização, ou ainda, o adequado cumprimento das decisões adotadas nessa seara. Em contrapartida, afirma o autor que, muito embora esses elementos não estejam presentes, não há impedimentos para que as instituições possam forjar uma integração efetiva “entre seus membros e gerar, naturalmente, uma demanda por maior integração, graças à capacidade de defesa e promoção dos interesses de seus integrantes.”³⁶⁶

2.6 DIREITO DE INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

Jaeger Junior afirma que desde que o Mercosul surgiu, a doutrina tem se posicionado a favor da adoção de um regime supranacional para auxiliar no enfrentamento dos períodos de crise, porém há forte resistência por parte dos governos para aceitar a supranacionalidade. Acrescenta o autor que o direito originário do processo integrativo deixa dúvidas sobre estarem os órgãos do Mercosul legitimados a impor sua normativa nas ordens jurídicas internas dos Estados-Partes, mesmo sendo elas obrigatórias aos mesmos.³⁶⁷

O art. 42 do POP estabelece que as normas emanadas dos órgãos do Mercosul – as previstas pelo art. 2³⁶⁸ do mesmo Protocolo – serão

³⁶⁵ CACHAPUZ, 1997, p. 176.

³⁶⁶ CARVALHO, José Antônio Marcondes. Supranacionalidade ou efetividade? A dimensão jurídico-institucional do MERCOSUL. In: BARBOSA, Rubens A.(Org.). **MERCOSUL: quinze anos**. São Paulo: Fundação memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007. p. 119.

³⁶⁷ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 302-303.

³⁶⁸ “São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”.

obrigatórias e deverão quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país.

Pérez Otermin afirma que, não obstante este instrumento ter estabelecido referida obrigatoriedade do direito derivado do Mercosul, seu real alcance restou limitado, sem a possibilidade de aplicação imediata, direta ou prevalente em relação aos direitos nacionais. Acrescenta que no tocante ao assunto, a posição da Delegação uruguaia foi minoria no sentido de defender que deveria prevalecer a aplicação imediata do direito derivado nos regimes nacionais, ao passo que Brasil, Argentina e Paraguai mantiveram posição contrária.³⁶⁹ Dessa forma as normas estabelecidas pelos órgãos com poder decisório do Mercosul somente produzirão efeitos dentro dos territórios dos Estados-Partes, após a devida internalização da mesma no direito interno de cada um. A referida recepção do direito de integração deverá ocorrer de acordo com as normas de internalização previstas no ordenamento jurídico de cada Estado Parte.

Conforme Olivar Jimenez, as Constituições dos quatro Estados-Partes do Mercosul contem dispositivos similares no tocante à manifestação da vontade do Estado em obrigar-se internacionalmente. Todas elas consagram o controle constitucional das leis estabelecendo, deste modo, à possibilidade de exame das normas de integração por parte dos tribunais nacionais, o que por sua vez se traduz na possibilidade de que uma norma de direito de integração possa ser declarada inaplicável no âmbito interno. Na opinião da autora, esta sistemática deixa claro o quão frágil é o processo integracionista mercosulista.³⁷⁰

Moya Domínguez, ao abordar o tema da incorporação de normas, bem como o prazo para o cumprimento da obrigação de incorporar reconhece que através do tempo, e à medida que aumentavam os casos e os pronunciamentos de laudos arbitrais no sistema de solução de controvérsias do Mercosul, os árbitros passaram a tratar do tema com maior rigidez, ou seja, passaram a decidir de forma mais firme acerca da falta de incorporação das normas de direito da integração pelos Estados-Partes. Neste sentido, aponta principalmente o laudo de número 7 – que se refere essencialmente à obrigação de incorporação das resoluções do Grupo Mercado Comum. Afirma que este laudo tem sido comentado de forma positiva pela doutrina de toda região, pois teve o condão de

³⁶⁹ PÉREZ OTERMIN, 1998, p. 101.

³⁷⁰ OLIVAR JIMENEZ, 1997, p. 77.

obrigar a parte descumpridora a remediar a situação de forma concreta e positiva.³⁷¹

No referido laudo, os árbitros iniciaram suas considerações esclarecendo o objeto da controvérsia e logo após passam para item denominado *A obrigação de incorporação das Resoluções GMC*. Neste, apontam os artigos 38 e 40 do POP³⁷² como os dispositivos que determinam a obrigação de incorporação da normativa mercosulista no direito interno de cada país. De acordo com o laudo, tal obrigação de incorporação é consequência da não aplicação direta nos Estados-Partes da supra-mencionada normativa. O que fez o POP foi estabelecer a diferença entre obrigatoriedade e vigência das normas que compõem o direito derivado no Mercosul. Referidos artigos juntamente com o art. 42 do mesmo instrumento jurídico deixaram clara a idéia de que apesar da obrigatoriedade da normativa do Mercosul, que nasce com o consenso dos Estados-Partes nos órgãos decisórios, sua vigência fica postergada e condicionada até a efetiva incorporação de dita normativa ao direito interno dos Estados-Partes, nos casos em que seja necessário.³⁷³

O próprio art. 42 do POP dispôs que as normas emanadas dos órgãos do Mercosul somente deverão ser incorporadas nos ordenamentos jurídicos nacionais, quando seja necessário. Na opinião de Moya Domínguez, tal disposição parece conceder aos Estados-Partes a discricionariedade capaz de debilitar o conteúdo da obrigação, uma vez que a vigência das normas será postergada até a efetiva incorporação de referida normativa no direito nacional de cada um dos Estados-Partes apenas nos casos em que seja necessário.³⁷⁴

³⁷¹ MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del Rosario. **Derecho de la integración**. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 359-360.

³⁷² Art. 38: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar todas as medidas necessárias para assegurar, em seus respectivos territórios, o cumprimento das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Art. 2 deste protocolo.” Art. 40: “Afim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstas no Art. 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento: i) uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul; ii) quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte; iii) as normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais.”

³⁷³ Laudo arbitral *ad hoc* do Mercosul de nº 7, considerandos: 7.1 – 7.5.

³⁷⁴ MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 360.

O Tribunal *ad hoc*, para fundamentar sua decisão (Laudo 7), analisou os precedentes dos laudos dos tribunais *ad hoc* anteriores. A partir daí, fez algumas observações.

O laudo aponta que a obrigatoriedade das normas do Mercosul para seus Estados-Partes faz nascer dois tipos de obrigações aos mesmos: uma de fazer (realizar o processo de incorporação em questão) e a de não fazer (de não adotar medidas que por sua natureza se oponham ou frustrem o objetivo da norma aprovada ainda não incorporada).³⁷⁵ Desta forma, entendem que o descumprimento dessas obrigações compromete a responsabilidade internacional dos Estados-Partes³⁷⁶ e pretendem os árbitros determinar se o Brasil descumpriu com suas obrigações.

Levando em consideração o teor da contestação do Brasil, os árbitros reconhecem que existe, sem qualquer dúvida, a obrigação de incorporação das Resoluções GMC – objeto deste procedimento – no direito brasileiro, pois até então, não existia nada além de um princípio de cumprimento de tal obrigação, como o próprio Brasil reconheceria.³⁷⁷ Além disso, o laudo observa que no direito interno dos demais Estados-Partes (exceto no do Brasil) as Resoluções em questão foram incorporadas.³⁷⁸

Para se defender o Brasil também alegou a seu favor que dita obrigação de incorporar é uma obrigação sem prazo e que conseqüentemente os Estados-Partes não têm um limite temporal para cumpri-la. A esta alegação, os árbitros insurgiram-se veementemente, analisando que a posição brasileira de defesa da possibilidade da existência de “obrigação sem prazo” no Mercosul, poderia acarretar em ameaça ao processo de integração, bem como numa insegurança jurídica. Afirma Moya Domínguez que “la posible existencia de una obligación sin plazo cuyo cumplimiento quede librado a la voluntad o

³⁷⁵ Os árbitros basearam sua consideração no *considerando* 117 do laudo arbitral de nº 4: sobre Aplicação de medidas antidumping contra a exportação de frangos inteiros provenientes do Brasil, Resolução 574/2000 do Ministério de Economia da República Argentina. Laudo 7, considerando 7.7.

³⁷⁶ Pelo fato de o Mercosul ser de natureza intergovernamental, de modo que não há aplicação direta de sua normativa, resta ao Estado obrigado o ato de incorporá-la ao seu direito interno, pois ninguém poderá fazê-lo em seu lugar. Laudo 7, considerando 7.8 citando Laudo arbitral 4, considerando 117.

³⁷⁷ Em sua contestação o Brasil alegou que estava em curso a internalização de dita normativa no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto 4.074 de janeiro de 2002, mas ainda se fazia necessária uma regulamentação adicional. Laudo 7, considerando 7.15.

³⁷⁸ As Resoluções do GMC: 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98 foram devidamente incorporadas na Argentina nos anos de 1997 e 2000, no Uruguai em 1998 e no Paraguai em 1999.

libre arbitrio del obligado constituye una defecção contra el próprio concepto y naturaleza del sistema jurídico en sí mismo”³⁷⁹. A este contexto, a autora colaciona trecho do laudo em questão que traz por conteúdo a impossibilidade de existir no direito, obrigações sem prazo, cuja exigibilidade reste vinculada ao alvitre do obrigado.

Os árbitros asseveraram que isto é óbvio tanto nos casos de obrigações provenientes de atos internacionais bilaterais como dos multilaterais. Ademais, a ausência de previsões normativas neste sentido, deve ser preenchida com outras normas e princípios jurídicos.³⁸⁰ Na opinião de Moya Domínguez, os árbitros consideram o ordenamento jurídico do Mercosul completo, pois afirmam ter o bloco como preencher suas próprias lacunas. Além disso, os julgadores souberam bem exercer suas atribuições e enfrentar o problema jurídico apresentado com lucidez, e inspiraram-se, sem dúvida alguma, na atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA).³⁸¹

O laudo apontou três reconhecidos princípios no âmbito internacional: o *pacta sunt servanda*, o da boa-fé e o da razoabilidade. Informa que o primeiro impõe a obrigação de cumprir aquilo que foi acordado, de forma que não possa ficar ao alvitre do devedor cumprir ou não e que o mesmo deve ser aplicado juntamente com o princípio da boa-fé, de forma que as partes cumpram com idoneidade os fins e objetivos das normas convencionais acordadas. Por fim, discorrem os árbitros sobre o princípio da razoabilidade.

Frente a este conceito jurídico indeterminado que é o “prazo razoável”, entendem os árbitros que cada caso apresentará suas particularidades e no presente, seis anos é definitivamente não razoável, uma vez que todos os outros Estados-Partes já o tinham feito. Assim não havia razões para o Brasil não ter tomado as devidas providências, concluindo que:

Por todo lo expuesto precedentemente, este Tribunal Arbitral concluye que ha transcurrido en exceso el plazo que pudiera considerarse razonable para el cumplimiento de obligación de

³⁷⁹ MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 364.

³⁸⁰ Laudo 7, considerando 8.7.

³⁸¹ MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 364. O Art. 5 do tratado criador do Tribunal Andino de Justiça diz o seguinte: “Os Países membros estão obrigados a adotar as medidas que sejam necessárias para assegurar o cumprimento das normas que conformam o ordenamento jurídico do Acordo de Cartagena. Se comprometem, assim mesmo, a não adotar nem empregar medida alguma que seja contrária a ditas normas ou que de algum modo obstaculize sua aplicação.”

incorporar la normativa objeto de estos procedimientos y, que por tanto, se ha configurado un incumplimiento por parte de la Republica Federativa de Brasil de la obligación establecida en los artículos 38 y 40 del POP.³⁸²

O posicionamento dos árbitros demonstrado no referido laudo foi bastante lúcido, de forma a limitar qualquer *discricionarietà* dos Estados-Partes no que tange ao processo de incorporação, bem como os prazos para tal.³⁸³ Neste sentido, teve o condão de mobilizar positivamente a opinião dos juristas no tocante à construção do direito de integração do Mercosul para chegar-se a um patamar superior, como o do direito comunitário.³⁸⁴

Inobstante mencionados laudos e Decisão n. 20/02 CMC³⁸⁵ – que buscam evitar o atraso da incorporação das normas do Mercosul, a incorporação de normas continua sem prazos definidos, “ausência que aparenta ser o maior inimigo da normativa Mercosul”³⁸⁶. Olivar Jimenez partilha desta opinião quando assevera que a questão da incorporação e implementação da referida normativa nos direito internos dos Estados-Partes continua sendo a questão mais “espinhosa” dentro do sistema,³⁸⁷ de forma que impede sua aplicação direta e imediata nos ordenamentos jurídicos nacionais, que por sua vez, atravanca a evolução do direito do Mercosul a um estágio comunitário.

A terceira característica do direito comunitário, como já visto, é a primazia deste sobre o direito interno dos Estados-Partes. Ou seja, no caso de contradição entre ambas as ordens, deverá prevalecer a norma de direito comunitário. O juiz nacional deve aplicá-lo em detrimento da norma nacional. A prevalência da norma comunitária aplica-se tanto para o caso de ela provir do direito originário (Tratados constitutivos ou

³⁸² Laudo 7, considerando 8.21.

³⁸³ MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 360.

³⁸⁴ MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 368. Os autores também asseveram que com o surgimento em cena da jurisprudência arbitral mercosulista, a doutrina dividiu-se em setores claramente diferenciados: aqueles que continuam criticando os aspectos institucionais dos órgãos decisórios, especialmente seu caráter intergovernamental; aqueles que inicialmente haviam assimilado o Mercosul como um direito comunitário *soft*; e aqueles que apesar das imperfeições, consideram que a jurisprudência arbitral está evoluindo em direção a elaboração de um direito da integração cada vez mais denso e passível de classificado como direito comunitário.

³⁸⁵ Decisão nº 20 do CMC, sobre: “Aperfeiçoamento do sistema de incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados Partes”.

³⁸⁶ JAEGER JUNIOR, 2010, p. 303-304.

³⁸⁷ OLIVAR JIMENEZ, 2007, p. 345.

protocolos modificativos), quanto no direito derivado (as normas emanadas dos organismos criados através dos instrumentos do direito originário).³⁸⁸

O princípio da primazia do direito da integração está previsto no direito da União Europeia. Entretanto, o direito originário europeu não previu referido princípio, sendo este inteiramente tributário da jurisprudência comunitária.³⁸⁹

Pescatore fundamenta a importância do princípio da primazia do direito comunitário (também chamado de princípio do primado do direito comunitário). De acordo com o autor, tem grande relevância:

A ordem jurídica comunitária intenta proporcionar uma profunda transformação nas condições da vida econômica, social e até política nos Estados-membros. É inevitável que ela venha a entrar em conflito com a ordem estabelecida, isto é, com as regras vigentes nos Estados-membros, constantes de suas Constituições, leis, regulamentos e costumes [...] O Direito Comunitário traz consigo, pois, uma necessidade existencial de supremacia. Se ele não for capaz de possuir, em quaisquer circunstâncias, o primado sobre o Direito Nacional, será ineficaz e, conseqüentemente, inexistente. A noção de existência de uma ordem comunitária será, então, destruída.³⁹⁰

Entretanto, no caso do Mercosul, o POP não dispõe de nenhum instrumento que garanta a primazia do direito comunitário sobre o direito interno, e na opinião de Olivar Jimenez, por ocasião do referido Protocolo, os dirigentes do Mercosul perderam uma grande oportunidade de fazer com que a OI desse um grande passo em prol da formação de uma ordem jurídica comunitária e que garantisse a primazia das normas do Mercosul sobre o direito interno, através da proibição ao Estado de emitir legislação contrária.³⁹¹

³⁸⁸ PÉREZ OTERMIN, 1998, p. 99.

³⁸⁹ Foi no ano de 1969 em que a Corte Europeia proferiu sentença (*Costa versus ENEL*) que fez menção ao princípio da prevalência do direito comunitário ao direito interno.

³⁹⁰ PESCATORE, Pierre Apud CACHAPUZ DE MEDEIROS, 1997, p.169.

³⁹¹ A autora se refere ao supra-citado Art. 5 do tratado instituidor do Tribunal de Justiça Andino, pois sua parte final diz: *se comprometem assim mesmo, a não adotar nem empregar medida alguma que seja contrária a ditas normas ou que de algum modo obstaculize sua aplicação* que não consta no POP. OLIVAR JIMENEZ, 1997, p. 75.

Da mesma forma que surgiu a primazia do direito comunitário nas decisões das Cortes Europeias, vislumbrou-se, por ocasião do primeiro laudo proferido pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul, a possibilidade da mesma ocorrência dentro do bloco.

Mencionado laudo foi o resultado da controvérsia entre Argentina e Brasil. O primeiro país entendia que o Brasil tinha estabelecido medidas restritivas ao comércio recíproco, ou seja, medidas que dificultavam o acesso de determinados produtos argentinos no mercado brasileiro. O país demandado defendeu-se alegando que se tratavam de barreiras não-tarifárias e tais eram um objetivo programático do Tratado de Assunção. A decisão prolatada determinou que o Brasil revisse as discutidas licenças a fim de excluir ao máximo o número de obstáculos à livre circulação dos produtos, de forma a atender ao programa de liberalização comercial em sua totalidade.³⁹²

Jaeger Junior assevera que o caso fez nascer uma esperança de que questões acerca do comércio pudessem ter desfechos mais satisfatórios, mesmo em se tratando de procedimento arbitral. Na opinião do autor, até mesmo uma primazia do direito do Mercosul esperava-se com o proferimento laudo. Porém, diz o autor, que tudo não passou de uma ilusão, pois no ano de 1999, ambos os países enveredaram pelas mesmas questões. A conclusão a que se podia chegar com este caso e outros que viriam, era de que se tratava, na verdade, não de um problema de independência jurisdicional do sistema de solução de controvérsias, mas sim, de uma situação de crise e de desmesurada instabilidade.³⁹³

2.7 SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

Além dos pontos anteriormente abordados que foram identificados como capazes de proporcionar uma evolução no processo de integração, tais como aplicabilidade direta e imediata do direito da

³⁹² Ver Laudo arbitral n° 1° sobre os Comunicados brasileiros n° 37/97 do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex) e o 7/98 da Secretaria do Comércio Exterior (Secex) do Brasil. Ver também BASSO, Larissa de Santis. As decisões arbitrais do Mercosul e os princípios da integração no bloco. In: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 234; JAEGER JUNIOR, Augusto. A arbitragem para a solução de controvérsias no Mercosul. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46-47.

³⁹³ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 47-48.

integração nos Estados-Partes, bem como a primazia deste mesmo direito sobre o direito interno dos países, há ainda outro ponto de grande relevância que é também capaz não somente de alavancar esses processos, mas conceder a eles uma manutenção salutar. Trata-se do sistema de solução de controvérsias que no caso do Mercosul é responsável pela interpretação e aplicação do direito de integração, assim como pelos instrumentos para o seu cumprimento todas as vezes que forem reconhecidos nos seus procedimentos condutas de violação deste direito pelos Estados-Partes.

a) Os instrumentos jurídicos que regulam o sistema de solução de controvérsias no Mercosul

A presença de conflitos num bloco econômico como o Mercosul não significa necessariamente o seu malogro. Ao contrário, quanto maior o desenvolvimento dos laços econômicos, sociais e políticos entre os Estados-Partes, maior será a proliferação de conflitos entre os interessados.

Para Moya Domínguez, não são poucos os que ressaltam a ideia de que na medida em que se aprofundam as relações entre os Estados-Partes, maior será o número de interesses controversos acerca da realização dos objetivos comuns.³⁹⁴ Apenas blocos econômicos de sucesso “com densidade comercial apreciável e competitividade, costumam conflitar. A ausência de conflitos quer significar, no mais das vezes, também a ausência de comércio, sem o que, os blocos perdem a razão de ser”.³⁹⁵

De acordo com Felix Peña, quanto maior é a integração, maior será a quantidade e dimensão dos conflitos.³⁹⁶

Em qualquer processo de integração, inclusive no Mercosul, seria uma quimera imaginar que quatro Estados (Argentina, Brasil, Paraguai e

³⁹⁴ MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 336.

³⁹⁵ Apresentação do Deputado Dr. Rosinha em **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003. p. 9-12. Jorge Fontoura também vai partilhar dessa opinião: “[...] A litigiosidade comercial é, por assim dizer, sintoma da eficácia da integração. Em bloco econômico no qual prevalece o primado do direito, com sua dinâmica assentada em ordem jurídica, controvérsias comerciais são benfazejas e denotam pujança e higidez das economias que se integram.” FONTOURA, Jorge. As demandas arbitrais na solução de controvérsias em blocos econômicos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes Temas da atualidade**: Mediação, Arbitragem e Conciliação. v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 206.

³⁹⁶ PEÑA, Felix Apud LIPOVETZKY; LIPOVETZKY, 1994, p. 243. Os autores citam Félix Peña, porém não indicam a fonte da citação.

Uruguai), muito embora, com raízes culturais e históricas próximas, pudessem se relacionar sem que sobreviessem os conflitos. Assim sendo, cada OI de integração procura estabelecer, em razão das suas particularidades, a melhor forma de compor os conflitos decorrentes da sua existência e funcionamento, por meio de um sistema de solução de controvérsias.

Um sistema de solução de controvérsias não deve se preocupar apenas em buscar resultados de soma zero. Deve sim trazer em seu bojo a possibilidade de alcançar resultados que atendam aos interesses da OI de integração.

Acerca do tema, Jaeger Junior entende que a adoção de mecanismos de solução de controvérsias é um dos fatores chaves para o desenvolvimento do bloco, pois as relações entre os Estados-Partes em um processo de integração econômica, tal qual o Mercosul – em que o incremento do comércio no novo espaço econômico será um desdobramento natural – ocasionalmente acarretará em sérios conflitos. Neste sentido, o autor afirma que é imprescindível, mesmo para as formas mais simples de integração regional, bem como para as mais complexas, a adoção de mecanismos institucionais apropriados para o estabelecimento de políticas, para a administração e desenvolvimento dos processos e para o estabelecimento de um sistema de solução dos conflitos. A carência dos elementos mencionados é o que, na opinião do autor, invariavelmente leva as OIs de integração ao fracasso, ao passo que a presença dos mesmos se constitui em sinônimo de seguridade jurídica, transparência, solidez e previsibilidade.³⁹⁷

Para Baptista, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul está calcado primordialmente, ainda que com aspectos diferenciados, em institutos do Direito Internacional Público, tais como: negociação, conciliação e arbitragem. Ainda de acordo com o autor, o que o distingue de outros sistemas de soluções de controvérsias é sua *especificidade racione personae*, ou seja, somente os membros da OI terão acesso a tal sistema.³⁹⁸ Entretanto, ver-se-á mais adiante, que há mais elementos que distinguem o sistema mercosulista do sistema do tradicional Direito Internacional Público.

O início do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, se deu, no TA em seu Anexo III. Já em 1991 foi celebrado (e em 16 de julho de 1993 entrou em vigência), com caráter provisório (até que se

³⁹⁷ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 39-40.

³⁹⁸ BAPTISTA, 1997, p. 162-165. Ver também MOYA DOMINGUEZ, 2006, p. 325.

sobreviesse a tarifa externa comum, conformando assim a União Aduaneira do bloco), o Protocolo de Brasília que cuidou exclusivamente do tema.

Com o advento do POP, imaginou-se que este substituiria o Protocolo de Brasília e fosse conceder ao sistema de solução de controvérsias, caráter definitivo, porém, essa não foi a realidade que se apresentou. O POP ratificou a dinâmica estabelecida pelo Protocolo de Brasília no tocante ao assunto, condicionando deste modo, mais uma vez, ao processo de convergência da tarifa externa comum, uma revisão definitiva deste sistema.³⁹⁹

Com a criação do Protocolo de Olivos em 2002, a esperança de um sistema permanente renasceu, porém mais uma vez frustraram-se aqueles que assim esperavam, pois referido protocolo, apesar de ter trazido mudanças significativas para o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, não atendeu a essas expectativas da criação de um sistema permanente.

a.1) Tratado de Assunção

O Anexo III do Tratado de Assunção previa a vigência sucessiva de três momentos para o sistema de solução de conflitos. O primeiro momento previa a possibilidades de as partes promoverem a solução dos conflitos por meio de negociações diretas entre si. Caso não fosse obtido qualquer acordo a questão poderia ser levada a conciliação do GMC (com a possibilidade de inquérito por especialistas) e do CMC.⁴⁰⁰

Não se fará maiores considerações sobre tal mecanismo, uma vez que foi logo substituído pelo Protocolo de Brasília, não tendo sido registrado qualquer caso durante o seu período de vigência.⁴⁰¹

³⁹⁹ Arts 43 e 44 do Protocolo de Ouro Preto.

⁴⁰⁰ Prevê o art. 1º do Anexo III do Tratado de Assunção que as controvérsias surgidas entre os Estados Partes, como consequência da aplicação do Tratado, serão resolvidas através de negociações diretas. Em caso de malogro, tais Estados submeterão a controvérsia ao GMC, que por sua vez, avaliará a situação e formulará em sessenta dias as recomendações pertinentes às partes para a solução do diferendo. Para tanto, este último órgão poderá convocar painéis de especialistas ou grupo de peritos para seu assessoramento. Se ainda assim, uma solução não for alcançada, o conflito será levado ao CMC, para que adote as recomendações pertinentes.

⁴⁰¹ Os LIPOVETZKY creem que sua não utilização se deu em virtude de um grau de consenso, ao menos aparentemente, entre os quatro países. LIPOVETZKY; LIPOVETZKY, 1994, p. 243 - 244.

a.2) Protocolo de Brasília

Nos termos do Anexo III do TA, o GMC teve o prazo de 120 dias da entrada em vigor do Tratado de Assunção, para criar um mecanismo de solução de controvérsias, de caráter transitório. No entanto, a obrigação foi cumprida em menos tempo que o previsto e desta forma, em 17 de dezembro de 1992, foi firmado pelos presidentes e chanceleres dos quatro países o Protocolo de Brasília.⁴⁰²

O Aludido Protocolo foi aprovado por meio da Decisão nº 1/91 do CMC e entrou em vigor a partir de 22 abril de 1993⁴⁰³ ao depositar a República Oriental do Uruguai seu instrumento de ratificação, tendo os demais Estados-Partes depositado suas ratificações anteriormente.⁴⁰⁴

O PB estruturou um sistema de solução de controvérsias com etapas tradicionais utilizadas no Direito Internacional Público clássico. Essas etapas são: negociações diretas, conciliação (com possibilidade de utilização de inquérito), arbitragem *ad hoc*.

O PB possuía particularidades próprias – prazos peremptórios, jurisdição obrigatória e etapas procedimentais com teor de automaticidade, como asseveram Arruda e Cozende. Na opinião destes mesmos autores, com essa dinâmica, buscou-se de um lado, assegurar um sistema que fosse capaz de prover segurança jurídica suficiente para proteger o interesse das partes, mas que por outro lado tivesse a presença de uma ampla flexibilidade, que possibilitasse levar em conta as injunções políticas inerentes à própria consolidação do processo de integração nos moldes previstos no Tratado e Assunção.⁴⁰⁵

Foi na vigência do PB que surgiram os primeiros conflitos levados ao sistema de solução de controvérsias.

Assim sendo, os primeiros laudos arbitrais surgiram sob a vigência do PB. No total foram dez laudos proferidos sob seu manto. Para alguns, trata-se de número insignificante de casos - levando-se em conta o tempo de vigência do PB e os níveis alcançados pelos fluxos

⁴⁰² LIPOVETZKY; LIPOVETZKY, 1994, p. 244.

⁴⁰³ Não obstante esta data, seu Regramento foi aprovado apenas em 10 de dezembro de 1998. O interessante é que mesmo sem a incorporação deste documento no ordenamento jurídico dos Estados Partes, estes o invocaram e aplicaram em diversas ocasiões, tendo-o como vigente e obrigatório. Não bastasse isso, foi por repetidas vezes aludido e aplicado pelos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc*. PUCIERO RIPOLL, Roberto. El Protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado en el regime de solución de controversias del Mercosul. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003. p. 190.

⁴⁰⁴ LIPOVETZKY; LIPOVETZKY, 1994, p. 243.

⁴⁰⁵ ARRUDA; COZENDEY, 2003, p. 13-14.

econômicos do Mercosul, até mesmo utilizam esse fator para desacreditar o Mercosul. No entanto, outros se preocupam em explicar as razões que ocasionaram esse uso escasso da via jurisdicional para os Estados-Partes resolverem suas controvérsias. Assim, de acordo com os últimos, tal ocorrência, se deve à preferência concedida pelos Estados-Partes às soluções políticas e negociadas dos conflitos surgidos entre eles.⁴⁰⁶ Não bastasse isso, havia ainda outro ponto relevante:

[...] o recurso mais freqüente aos procedimentos arbitrais requer um grau mínimo de desenvolvimento do direito, em termos de consolidação das regras e tradução dos compromissos entre os Estados em normas, com progressivo detalhamento e especificação das obrigações. Ou seja, foi necessário alcançar um grau mais avançado de maturidade do processo de “construção normativa” do Mercosul.⁴⁰⁷

É preciso reconhecer que não obstante o número reduzido de laudos, os ditames deles provenientes tiveram o condão de estabelecer um importante conjunto de indicações acerca de como devem ser interpretados e aplicados o Direito de Integração originário e derivado. Também é importante ressaltar que cada laudo proferido buscou seguir os preceitos dos laudos anteriores, para que desse modo, houvesse um mínimo de coerência da jurisprudência que se forma. Tal sistemática permitiria constatar “uma ‘construção jurisdicional’ do Mercosul que, ao lado da ‘construção normativa’ resultante das negociações entre os Estados-Partes, conforma o processo de ‘construção jurídica’ do Mercosul”.⁴⁰⁸

Sobre a dinâmica do Protocolo de Brasília, vale lembrar que este previa um sistema misto, combinando etapas autocompositivas prévias (não contenciosas) e etapa heterocompositiva (contenciosa e jurisdicional) constituída por uma arbitragem *ad hoc*. Somente os Estados teriam acesso direto a esse sistema (como persiste até a atualidade) sendo as únicas partes legitimadas para atuar no sistema.

⁴⁰⁶ ARRUDA; COZENDEY, 2003, p. 14.

⁴⁰⁷ ARRUDA; COZENDEY, 2003, p. 14.

⁴⁰⁸ Os autores acrescentam que a mesma sistemática ocorre em outros sistemas de solução de controvérsias no tocante a acordos comerciais, tal qual ocorre com a OMC. Ou seja, muito embora, formalmente não exista o estabelecimento de precedente obrigatório, há coerência entre os laudos. ARRUDA; COZENDEY, 2003, p. 15.

O PB estava dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo previa o âmbito de aplicação. O objeto do conflito que poderia ser submetido ao sistema era aqueles decorrentes do conflito entre os Estados-Partes, no tocante à interpretação, aplicação ou não cumprimento das disposições do direito de integração originário e derivado.

Os demais capítulos faziam referências às etapas do procedimento de resolução dos conflitos e da limitada participação dos particulares para instruir reclamação contra os Estados-Partes.⁴⁰⁹ Fica assim, claro que os conflitos entre Estados passariam por negociações diretas, conciliação do GMC e, caso não sobreviesse solução nessas duas fases, depois de transcorridos os prazos legais, qualquer uma das partes poderia solicitar a constituição de um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*.⁴¹⁰

• *Negociações diretas*

As negociações diretas são o primeiro contato entre as partes contendoras. Elas oferecem a oportunidade para as partes conciliarem seus interesses e assim não prosseguir com a controvérsia, bem como, tem o condão de “facilitar o conhecimento dos fatos e do embasamento jurídico da queixa”⁴¹¹. O art. 3.2 do PB estabelecia o prazo de 15 (quinze) dias para esta fase, mas deixava clara a ressalva de ser este prazo maior, caso as partes assim desejarem. Na prática, se durante uma reunião de ‘negociações diretas’ surgissem alternativas para resolver o contencioso, o demandante poderia aguardar a solução aventada⁴¹², antes de avançar à próxima fase.

• *Conciliação do GMC*

Relembrando que o GMC é um dos órgãos com poder decisório

⁴⁰⁹ Como somente os Estados Partes estavam legitimados para atuar no sistema, as reclamações dos particulares teriam que ser encampada por qualquer Estado Parte para que a matéria fosse discutida. Ainda que a questão fosse objeto de análise na etapa jurisdicional – arbitragem *ad hoc* – o laudo arbitral não reconhecia qualquer direito ou obrigação aos particulares, apenas aos Estados Partes.

⁴¹⁰ MOURA, Liliam Chagas. A Consolidação da Arbitragem no Mercosul: O Sistema de Solução de Controvérsias após oito Laudos Arbitrais. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003. p. 84.

⁴¹¹ MOURA, 2003, p. 86.

⁴¹² MOURA, 2003, p. 86.

do Mercosul⁴¹³, interessa informar que o PB previa em seu art. 4, que na hipótese de não terem as partes alcançado a composição do litígio na etapa anterior o Estado reclamante poderia solicitar uma intermediação do GMC.

Cumpre-se notar que não havia quaisquer dúvidas quanto à obrigatoriedade da fase das negociações diretas anteriormente às etapas subsequentes.⁴¹⁴ Tanto o art. 4.1 quanto o art. 7º do PB deixavam clara essa idéia.

No entanto, o termo “poderá” utilizado pelo art. 4.1 do mesmo instrumento ensejava dúvidas quanto à obrigatoriedade da fase de submissão da controvérsia ao GMC. Contudo, a doutrina em sua maioria⁴¹⁵ reconhecia a obrigatoriedade da etapa de conciliação junto ao GMC anteriormente ao acionamento da etapa posterior (e jurisdicional).⁴¹⁶

A função do GMC era a de avaliar a situação, dando a oportunidade às partes na controvérsia para que expusessem suas respectivas posições (art. 4.2). O PB trazia a possibilidade de o GMC ser assessorado por especialistas (inquérito), caso considerasse necessário.

Duas eram as hipóteses de compor a controvérsia nesta fase: uma em que o GMC formulasse por consenso, recomendações ao Estados-Partes reclamado e este as acatasse espontaneamente, implementando tais recomendações; ou outra em que no decorrer do período em que a controvérsia permanecesse sob análise do GMC houvesse cessação da violação ou da prática que motivou a controvérsia.⁴¹⁷ Importante destacar que as recomendações do GMC não eram vinculativas e obrigatórias (diferentemente das resoluções emitidas pelo GMC, que compunham o direito de integração derivado e eram obrigatórias para os Estados-Partes).

⁴¹³ Este órgão é integrado por delegações governamentais dos quatro Estados Partes, com capacidade decisória. Todas suas decisões são tomadas por consenso.

⁴¹⁴ Muito embora, a questão concernente ao cumprimento das fases anteriores ao procedimento arbitral nunca ter sido objeto de controvérsia, todos os laudos que foram proferidos sob a égide do Protocolo de Brasília, o apontam como requisito necessário. ARRUDA; COZENDEY, 2003, p. 19.

⁴¹⁵ Encontra-se opinião em contrário, ou seja, de que na vigência do PB a fase de intervenção do GMC, já era facultativa em: ACCIOLY, Elizabeth; BAPTISTA, Luiz Olavo Baptista. Solução de divergências no Mercosul. In: BASSO, Maristela. **Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 157.

⁴¹⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. Os laudos arbitrais proferidos com base no Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003, p. 74.

⁴¹⁷ MOURA, 2003, p. 84.

Moura informa que dos casos iniciados até 2003 e submetidos ao GMC, nenhum deles havia sido resolvido na etapa de conciliação, o que em sua opinião, deve-se ao fato da diminuta possibilidade de que um Estado demandado admitir que tivesse violado ou inobservado as normas do direito de integração (fato mais provável na etapa de negociações diretas e resolução de conflitos por meio de acordo entre as partes).⁴¹⁸

As fases da negociação direta e a que a sucede, da intervenção do GMC, configuram a etapa política e não contenciosa do procedimento de solução de controvérsias. Mencionadas etapas vão proporcionar às partes um tempo de reflexão sobre seus posicionamentos para assim tentar evitar a etapa arbitral. Não obstante o fato de que jamais se alcançou um consenso para resolver um caso na fase de intervenção do GMC, em contrapartida “esta etapa permite uma maturação das posições e revela como os demais países se posicionam frente ao assunto, situação que poderá levar um Estado a modificar uma conduta que prejudica os sócios”⁴¹⁹.

• *Etapa heterocompositiva (jurisdicional)*

O capítulo IV do PB versou sobre a terceira e última fase do sistema de solução de controvérsias do Mercosul: a fase arbitral. Assim, quando não tivesse sido possível resolver o conflito nas etapas autocompositivas o Estado reclamante poderia comunicar à Secretaria Administrativa do Mercosul, sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral.

O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* era constituído por três árbitros⁴²⁰, sendo dois indicados por cada um dos litigantes (nos casos de existência de litisconsórcio, cada litisconsórcio escolhia um dos árbitros) e um terceiro, que presidiria os trabalhos, escolhido pelas partes de comum acordo dentre os nomes que integram as listas de árbitros registradas na Secretaria Administrativa do Mercosul.

Caso as partes não chegassem a um acordo quanto ao terceiro árbitro, a escolha caberia à SAM.

O Protocolo de Brasília permitia ao tribunal arbitral decidir acerca: de suas regras de procedimento; da escolha de sua sede em

⁴¹⁸ MOURA, 2003, p. 87-88.

⁴¹⁹ MOURA, 2003, p. 88.

⁴²⁰ Esses árbitros são escolhidos de uma lista prévia determinada pelos Estados Partes, que 10 (dez) árbitros escolhidos para cada Estado Parte.

algun dos Estados-Partes; ditar medidas provisórias a pedido da parte interessada; prestar esclarecimentos sobre o laudo emitido. O prazo para proferir o laudo era de 60 dias, prorrogáveis por mais 30 dias. O laudo deveria ser adotado por maioria, fundamentado e assinado pela totalidade de árbitros. Destaca que a votação era confidencial e votos dissidentes não poderão ser fundamentados.

Foram dez os laudos proferidos sob a égide do Protocolo de Brasília. Eles versaram sobre os seguintes assuntos: os comunicados brasileiros do Decex e Secex que na opinião da Argentina continham medidas restritivas ao comércio recíproco; subsídios à carne suína (Argentina em desfavor do Brasil); salvaguarda sobre têxteis (Brasil em desfavor da Argentina); dumping na exportação de frangos (Brasil em desfavor da Argentina); restrições de acesso ao mercado de bicicletas (Uruguai em desfavor da Argentina); importação de pneumáticos remoldados (Uruguai em desfavor do Brasil); obstáculos aos produtos fitossanitários (Argentina em desfavor do Brasil); Imposto Específico Interno na importação de cigarros (Paraguai em desfavor do Uruguai); estímulo à produção de lã (Argentina em desfavor do Uruguai) e por fim o laudo referente às medidas restritivas e discriminatórias ao comércio de tabaco, que trazia Uruguai no pólo ativo e Brasil no pólo passivo.⁴²¹

O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, até então instrumentalizado pelo PB, necessitava de mudanças. Esta percepção não ocorreu de súbito, pelo contrário, aos poucos, acontecimentos foram fortalecendo-a, até que culminou com a criação do Protocolo de Olivos.

Pode-se dizer que o aumento crescente do comércio intrabloco entre os anos de 1991 e 1998 ocasionou uma espécie de impulso inicial do Mercosul. No entanto, no final de década de noventa uma crise financeira nos principais países do bloco,⁴²² bem como fatores

⁴²¹ Sobre o assunto ver: ARRUDA; COZENDEY, 2003, p. 13-50; BASSO, Larissa de Santis, 2007, p. 207-244; JAEGER JUNIOR, 2008, p. 39-68; MAGALHÃES, 2003, p. 71-80; MOURA, 2003, p. 81-100.

⁴²² No ano de 1998 houve uma crise cambial brasileira que teve como consequência a geração de déficits constantes na balança comercial argentina, que por sua vez levou ao “fim da paridade cambial que ancorava os planos econômicos desse país, com a consequente crise financeira que se propagou pela região”. BARRAL, Welber. As inovações processuais do Protocolo de Olivos. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003, p. 234-235; DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Protocolo de Olivos. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araujo pelo seu 80º aniversário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 10

políticos,⁴²³ não apenas obstaculizaram, como arrefeceram a evolução do Mercosul.⁴²⁴

Neste contexto não foram poucas as manifestações em sentido contrário ao Mercosul, ou seja, de descrença no bloco.⁴²⁵ Porém, ao invés de se deixar levar pelo sentimento da desistência, seus dirigentes tomaram certas medidas, criando a “agenda de Relançamento do Mercosul”. Este evento previu mudanças em duas searas: jurídica e política. No tocante à primeira, significaria dotar o bloco de maior estabilidade jurídica; já no que concerne à seara política, traduziu-se numa reiteração dos presidentes dos Estados-Partes de um compromisso político com a integração regional.⁴²⁶

As mudanças no sistema de solução de controvérsias do Mercosul, já previstas no seu tratado constitutivo e no próprio PB, com as alterações introduzidas pelo POP começaram a tomar corpo por ocasião do supra mencionado Relançamento,⁴²⁷ pois como foi dito, dentre as alterações previstas, estava a concessão de uma estabilidade jurídica mais robusta ao bloco.⁴²⁸

Nesta esteira de mudanças, as delegações dos Estados-Partes apresentam uma série de propostas na Reunião de Coordenadores. “Los aspectos puntuales sobre los que hubo consenso para iniciar el análisis de la problemática”⁴²⁹ foram os seguintes: o cômputo dos prazos estabelecidos pelo PB, a composição da lista de árbitros e finalmente, e mais importante para o presente estudo, o controle de cumprimento dos laudos e as eventuais medidas compensatórias por descumprimento dos mesmos.⁴³⁰

A reforma se deu em várias etapas, tais como a aprovação da Decisão nº 25/00 acerca do Aperfeiçoamento do Sistema de Solução de

⁴²³ “No plano político interno, a crítica argentina à ‘Brasil-dependência’ justificou medidas de proteção à indústria nacional, que geraram conflitos entre os parceiros, sendo inclusive alguns desses conflitos levados ao sistema de solução de controvérsias. No plano externo, o processo negociador da ALCA e os acordos com a União Europeia não foram suficientes para harmonizar os posicionamentos externos dos Estados Partes do Mercosul.” BARRAL, 2003, p. 235.

⁴²⁴ BARRAL, 2003, p. 234-235.

⁴²⁵ Um forte sentimento de ceticismo pairava no Mercosul, o que levou à dúvida acerca da superveniência e aspectos positivos da integração. Portanto, fez-se clara a necessidade vital de injeções de otimismo no bloco. DREYZIN DE KLOR, 2003, p. 11.

⁴²⁶ BARRAL, 2003, p. 235.

⁴²⁷ DREYZIN DE KLOR, 2003, p. 15.

⁴²⁸ “Desde su formación, el proceso regional conto con un método insuficiente e insatisfactorio de solución de controversias que fue evolucionando hasta devenir en la firma del Protocolo de Olivos [...]”. MOYA DOMÍNGUEZ, 2006, p. 322.

⁴²⁹ DREYZIN DE KLOR, 2003, p. 15.

⁴³⁰ DREYZIN DE KLOR, 2003, p. 15.

Controvérsias do Protocolo de Brasília⁴³¹; a instituição de um Grupo *Ad Hoc* sobre Aspectos Institucionais (GAHAI)⁴³²; a criação de um Grupo de Alto Nível (GAN). Considerando que este último Grupo tinha por objeto concretizar o trabalho realizado pelo GAHAI, importa informar que foi o projeto que precedeu a aprovação do sistema de solução de controvérsias estabelecido pelo PO.⁴³³

São estes os precedentes do Protocolo de Olivos, atual conjunto de normas que regula o sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

a.3) Protocolo de Olivos

Em fevereiro de 2002 foi aprovado o Protocolo de Olivos.⁴³⁴ No entanto, somente entrou em vigor em janeiro de 2004, juntamente com a Decisão nº37/2003 CMC, que é seu regulamento de aplicação. Como já exposto acima, a criação deste documento surgiu em um momento em que se fazia necessário, mais do que nunca, “adaptar o sistema de solução de controvérsias ao estágio atual de integração”⁴³⁵. Referido Protocolo continha uma pretensão louvável e traduzia anseios que já vinham de há muito:⁴³⁶

Através do Protocolo de Olivos [...] se pretendeu garantir a correta aplicação, interpretação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, introduzindo, para consolidar a

⁴³¹ Através desta Decisão instituiu-se o Grupo *Ad Hoc* sobre Aspectos Institucionais.

⁴³² Das reuniões ocorridas por ocasião deste Grupo, vale ressaltar as seguintes: em Brasília o Brasil demonstrou-se mais aberto a mudanças mais profundas; em Florianópolis apresentou-se um projeto como modificações relevante, no entanto, por não terem Brasil, Argentina e Paraguai chegado num consenso com o Uruguai, se optou pela extensão do prazo de apresentação de uma proposta definitiva. DREYZIN DE KLOR, 2003, p. 16-19.

⁴³³ Ver o assunto mais detalhadamente em DREYZIN DE KLOR, 2003, p. 20-21; PUCIERO RIPOLL, 2003, p. 190-191.

⁴³⁴ Referido Protocolo derogou o Protocolo de Brasília e seu regulamento de aplicação. No entanto, não derogou o procedimento junto a Comissão de Comércio do Mercosul, órgão também criado pelo POP. JAEGER JUNIOR, 2008, p. 53.

⁴³⁵ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 53.

⁴³⁶ Por ocasião do Relançamento do Mercosul, encomendou-se através da Decisão nº 25/00 de 2000 ao Grupo *Ad Hoc* Aspectos Institucionais (GAHAI), a tarefa de elaborar uma proposta sobre a matéria, que acabou sendo concluída pelo Grupo Alto Nível (GAN), estabelecido pela Decisão nº 65/00 de 2000, cujos trabalhos foram acolhidos pelo Protocolo de Olivos. DIAZ PEREIRA, Ramón. Protocolo de Olivos: algunas reflexiones sobre los institutos que deben ser objeto de reglamentación específica. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003. p. 183.

segurança jurídica no processo, as modificações necessárias em relação ao Protocolo de Brasília.⁴³⁷

No entanto, como bem coloca Barral, a instituição do PO divide os pesquisadores e operadores jurídicos em *institucionalistas* e *pragmáticos*.⁴³⁸ Sendo que o trecho colacionado acima evidencia os pragmáticos, e os institucionalistas vão expressar sua opinião no sentido de que mencionado protocolo não trouxe alterações fundamentais.⁴³⁹

Neste contexto, pode-se dizer que as principais alterações no sistema de solução de controvérsias do Mercosul com o advento do PO são: criação de um Tribunal Permanente de Revisão para o bloco e a possibilidade de invocá-lo como instância única ou em caráter recursal (criação de outro órgão jurisdicional); eleição de foro; opiniões consultivas; caráter optativo do GMC; manutenção do acesso indireto dos particulares; criação de mecanismos especiais e designação de árbitros.

• *Eleição de foro*

A primeira mudança que o PO trouxe diz respeito à escolha do foro (art. 1.2). A partir dele, as partes serão livres para escolher o foro no qual vão dirimir a controvérsia. Ou seja, os Estados-Partes poderão optar por sistemas de solução de controvérsias previstos em outros sistemas específicos de comércio de que sejam partes.

A priori a escolha do foro recai sobre a parte demandante, porém, não fica prejudicada a possibilidade de as partes realizarem essa escolha em comum acordo.

Esta opção divide os autores quanto aos seus benefícios para o Mercosul. Aqueles que com ela estão de acordo baseiam-se na ideia de que alguns aspectos comerciais, que vinculam os Estados Partes, estão

⁴³⁷ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 55.

⁴³⁸ BARRAL, 2003, p. 235.

⁴³⁹ “Algumas características básicas foram mantidas: (a) a resolução das controvérsias continuará a se operar por negociação e arbitragem, inexistindo uma instância judicial supranacional; (b) os particulares continuarão dependendo dos governos nacionais para apresentarem suas demandas; (c) o sistema continua sendo provisório, e deverá ser novamente modificado quando ocorrer o processo de convergência da tarifa externa comum.” BARRAL, 2003, p. 233.

regulados mais exaustivamente pela OMC.⁴⁴⁰ Em contrapartida, tal abertura é preocupante, pois poderia enfraquecer o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, indo contra aos principais objetivos do bloco. Accioly e Baptista entendem que o Mercosul “em princípio, deveria estar mais apto a julgar as questões provenientes do bloco regional do que qualquer outro foro”,⁴⁴¹.

Referido dispositivo também prevê uma proibição: que as partes levem, concomitantemente, a mesma questão a dois mecanismos de solução de controvérsias, a fim de evitar duplicidade de procedimentos e de soluções contraditórias (a chamada litispendência).⁴⁴²

• *Criação de Mecanismos especiais*

A inovação ofertada pelo art. 2 do PO consiste na possibilidade de criação de mecanismos mais expeditos⁴⁴³ para solucionar litígios ligados a aspectos técnicos, ligados a temas da política comercial comum, tais como, regime geral de origem, e dumping.

O Brasil, conforme deixou transparecer no GAHAI, foi um dos defensores da necessidade da criação de procedimentos mais simples para dirimir conflitos relativos aos temas supracitados. Desse modo, pode-se dizer que a regra em questão é produto das propostas que foram discutidas no GAHAI.⁴⁴⁴

• *Opiniões consultivas*

O Capítulo III do Protocolo de Olivos (art. 3º) trouxe à baila um instituto bastante peculiar e interessante para a evolução do Mercosul: a possibilidade de solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão. Tais solicitações poderão ser realizadas pelos Estados-Partes e pelos órgãos decisórios do Mercosul, mas salientam Baptista e Accioly que a grande novidade, foi “conferir ao poder judiciário dos

⁴⁴⁰ BOLDORINI, María Cristina. Protocolo de Olivos: innovaciones en el sistema de solución de controversias del Mercosur. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003. p. 128.

⁴⁴¹ ACCIOLY, BAPTISTA, 2007, p. 153.

⁴⁴² JAEGER JUNIOR, 2008, p. 56 e 57. Este autor também informa que esta regra ajuda a impedir situações como a ocorrida por ocasião do quarto laudo arbitral (dos frangos, com a Argentina). Neste caso, após ter sido prolatado o laudo arbitral no âmbito do Mercosul em desfavor do Brasil, este tentou socorrer-se junto ao sistema de solução de controvérsias da OMC.

⁴⁴³ Também chamados de miniprocedimentos.

⁴⁴⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 60.

Estados Partes a possibilidade de usufruir deste mecanismo”⁴⁴⁵. Acrescentam os autores que os Tribunais Superiores serão os órgãos legítimos para centralizar os pedidos de opiniões consultivas, sendo que sua atuação será de autoridade central para esta finalidade. E o mais interessante é que a partir daí, “tais questões serão encaminhadas ao TPR para interpretar o Direito do Mercosul e assim auxiliar os magistrados na aplicação e na harmonização do novel direito”⁴⁴⁶.

Não são poucos os autores que enaltecem esse instituto, pois ele foi inspirado na figura do reenvio prejudicial da União Europeia⁴⁴⁷, sendo este, atualmente, um dos maiores pilares da interpretação uniforme do Direito Comunitário.⁴⁴⁸ Neste sentido, vale destacar trecho da obra de Jaeger Junior relacionado ao assunto:

Desde as negociações prévias para o texto do Protocolo se reconhece à interpretação uniforme do acervo normativo do Mercosul uma significativa importância. Procura-se dotar o esquema de previsibilidade e segurança jurídica, ainda que as normas não gozem de efeito direto e não sejam de aplicação imediata.⁴⁴⁹

Continua o autor, mas desta vez citando Nadia de Araújo, afirmando que será desse modo que o Tribunal “retomará o estilo, já consagrado nos laudos do Mercosul, de estabelecer o fio condutor da integração entre os textos normativos aprovados e a realidade diária que surge na sua aplicação”⁴⁵⁰.

Para finalizar, traz-se a contribuição de Dreyzin de Klor que entende ser essa tarefa consultiva do Tribunal ferramenta para se alcançar no futuro uma relação entre a justiça do Mercosul com os Tribunais nacionais dos Estados-Partes.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ ACCIOLY, BAPTISTA, 2007, p. 154.

⁴⁴⁶ ACCIOLY, BAPTISTA, 2007, p. 154.

⁴⁴⁷ Uma das diferenças entre o instituto da Opinião Consultiva do Mercosul e do Reenvio prejudicial da União Europeia, é que neste último há obrigatoriedade em se seguir a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já naquele, não ainda esta obrigação de seguir o entendimento do TPR.

⁴⁴⁸ ACCIOLY, BAPTISTA, 2007, p. 154.

⁴⁴⁹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 58.

⁴⁵⁰ ARAÚJO, Nadia de. Apud JAEGER JUNIOR, 2008, p. 58.

⁴⁵¹ DREYZIN DE KLOR, 2003, p. 43. Este trecho também é citado por Jaeger Junior. JAEGER JUNIOR, 2008, p. 58.

Até o presente momento foram emitidos três pareceres pelo Tribunal Permanente de Revisão em consultas formuladas pelos tribunais judiciais dos Estados Partes.

- *Caráter opcional da intervenção do Grupo Mercado Comum*

A segunda etapa política prevista pelo Protocolo de Brasília, de submeter a controvérsia ao GMC, para que este emitisse um parecer, torna-se através do Protocolo de Olivos, facultativa. Ou seja, as partes poderão, conforme dispõe o art. 6.1 no capítulo V, passar das negociações diretas diretamente para a etapa jurisdicional (seja para solicitar a constituição de Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, seja para se submeter a uma instância única perante o TPR). Entretanto, os litigantes poderão, em comum acordo, solicitarem a conciliação perante o GMC (art. 6.2).⁴⁵²

Aparentemente houve uma tentativa de agilização do procedimento concedendo as partes a possibilidade de eliminar uma fase que não desempenha um papel relevante no sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Prova disso, é o fato de que nenhuma contenda foi resolvida na referida fase enquanto esta era obrigatória.

- *Designação dos árbitros*

A lista de árbitros para os tribunais arbitrais *ad hoc* foi ampliada de dez para doze integrantes, que serão designados pelos Estados Partes, conforme art. 11 do PO. Os Estados-Partes também indicarão quatro integrantes para a lista de terceiros árbitros sendo que, neste caso, que pelo menos um deles seja nacional de Estados não membros do Mercosul.

- *Recurso de revisão ao Tribunal Permanente de Revisão (TPR)*

O Protocolo de Olivos em seu capítulo VII traz uma de suas grandes novidades: a criação do Tribunal Permanente de Revisão. A competência do TPR, no âmbito do procedimento por descumprimento, permite atuar como instância única no julgamento do litígio (quando assim acordarem as partes) ou como instância revisional.

⁴⁵² Em nenhum dos casos submetidos ao sistema de solução de controvérsias pós PO houve a solicitação de intervenção do GMC.

Como instância revisional, translada o caráter de decisão definitiva que era antes exclusiva dos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc*, para também contemplar tal possibilidade ao TPR. Deste modo, de acordo com o art. 17 do PO, qualquer das partes na contenda, poderá apresentar um recurso de revisão do laudo proferido pelo tribunal *ad hoc* ao TPR, num prazo de 15 dias (caso o recurso não seja apresentado, já que se trata de uma faculdade, o laudo arbitral proferido pelo tribunal *ad hoc* irá transitar em julgado, constituindo-se na decisão definitiva do litígio).

A criação desta instância revisional pode ser objeto de críticas já que permite um alongamento do procedimento (que teria sido encurtado com a não obrigatoriedade de submissão do conflito à conciliação do GMC). Não obstante, sobreveio também a percepção de que a existência dessa nova ferramenta serviria para reforçar a estrutura institucional do processo de integração, dado o status de permanente do TPR (característica distinta dos tribunais arbitrais *ad hoc* que só se mantém até proferirem o laudo arbitral que decide o litígio).

Para Jaeger Junior a diferença crucial, será quanto ao efeito da decisão prolatada. As decisões provenientes de um tribunal permanente têm caráter obrigatório, com efeito de coisa julgada em relação às partes que se enfrentam na disputa. Deste modo, fortalece-se a idéia da necessidade de cumprir o laudo, pois o não cumprimento ensejará em medidas compensatórias, como se verá mais adiante.⁴⁵³ Destaca-se também o fato de que “a criação de um tal órgão enseja a competência sobre a interpretação e aplicação uniforme do direito da integração”⁴⁵⁴.

Conforme Boldorini, não bastasse tudo isso, foi também uma forma de atender aos interesses de Paraguai e Uruguai que há algum tempo propugnavam pela criação de um tribunal permanente para o Mercosul.⁴⁵⁵

Seu funcionamento será da seguinte forma, a partir da vigência do protocolo em questão, as partes, mediante uma decisão desfavorável do Tribunal *Ad Hoc*, poderão apresentar recurso de revisão perante o TPR, dentro dos prazos estabelecidos (art. 17.1).⁴⁵⁶ O recurso deverá limitar-se às questões de direito tratadas no tribunal primeira instância: o

⁴⁵³ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 55.

⁴⁵⁴ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 55.

⁴⁵⁵ BOLDORINI, 2003, p. 133.

⁴⁵⁶ A ser proposto no prazo de 15 dias.

Tribunal *Ad Hoc* (Art. 17.2).⁴⁵⁷ O TPR tem competência para confirmar, modificar ou revogar os fundamentos jurídicos e os laudos dos Tribunais *Ad Hoc* (Art. 22.1). Suas decisões comportam apenas recurso de esclarecimento⁴⁵⁸ no tocante à forma de cumprimento do laudo, uma vez que o recurso emanado por ele é definitivo e prevalece sobre o laudo anterior (art. 22.2).⁴⁵⁹

• *Tribunal Permanente de Revisão como instância única.*

O TPR não funciona apenas como Tribunal revisional, acarreta ele também outra função: a de instância única (art. 23), ou seja, pode ser acionado diretamente após a fase dos procedimentos políticos, seja a de negociação direta, ou ainda a da intervenção do GMC. Tal opção faz ruir uma das críticas que se opõe ao TPR pelo fato de descaracterizar a natureza do sistema arbitral – da impossibilidade de recurso. Pois, com esse expediente, os laudos proferidos pelo TPR serão obrigatórios e não comportarão recurso.

Em qualquer situação de descumprimento dos laudos arbitrais definitivos (tenham sido proferidos pelos tribunais arbitrais *ad hoc* ou pelo TPR), abre-se a possibilidade do Estado reclamante (nos casos em que o laudo arbitral reconheceu a existência de comportamento praticado pelo Estado reclamado como violador do direito de integração) utilizar-se de medidas compensatórias com o intuito de coagir o Estado infrator a cessar o seu comportamento e reparar os prejuízos causados ao Reclamante. O próximo capítulo fará uma apresentação mais pormenorizada das medidas compensatórias e da sua eficiência como instrumento de coerção no sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

⁴⁵⁷ Note-se que o objeto da controvérsia não havia sido delimitado no PB, entretanto, através da Decisão nº 17/98 art. 28, sobreveio tal delimitação, cuja redação foi transcrita no art. 14 do PO: “O objeto das controvérsias ficará determinado pelos textos de apresentação e de resposta, apresentados ante o Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, não podendo ser ampliado posteriormente”. ACCIOLY, BAPTISTA, 2007, p. 159. Referida fixação de limites vai estar umbilicalmente atrelada à delimitação do objeto da possível revisão.

⁴⁵⁸ Trata-se do mesmo recurso que era antes permitido em face de uma decisão do Tribunal *Ad Hoc*.

⁴⁵⁹ JAEGER JUNIOR, 2008, p. 55.

3 AS SANÇÕES NO SISTEMA DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIA DO MERCOSUL

No Mercosul, o não cumprimento de um laudo arbitral definitivo enseja a possibilidade de aplicação da sanção prevista na ordem jurídica da integração. Na normativa do Mercosul, a sanção se materializa por meio das medidas compensatórias. Estas são “ações legais e fáticas, de natureza transitória, que obrigam os Estados infratores a cumprirem os julgados”⁴⁶⁰.

As medidas compensatórias possuem a sua aplicabilidade estabelecida por norma da integração, contemplando um termo inicial e final. O termo inicial é a verificação, pelo Estado Reclamante, que o Estado Reclamado não cumpriu os termos do julgado (laudo arbitral) no prazo fixado pelos julgadores. O termo final de aplicabilidade das medidas compensatórias é a constatação de que o Estado Reclamado cumpriu o julgado, restaurando-se o cumprimento do direito de integração.

Serão analisadas nesse capítulo as principais características das medidas compensatórias, bem como seu uso no sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Para auxiliar nesta análise, traz-se ao presente estudo uma comparação com o sistema de sanções da União Europeia.

3.1 CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

As medidas compensatórias têm uma natureza mista. Ora são vistas como medidas de coerção contra o Estado violador das normas, ora como uma forma de compensar os danos ocasionados pela referida violação ou ainda com um caráter sancionador para demover o Estado infrator e outros Estados a infringirem as normas estabelecidas na ordem jurídica. Entretanto, no presente estudo, vão ser apresentadas as três esferas mencionadas.

Para entender-se a medida compensatória como medida coercitiva, há que explanar-se sobre o instituto da coerção. Mata-

⁴⁶⁰ STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares. Protocolo de Olivos: o procedimento por descumprimento e os instrumentos de coerção da jurisdição. In: NEGRO, Sandra; STERSI DOS SANTOS, Ricardo Soares (Orgs.). **Relações Internacionais, comércio e desenvolvimento**. Florianópolis: Editora Ufsc, 2011. p. 463. (no prelo)

Machado entende como coerção:

[...] meio pelo qual o Estado exerce seu poder, a fim de fazer cumprir as leis que promulgou. A força emanada da soberania que o Estado aplica, a fim de impor o respeito à norma legal. O mesmo que coação. Ato de coagir, de constringer alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.⁴⁶¹

Trata-se de conceito que não se encaixa exatamente com a realidade atual da coercibilidade das medidas compensatórias, especialmente no tocante à soberania, levando em consideração tudo que já foi dito sobre o instituto e suas mudanças. Mas há dois aspectos que podem ser aqui aproveitados da definição do autor. Primeiro o fato de ele ter igualado os termos *coerção* e *coaço*⁴⁶², pois este estudo não distinguirá ambos; e o que diz sobre *fazer cumprir as leis, impor respeito à norma legal*. Pois é exatamente isso o que também vai ser buscado com a aplicação das medidas compensatórias no processo de integração.

A análise de Mata-Machado do instituto da coerção baseia-se na ideia de coerção aplicável no âmbito do direito estatal, e por isso bastante ligada à ideia de força, como manifestação legítima do poder do Estado. Em suas conclusões traz alguns ensinamentos de autores renomados que discorrem sobre fazer a coerção parte ou não do direito. Cita, por exemplo, a teoria de Messner:

[...] o fim concreto a que visa o ordenamento jurídico – a perfeição da ordem pública – está muito mais na dependência do “amor da justiça” do que do “temor da polícia”. E de nada valerá a aplicação da força policial.⁴⁶³

⁴⁶¹ O autor chega a este conceito depois de longamente discorrer sobre as variações que o termo *coerção* passou no tempo, espaço e nos diferentes idiomas. MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. **Direito e coerção**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 46.

⁴⁶² Sobre os termos *coaço-coerção* o autor fala de uma *sinonímia perturbadora*, pois ambos os termos estão ligados à ideia de constringer, forçar, violentar, impedir a livre manifestação da vontade. A diferença é apenas que o segundo parece ser menos agressivo que o primeiro, e que não se quer atribuir ao Direito a ideia de constituir uma empresa de força, violência, constrangimento, ou ameaça – ao menos, não em sua essência – por isso, opta por utilizar o termo *coerção* e os demais a ele ligados, tais como *coercibilidade*, *coercitividade*. MATA-MACHADO, 1957, p. 16.

⁴⁶³ MESSNER, J. Apud MATA-MACHADO, 1957, p. 347.

Porém, não obstante ter essa compreensão, Messner encontra (na opinião de Mata-Machado) sentido na teoria de Santo Tomás e Hegel. Assim, Mata-Machado expõe:

A coerção faz-se necessária ao direito por causa da atuação de elementos anti-sociais. Parece-lhe conclusivo o argumento do filósofo alemão: a coerção não é a nota fundamental do direito; se lhe está vinculada é porque a força deve opor-se à força quando a força violar o direito; fazer da força a essência primordial do direito é defini-lo segundo uma consequência que só passa a existir como resultado do ato anti-jurídico.⁴⁶⁴

O acima exposto permite perceber que a essência da coerção no âmbito internacional é a mesma do cenário estatal. Difere, entretanto, quanto ao sujeito habilitado para aplicar os atos de força já que na Sociedade Internacional inexistente o monopólio do uso da força por uma estrutura que paire acima dos Estados.

Del Vecchio reconhece o caráter sancionador da coerção. Afirma que coerção “é o modo pelo qual se manifesta o caráter imperativo, essencial ao direito. É sua *sanção* específica”⁴⁶⁵.

Tal como no direito estatal, o direito internacional e o direito de integração contém normas obrigatórias, porém, desprovidas da força executória que o Estado Moderno assegura para si nas ordens jurídicas estatais. Ou seja, no âmbito estatal a coerção é centralizada, é colocada a serviço da aplicação do direito. O Estado detém o monopólio e o exerce por órgãos especializados, tais como: administração, polícia, juízes. Já no plano internacional, não se encontra algo similar.

Pellet, ao discorrer sobre o assunto, admite a existência da Corte Internacional de Justiça, mas lembra o fato de que para que os Estados se submetam a competência da referida Corte é preciso anuírem com o reconhecimento do foro, quer por cláusula específica contida em tratado internacional, quer por reconhecimento prévio da cláusula de obrigatoriedade de reconhecimento de jurisdição do Tribunal. Para o autor, “isso constitui uma das grandes diferenças entre o direito interno e o Direito Internacional: dever se habituar a ‘pensar’ em uma

⁴⁶⁴ HEGEL Apud MATA-MACHADO, 1957, p. 347-348.

⁴⁶⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Antônio José Brandão. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1951. p. 280.

perspectiva não contenciosa, não jurisdicional”⁴⁶⁶.

Na mesma linha, é o pensamento de Pastori Fillol quando assevera que definitivamente, qualquer que seja o sistema de execução que condene um Estado, necessita, para seu cumprimento, de uma ação do próprio Estado condenado. Desse modo, precisará sempre da submissão voluntária deste ente ao julgado e às regras de direito como pressuposto prévio e necessário para a eficácia do sistema jurídico em questão. O autor acrescenta que as decisões no âmbito de Direito Internacional Público sempre tiveram sua execução forçada dificultada pela soberania dos Estados.⁴⁶⁷

Ressalte-se que não existe no âmbito internacional um órgão supranacional encarregado da execução das decisões finais dos órgãos jurisdicionais, ante os quais os Estados levam voluntariamente suas controvérsias. É exatamente no bojo deste impasse, da execução direta de uma decisão que condena um Estado que se vê surgirem as discussões sobre a aplicabilidade das sanções na seara internacional.

No primeiro capítulo abordou-se o tema *sanções ou outros instrumentos coercitivos* no direito internacional, como forma de não se utilizar da guerra. Discorreu-se acerca da possibilidade de serem elas compreendidas como formas de autotutela (e consequentemente de resolução dos conflitos), uma vez que o Estado mais poderoso poderia fazer uso de suas vantagens econômicas, físicas, morais, ou de alguma outra ordem contra outro Estado para que este último adotasse um comportamento qualquer desejado pelo primeiro. Entretanto, restou também esclarecido que para diferenciar estes dois institutos: a *autotutela das sanções, como medidas executórias*, é suficiente que haja um ordenamento jurídico reconhecido pelas partes e a sua interpretação e aplicação por meio de decisões de uma organização internacional capaz de embasar e autorizar as últimas, para que assim não configurem espécies de autotutela.

Pastori Fillol diz que as medidas compensatórias são um instrumento válido de sanção diante de um não cumprimento de obrigações internacionais por uma parte. O autor as chama de contramedidas quando aplicadas unilateralmente, ou poderão estar

⁴⁶⁶ PELLET, Alain. As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos “Macrojurídicos”. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13-14.

⁴⁶⁷ PASTORI FILLOL, Alejandro. La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el MERCOSUR. In: **Cuadernos de Integración Europea**. n. 5. Valencia, España, Junio 2006. p. 62-72.

previstas em acordos internacionais. Neste último caso, ele as denomina de contramedida institucionalizada.⁴⁶⁸

O mesmo autor menciona a similitude das medidas compensatórias com as represálias, pois se trata de resposta totalmente legítima frente a um ato claramente ilegítimo, devendo, portanto, serem as medidas compensatórias catalogadas como sanção. Outra expressão que também pode ser utilizada para referir-se às medidas compensatórias é a “retaliação”, pelas características que detém.⁴⁶⁹

Pellet também vai compará-las às tradicionais represálias.

Em definitivo, no plano universal e em todo caso, a única sanção eficaz da violação do direito é constituída pelo mecanismo da responsabilidade, apoiada sobre o que se convencionou chamar de ‘contramedidas’, isto é, a utilização de medidas tomadas pelos Estados para a defesa de seus próprios direitos, e que nada mais são que as tradicionais represálias (grifo nosso).⁴⁷⁰

Já ficou estabelecido, a partir do capítulo anterior, que o Mercosul é uma organização internacional regional, que possui um ordenamento jurídico próprio, e este por sua vez prevê a possibilidade de utilização de medidas compensatórias para as situações de não cumprimento dos julgados proferidos pelo sistema de solução de controvérsias. A referida situação também está prevista em outras OIs de integração, como a União Europeia por exemplo.

3.2 AS SANÇÕES PREVISTAS NO PROCEDIMENTO POR INCUMPRIMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

A Segunda Guerra Mundial foi o “estopim” para que alguma atitude palpável fosse tomada por parte dos dirigentes europeus e até mesmo por dirigentes estranhos à Europa – o governo americano e seu

⁴⁶⁸ Quanto a esta figura que ele chama de contramedida institucionalizada, diz que é geralmente utilizada no âmbito do comércio internacional, implicando assim, na regulação das medidas compensatórias e se distancia da noção de medida compensatória como contramedida unilateral, de forma deliberada, justamente por pretender eliminar as arbitrariedades que podem derivar-se de sua aplicação unilateral não regulada. PASTORI FILLOL, 2006, p. 80.

⁴⁶⁹ Para Pastori Fillol as represálias são, a princípio, respostas ilegítimas que se originam a partir de um ato ilegítimo de outro Estado, mas que se legitima e se aceita como de acordo com o direito, justamente, por ser uma resposta a uma ilegalidade. PASTORI FILLOL, 2006, p. 80.

⁴⁷⁰ PELLET, 2004, p. 14.

Plano Marshall⁴⁷¹ – para que o continente pudesse sair da situação de miséria e ruína em que se encontrava ao final do segundo conflito mundial.⁴⁷² Com este intuito foram criadas as Comunidades Europeias.

Finalmente, após os desoladores conflitos bélicos, “a integração se consolidou na Europa como um novo modelo de relação interestatal, indo mais além do velho princípio da cooperação”⁴⁷³. Com este norte, foram criadas e mantidas instituições sólidas, tal qual o atual Tribunal de Justiça da União Europeia.

3.2.1 O Tribunal de Justiça da União Europeia.

O Tribunal da Justiça da União Europeia (TJUE) foi criado pelo Tratado de Paris de 1951 e adotado pelos Tratados de Roma de 1957, com a denominação de Tribunal de Justiça da Comunidade Européia – TJCE, mas o Tratado de Lisboa (que entrou em vigor em 2009) mudou sua designação, para Tribunal de Justiça da União Européia. Foi criado como instituição única e comum para as três Comunidades Europeias.

Oliveira lembra que no cenário das OIs é comum a criação de tribunais internacionais. Porém o que singulariza o TJUE é o fato de ser supranacional, ou seja, direciona-se aos objetivos da União Europeia e garantir o cumprimento do Direito da União e a interpretação e aplicação dos Tratados, dentro da realidade comunitária e não fora dela.⁴⁷⁴

Nas palavras de Villa, criou-se um “poder público supranacional ou comunitário, cujos atos e disposições convivem com o Direito interno e inclusive prevalecem sobre ele em caso de conflito”⁴⁷⁵.

Conforme Oliveira:

O Tribunal de Justiça é o intérprete e o responsável supremo pelo ordenamento jurídico comunitário. Tal competência exclusiva encontra-

⁴⁷¹ Havia na época uma forte produção americana que necessitava de mercado. A saída encontrada pelo governo estadunidense foi a de ajudar a reconstruir a Europa afim de lá restabelecer uma fatia significativa do mercado consumidor.

⁴⁷² Sobre o tema, Borchardt diz: “O desabamento total da Europa e o declínio econômico permitiram lançar as bases da renovação e a idéia de uma nova ordem europeia ganhou renovado ímpeto. BORCHARDT, Klau-Dieter. **O ABC do Direito Comunitário**. 5. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. 2000. p. 5.

⁴⁷³ VILLA, Francisco Javier Donaire. Constituições nacionais e integração europeia. In: HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). **Anuário Brasil-Europa: Direitos Humanos e Relações Externas**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003. p. 49.

⁴⁷⁴ OLIVEIRA, 2009, p. 214-215.

⁴⁷⁵ VILLA, 2003, p. 52.

se confirmada no Tratado das Comunidades. Sua atuação tem sido decisiva na conformação do sistema da União Europeia, principalmente na consolidação do supranacionalismo e dos seus princípios normativos: efeito direto, aplicabilidade direta e supremacia, estabelecidos a partir das sentenças deste Tribunal, tanto acatadas pelos Estados-membros quanto pelas pessoas físicas. A aplicação do Direito Comunitário e sua incorporação, em muitos casos, às legislações nacionais, tem intensificado a atividade desta instituição, que viu reforçada sua autoridade com o Tratado de Maastricht de 1992, ao conceder-lhe a faculdade coativa de impor *multas* ao Estado-membro que não respeitar suas decisões. Este Tribunal, com sede em Luxemburgo, é considerado, ao longo da história das Comunidades, instituição de prestígio, independência e poder.⁴⁷⁶

O trecho supra permite que se perceba a importância desta instituição para o fortalecimento da União Europeia, indo desta forma de encontro à ideia da necessidade de um sistema adequado de resolução de conflitos nos processos de integração regionais. Ademais, traz à baila uma experiência que interessa sobremaneira ao presente estudo que são as situações de aplicação das sanções previstas para os casos de descumprimento das decisões proferidas pelo TJUE nos procedimentos por incumprimento.⁴⁷⁷

O TJUE é formado por um juiz de nacionalidade de cada Estado-Membro. Estes elegerão o presidente do Tribunal, que tem mandato de três anos, podendo ser renovado por mais três. Sua função é de dirigir os

⁴⁷⁶ OLIVEIRA, 2009, p. 216.

⁴⁷⁷ Gonçalves, Silva e Stelzer ensinam que o termo “incumprimento” não é comum no vocabulário brasileiro e nos dicionários de língua portuguesa brasileiros, mas que os termos encontram-se listados no *Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa* com a seguinte definição: “falta de cumprimento”. Acrescentam os autores que é a utilização do mesmo é corrente em Portugal, e que por isso o termo foi consagrado em todos os documentos comunitários oficiais da língua portuguesa. Portanto, assim como os autores, no presente também se optou pela utilização do termo “incumprimento” no tocante ao tema. GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Karine Souza; STELZER, Joana. A violação das obrigações previstas no Direito Comunitário: os limites e alcances da “Ação por Incumprimento” contra um Estado membro da Comunidade Europeia. In: **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI (de Belo Horizonte – MG)** (recurso eletrônico). Florianópolis: Boiteux, 2008. p. 741, nota de rodapé n. 2.

trabalhos, presidir e deliberar as competências processuais durante a tramitação dos recursos. A consequência disso, é que exerce influência significativa sobre a orientação interpretativa da jurisprudência do Tribunal.

Os juízes do TJUE são auxiliados por advogados gerais que têm a função de apresentar conclusões motivadas acerca dos temas demandados no Tribunal. A vantagem dessas conclusões, é que elas apresentam pareceres motivados à solução dos litígios.⁴⁷⁸ O seu escopo é facilitar o trabalho dos juízes na prolação de suas decisões, pois são trabalhos imparciais e independentes ofertados “no fim da fase oral do procedimento, publicados na recopilação da jurisprudência do TJCE, juntamente com a sentença, contribuindo, com notável destaque, à formação e desenvolvimento jurisprudencial desse Tribunal”⁴⁷⁹.

O Tribunal funciona em caráter permanente e reúne-se geralmente, em sessões plenárias por meio de câmaras, compostas com um número ímpar de juízes, com o objetivo de proceder diligências de instrução e conhecer determinados assuntos.⁴⁸⁰

Os julgamentos serão reservados, de forma que não participam nem mesmo os advogados gerais, ou intérpretes ou ainda o secretário de Justiça. As decisões do Tribunal são constituídas pelas conclusões adotadas pela maioria dos juízes no debate final.⁴⁸¹

Cabe ao TJUE garantir o respeito do Direito na interpretação e aplicação do Tratado da União Europeia.⁴⁸² Desse modo, o controle que este Tribunal exerce sobre o direito comunitário estende-se sobre as atividades desenvolvidas pelas instituições comunitárias, bem como pelas autoridades nacionais, ou seja, no âmbito coberto pelo ordenamento jurídico comunitário.

Este amplo leque de competências, que o permitiu atuar em diferentes funções, bem como o fato de ter transformado os Tratados Europeus em uma espécie de Constituição material, fez surgir a idéia de que se trata de uma espécie de Tribunal Constitucional da União. Ou

⁴⁷⁸ Art. 182 do Tratado de Lisboa.

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, 2009, p. 217-218.

⁴⁸⁰ Art. 181 do Tratado de Lisboa.

⁴⁸¹ OLIVEIRA, 2009, p. 220.

⁴⁸² Com o Tratado de Maastricht de 1992, o que se denominava de Comunidade Europeia, passou a chamar-se de União Europeia, por isso, referido Tratado passou a ser conhecido também como Tratado da União Europeia – TUE. Entretanto, em 2009, entrou em vigor o Tratado de Lisboa que trouxe uma nova numeração ao TUE. Por isso, para não causar confusões, quando falar-se em TUE, estará se referindo ao Tratado de Maastricht, mas quando falar-se da nova numeração, será utilizada a denominação *Tratado de Lisboa*, ainda que ele também seja considerado Tratado da União Europeia.

seja, atua como Tribunal Constitucional ao interpretar sobre a adequação de normas comunitárias e nacionais ao Tratado da União Europeia.⁴⁸³ Mas o TJUE também controla a observância ao ordenamento jurídico comunitário como um todo, inclusive quanto ao direito comunitário derivado.

Enfim, as funções do TJUE podem ser separadas em três grandes grupos, e cada um desses grupos supõe a adoção de três distintos tipos de sentenças. E cada uma terá uma forma diferenciada de execução, porém, interessará ao presente estudo apenas a última a ser apresentada.⁴⁸⁴

Uma das funções do TJUE é controlar as ações dos órgãos comunitários. Para tal, foram instituídas vias de recurso perante o Tribunal para controlar a legalidade dos atos de tais instituições comunitárias. O cumprimento das sentenças provenientes desses casos tem caráter imediato (caso de recurso de anulação frente a um ato comunitário ilegal) ou caráter interno ao sistema (caso de recurso por omissão de um órgão comunitário ou de recurso de reparação por ações da Comunidade onde o TJUE condena ao órgão comunitário infrator que praticou o ato, a cumprir com a sentença), portanto, a execução de tais sentenças não oferece maiores entraves.

Outra das funções do TJUE é a de garantir uma aplicação e interpretação uniformes do direito comunitário. Com esta finalidade foi criado o instrumento do “reenvio prejudicial” que consiste na cooperação entre o juiz nacional e o juiz comunitário.

O reenvio prejudicial permite (e às vezes obriga) o juiz nacional consultar o TJUE quando se encontra em jogo a validade ou a interpretação de uma norma comunitária. Tal procedimento vai assegurar uma interpretação e aplicação uniformes de tal direito em todo território comunitário. Portanto, a sentença prejudicial do TJUE não resolve o caso diretamente, pois será apenas um indicativo, do qual, é bem verdade, o juiz nacional não deve afastar-se quando prolatar sua própria sentença.

O referido mecanismo vai gerar duas sentenças: a do TJUE e a do juiz nacional. No tocante à execução, as duas sentenças diferem quanto a suas funções e destinatários. O obrigado a cumprir a sentença

⁴⁸³ KEGEL, Patricia Luíza. O Sistema de Solução de Controvérsias na União Europeia. In: BARRAL, Welber; DREYZIN DE KLOR, Adriana; KEGEL, Patricia Luíza; PIMENTEL, Luiz Olavo. **Solução de controvérsias: OMC, União Europeia e Mercosul**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004. p. 94-95; OLIVEIRA, 2009, p. 215.

⁴⁸⁴ PASTORI FILLLOL, 2006. Outros autores que abordaram o tema: BORCHARDT, 2000; OLIVEIRA, 2009.

proferida pelo TJUE é o juiz nacional que realizou o reenvio. Já quem terá a obrigação de cumprir a sentença proferida por este juiz, é a parte vencida do litígio.

Por fim, também é de competência do Tribunal assegurar que os Estados-membros cumpram com suas obrigações comunitárias. Com essa finalidade, foi criado o “procedimento por incumprimento”, objeto do ponto a seguir.

3.2.2 O procedimento por incumprimento do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁸⁵

Os artigos 258, 259 e 260 do Tratado de Lisboa regulam o procedimento por incumprimento.⁴⁸⁶

Art. 258: Se a Comissão considerar que um Estado-membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações. Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Art. 259: Qualquer Estado-membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia se considerar que outro Estado-membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados. Antes de qualquer Estado-membro introduzir recurso contra outro Estado-membro, com fundamento em pretenso incumprimento das obrigações, que a este incumbem por força dos Tratados, deve submeter o assunto à apreciação da Comissão. A Comissão formulará um parecer fundamentado, depois de os Estados interessados terem tido oportunidade de apresentar, em processo contraditório, as suas

⁴⁸⁵ Na doutrina também se encontra a designação de *recurso* de incumprimento ou ainda de *ação* por incumprimento.

⁴⁸⁶ O Tratado de Maastricht havia estabelecido a matéria em seus artigos 226, 227 e 228, correspondendo respectivamente, ainda que com pequenas alterações, aos artigos 258, 259 e 260 do Tratado de Lisboa.

observações, escritas e orais. Se a Comissão não tiver formulado parecer no prazo de três meses, a contar da data do pedido, a falta de parecer não impede o recurso ao Tribunal.

Art. 260.1: Se o Tribunal de Justiça da União Europeia declarar verificado que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse Estado deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.

2. Se a Comissão considerar que o Estado-Membro em causa não tomou as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal, pode submeter o caso a esse Tribunal, após ter dado a esse Estado a possibilidade de apresentar as suas observações. A Comissão indica o montante da quantia fixa ou da sanção pecuniária compulsória, a pagar pelo Estado-Membro, que considerar adequado às circunstâncias.

Se o Tribunal de Justiça declarar verificado que o Estado-membro em causa não deu cumprimento ao seu Acórdão, pode condená-lo ao pagamento de uma quantia fixa ou progressiva correspondente a uma sanção pecuniária.

Este procedimento não prejudica o disposto no artigo 259.

Uma vez indicados os dispositivos concernentes ao tema, apresenta-se a sistemática da terceira competência do TJUE, que é a de velar pelo respeito que devem os Estados-membros às suas obrigações comunitárias. Para a realização desta função, foi estabelecido o mecanismo do procedimento por incumprimento, que pode ser interposto tanto pela Comissão⁴⁸⁷, na qualidade de “guardião dos tratados comunitários”, como pelos Estados membros.

⁴⁸⁷ A Comissão Europeia constitui órgão único e comum para as três Comunidades desde o advento do Tratado de Bruxelas de 1967. Representa a União Europeia com força supranacional diante dos interesses dos Estados membros. A ela cabe velar e assegurar a aplicação e cumprimento dos Tratados e das normas comunitárias, por isso ela é conhecida como “guardião dos Tratados”. É também responsável pela iniciativa dos projetos normativos e pelo conjunto das políticas comunitárias. Por tais atribuições, ficou conhecida como o poder Executivo comunitário. Dispõe também do poder de gestão e execução do orçamento da Comunidade. OLIVEIRA, 2009, p. 206.

Na opinião de Alonso Garcia o mecanismo estabelecido pelo procedimento de incumprimento parecia nascer fadado à obsolescência:

[...] ante a entrada em jogo do mais efetivo e menos tenso – desde a perspectiva da soberania dos Estados-membros – princípio de responsabilidade dos Estados-membros frente aos particulares pelos danos e prejuízos derivados de suas infrações do Direito Comunitário [...] O correto é que apareceu recentemente em cena, observando-se recatadamente a sua possível consagração como via paralela – junto com o mencionado princípio de responsabilidade – de pressão sobre os Estados-membros a efeitos de um correto cumprimento das obrigações que lhes impõem o ordenamento jurídico comunitário.⁴⁸⁸

A utilização do procedimento por incumprimento terá lugar quando o demandante (podendo ser a Comissão ou Estado) entender que um Estado-Membro encontra-se em falta com alguma das obrigações estabelecidas pela ordem jurídica comunitária.

Caso o conflito não seja resolvido na etapa pré-contenciosa (perante a Comissão), caberá ao TJUE, por sua vez decidir se os fatos apurados se configuram em atos de violação do direito comunitário.

Na opinião de Campos e Campos é importante definir com rigor a noção de “incumprimento”. Eles reconhecem que o alcance da expressão “por força do presente tratado” que fazia parte do texto dos art. 226 e 227 da numeração antiga do TUE, já apontava que havia a intenção de velar pelo cumprimento não apenas dos instrumentos de direito originário – o Tratado, seus anexos e protocolos, mas também os instrumentos de direito derivado, tais como, regulamentos, diretivas, princípios essenciais, decisões dos Tribunais, etc.

Dessa forma “o incumprimento resulta da violação de qualquer norma ou princípio que integre a ordem jurídica comunitária”⁴⁸⁹. Atualmente, os artigos 258 e 259 do Tratado de Lisboa que são os correspondentes respectivamente aos artigos supracitados,

⁴⁸⁸ ALONSO GARCIA, Ricardo. **Mercosul, Comunidade Europeia e NAFTA: solução de controvérsias e interpretação uniforme**. Tradução de Fernando Kinoshita. Curitiba: Genesis, 1998. p. 116-117.

⁴⁸⁹ Para maiores detalhes verificar a obra. CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

aproximaram-se mais ainda dessa noção, ao substituírem a expressão “por força do presente Tratado”, para “por força dos Tratados”.

Campos e Campos prosseguem discorrendo sobre o incumprimento realizado tanto por “ação”, como por “omissão”, de forma que:

Em suma: o incumprimento corresponde à violação de qualquer norma ou princípio, com caráter vinculativo, do amplo arsenal jurídico da ordem comunitária. A violação do direito comunitário ocorre sempre que um Estado adopta ou mantém, na sua ordem jurídica interna uma disposição de caráter legislativo ou infralegislativo incompatível com o Tratado ou com o direito comunitário derivado; e bem assim quando esse Estado, em consequência de medidas (seja qual for sua natureza) que adopta ou deixa de adoptar na ordem interna, se furta à execução completa e tempestiva de qualquer obrigação que lhe é imposta pelo direito comunitário.⁴⁹⁰

O procedimento pode ser dividido em duas fases distintas. A primeira delas é chamada de pré-contenciosa ou extrajudicial e a segunda, caso não sobrevenha composição das partes na primeira, é a fase contenciosa ou judicial.

Tem legitimidade ativa para iniciar o procedimento a Comissão ou um Estado-Membro. No caso deste último, o mesmo deverá submeter primeiramente a questão à Comissão. Apenas no caso desta não formular devido parecer no prazo de três meses, é que poderá o Estado Reclamante ajuizar o procedimento contencioso que deverá ser julgado pelo TJUE.

O pólo passivo no procedimento por incumprimento será sempre ocupado por um Estado-Membro.

A fase pré-contenciosa é uma fase administrativa e se inicia com uma comunicação oficial da Comissão, por meio de uma carta de infração, ao Estado-Membro presumidamente infrator, que o mesmo está em falta com suas obrigações comunitárias, como por exemplo, a de incorporar certas diretivas (direito comunitário derivado).

⁴⁹⁰ CAMPOS; CAMPOS, 2002, p. 214-219.

O recebimento da carta de infração abre a possibilidade do Estado explicar-se a Comissão, apresentando a sua defesa,⁴⁹¹ reconhecer a infração alegada e comprometer-se a atualizar seus compromissos comunitários ou, ainda, negar a existência da mesma.

No caso de o Estado faltoso simplesmente não contestar a carta de infração, ou se não forem suas explicações convincentes, a Comissão poderá emitir um parecer motivado.⁴⁹² No parecer a Comissão recomenda ao Estado-Membro que cesse o ato ou a omissão em questão, num prazo fixado.

Para Souza “a não-observância ao parecer fundamentado significará o esgotamento de todos os mecanismos de solução consensual que oferece a via administrativa, facultando, desse modo, à Comissão ou a um Estado-membro”⁴⁹³ interpor a ação por incumprimento perante o TJUE. A partir desse momento, o procedimento ganha caráter contencioso ao se buscar a declaração judicial de que o Estado acusado infringiu uma norma comunitária. Com a prolação do Acórdão do TJUE, se encerra a fase jurisdicional.

Tendo o Tribunal prolatado Acórdão em que reconhece que o Estado demandado realmente é incumpridor de seu dever, nasce para este, a obrigação formal de executar referido Acórdão declaratório, ou seja, a obrigação de colocar em dia os seus compromissos comunitários, adotando as medidas necessárias para tanto. Espera-se que o Estado cumpra voluntariamente o julgado. Além disso, o Estado necessita informar à Comissão de que maneira pretende executar o Acórdão.

⁴⁹¹ Não são poucos os argumentos utilizados pelos Estados como meio de defesa. São alguns deles: a imputabilidade da violação a um órgão estatal diverso do governo; situações decorrentes da ordem interna incompatíveis com a observância do Direito Comunitário; eliminação da situação de incumprimento; inexistência da intenção culposa; caso de força maior ou impossibilidade absoluta de acatamento do Direito Comunitário; ausência de prejuízo; solicitação do benefício de cláusulas de salvaguarda e estado de necessidade; causas justificativas do incumprimento admitidas em Direito Internacional Público; falta cometida pela Autoridade Comunitária; oposição da norma comunitária a certos interesses nacionais; desuso das disposições nacionais contrárias ao Direito Comunitário ou das disposições do Direito Comunitário; irregularidade da fase preliminar do processo; demora na instauração do processo por incumprimento; e inadmissibilidade da ação resultante da imprecisão da referência ao Direito Comunitário violado. CAMPOS; CAMPOS, 2002, p. 220-240.

⁴⁹² Kegel afirma que o art. 226 não explicita exatamente o trâmite a ser seguido, mas que a praxe permite a verificação da sequência processual. KEGEL, 2004, p. 100.

⁴⁹³ SILVA, Karine de Souza. **O processo de consolidação do direito comunitário em contraposição ao descumprimento da ordem legal por parte dos Estados membros da Comunidade Europeia: limites e avanços no âmbito do procedimento por incumprimento.** 2003. 339 f. Tese. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2003.

Caso as medidas adotadas pelo Estado infrator não sejam suficientes, no entender da Comissão, para cumprir o julgado do TJUE, abrirá a possibilidade de se iniciar o segundo procedimento por incumprimento. Desta feita a norma comunitária violada é a que estabelece a obrigatoriedade de cumprimento integral das decisões do TJUE (já que no primeiro procedimento por incumprimento se reconheceu a violação de outras normas do direito comunitário).⁴⁹⁴

O art. 260.2 do Tratado de Lisboa vai tratar da execução no procedimento por incumprimento. Novamente é possível dividir as etapas da execução do julgado em fase pré-contenciosa e contenciosa.

A fase pré-contenciosa de execução do julgado se inicia com o envio, pela Comissão, de Carta requerimento ao Estado infrator à qual é anexado um parecer motivado informando os motivos para o início dos procedimentos executórios (coercitivos). Abre-se novamente possibilidade do Estado apresentar sua defesa.⁴⁹⁵ Ainda nesta etapa, o Estado infrator poderá cumprir as determinações do Acórdão voluntariamente, sem que se faça a passagem para a fase contenciosa.

Para tanto basta que o Estado adote medidas que sejam suficientes para o cumprimento do julgado e informe as referidas medidas a Comissão. Caso não o faça a Comissão solicitará, ao TJUE a imposição de sanções, de natureza pecuniária, previstas no art. 260.2 do Tratado de Lisboa, que será o início da fase contenciosa de execução do julgado.⁴⁹⁶

Na opinião de Pastori Fillol, a importância da fase pré-contenciosa encontra-se no fato de que o Estado infrator poderá vislumbrar as condições e prazos específicos estabelecidos pela Comissão para o cumprimento do Acórdão ainda não realizado. Ademais, a existência dessa etapa conduzida pela Comissão, permite a realização de uma valoração pontual, específica e até mesmo política, das circunstâncias que levaram o Estado infrator a não cumprir integralmente o Acórdão do TJUE. Contudo, nada poderá eximir o Estado de sua obrigação principal que é a de cumprir o julgado do TJUE.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ GONÇALVES, SILVA e STELZER, 2008, p. 747.

⁴⁹⁵ Neste momento Pastori Fillol discorre sobre a discricionariedade da Comissão acerca do início do procedimento resultante da não execução da sentença. Em sua opinião, a criação do instituto constante no art. 260.2 faz presumir a obrigatoriedade da ação da Comissão, desde que estejam presentes os pressupostos mínimos da não execução da sentença de incumprimento por parte do infrator. PASTORI FILLOL, 2006, p. 68.

⁴⁹⁶ PASTORI FILLOL, 2006, p. 68.

⁴⁹⁷ PASTORI FILLOL, 2006, p. 69.

Dessa forma, caso o Estado-Membro não promova o cumprimento integral do Acórdão proferido pelo TJUE, gera a possibilidade da Comissão iniciar a fase contenciosa da execução do julgado, apresentando ao TJUE pedido de aplicação das sanções pecuniárias, indicando o montante de quantia fixa ou progressiva que estima correspondente e proporcional a infração praticada pelo demandado.

O Estado demandado poderá oferecer sua defesa ao Tribunal que decidirá se houve ou não o cumprimento integral do julgado anterior. Reconhecendo a inexistência do cumprimento integral do julgado, caberá ao TJUE fixar o valor da sanção pecuniária que será aplicada podendo escolher por uma quantia fixa, por uma quantia progressiva ou, ainda, por uma quantia fixa e uma quantia progressiva, proporcional a conduta e ao dano praticado pelo demandado.

Para Quadros e Martins, o segundo procedimento por incumprimento (execução do julgado) deixou de fazer parte do contencioso de declaração restrito (acórdão do primeiro procedimento por incumprimento) para se caracterizar como um contencioso de plena jurisdição, diante da existência de mecanismos de coerção (sanções pecuniárias) para obrigar o cumprimento deste segundo julgado.⁴⁹⁸

Interessante ressaltar que no passado não havia instrumentos efetivos na UE capazes de exigir do Estado a execução do Acórdão. O conteúdo do atual art. 260 do Tratado de Lisboa é bastante similar ao conteúdo do antigo art. 171 do Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia – TCE, e rezava a obrigação da execução, mas não previa qualquer espécie de meio coercitivo, capaz de induzir a tal. O mecanismo que mais se assemelhava era a possibilidade de a Comissão mais uma vez demandar o inadimplente por inexecução de sentença, e não por infração ao Direito Comunitário. A grande novidade do art. 260 do Tratado de Lisboa é a possibilidade de aplicar uma sanção ao Estado inadimplente.⁴⁹⁹

São critérios considerados pela Comissão para a indicação das sanções ao Estado infrator: gravidade da infração, sua duração e a necessidade de assegurar o efeito dissuasório da sanção para evitar a reincidência.

No tocante ao primeiro item, a gravidade da infração, valora-se a gravidade das normas comunitárias infringidas e a consequência de tal

⁴⁹⁸ QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. **Contencioso comunitário**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 214-215.

⁴⁹⁹ SILVA, 2003, p. 357.

infração para os interesses gerais e particulares. As inadimplências que prejudiquem os interesses gerais, ou seja, o funcionamento da Comunidade, são consideradas mais graves do que aquelas que afetam diretamente interesses de particulares e operadores econômicos.

Já a duração, ela será computada a partir do momento da notificação do Acórdão, desconsiderando o início da infração.

Quanto ao critério de efeito de dissuasão, diz-se que “para garantir a aplicação efetiva do Direito Comunitário, é necessária a cominação de uma multa dissuasória que evite a persistência da infração e a reincidência”⁵⁰⁰. Entretanto, independente da necessidade do efeito dissuasório que deve ter a multa coercitiva, ela deverá ser previsível para o Estado-Membro e calculada de acordo com o respeito aos princípios da proporcionalidade e da igualdade de trato entre os Estados-Membros.

Ainda sobre os critérios utilizados pela Comissão no momento de solicitar guarida ao TJUE, Pastori Fillol informa que houve mudança quanto à aplicação da sanção. A Comissão entendeu inicialmente que a sanção mais indicada para obrigar a execução era a imposição de uma quantia progressiva (a multa coercitiva em si) a ser paga pelo Estado-Membro. O TJUE julgou e determinou o primeiro pagamento de quantia progressiva contra a República da Grécia,⁵⁰¹ seguindo a referida linha nas condenações posteriores.

Porém, o Tribunal mudou seu entendimento em procedimento no qual figurava no pólo passivo a República da França, apesar da solicitação da Comissão de aplicação de sanção correspondente a quantia progressiva. O TJUE decidiu pelo pagamento cumulativo da quantia progressiva e de um montante fixo, por considerar o modo mais eficiente de levar adiante a sanção por falta de execução.⁵⁰² Diante da mudança da orientação de julgar do TJUE, a Comissão passou a utilizar a nova fórmula de sanção, adotando-a como critério adequado.

Na opinião de Pastori Fillol, esta superposição dos meios de sanção reside no fato de que, com o critério anterior, os Estados infratores tendiam a cumprir tardiamente as indicações da Comissão, geralmente quando o caso já estava sob a jurisdição do TJUE. O pedido de multa coercitiva progressiva acabava ficando sem efeito (diante do cumprimento) e o Estado infrator não recebia nenhuma sanção pelo

⁵⁰⁰ GONÇALVES, SILVA e STELZER, 2008, p. 751.

⁵⁰¹ Comissão x Grécia, Proc. C-387/97, julgamento em 04 de julho de 2000.

⁵⁰² Acórdão de 12 de julho de 2005. Comissão c/ República Francesa sobre matéria de pesca. Processo C-304/02.

inadimplemento passado, nem mesmo pelo seu atraso em executar o Acórdão, prática que não auxiliava no escopo de demover os descumprimentos futuros. Já com o novo critério de cumulação de sanções, estimula-se a execução imediata dos Acórdãos.⁵⁰³

Por fim, Pastori Fillol faz suas colocações acerca de seu entendimento sobre o caráter da execução do Acórdão de incumprimento. Afirma que não se trata de um meio de castigo, ou uma sanção de natureza penal, mas tem a finalidade de propiciar o cumprimento imediato do julgado e a prevenção de comportamentos futuros similares. Assevera que não são cabíveis na União Europeia as medidas compensatórias.⁵⁰⁴ Entretanto, quando Pastori Fillol se refere as *medidas compensatórias*, está aludindo às medidas que podem ser aplicadas por Estados prejudicados, sem que antes a matéria tenha sido submetida a julgamento por um órgão jurisdicional. Neste sentido faz referência a certas modalidades de autotutela o que na ordem jurídica comunitária não seriam permitidas.

Para Pastori Fillol:

Las razones para haber deliberadamente evitado esse mecanismo y haber optado por el establecido por el artículo 228.2 tienen su fundamento en el temor de que una práctica de esse tipo, incluida en una comunidad económica de carácter general como la UE, supusiera en definitiva un escollo, directo o indirecto, a los intercambios comunitarios y, consecuentemente, fomentaran un repliegue proteccionista de los Estados.⁵⁰⁵

Sobre a possibilidade de o Estado faltoso continuar recalcitrante, mesmo após sanção a ele imposta, Pastori Fillol discorre acerca da possibilidade teórica de novas sanções a serem praticadas pela UE, por meio da Comissão, retendo somas referentes às ajudas dos fundo estruturais destinadas ao Estado infrator, previstas no marco dos pressupostos comunitários. Entretanto, ressalta que esta possibilidade não está expressa nos diplomas legais, no marco do procedimento por execução e tão pouco é resultado de uma competência atribuída à Comissão. Portanto, admite o autor que esta última inadimplência poderia ficar sem solução jurídica, restando apenas recorrer aos

⁵⁰³ PASTORI FILLOL, 2006, p. 70-71.

⁵⁰⁴ PASTORI FILLOL, 2006, p. 72.

⁵⁰⁵ PASTORI FILLOL, 2006, p. 72.

procedimentos diplomáticos. Observa ainda que esta hipótese parece bastante improvável, pois nenhum Estado-Membro parece querer chegar a este extremo, de modo a se envolver numa crise política de grandes proporções.⁵⁰⁶

3.3 AS MEDIDAS COMPENSATÓRIAS COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO NO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

No capítulo anterior, restou esclarecida a dinâmica geral do sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Discorrer sobre o sistema de solução de controvérsias do bloco era tarefa imprescindível para que se pudesse chegar a um ponto mais específico do referido sistema: as características e eficácia das medidas compensatórias como instrumento de sanção no sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Esclarece-se que neste tópico serão descritas e analisadas as sanções previstas no direito de integração do Mercosul (medidas compensatórias) aplicáveis apenas nos procedimentos similares ao procedimento por incumprimento da União Europeia, e relativas ao descumprimento pelos Estados Partes do direito de integração.

3.3.1 A previsão de aplicação de medidas compensatórias no Mercosul

O histórico da possibilidade de adoção das medidas compensatórias, na ordem jurídica do Mercosul, ocorreu pela primeira vez no PB, que previa:

Art. 23: Se um Estado Parte não cumprir o laudo do Tribunal Arbitral, no prazo de trinta (30) dias, os outros Estados Partes na controvérsias poderão adotar medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras equivalentes, visando a obter seu cumprimento.⁵⁰⁷

Já o PO fez algumas modificações no que tange a possibilidade de aplicação das medidas compensatórias. Os artigos 27 e 29.1 do PO vão determinar a forma, o alcance e os prazos em que o laudo arbitral

⁵⁰⁶ PASTORI FILLOL, 2006, p. 72.

⁵⁰⁷ No presente tópico os artigos mais relevantes para a compreensão do objeto da pesquisa serão colocados no corpo de texto, os demais serão expostos em notas de rodapé.

deverá ser executado. E o art. 30 vai regular as situações em que haja divergências quanto a o cumprimento do laudo.⁵⁰⁸

O artigo 27 do PO reafirma o caráter obrigatório dos laudos arbitrais proferidos no âmbito de atuação dos tribunais arbitrais quando estes são formados para analisar e julgar os casos atinentes ao descumprimento, pelos Estados Partes, do direito de integração. Deixa claro que a adoção de medidas compensatórias nas hipóteses de não cumprimento integral do julgado dentro do prazo assinalado no próprio julgado não exime o Estado reclamado de cumprir integralmente o julgado. A obrigação principal do Estado reclamado, após a prolação do julgado, é cumpri-lo integralmente, permitindo a restauração plena de aplicação do direito de integração.

O artigo 29.1 do PO faz referência ao prazo que o Estado reclamado recebe para cumprir espontaneamente e integralmente o julgado. Na totalidade dos casos já julgados no sistema de solução de controvérsias do Mercosul, até o presente momento, o laudo arbitral sempre fixou um prazo para que o Estado reclamado adotasse as medidas necessárias (que são escolhidas pelo próprio Estado) para promover o cumprimento integral do julgado. Nas situações em que o laudo arbitral for omissivo, o prazo para o cumprimento espontâneo e integral será de trinta dias. Dessa forma o julgado só passível de sanção (e suscetível a medidas executórias) quando o prazo e a obrigação são descumpridos.

Quanto à aplicação do artigo 30, há que se presumir que houve a adoção de alguma medida por parte do Estado reclamado, ou seja, alguma atuação mínima por parte dele para cumprir o julgado. Não se omitiu completamente quanto à execução da decisão.

Para Pastori Fillol, no caso de completa falta de ação do Estado reclamado, não há que se falar no procedimento do art. 30, pois não se

⁵⁰⁸ Art. 27 do PO diz que “Os laudos deverão ser cumpridos na forma e com o alcance com que foram emitidos. A adoção de medidas compensatórias nos termos deste Protocolo não exime o Estado Parte de sua obrigação de cumprir o laudo.”; Art. 29.1 do PO diz que “Os laudos do Tribunal *Ad Hoc* ou os do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, deverão ser cumpridos no prazo que respectivos Tribunais estabelecerem. Se não for estabelecido um prazo, os laudos deverão ser cumpridos no prazo de (30) dias seguintes à data de sua notificação.”; Art. 30 do PO: “1. Caso o Estado beneficiado pelo laudo entenda que as medidas adotadas não dão cumprimento ao mesmo, terá um prazo de trinta (30) dias, a partir da adoção das mesmas, para levar a situação à consideração do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso; 2. O Tribunal respectivo terá um prazo de trinta (30) dias a partir da data que tomou conhecimento da situação para dirimir as questões referidas no numeral anterior; Caso não seja possível a convocação do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* que conheceu do caso, outro será conformado com o ou os suplentes necessários mencionados nos artigos 10.2 e 10.3.”

poderia falar em divergências acerca do cumprimento do laudo arbitral. Seu procedimento socorre apenas os casos em que o Estado reclamado adotou alguma medida que possa ser interpretada como manifesta intenção de executar o laudo, mas que na opinião do Estado reclamante não foram suficientes ou, ainda, adequadas.⁵⁰⁹

Quanto à utilidade do instrumento previsto no art. 30, Pastori Fillol assevera que o fato de as partes se darem ao trabalho de realizar acordos internacionais e escolher formas de solução de controvérsias, faz presumir que a má-fé das mesmas não deverá prevalecer. Desse modo, pode-se dizer que nem sempre o cumprimento parcial ou incompleto de um laudo é o resultado de um ato inamistoso ou ilegal intencional, por vezes, pode tratar-se de desencontro de opiniões. Estaria aí a utilidade do mencionado dispositivo, permitir o esclarecimento dessas opiniões divergentes.⁵¹⁰

Por fim, o PO previu em seu capítulo IX, as *Medidas compensatórias*:

Artigo 31

Faculdade de aplicar medidas compensatórias

1. Se um Estado Parte na controvérsia não cumprir total ou parcialmente o laudo do Tribunal Arbitral, a outra parte na controvérsias terá a faculdade, dentro do prazo de um (1) ano, contado a partir do dia seguinte ao término do prazo referido no artigo 29.1, e independentemente de recorrer aos procedimentos do art. 30, de iniciar a aplicação de medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o cumprimento do laudo.

2. O Estado Parte beneficiado pelo laudo procurará, em primeiro lugar, suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados, caso considere impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor, poderá suspender concessões ou obrigações em outro setor, devendo indicar a razões que fundamentam essa decisão.

3. As medidas compensatórias a serem tomadas deverão ser informadas formalmente pelo Estado

⁵⁰⁹ PASTORI FILLOL, 2006, p. 82.

⁵¹⁰ PASTORI FILLOL, 2006, p. 82.

Parte que as aplicará, com uma antecedência mínima de quinze (15) dias, ao Estado Parte que deve cumprir o laudo.

Artigo 32

Faculdade de questionar medidas compensatórias

1. Caso o Estado Parte beneficiado pelo laudo aplique medidas compensatórias por considerar insuficiente o cumprimento do mesmo, mas o Estado Parte obrigado a cumprir o laudo considerar que as medidas adotadas são satisfatórias, este último terá um prazo de quinze (15) dias, contado a partir da notificação prevista no artigo 31.3, para levar esta situação à consideração do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, o qual terá um prazo de trinta (30) dias desde a sua constituição para se pronunciar sobre o assunto.

2. Caso o Estado Parte obrigado a cumprir o laudo considere excessivas as medidas compensatórias aplicadas, poderá solicitar, até quinze (15) dias depois da aplicação dessas medidas que o Tribunal *Ad Hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão, conforme corresponda, se pronuncie a respeito, em um prazo não superior a (trinta) 30 dias, contado a partir da sua constituição.

i) O Tribunal pronunciar-se-á sobre as medidas compensatórias adotadas. Avaliará, conforme o caso, a fundamentação apresentada para aplicá-las em um setor distinto daquele afetado, assim como sua proporcionalidade com relação às conseqüências derivadas do não cumprimento do laudo.

ii) Ao analisar a proporcionalidade, o Tribunal deverá levar em consideração, entre outros elementos, o volume e/ou o valor de comércio no setor afetado, bem como qualquer outro prejuízo ou fator que tenha incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias.

3. O Estado Parte que aplicou as medidas deverá adequá-las à decisão do Tribunal em um prazo máximo de dez (10) dias, salvo se o Tribunal estabelecer outro prazo.

Pastori Fillol afirma que as medidas compensatórias se enquadram nas supracitadas contramedidas institucionalizadas, pois permitem ao Estado beneficiado “retaliar” contra o Estado que deveria executar integralmente o laudo arbitral e não o fez. Em sua opinião, esta forma de remediar o não cumprimento da outra parte, se distancia muito de uma forma de execução do laudo propriamente dito, pois, “Se trata de una forma de castigo, indirecto y regulado, que puede aplicar el Estado perjudicado al Estado obligado, por la no ejecución del laudo. Una suerte de ‘ley del talión’ (ojo por ojo, diente por diente) aplicada a las relaciones internacionales”⁵¹¹.

3.3.2 Os laudos arbitrais proferidos que abordaram a temática das medidas compensatórias

Apenas dois dos laudos proferidos no âmbito do sistema de solução de controvérsias do Mercosul trataram da aplicação das medidas compensatórias. Ambos foram proferidos em razão da controvérsia entre o Uruguai e a Argentina. Para entendê-los, mister se faz explanar sucintamente referida contenda.

A edição da Lei argentina 25.626, de 2002, foi o ponto de partida que acabou por gerar a prolação de cinco decisões⁵¹² pelos órgãos jurisdicionais do sistema de solução de controvérsias do Mercosul. O primeiro deles foi proferido pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, sendo os demais proferidos pelo TPR. Segue a numeração e a matéria objeto de conflito em cada laudo:

- Laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* constituído para resolver a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai em desfavor da República Argentina sobre a “proibição de importação de pneumáticos remodelados”.
- Laudo nº 01/2005 – Laudo do Tribunal Permanente de Revisão constituído para julgar o recurso de revisão apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o laudo arbitral do tribunal arbitral ditado pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc* na

⁵¹¹ PASTORI FILLOL, 2006, p. 81.

⁵¹² Esclareça-se que foram cinco os laudos acerca da controvérsia que originou-se a partir da edição da Lei argentina 25.626 de 2002, porém, apenas dois laudos trataram especificamente da aplicação das medidas compensatórias.

controvérsia “proibição de importação de pneumáticos remodelados”.

- Laudo nº 01/2006 – Laudo complementar do Tribunal Permanente de Revisão que resolve o recurso declaratório interposto pela República Argentina em relação ao laudo arbitral ditado por este quanto a “proibição de importação de pneumáticos remodelados”.
- Laudo nº 01/2007 – laudo do Tribunal Permanente de Revisão constituído para resolver o pedido formulado pela República Argentina de pronunciamento sobre excesso na aplicação de medidas compensatórias pela República do Uruguai no marco da controvérsia sobre a “proibição de importação de pneumáticos remodelados”.
- Laudo nº 01/2008 – laudo do Tribunal Permanente de Revisão que julgou a pretensão quanto à divergência sobre o cumprimento do laudo nº 01/2005, apresentada pela República Oriental do Uruguai.

Os fatos que desencadearam os laudos supracitados foram os seguintes. Entre os anos de 1997 e 2001, as indústrias uruguaias produziram pneus remodelados que foram exportados para a Argentina sem qualquer restrição. Porém, no ano de 2002, a Argentina editou a Lei 25.626 que passou a proibir a importação de pneus remodelados, pois passou a considerar que tais pneus eram da mesma categoria dos pneus usados (a proibição de importar pneus usados já existia anteriormente à referida lei).

Frente a esta situação o Uruguai, por considerar que tais medidas eram incompatíveis com o direito do Mercosul, instaurou procedimento de solução de controvérsias visando modificar o comportamento argentino, identificado como contrário ao direito de integração, pois, em sua opinião, os pneus remodelados não geravam qualquer problema de segurança de trânsito ou ao meio ambiente que fossem distintos dos gerados por pneus novos. Também discordava do enquadramento argentino de que os pneus remodelados se configuravam como pneus usados. Tais pontos estavam em contrário às idéias que embasaram a

defesa da Argentina.⁵¹³

Vencidas a etapa de negociação direta entre as partes sem que houvesse acordo o Uruguai solicita a formação de Tribunal Arbitral *Ad Hoc*,⁵¹⁴ pleiteando junto a este que declare a incompatibilidade da lei argentina 25.626/02 com a normativa do Mercosul, bem como, com princípios e disposições do direito internacional e que, portanto, a República Argentina “torne nula todas as medidas de efeitos similares, abstendo-se de adotar no futuro outras medidas que tenham efeitos restritivos e/ou discriminatórios semelhantes aos questionados no presente feito”⁵¹⁵.

A Argentina defendeu-se alegando a existência de tratativas prévias à controvérsia entre demandante e demandada que restaram frustradas. O país pretendeu também amparo legal da sua conduta, por meio da aplicação do art. 50 do Tratado de Montevidéu, ao alegar que estava tentando proteger o meio-ambiente, a saúde das pessoas, animais e vegetais que habitam o seu território.

Traz à baila regramentos que, em sua opinião, permitem restrições ao livre comércio tanto nos tratados multilaterais quanto na União Européia, desde que objetivem preservar a vida das pessoas, animais e vegetais.

⁵¹³ Para embasar sua acusação, o Uruguai rebate as alegações da Argentina acerca do art. 50 do Tratado de Montevidéu, asseverando que a aplicação do mesmo não pode ser aventada no presente caso. Para melhor entender, mister se faz apontar do que se trata o citado dispositivo, até mesmo porque, a Argentina o utiliza a seu favor. Tratado de Assunção traz em seu Anexo 1, que trata do *Programa de Liberalização Comercial*: Art. 1º: “Os Estados Partes acordam eliminar, o mais tardar a 31 de dezembro de 1994, os gravames e demais restrições aplicadas ao seu comércio recíproco”. Logo após, dispõe que: Art. 2º, b: “por ‘restrições’, qualquer de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. Não estão compreendidas no mencionado conceito as medidas adotadas em virtude das situações previstas no Artigo 50 do Tratado de Montevidéu de 1980. Ou seja, o Tratado de Assunção determina que nenhuma medida, mesmo as não tarifárias devem ser entaves ao livre comércio, exceto as situações trazidas no art. 50 do Tratado de Montevidéu, que por sua vez dispõe o seguinte: Art. 50: “Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento para a adoção e cumprimento de medidas destinadas a: proteção da moralidade pública; aplicação de leis de regramentos de segurança; regulação das importações ou exportações de armas, munições e outros materiais de guerra e, em circunstâncias excepcionais, de todos os demais artigos militares; proteção da vida e saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais; importação e exportação de ouro e prata metálicos; proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; e exportação, utilização e consumo de materiais nucleares, produtos radiativos ou qualquer outro material utilizável no desenvolvimento ou aproveitamento da energia nuclear.

⁵¹⁴ O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* foi constituído por um árbitro de nacionalidade argentina, um árbitro uruguaio e um árbitro brasileiro.

⁵¹⁵ Laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, ponto 23 do pedido do Uruguai.

Tendo em vista toda sua argumentação (que rebateu a uruguaia ponto a ponto), a Argentina requer em sua defesa, que declare a norma questionada pelo Uruguai como compatível com a normativa mercosulista, bem como, com as normas de direito internacional no que tange à matéria.

O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* proferiu o laudo em que acolhia a tese argentina, principalmente no tocante a pertinência das exceções ao livre comércio previstas no art. 50 do Tratado de Montevidéu e especificamente, encaixando-se nas alíneas “b” e “d” do referido dispositivo. Assim, decide por maioria de votos, que a Lei argentina 25.626 de 2002 é compatível com o Tratado de Assunção e seu Anexo I, bem como, com as normas derivadas deste Tratado e com as normas de direito internacional aplicáveis à matéria.

Insatisfeito com o resultado, a República Oriental do Uruguai resolve recorrer ao TPR, solicitando a reforma do laudo proferido pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Apresentado o recurso e suas razões, bem como as contra razões argentinas o TPR proferiu decisão acolhendo o pedido uruguaio.

O TPR entendeu que se houvesse que se considerar o presente caso como passível de enquadramento nas exceções ao livre comércio previstas pelo art. 50 do TM, o seria apenas na alínea “d” *proteção da vida e saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais*, pois é o único item capaz de resumir globalmente em um conceito de exceção meio-ambiental. Entretanto, a partir desta consideração, os árbitros do TPR discorrem sobre a necessidade de critérios rigorosos para a análise da viabilidade das exceções ao livre comércio.

Neste sentido, o primeiro apontamento que o TPR realiza é o fato de que não existe, como asseverava o laudo objeto da reforma, uma confrontação entre princípios. Existe sim apenas um princípio – o do livre comércio – ao qual se permite fazer algumas ressalvas (como as do art. 50 do TM).

O laudo submetido à revisão havia sustentado que o tribunal ponderaria a aplicação dos dois princípios que se “confrontavam” (o do livre comércio e o da proteção ao meio ambiente), definindo a prevalência de um sobre o outro à luz do direito internacional. Porém, sobre este ponto, o TPR insurgiu-se tenazmente, afirmando que a questão debatida nos autos é a viabilidade ou não da exceção meio-ambiental sobre o teor da normativa mercosulista, e não sob o teor do direito internacional.

A partir deste ponto, TPR deixou clara sua posição de ambicionar um avanço na integração do Mercosul e afirma que tem consciência de

que, apesar dos princípios e disposições do direito internacional estarem incluídos no PO como um dos referenciais jurídicos a serem aplicados (Art. 34), sua aplicação não deve ir além do caráter de subsidiariedade ou complementariedade, jamais de modo direto. Para o TPR, o direito de integração do Mercosul não apenas se caracteriza como um direito da integração, como também busca o seu avanço para o grau de direito comunitário que viria lado a lado com a supranacionalidade. Por fim, acrescenta que é imprescindível que o direito da integração do Mercosul tenha suficiente autonomia em relação aos outros ramos do direito, caso contrário, o desenvolvimento institucional e normativo do Mercosul será prejudicado.

Prosseguindo em sua análise, o TPR assevera que o Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, ao proferir o laudo atacado, perdeu uma ótima oportunidade de preencher um vazio normativo do Mercosul, de estabelecer um critério jurisprudencial claro e conciso sobre os critérios de rigor no tocante à aplicação de exceções ao livre comércio. Ao ver do TPR, trata-se de um erro crasso do laudo arbitral atacado.

Em razão da referida ausência normativa no bloco sobre a matéria e com o intuito de criar jurisprudência, o TPR decide listar o que entende por critérios de rigor: a) primeiramente há que se analisar sempre se a medida em questão é restritiva ao livre comércio. No presente caso, entende que a resposta é positiva. Logo passa ao segundo critério; b) analisar se ela é discriminatória ou não. Considera que a medida argentina é diretamente discriminatória, pois afeta somente a produtos estrangeiros.

O laudo fala em mais dois pressupostos de justificação ou não da medida (c e d). Por eles, há que se analisar se a medida é adequada, necessária e proporcional. Medidas nacionais que possam obstaculizar o comércio da integração, podem estar justificadas por exigências imperativas derivadas da proteção do meio ambiente, mas sempre que as referidas medidas sejam proporcionais ao objetivo perseguido. No caso em questão, considerou o TPR que não havia uma devida justificação, pois ao que parece e demonstram os antecedentes parlamentários, havia por parte da Argentina uma maior preocupação em relação à indústria nacional provedora dos mesmos produtos, do que com o meio ambiente.

O TPR, no tocante ao tema, acolhe a tese uruguaia, de que a medida é desproporcional, pois um pneu remodelado não é um pneu usado. A proibição feita não reduziu, objetivamente falando, o conceito de dano ambiental aplicável ao caso. Tampouco é proporcional porque o dano alegado não é grave e nem irreversível. É desproporcional também, porque intenciona eliminar de circulação um produto estrangeiro que é

idêntico ao produto nacional e, mais uma vez, o laudo em questão está de acordo.

Por fim, o TPR assevera que o dever constitucional apontado pela Argentina, obviamente obriga os tomadores de decisão a dispor responsabilmente sobre as medidas do caso, mas daí a pretender concluir que existe um dever constitucional de diretamente proibir a importação, há uma grande diferença.⁵¹⁶

O Tribunal Permanente de Revisão, por tudo que foi exposto (e outros pontos apontados no laudo) decide por maioria revogar o laudo arbitral em revisão e determina que a lei argentina nº 25.626 de 2002 é incompatível com a normativa Mercosul e determina que a Argentina modifique-a pela via institucional apropriada dentro do prazo de cento e vinte dias corridos.

O laudo proferido pelo TPR foi objeto de pedido de esclarecimento, formulado pela República Argentina. O resultado foi o Laudo nº 1/2006 do TPR. Os conteúdos e alcance da decisão anterior não foram modificados com a decisão do pedido de esclarecimento, mantendo-se a obrigação argentina de rever o seu comportamento e adequá-lo, no prazo fixado, ao direito de integração, cumprindo o julgado do TPR.

Ocorre que passado o período legal, o Uruguai considerou que a Argentina não havia dado cumprimento integral à decisão do TPR, inobstante ter solicitado reiteradas vezes que assim procedesse. Diante da inobservância argentina frente ao cumprimento do julgado o Uruguai decidiu, fazer uso do mecanismo disposto no art. 31 do PO e aplicar medidas compensatórias contra a Argentina. O fez por meio da edição do Decreto 142/2007. O referido Decreto fixou uma taxa global tarifária de 16% à importação da Argentina de determinados pneumáticos. Foi a primeira vez que um Estado membro se utilizou do instrumento de sanção previsto no PO.

⁵¹⁶ Laudo nº 1/2005 do Tribunal Permanente de Revisão, pontos 14 a 18. O TPR ao longo desses pontos cita jurisprudência do TJUE (na época, TJCE), bem como o Guia de Interpretação e Aplicação dos arts. 28 a 30 do TCE de Janeiro de 2001. Trata-se de um guia para a aplicação das Diretivas elaboradas com base nas disposições da nova abordagem e da abordagem global. Ele terá o condão de auxiliar a extrair o significado, a importância e as consequências práticas das diretivas a que se refere. Não poderá substituir o texto legal, ou alterar aquilo que o legislador decidiu, mas poderá elucidar o texto jurídico ao aplicar os conhecimentos da forma de uso da União Europeia e as disposições do Tratado de Comunidade Europeia e da legislação dele derivada, incluindo a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Comissão Europeia. **Guia para aplicação das diretivas elaboradas com base nas disposições da nova abordagem e da abordagem global.** Prefácio, p. 1-2. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/blueguide/guidepublic_pt.pdf> Acesso em: 28 abr. 2011.

A edição do Decreto uruguaio 142/2007 levou à Argentina a questionar perante o TPR sobre a proporcionalidade das medidas compensatórias adotadas (art. 32 PO). Este questionamento levou à prolação do laudo n° 1/2007. O referido laudo é muito relevante para a pesquisa, pois vai delimitar algumas características importantes das medidas compensatórias como instrumento de sanção no sistema de solução de controvérsias entre Estados, no Mercosul.

O laudo foi dividido em quatro partes principais: *vistos*, *considerando*, *conclusão* e *decisão*. O *considerando* por sua vez foi dividido em: *antecedentes*, *marco normativo*, *alegações das partes*, *relatório solicitado à Secretaria do Mercosul*, *apreciações do Tribunal*, *marco conceitual*, *o descumprimento de uma decisão* e *danos*.⁵¹⁷

Quanto ao marco normativo, o TPR esclarece que o laudo em questão, além dos arts. 31 e 32 do PO, vai tratar também dos art. 43 e 44 do Regulamento do PO.⁵¹⁸ Os arts. 43 e 44 do Regulamento do PO dispõem sobre a aplicação das *medidas compensatórias*:

Artigo 43

1. Não poderão ser aplicadas medidas compensatórias no caso em que exista um pronunciamento do Tribunal, com base nos procedimentos estabelecidos no artigo 30 do Protocolo de Olivos, dispondo que as medidas adotadas para dar cumprimento ao laudo são suficientes. Se as medidas compensatórias já estiverem sendo aplicadas, deverão ser deixadas sem efeito.

2. A justificativa para a aplicação de medidas compensatórias em um setor distinto ao afetado na controvérsia deverá incluir dados que permitam comprovar que resulta impraticável ou ineficaz aplicá-las no mesmo setor. Tal notificação será apresentada conjuntamente com a notificação pela qual se informam as medidas compensatórias a

⁵¹⁷ A numeração dos itens do laudo não está correta. Na numeração principal, o laudo pula do ponto II (*considerando*) para o ponto IV (*conclusão*). Na subdivisão do *considerando* pulou o ponto 4, indo direto do 3 para o 5. Para evitar maiores confusões, será seguida a numeração apresentada no laudo.

⁵¹⁸ O art. 47 do PO que dispõe sobre sua regulamentação diz que “o Conselho do Mercado Comum aprovará a regulamentação do presente Protocolo no prazo de sessenta (60) dias a partir de sua entrada em vigência”. Assim foi feito, em 2003 o CMC, tendo em vista o TA e o PO para a solução de controvérsias do Mercosul, aprova o Regulamento do PO que consta como Anexo da própria decisão.

serem tomadas, de conformidade com o artigo 31.3 do Protocolo de Olivos.

Artigo 44

1. O Estado que alegue que as medidas compensatórias aplicadas são excessivas apresentará perante o Tribunal que corresponda à justificativa de sua posição.

2. Para facilitar a tarefa do Tribunal que deve pronunciar-se sobre a proporcionalidade das medidas compensatórias adotadas, o Estado Parte na controvérsia que as aplica deverá proporcionar informação detalhada referente, entre outros elementos, ao volume e/ou valor do comércio no setor afetado, assim como todo outro prejuízo ou fator que haja incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias.

3. A informação mencionada nos numerais 1 e 2 do presente artigo será enviada ao Tribunal através da SM ou da ST, segundo corresponda, e, em este último caso, com cópia à SM.

As alegações da partes iniciam-se com as da Argentina. Acerca das medidas compensatórias praticadas pelo Uruguai, dentre outras coisas, a Argentina alega que as mesmas provocam desvio de comércio em favor do Brasil e da China; destaca que o Tribunal terá que estabelecer as bases jurisprudenciais sobre o “excesso” de uma medida compensatória, já que não existem precedentes jurisprudenciais a respeito; defende que o entendimento do termo “equivalentes” do art. 31, incisos 1 e 2 do PO deve corresponder à equivalência entre medidas compensatórias e o prejuízo provocado, tal qual o entendimento da OMC; sobre proporcionalidade alega que o Uruguai interpreta como sendo objetivo das medidas compensatórias a proporcionalidade entre as mesmas e o cumprimento do laudo, o que em sua opinião está errado, pois o correto é a vinculação ao dano provocado, e que a proporcionalidade deve ser considerada a partir do descumprimento do laudo e não a partir da vigência da Lei em questão; alega também que o Uruguai quer vislumbrar um caráter punitivo para as medidas compensatórias, mas em sua opinião tal somente poderia ocorrer se houvesse acordo prévio entre os países especificamente sobre a questão – o que, na opinião da Argentina, não é o caso; defende que a tendência que segue o Mercosul é de uma natureza “compensatória” das medidas compensatórias em função do descumprimento do laudo; a Argentina

manifesta-se a favor de que a proporcionalidade das medidas compensatórias com as consequências derivadas do descumprimento do laudo deva ser determinada pela comparação das correntes comerciais das posições envolvidas. Neste viés, a Argentina alega que as medidas uruguaias afetam um fluxo comercial trinta vezes superior ao afetado pela proibição argentina, o que está em desacordo com o direito porque não é equivalente ao dano produzido e tem caráter punitivo. Com base nesses argumentos, o país solicita ao Tribunal que declare a medida compensatória uruguaia como desmedida e desproporcional em relação às consequências derivadas do descumprimento do Laudo 1/2005.⁵¹⁹

O Uruguai por sua vez alega que a Argentina reconhece que a conduta desta ensejou na aplicação de medidas compensatórias. O descumprimento de um laudo implica em uma violação à essência do processo de integração. Diz que as medidas compensatórias servem não somente para o Estado Parte acatar o laudo, mas também para reduzir o dano. O Uruguai diz não entender porque a Argentina preocupou-se em fundamentar sua argumentação na equivalência, ao invés de fazê-lo com base na proporcionalidade. Para o Uruguai a expressão “equivalentes” do art. 31, inciso 2 do PO, refere-se a “obrigações”, que por sua vez refere-se a “concessões”, ambas do mesmo artigo, e não a equivalência entre dano provocado e as medidas compensatórias. Ademais, a jurisprudência da OMC não é aplicável ao Mercosul, como quer a Argentina. Alega também que as medidas devem ser aplicadas levando-se em conta o momento em que a lei refutada entra em vigor e não a partir do descumprimento do laudo; quanto aos critérios de justificação da medida compensatória, ressalta que a aplicação no mesmo setor, resultaria ineficiente devido às assimetrias entre os países; de acordo com o Uruguai, a proporcionalidade das medidas compensatórias por ele aplicadas se demonstra também ao considerar-se o ponto de vista do comércio bilateral, pois a medida proibitiva adotada pela Argentina afetou 0.30% do total das exportações do Uruguai em direção à Argentina, e a medida que o Uruguai adotou, compreendeu apenas 0.07% do total das importações procedentes daquele país; a proporcionalidade do PO, diz o Uruguai, deve ser em relação às consequências do laudo descumprido e as derivadas da medida compensatórias aplicadas, fazendo relação, nos dois casos, aos efeitos sobre o valor total das exportações ou da produção dos setores envolvidos.

⁵¹⁹ Laudo nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 3.1.1 a 3.1.20.

Por fim, o Uruguai assevera que não se deve levar em consideração - para estabelecer a proporcionalidade de uma medida - apenas os fluxos comerciais afetados, mas também, os efeitos de caráter não comerciais, como a incidência negativa na consolidação do processo de integração que advém do descumprimento de um laudo arbitral. A partir de todas as considerações realizadas, o Uruguai solicita ao Tribunal que indefira o recurso da Argentina e que declare que as medidas compensatórias aplicadas são proporcionais e não excessivas em relação às conseqüências derivadas do descumprimento do Laudo 1/2005.

No item seguinte *Relatório solicitado à Secretaria do Mercosul*, o TPR expõe a negativa da SM, por carência de dados, em fornecer um relatório econômico e jurídico sobre as possíveis margens dos efeitos proporcionais dos ditos fluxos comerciais de Argentina e Uruguai.

No ponto sobre as *Apreciações do Tribunal*, o TPR ressalta o fato de ser a primeira ocasião em que o Tribunal é chamado a se manifestar sobre a “proporcionalidade” de uma medida compensatória e que, portanto, para resolver a questão e estabelecer critérios a respeito do tema, uma valorização global da situação, precisava ser realizada.

A seguir o Tribunal analisa o *Marco conceitual* da questão. Neste item insiste na idéia de que o Mercosul (diferente da OMC e semelhante a outras integrações como a União Européia e Comunidade Andina) tem objetivos que vão além do puramente comercial e econômico. Pelo contrário, há também uma preocupação em desenvolver os aspectos sociais, culturais, jurídicos e políticos. Para reforçar este entendimento, assevera que o primeiro laudo proferido em âmbito mercosulista, já trazia em seu bojo este ideal.

Imbuído deste mesmo entendimento, o TPR analisa a questão do *descumprimento de uma decisão do Tribunal*, afirmando que tal atitude afeta não somente os fluxos comerciais, mas o Mercosul como um todo. Além de prejudicar o Estado-Parte que é beneficiado pelo laudo, acaba provocando uma sensação de descrédito na Sociedade no que tange ao processo integracionista como um todo. Sustenta esta compreensão com algumas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (TJCA) e encerra o ponto afirmando que:

O descumprimento de um laudo do Tribunal se perdura no tempo chegando, dependendo do caso, a ter um efeito contagioso sobre os Estados Partes, tendo uma potencialidade prejudicial

considerável, podendo chegar a comprometer as mesmas bases do processo de integração.⁵²⁰

Continuando na mesma linha de raciocínio, o TPR analisa as medidas compensatórias e assevera que elas têm a finalidade de equilibrar as correntes comerciais afetadas pela violação que advém do descumprimento jurisdicional declarado ao direito de integração. Porém, além disto, elas também têm o escopo de defender “outros fatores de índole não comercial, igualmente alterados por essa situação”.⁵²¹

Por fim, antes de sua conclusão, o TPR discorre sobre a questão dos *Danos*.

O Tribunal assevera que o Mercosul é diferente da OMC e semelhante à Comunidade Andina – CA e à UE – e que, por isso, deve ir além do critério de simples equilíbrio comercial e optar pelo critério do dano globalmente considerado. Isto significa dizer que se leva em conta o dano comercial, mas nele não se esgota, pelo contrário, consideram outros bens tão dignos de proteção quanto a corrente comercial, tal como o dano institucional.

Na opinião do Tribunal, a medida compensatória deve cobrir, como primeiro elemento de cálculo, aproximadamente, a mesma quantidade pecuniária que o fluxo comercial prejudicado pelo descumprimento do laudo.

O Tribunal lembra que caso o Estado beneficiado pelo laudo vislumbre ineficácia ao aplicar medidas compensatórias no mesmo setor, poderá fazê-lo em setor diferenciado. Para verificar-se a proporcionalidade da medida compensatória, há que se considerar os diferentes tamanhos dos países envolvidos, bem como a possibilidade de o Estado violador do direito não se sentir persuadido a cumprir o laudo. Por fim, o Tribunal conclui que:

[...] esta forma de avaliação da proporcionalidade e alcance da medida compensatória é coerente com o afirmado anteriormente, no sentido de que os prejuízos pelo descumprimento de uma sentença do Tribunal seja constatado não somente no Estado que o sofre, mas também tenha um efeito expansivo sobre todos o processo de integração, afetando substancialmente sua

⁵²⁰ Laudo nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 8.

⁵²¹ Laudo nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 9.

credibilidade institucional e sua consolidação jurídica.⁵²²

Em sua conclusão, o TPR afirma que a fórmula que avalia a proporcionalidade da medida compensatória em questão, deve cobrir dois aspectos: o dano econômico e o dano institucional. Acrescenta que as medidas adotadas no presente caso foram um pouco além do simbolismo, pois causaram danos bem menos graves para a Argentina do que as consequências impostas ao Uruguai por ocasião do descumprimento do Laudo nº 1/2005. Para o Tribunal, tal “explica essencialmente pelas assimetrias de tamanho entre ambos os Estados Partes e de suas respectivas economias, e realidade econômica do setor envolvido”.⁵²³

Assim, de acordo com tudo que foi exposto, o Tribunal, por maioria, decide determinar que a medida compensatória que se traduziu no Decreto nº 142/2007 emitido pelo Uruguai é proporcional e não excessiva, em relação às consequências derivadas do descumprimento do Laudo nº 1/2005.

3.3.3 A coercibilidade jurídica das medidas compensatórias e a sua efetividade

Não obstante o Mercosul ter ao longo de sua existência e até os dias atuais, recebido certas críticas⁵²⁴ quanto a sua estrutura e dentro destas no que tange ao sistema de solução de controvérsias, não se pode deixar de perceber o atual significado do bloco e a sua potencialidade.

Como já visto, o Mercosul é um processo de integração que apresenta atualmente crescimento significativo. Jaguaribe, ao discorrer sobre o significado do bloco assevera que suas características gerais giram em torno de seis aspectos, dentre os quais, quer-se destacar o

⁵²² Laudo nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 10.9.

⁵²³ Laudo nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, Conclusão.

⁵²⁴ Cretella Neto é um dos autores que critica a estrutura e o sistema de solução de controvérsias do Mercosul ferrenhamente. O autor faz críticas válidas, mas seu trabalho acaba girando em torno de uma radical opinião de que as realizações do Mercosul não passam de tentativas infrutíferas. O próprio título do artigo *Mercosul: da (des)integração econômica regional à arbitragem transgênica*, e alguns de seus itens: *O Mercosul: projeto geopolítico do Brasil, não de integração econômica, A arbitragem transgênica do Protocolo de Olivos já demonstram sua descrença no tocante ao bloco*. CRETELLA NETO, José. Mercosul: da (des)integração econômica regional à arbitragem transgênica. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia (Coord.). **Direito da integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 387-421.

político.⁵²⁵ Neste ponto lembra que o Mercosul se constitui num mercado de quase 200 milhões de habitantes⁵²⁶, com um PIB de mais de 400 bilhões de dólares⁵²⁷, representando assim, uma realidade internacional de peso. Porém, se comparado com outros megamercados⁵²⁸, este peso é considerado mais modesto. Não obstante não ser tão significativo, como os referidos megamercados, o importante é que a coordenação de seus interesses econômicos, científico-tecnológicos e políticos lhes garantirá um espaço “incomparavelmente superior ao de que esses países poderiam isoladamente dispor”⁵²⁹. Esta derradeira colocação passa com exatidão uma ideia primordial da integração que é o fato de se estar melhor em conjunto do que separado.

Jaguaribe aponta que os benefícios de uma coordenação internacional não são somente os resultantes de uma atuação unificada, mas também, os decorrentes do fato de tal conduta eliminar os inconvenientes de um *jogo de soma zero*, o que poderia ser extremamente danoso para Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Os países que agem concertadamente dentro de uma integração, irão com grandes probabilidades, chegar a resultados de soma variável.⁵³⁰

É inegável que o Mercosul encontra-se hoje, não obstante ter passado por fases de enfraquecimento, em evolução. Acontecimentos atuais e recentes são a prova desta, tais como a criação do Parlamento do Mercosul – Parlasul, a realização de encontros entre os órgãos de cúpula dos Estados Partes, a entrada de novos países e a designação do Alto Representante Geral do Mercosul, entre outras medidas significativas.

Em dezembro de 2005 foi aprovado pelo CMC o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul e no ano de 2006 os congressos nacionais dos Estados-Partes o ratificaram. O documento não confere à instituição poderes legislativos e orçamentários, mas estabelece funções representativas, deliberativas e um papel de controle – ainda que tímido

⁵²⁵ São os demais aspectos citados pelo autor: intercâmbio, *joint-ventures*, ciência e tecnologia, e políticas macroeconômicas.

⁵²⁶ Atualmente esse número gira em torno de 240 milhões de habitantes. Com a provável entrada da Venezuela esse número crescerá para cerca de 270 milhões de habitantes.

⁵²⁷ Atualmente esse número gira em torno de 2 trilhões e 700 bilhões de dólares. Com o provável ingresso da Venezuela esse número crescerá para mais de 3 trilhões de dólares.

⁵²⁸ São os megamercados citados pelo autor os centrados na Europa Ocidental, no sistema EUA-Canadá-México e a articulação do Japão com os NICs Asiáticos.

⁵²⁹ JAGUARIBE, 2008, p. 223.

⁵³⁰ No primeiro capítulo restou esclarecido que os países não precisam mais resolver suas contendas de modo que cada um seja necessariamente o perdedor e outro o ganhador, conforme prevê a teoria dos jogos de soma zero.

– dos órgãos executivos do bloco. Ele substituiu a Comissão Parlamentar Conjunta.

Na opinião de Dri, tal passo – de instituir uma assembléia que fiscalize e cobre publicidade das decisões do bloco – vai contribuir significativamente para um incremento na democracia regional, pois vai amenizar a falta de transparência das instâncias decisórias ainda existentes no Mercosul.⁵³¹ Como o Protocolo prevê que todos os Estados deverão realizar eleições diretas para escolherem seus representantes, muita celeuma se deu no tocante ao critério de proporcionalidade a ser seguido quanto ao número de representantes a ser escolhido de cada país, até que finalmente, em outubro de 2010 o CMC aprovou o Acordo com o critério de representação cidadã.⁵³²

No ano de 2003, no quadro da transformação da Secretaria Administrativa do Mercosul em Secretaria Técnica, sugeriu-se às Presidências dos Poderes Legislativos e Judiciários dos Estados Partes a realização de encontros entre seus órgãos de cúpula. Neste contexto, foi instituído o Fórum Permanente de Cortes Supremas do Mercosul para institucionalizar o diálogo entre os Poderes Judiciários nacionais acerca das questões jurídicas relevantes para a integração latino-americana. O mérito das edições realizadas desses encontros foi o de oportunizar uma visão mais realista dos entraves à plena integração do bloco, possibilitando que se vislumbrassem soluções mais condizentes com a realidade sobre cada um dos problemas apresentados.⁵³³

O Mercosul tem hoje como Estados Associados, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru. Já a Venezuela está em fase de transição de Estado Associado para Estado integrante, faltando apenas a ratificação por parte do Paraguai para que seja considerada um Estado Parte.

Outra mudança significativa para o Mercosul foi a criação, pelo CMC, do Alto Representante-Geral do Mercosul, como órgão do

⁵³¹ O capítulo escrito por Clarissa Dri dividi-se em três partes, na qual primeiramente ela descreve o processo que levou à criação de um parlamento no bloco e as principais características no bloco. Em seguida apresenta os fundamentos da função de controle do Poder Executivo, típica dos parlamentos nos sistemas democráticos contemporâneos. Finalmente, a autora faz um balanço dos contornos da função do controle do Parlasul, e conclui que, não obstante ser restrita em comparação com os parlamentos nacionais, ela traz possibilidades não exploradas que teriam o condão de contribuir para o desenvolvimento das demais funções do Parlamento, bem como para a democratização para o bloco. DRI, Clarissa Franzoi. Parlamento do Mercosul: consolidação institucional e perspectivas da função de controle. In: SILVA, Karine de Souza (Org.). **Mercosul e União Europeia: o estado da arte dos processos de integração regional**. Florianópolis: Modelo, 2010. p. 347-371.

⁵³² Decisão do CMC nº 28/2010.

⁵³³ Ver mais sobre o assunto em: **Encontros de Cortes Supremas: desafios e perspectivas no processo de integração no Mercosul**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

próprio CMC.⁵³⁴ Referido órgão foi criado para contribuir com o desenvolvimento e funcionamento do processo de integração, através do fortalecimento das capacidades de produção de propostas de políticas regionais e de gestão comunitária nos mais variados temas fundamentais. A primeira pessoa designada como Alto Representante-Geral do Mercosul é o embaixador brasileiro Samuel Pinheiro Guimarães Neto, que ocupará a posição por três anos (iniciou em fevereiro de 2011), prorrogáveis por mais três.⁵³⁵

O fato é que o Mercosul cresce, assim, torna-se imprescindível que juntamente com esse crescimento, haja também um fortalecimento institucional do bloco como um todo e especialmente um fortalecimento do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, pois este é um dos esteios de uma integração bem sucedida.

Contudo, um sistema de solução de controvérsias contém uma cadeia de etapas sucessórias que vão ocorrendo, na medida em que não se chega a um acordo na etapa prévia. No Mercosul, a última tentativa de restabelecer o império do direito e o bem da própria integração, vem com a aplicação das medidas compensatórias.

Nesta cadeia de elementos, da existência de uma integração, da sua estrutura institucional, do seu sistema de solução de controvérsias e dentro deste da aplicação de medidas coercitivas, quer-se descobrir o quão salutar poderão ser tais medidas para os demais elementos. Portanto, sua natureza, forma e critérios de aplicação vão ser essenciais para essa descoberta.

Escolheu-se trazer para o trabalho, a título de comparação, o sistema de sanções da União Europeia. A razão para esta escolha reside na crença de que, como bem coloca o TPR, o Mercosul se aproxima mais de uma integração como a União Europeia do que com organizações de outra espécie. Pois, ambas as integrações tem os mesmos objetivos. Por isso, mesmo tendo-se a consciência de que o sistema de sanções de uma e de outra são diferentes, pensou-se cabível a comparação entre ambas.

Na esteira dessa colocação, encontra-se uma das discordâncias entre Uruguai e Argentina na supra mencionada contenda que envolveu ambos os países. A OMC também possui um sistema de medidas compensatórias, porém a natureza dessa não é punitiva, e sim, compensatória. Nas suas alegações, a Argentina insistiu que o Uruguai estava aplicando medidas compensatórias de natureza punitiva, com

⁵³⁴ Decisão do CMC nº 63/2010.

⁵³⁵ Decisão do CMC nº 01/2011.

caráter sancionador. Como na opinião daquele país, o Mercosul se assemelha mais à OMC do que a outras organizações de caráter integrativo, entendeu serem as medidas desproporcionais. Porém, o TPR que proferiu o laudo nº 1/2007 e acabou por decidir pela proporcionalidade das medidas, deixou também bem claro, seu entendimento de que o Mercosul se assemelha mais a uma integração com intenções comunitárias do que com uma organização de caráter puramente comercial:

[...] o Mercosul não pode ser avaliado nem conceituado como um processo de mero equilíbrio entre as concessões comerciais e econômicas dos Estados Partes que estes outorgaram entre si, mas sim pelo envolvimento de outros fatores não menos importantes que aquelas concessões, fatores que surgem dos fins e objetivos traçados pelo TA. Tudo isso porque o Mercosul é um bloco regional consistente em um processo de integração e não um mero organismo público promotor da liberalização comercial como a OMC.⁵³⁶

Fica claro então, o entendimento de que a União Européia e o Mercosul se assemelham, por isso, nada mais cabível do que comparar os sistemas coercitivos utilizados por ambas as integrações.

Os laudos arbitrais do Mercosul, especialmente os proferidos pelo TPR auxiliam significativamente na compreensão sobre quais desdobramentos terão o sistema de solução de controvérsias do Mercosul e as medidas compensatórias. Um deles em especial aborda temas que incidirão diretamente na aplicação das mesmas. E consequentemente denota o futuro do sistema de solução de controvérsias do bloco.

Um dos desdobramentos dos laudos proferidos é o fato de que não se pode afirmar que uma integração tal qual o Mercosul se pautou primordialmente pelo Direito Internacional Público tal qual afirma Pastori Fillol. Pelo contrário, o próprio TPR quando prolatou o laudo nº 1/2005, asseverou que:

⁵³⁶ Laudo nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 7.5.

[...] Este TPR entende que a questão debatida nos autos é a viabilidade ou não da exceção meio-ambiental sob o teor da normativa mercosurena e não sob o teor do direito internacional. Ao fazer esta assertiva o TPR está consciente de que não obstante estarem os princípios e disposições do direito internacional incluídos no Protocolo de Olivos como um dos referentes jurídicos a serem aplicados (Art. 34), sua aplicação sempre deve ser somente na forma subsidiária (ou no melhor dos casos complementária) e somente quando forem aplicáveis ao caso. Nunca de maneira direta, como corresponde a um direito da integração (que já tem o Mercosul) e um direito comunitário ao qual se aspira (que ainda não tem o Mercosul) pela ausência da tão assinalada supranacionalidade. (grifo nosso)⁵³⁷

Neste sentido, importante a contribuição de Stersi dos Santos que corrobora o entendimento do TPR. O autor afirma que o sistema de medidas compensatórias permitido no âmbito do Mercosul segue a vertente das sanções econômicas geralmente previstas nos sistemas de soluções de controvérsias as organizações internacionais de integração. Trata-se de medidas que tem por escopo estabelecer não apenas compensações de natureza econômica, mas que possam causar também impactos sociais e políticos, de forma que forcem a “adequação da conduta do Estado infrator (Reclamado) aos comportamentos preconizados na norma jurídica” protegendo os interesses comunitários em detrimento dos interesses isolados dos Estados Partes.⁵³⁸

A compreensão que se pode ter, a partir do posicionamento de Pastori Fillol, é de que uma integração pode ter um sistema jurídico puramente de Direito Internacional Público, ou então, de Direito Comunitário, como se fosse possível separar ambas searas de forma tão estanque assim.

⁵³⁷ Laudo nº 1/2005 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 9. Este trecho refere-se à suposta confrontação entre os princípios que protege o art. 50 do TM e o do livre comércio. Art. 34.1 do PO: Os Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* e o Tribunal Permanente de Revisão decidirão a controvérsia com base no Tratado de Assunção, nas Decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum e nas Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, bem como nos princípios e disposições do Direito Internacional aplicáveis à matéria.

⁵³⁸ STERSI DOS SANTOS, 2011, p. 464.

Entretanto, o entendimento que se tem aqui é de que no momento, o Mercosul não se pauta primordialmente pelo Direito Internacional Público, mas também ainda não alcançou o Direito da União, apesar de aspirá-lo, como coloca o próprio laudo.

Já foi dito que o próprio TPR reconheceu a similaridade entre União Europeia e Mercosul, quanto à essência integrativa e não puramente comercial de ambos. Mas a similaridade não pára por aí, pois, apesar de os sistemas de medidas coercitivas das duas integrações serem diferenciados, os resultados que se buscam em ambos sistemas são também similares.

O PO em seu art. 31.1, que dispõe sobre as medidas compensatórias, traz o seguinte trecho: “com vistas a obter o cumprimento do laudo”. A jurisprudência europeia destaca que o segundo procedimento por incumprimento busca pressionar o Estado que execute a sentença prolatada pelo próprio TJUE.⁵³⁹

Não há dúvidas que tanto um sistema quanto o outro buscam pressionar, coagir o Estado faltoso que cumpra com o devido, adequando suas condutas àquelas designadas pelo Direito de integração.

Porém, com uma análise mais aprofundada, também fica claro que tanto o sistema europeu quanto o sistema mercosulista buscam algo além desta coerção, algo para o qual essa coerção trabalhe a favor.

Ambos trazem em suas medidas coercitivas a intenção de causar um efeito dissuasório, ou seja, o de evitar que futuramente outros participantes da integração venham a violar a ordem jurídica própria da integração. Mas, de maneira implícita trazem juntamente com esse último efeito, um efeito de caráter sancionador, um efeito de causar temor no outro para que não aja contrário ao direito, caso contrário será punido.

Pastori Fillol quando fala do caráter voluntário das execuções em âmbito internacional, assevera que os mecanismos de sanção estabelecidos neste âmbito, podem apenas constituir-se numa forma indireta de execução das decisões dos juízes ou árbitros. Trata-se de uma maneira de tentar obrigá-los a cumprir tais decisões, sob a ameaça de um mal maior. O que seria este “mal maior” senão uma punição? É exatamente a partir daí, que ambos os processos integracionistas passaram a entender a necessidade de estabelecer mecanismos de sanção para compelir os Estados a executar as decisões proferidas por seus órgãos jurisdicionais.

⁵³⁹ TJCE, sentença de março de 2006, Comissão *versus* República Francesa, assunto C-177/04, Rec. I-2461.

A questão é que os efeitos buscados com as medidas coercitivas vão incidir diretamente na consideração da proporcionalidade das mesmas. No caso do Mercosul, já se sabe que com elas o que se busca é o cumprimento do laudo, mas mais do que isso, quer-se também compensar o dano que a integração sofreu como um todo, a partir do comportamento violador adotado pelo Estado infrator. O trecho do laudo nº 1/2007 demonstra essa preocupação por parte do TPR:

As medidas compensatórias, no marco do Mercosul, têm por finalidade solucionar uma situação de descumprimento jurisdicionalmente declarado do direito regional, as quais implicam não só equilibrar as correntes comerciais afetadas pela dita violação, mas também defender de outros fatores de índole não comercial, outrossim, alterados por esta situação. (grifo nosso)⁵⁴⁰

No caso da União Europeia não vai ser diferente, pois como já visto, a Comissão considera o efeito dissuasório que quer causar levando em conta a duração da violação e a gravidade de infração. Dentro deste último item, encontra-se essa mesma ideia no Acórdão proferido pelo TJUE, ou seja, o se busca proteger é a integração como um todo. Será a partir daí que a proporcionalidade será estabelecida. E a prova de que o TJUE partilha desse entendimento é o fato de ampliar o espectro de multas que a Comissão vinha solicitando.

Sobre as diferenças existentes entre o Mercosul e a União Europeia no tocante à aplicação de multas coercitivas como forma de tentar-se executar laudos arbitrais e sentenças, válido trazer mais algumas colocações de Pastori Fillol que acaba reafirmando sua preferência pelo sistema de medida coercitiva da União Europeia. Nesse sentido aponta a descentralização da sanção (já que o beneficiário não é um Estado-Membro e sim a integração como um todo) e a ausência de conflito de jurisdições como características presentes no sistema europeu e ausentes no mercosulista, o que o leva a citar as vantagens decorrentes dessas características daquele sistema. O controle institucionalizado regular e periódico sobre a execução das decisões jurisdicionais realizado pela Comissão, que tem resultado muito eficaz no sistema europeu, pois acaba desencorajando a não execução. Para o

⁵⁴⁰ Laudo nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 9.2.

autor, esta iniciativa desse órgão despolitiza a controvérsia, pois tem competências estabelecidas, quase automáticas para iniciar o mecanismo de execução.⁵⁴¹

Entretanto, há uma vantagem que ele cita que talvez não seja assim tão meritória. Pastori Fillol afirma que esta fase de negociação - de como executar a decisão que a Comissão oportuniza - lhe retira a rigidez que poderia advir de uma imediata solução jurisdicional, pois favorece a execução voluntária prejudicial.⁵⁴² Porém, quando assim afirma, olvida-se o autor das jurisprudências europeias que ele mesmo exibiu no texto que contem casos que levaram anos para terem um desfecho.⁵⁴³

Inobstante ter o sistema europeu suas falhas⁵⁴⁴, Pastori Fillol tem razão ao afirmar que se trata de aparato mais elaborado o que acaba servindo também ao sistema de solução de controvérsias e, por sua vez, à própria integração.

Porém, há que ressaltar que ainda existem muitas diferenças entre as integrações em questão que não podem ser descartadas para que realize uma cópia fiel dos institutos europeus. E, não obstante, não ter ainda o Mercosul formalmente as características de Direito Comunitário, os laudos arbitrais proferidos tem demonstrado uma inclinação a tais institutos. Indicativo desta inclinação é a interpretação teleológica que os tribunais têm dado aos casos, de modo a considerar os acontecimentos de uma forma global e não estanque e apontada apenas ao aspecto comercial ou econômico.

Nesse sentido, válido trazer trecho que foi elaborado pelo primeiro Tribunal Arbitral *Ad Hoc* mercosulista e corroborado pelo laudo n° 1/2007:

⁵⁴¹ PASTORI FILLOL, 2006, p. 90 e 91.

⁵⁴² PASTORI FILLOL, 2006, p. 91.

⁵⁴³ O primeiro caso do qual ele fala envolveu a Comissão e a Grécia. Caso em que a Grécia descumpriu com obrigações comunitárias a partir de 1981, a sentença de incumprimento sobreveio em 1992, mas o Estado-membro ainda sem cumpri-la enfrentou o TJUE mais uma vez, até que finalmente em 2000 o Tribunal proferiu o Acórdão. Foram 19 anos desde o incumprimento das diretivas por parte da Grécia até que a medida coercitiva fosse imposta; já a segunda jurisprudência analisada traz o caso da Comissão em desfavor da Espanha por questões da qualidade de água de banho. Entre a prolação da sentença de incumprimento de 1998 e a condenação da mesma por falta de execução em 2003, passaram-se cinco anos; o terceiro e último caso, envolveu a Comissão e a França. Havia uma sentença de incumprimento de 1991, apenas no ano de 2005 foi proferido Acórdão determinando que a França pagasse as multas devidas. PASTORI FILLOL, 2006, p. 75 - 76.

⁵⁴⁴ A demora nos casos citados, para que o Estado faltoso cumprisse com a decisão; o fato de que, caso o Estado resolva definitivamente não cumprir com a decisão, mesmo que venha sofrer o procedimento por incumprimento, não restará solução diferente das ofertadas pelo Direito Internacional Público.

Como estabeleceu o TAH, no marco de sua primeira decisão, “o Tribunal terá que buscar e identificar regras jurídicas aplicáveis, guiado pelos fins e objetivos de ordem normativa criado pelas Partes... com vistas a alcançar o objetivo compartilhado de sua integração, no âmbito dos fins e princípios do sistema do TA. Nesse sentido, o sistema de solução de controvérsias previsto no Protocolo de Brasília (hoje PO) antecipa que as controvérsias requeiram um trabalho interpretativo nos diversos níveis de solução estabelecidas” [laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N.º. 7/1998 do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) e da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco, assunto 1/99, BOM N.º. 9, junho, 1999, pág. 227, considerando 51].⁵⁴⁵

Enfim, cada um dos sistemas de sanções, tanto o mercosulista quanto o europeu, apresenta suas vantagens e seus pontos a serem melhorados.

A evolução significativa da União Europeia como integração não ocorreu por mero acaso. A incansável busca de união e cooperação por parte dos países do continente europeu se deve muito ao fato de ter sido o mesmo, palco dos conflitos mais sangrentos da história da humanidade, de forma que permitiu vislumbrar que apenas através da união de seus países, a paz encontraria guarida.

Na esteira dos acontecimentos em prol da união, seus institutos foram se solidificando. Neste sentido, como bem coloca Silva, a concretização da União Europeia “como projeto de unificação supranacional, reclama o estabelecimento de um alicerce jurídico capaz de suportar os constantes desafios derivados dos objetivos da integração.”⁵⁴⁶

A autora destaca o papel do TJUE que, além de exercer seu papel de interpretar e aplicar os textos legais, estendeu suas atividades para a seara da criação de um Direito que culminou no aprofundamento da união. Karine salienta também que o procedimento por incumprimento estabelecido no âmbito europeu evidencia indubitável progresso no

⁵⁴⁵ Laudo n.º 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão, ponto 8.

⁵⁴⁶ SILVA, 2003, p. 404.

âmbito das relações internacionais, uma vez que se trata de instituto sem precedentes no histórico das organizações internacionais.⁵⁴⁷

O mérito do procedimento por incumprimento europeu encontra seu ponto fulcral no fato de retirar a iniciativa do Estado favorecido por uma sentença do Tribunal, de estabelecer sanção que considerar pertinente em desfavor do Estado faltoso. Na União Europeia, a iniciativa do procedimento em virtude deste incumprimento é encampada pela Comissão e determinada pelo TJUE. Há que se reconhecer, que se trata de opção salutar para a integração, uma vez que impede que os Estados se enfrentem diretamente, e evita que os mesmos tomem atitudes protecionistas – o que vai contra aos objetivos integracionistas. Definitivamente, este sistema privilegia o Direito Comunitário e a integração de um modo geral.

Entretanto, percebe-se também que mesmo enfrentando dificuldades significativas e tendo um contexto totalmente diferenciado daquele que embasou o das Comunidades Européias, avanços e retrocessos são percebidos no Mercosul. A integração persistiu, evoluiu e proporcionou mais benefícios aos países que dele fazem parte do que prejuízos. Prova disso são as mudanças nele ocorridas, como a entrada de novos países, a criação do Parlasul, os institutos criados pelo Protocolo de Olivos e a criação do órgão do Alto Representante Geral do Mercosul.

Sobre as medidas compensatórias, por seu ordenamento previstas, muito embora sejam alvo de críticas por estarem próximas de um sistema de retaliações, são também louváveis, pois trata-se de uma contrapartida da confiança que é depositada no sistema.

Enfim, de qualquer modo, apesar de serem atualmente, a União Europeia e o Mercosul, diferentes em vários aspectos, nada impede que se almeje para o Mercosul, mudanças que beneficiem a integração. Especialmente se levar-se em conta o fato de que o Mercosul tende a alargar-se, então, nada mais natural que se queira aprimorar seu sistema de solução de controvérsias.

⁵⁴⁷ SILVA, 2003, p. 404-406.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa objetivou (1) identificar as formas pacíficas de resolução de controvérsias, discorrendo sobre as relações de cooperação e de conflitos entre os Estados; (2) analisar o Mercado Comum do Sul, por meio de seu histórico, principais elementos, funções, características e focar a estrutura institucional no seu sistema de solução de controvérsias; (3) verificar se o sistema de sanções estabelecido pelos instrumentos jurídicos deste processo integrativo – pautado nas medidas compensatórias – tinha o condão de fortalecer o sistema de solução de controvérsias mercosulista e conseqüentemente o Mercosul de uma forma geral.

Constatou-se, desde a formação dos Estados Modernos, a presença de relações de cooperação e conflito entre estes entes. As situações de conflitos eram resolvidas por meio das guerras, ou por formas pacíficas. Entretanto, as formas pacíficas de resolver conflitos passaram a ser mais recorrentes, a partir do momento em que se percebeu a necessidade de obter-se resultados de *soma variável*, em contraposição a resultados de *soma zero* que não se tornava vantajoso para nenhuma das partes. Esta percepção iniciou sua trajetória por ocasião da formação do Estado Moderno – quando as alianças de cooperação incrementaram as relações internacionais – e foi significativamente reforçada após Segunda Guerra Mundial no século XX.

Desse modo, ficou clara a ideia de que tais relações de cooperação e conflitos entre os Estados formam o cerne das relações internacionais. Relações estas que tem sua própria arena de atuação, seus paradigmas de abordagem e seus atores. O século XX trouxe mudanças consideráveis para essas relações, especialmente no tocante à criação de novos atores internacionais. Anteriormente a esta data, as relações internacionais apontavam legitimidade apenas aos Estados para exercer o papel de ator internacional, porém com o advento da referida data, surgiram novos atores e dentro deles, as organizações internacionais de ordem integrativa.

O segundo capítulo iniciou apontando as principais características das OIs. Destacou também que essas entidades devem ser estudadas a partir de três enfoques: o político, o jurídico e o sociológico, de modo que assim foi possível perceber a importância das OIs como propulsoras e auxiliares na busca da paz. Neste contexto, o período do pós-guerra foi

um marco, pois anterior a ele, havia um grande número de OIs de natureza cooperativa, uma vez passada a segunda guerra mundial, foi significativo o aumento dessas organizações, porém, de natureza integrativa. A partir de um contexto atrelado a mudanças em questões de ordem econômica, tecnológica e sociológica, o pós-guerra trouxe o fenômeno do regionalismo e, inserido neste, o surgimento de inúmeras organizações internacionais de integração.

Neste contexto, analisou-se o Mercosul, seu histórico, principais características, elementos e estrutura institucional, dando-se ênfase a seu sistema de solução de controvérsias. No decorrer do capítulo, alguns laudos arbitrais foram analisados. Não obstante a análise desses laudos não ter sido profunda, permitiu a constatação de indícios de um sistema de solução de controvérsias que objetiva amparar a aplicação e a interpretação do direito de integração do bloco bem como assegurar um comportamento, por parte dos Estados participantes, compatível com a ordem jurídica da integração.

Constatou-se também com o capítulo dois, que apesar dos defeitos ainda presentes no Mercosul, seu sistema de solução de controvérsias acompanhou a evolução do bloco. Ou seja, apesar das imperfeições é condizente com a realidade da OI, auxiliando no desenvolvimento do processo de integração.

Além disso, a abordagem do segundo capítulo também permitiu estabelecer as bases para a compreensão do sistema de sanções aplicado no bloco.

O terceiro capítulo iniciou com a constatação de que no âmbito das relações internacionais não existe um órgão supranacional, por isso, o tema *aplicação de sanções* encontra neste âmbito, terreno árduo.

No caso do Mercosul, as sanções ocorrem por meio da aplicação de medidas compensatórias. Contudo, por tratar-se de instituto ainda novo nesta integração, e por ter sido utilizado apenas uma vez, o presente estudo apresentou primeiramente as sanções que são utilizadas no sistema de solução de controvérsias da União Europeia. Esta escolha deveu-se ao fato de que tanto a União Europeia quanto o Mercosul são processos de integração e possuem objetivos similares – como asseveram alguns dos laudos arbitrais do Mercosul. Assim, o referido capítulo explicitou que na União Europeia esse sistema é chamado de procedimento por incumprimento, que o mesmo é dividido em duas fases. Destacou o fato de que este sistema evita o que Pastori Fillol chama de “repliegue proteccionista”, uma vez que não cabe aos Estados membros decidirem quais as medidas a serem tomadas em desfavor dos Estados faltosos. O Estado membro interessado ou a Comissão terão que

pedir guarida ao TJUE para que esta determine a sanção a ser aplicada ao Estado faltoso.

No ponto seguinte, no terceiro capítulo, se trouxe à baila a dinâmica das medidas compensatórias dentro do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, abordando o único caso entre Uruguai e Argentina que desencadeou no uso dessas medidas.

Enfim, ao se iniciar o presente estudo, a idéia de analisar a capacidade auxiliadora das medidas compensatórias através de uma comparação com o sistema de sanções da União Europeia, parecia ser tarefa menos complexa. Porém, ao longo do trabalho, dois entraves se apresentaram a este propósito. Primeiro, o fato de ter havido apenas um caso de utilização de medidas compensatórias no âmbito do Mercosul, torna difícil a tarefa de chegar-se a uma conclusão contundente. Pelo fato de ser a Argentina um dos Estados de peso do Mercosul e estar ainda recalcitrante em cumprir o determinado no laudo n° 1/2005, poderia levar à conclusão que as medidas compensatórias no Mercosul não tem o condão de fortalecer o bloco, principalmente se comparada ao sistema de sanções da União Europeia. Entretanto, exatamente neste ponto, esbarra-se no segundo entrave: comparar os sistemas de sanções da União Europeia com o do Mercosul, pura e simplesmente, sem levar em consideração suas diferenças, também obstaría que se chegasse a uma conclusão plausível.

Já foram resolvidos no Mercosul doze diferendos por meio do seu sistema de solução de controvérsias. Em todos os casos, com exceção do ensejador da aplicação de medidas compensatórias, vislumbrou-se uma atitude condizente com a integração tanto por parte dos árbitros, quanto por parte dos países vencidos, pois as determinações dos laudos foram cumpridas voluntariamente, nos prazos assinalados, sem que houvesse a necessidade do Estado reclamante utilizar-se de medidas compensatórias. Isso parece refletir a ideia que a existência de um mecanismo coercitivo, como as medidas compensatórias, não têm um condão absoluto de evitar o descumprimento dos julgados proferidos no âmbito de sistema de controvérsias do Mercosul, mas têm o condão dissuasório até aqui suficiente de estimular que os Estados reclamados cumpram os julgados de forma espontânea.

Muito embora, esteja a Argentina ainda em situação de descumprimento do laudo n° 1/2005, fica clara a posição do TPR no caso, no sentido de posicionar-se a favor do direito mercosulista protegendo a ordem jurídica da integração e os interesses da OI.

Como desdobramento dessas colocações, o que se pode afirmar, é que dentro do possível, o sistema de solução de controvérsias do

Mercosul tem conduzido os casos até ele levados, de acordo com os escopos da integração. As decisões dos árbitros, conforme acima demonstrado, traduzem os anseios da integração no tocante a considerar o Mercosul não apenas no seu aspecto puramente comercial, mas sim, como um bloco que busca também uma integração social, cultural, político, voltada para seus cidadãos.

A atitude dos Estados de cumprir os laudos voluntariamente leva a crer que esta mesma tendência estará presente em eventuais aplicações de medidas compensatórias. Ou seja, o descumprimento de um laudo, mesmo com a aplicação de medidas compensatórias, será conduta isolada, tal qual foi a conduta da Argentina. Tal hipótese parece confirmada.

Dessa colocação, poderia advir uma interpretação errônea no sentido de pensar-se na existência de uma contradição, pois o fato de haver necessidade de aplicação de medidas compensatórias indica que o Estado faltoso não cumpriu o laudo voluntariamente. Porém, não se trata de contradição, mas sim, de probabilidade considerável. Justamente como reflexo de sua evolução, as relações entre os Estados-Partes do Mercosul estão se tornando mais densas. A entrada de novos integrantes também já faz parte da realidade do bloco, então, não há como se iludir no sentido de pensar que o sistema de solução de controvérsias no bloco não será acionado em maior número de vezes, daqui para frente.

O que se quer ressaltar aqui, é que num universo de doze discórdias, apenas uma apresentou maiores problemas, demonstrando assim, uma tendência clara por parte dos integrantes do Mercosul em reconhecer suas obrigações de cumprimento do direito da integração e o efeito dissuasório dos instrumentos de sanção (medidas compensatórias) previstas no sistema de solução de controvérsias.

Outro elemento importante, no que tange a possibilidade de adoção dos instrumentos de sanção, nos casos de descumprimento dos julgados, é o fato de que as medidas compensatórias são reguladas pelo próprio direito de integração e sua aplicação encontra-se limitada por parâmetros legais, o que vai impedir a possibilidade de ser utilizada como instrumento de vingança por parte do Estado reclamante.

Qualquer excesso na aplicação das medidas compensatórias pode transformar o Estado beneficiário em réu no procedimento, caracterizando o seu ato (excesso) como violação ao direito de integração.

As medidas compensatórias não se constituem em instrumento para realizar um enriquecimento sem causa, daí a sua adequação ao princípio da proporcionalidade.

O controle jurisdicional da sua utilização, pelo TPR, é uma garantia de que o instrumento de coerção serve aos interesses do processo de integração e não aos interesses isolados dos Estados Partes.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth; BAPTISTA, Luiz Olavo Baptista. Solução de divergências no Mercosul. In: BASSO, Maristela. **Mercosul – Mercosur**: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e. 17. ed. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALONSO GARCIA, Ricardo. **Mercosul, Comunidade Européia e NAFTA**: solução de controvérsias e interpretação uniforme. Tradução de Fernando Kinoshita. Curitiba: Genesis, 1998.

ANGELL, Norman. **A grande ilusão**. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ARON, Raymond; SARDENBERG, Ronaldo. **Curso de introdução às relações internacionais**: o meio internacional. 2. ed. v. 6. unidade III. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

ARRUDA, Daniela Benjamin; COZENDEY, Carlos Márcio. **Laudos arbitrais no marco do Protocolo de Brasília**: a construção jurídica do processo de integração. In: Solução de controvérsias no Mercosul. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003.

BALLADORE PALLIERI, Giorgio. **A doutrina do Estado**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BARRAL, Welber. As inovações processuais do Protocolo de Olivos. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003.

BASSO, Larissa de Santis. As decisões arbitrais do Mercosul e os princípios da integração no bloco. In: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMGARTEN, Marcelo Zepka; FERREIRA, Diego Vikboldt. **Controvérsias internacionais: soluções pacíficas e coercitivas**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 47, 30/11/2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2550>. Acesso em: 2 mar. 2011.

BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária**. Ijuí: Unijuí, 2001.

BOLDORINI, María Cristina. Protocolo de Olivos: innovaciones en el sistema de solución de controversias del Mercosur. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORCHARDT, Klau-Dieter. **O ABC do Direito comunitário**. 5. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000.

BRANCO, Luizella Giardino B. **Sistema de solução de controvérsia no Mercosul: perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente**. São Paulo: LTr, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Encontros de Cortes Supremas: desafios e perspectivas no processo de integração no Mercosul**. Brasília, 2007.

BULL, Hedley. **The Anarchical Society: um estudo da ordem na política mundial**. 3. ed. New York: Columbia University Press, 2002.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do Direito Comunitário: aspectos positivos e negativos. (referente à palestra proferida em 20 de novembro de 1996) In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). **Direito comunitário do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, José Antônio Marcondes. Supranacionalidade ou efetividade? A dimensão jurídico-institucional do MERCOSUL. In: BARBOSA, Rubens A. (Org.). **MERCOSUL: quinze anos**. São Paulo: Fundação memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul: exigências e expectativas: integração, consolidação de espaço econômico (1995 – 2001 – 2006)**. São Paulo: LTr, 1996.

CHAPAL, Philippe. **L'arbitrabilité des différends internationaux**. Paris: A. Pedone, 1967.

CLAUSEWITZ, Karl Von. **De la guerra**. Buenos Aires: Ediciones Libertador, 2004.

Comissão Européia. **Guia para aplicação das diretivas elaboradas com base nas disposições da nova abordagem e da abordagem global**. Prefácio, p. 1 e 2. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/blueguide/guidepublic_pt.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2011.

COSTA, Ligia Maura. Os tribunais supranacionais e a aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. (referente à palestra proferida em 20 de novembro de 1996). In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). **Direito comunitário do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2001.

CRETELLA NETO, José. **Teoria geral das organizações internacionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Mercosul: da (des)integração econômica regional à arbitragem transgênica. In: CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia (Coord.). **Direito da integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Antônio José Brandão. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1951.

DEUTSCH, Karl. **Política e governo**. Brasília: UnB, 1974.

DIAZ PEREIRA, Ramón. Protocolo de Olivos: algunas reflexiones sobre los institutos que deben ser objeto de reglamentacion específica. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional Público**. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. El Protocolo de Olivos. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Coord.). **Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DRI, Clarissa Franzoi. Parlamento do Mercosul: consolidação institucional e perspectivas da função de controle. In: SILVA, Karine de Souza (Org.). **Mercosul e União Européia: o estado da arte dos processos de integração regional**. Florianópolis: Modelo, 2010.

DUROSELLE, Jean-Baptiste; RENOUVIN, Pierre. **Introdução à história das Relações Internacionais**. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1967.

ENTELMAN, Remo F. **Teoria de conflictos: hacia un nuevo paradigma**. Barcelona: Gedisa, 2005.

FONTOURA, Jorge. As demandas arbitrais na solução de controvérsias em blocos econômicos. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes Temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e conciliação**. v. 7., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GENTILI, Alberico. **O Direito de guerra**. Ijuí: Unijuí, 2004.

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Karine Souza; STELZER, Joana. A violação das obrigações previstas no Direito Comunitário: os limites e alcances da “Ação por Incumprimento” contra um Estado-membro da Comunidade Européia. In: **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI** (de Belo Horizonte – MG) (recurso eletrônico). Florianópolis: Boiteux, 2008.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da guerra e da paz**. v. 1. Ijuí: Unijuí, 2004.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Martins Fontes, 1968.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

HUCK, Hermes Marcelo. **Da guerra justa à econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

JAEGER JUNIOR, Augusto. A arbitragem para a solução de controvérsias no Mercosul. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). **Grandes Temas da atualidade: Mediação, Arbitragem e conciliação**. v. 7., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Fundamentos e posteriores desenvolvimentos no Mercosul. In: SILVA, Karine de Souza (Org.). **Mercosul e União Européia: O Estado da arte dos processos de integração regional**. Florianópolis: Editora Modelo, 2010.

JAGUARIBE, Helio. Problemas e perspectivas do Mercosul. In: BASSO, Maristela. **Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Significação de Mercosul (1992). In: JAGUARIBE, Helio (Org.). **Brasil, Mundo e Homem na atualidade**. Brasília: Alexandre de Gusmão, 2008.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Tradução: Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. **El Derecho Internacional contemporâneo**. Madrid: Tecnos, 1980.

_____. El perfeccionamiento del Mercosur como condición esencial de la relación con la Unión Europea. In: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso**. São Paulo: Atlas, 2007.

KEGEL, Patricia Luíza. O sistema de solução de controvérsias na União Européia. In: BARRAL, Welber; DREYZIN DE KLOR, Adriana; KEGEL, Patricia Luíza; PIMENTEL, Luiz Olavo. **Solução de controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

KOSELLECK, Heinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

KRADER, Lawrence. **A formação do estado**. Tradução: Regina Lucia M. Morel. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1968.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LEE, João Bosco. **A arbitragem comercial Internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002.

LIPOVETZKY, Daniel Andrés; LIPOVETZKY, Jaime César. **Mercosul: estratégias para a integração**. São Paulo: LTr, 1994.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MAGALHÃES, José Carlos de. Os laudos arbitrais proferidos com base no Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. **Direito e coerção**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. v. 2. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1979.

MICALI, Isabella Soares. Le marche commun du Cone Sud MERCOSUR et les autres mécanismes d'intégration e de coopération sur le continent américain – um panorama comparatif. In: BASSO, Maristela (Org.). **MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOURA, Liliam Chagas. A consolidação da arbitragem no Mercosul: o sistema de solução de controvérsias após oito laudos arbitrais. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003.

MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa del Rosario. **Derecho de la integración**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

NOHMI, Antônio Marcos. **Arbitragem internacional: mecanismos de solução de conflitos entre Estados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NYE JR., Joseph. **Compreender os conflitos internacionais: uma introdução à Teoria e à História**. Lisboa: Gradiva, 2002.

OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitário para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (Org.). **MERCOSUL: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Relações internacionais: estudos de introdução**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Velhos e novos regionalismos**. Ijuí: Unijuí, 2009.

PASTORI FILLOL, Alejandro. La ejecución de las sentencias y laudos en la integración regional: análisis comparativo de los distintos procedimientos instituidos en la Unión Europea y en el MERCOSUR. In: **Cuadernos de Integración Europea**. n. 5. Valencia, España, Junio, 2006.

PAUPERIO, Artur Machado. **Teoria geral do Estado**: direito político. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEDERNEIRAS, Raul. **Direito internacional compendiado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

PELLET, Alain. As novas tendências do direito internacional: aspectos “macrojurídicos”. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEÑA, Félix. Los grandes objetivos de MERCOSUR: Zona de Livre Comercio, Unión Aduaneira y Mercado Común. In: BARBOSA, Rubens A. (Org.). **MERCOSUL**: quinze anos. São Paulo: Fundação memorial da América Latina: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

PÉREZ OTERMIN, Jorge. **El Mercado Común del Sur**: desde Asunción a Ouro Preto – aspectos Jurídico-Institucionales. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 1995.

PUCIERO RIPOLL, Roberto. El Protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado em el regime de solucion de controversias del Mercosul. In: **Solução de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenações de Publicações, 2003.

QUADROS, Fausto de; MARTINS, Ana Maria Guerra. **Contencioso comunitário**. Coimbra: Almedina, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva. 1989.

_____. Recepção da regra de direito comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. (transcrição da conferência proferida em 19 de novembro de 1996). In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). **Direito comunitário do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

ROSA, Luis Fernando Franceschini da. **Mercosul e função judicial: realidade e superação**. São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. As formas pacíficas de resolução de conflitos nas relações internacionais. In: BARRAL, Welber Oliveira; CORREA, Carlos M.; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____. Protocolo de Olivos: o procedimento por descumprimento e os instrumentos de coerção da jurisdição. In: NEGRO, Sandra; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos (Orgs.). **Relações internacionais, comércio e desenvolvimento**. Florianópolis: Editora Ufsc, 2011. (no prelo).

_____. **Mercosul e a arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Karine de Souza. **O processo de consolidação do direito comunitário em contraposição ao descumprimento da ordem legal por parte dos Estados-membros da Comunidade Européia: limites e avanços no âmbito do procedimento por incumprimento**. 2003. 339 f. Tese. Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

SOARES, Guido F. S. Uma revisão de profundidade em 1996 de: As Instituições do MERCOSUL e as soluções de litígios no seu âmbito – Sugestões. In: BATISTA, Luiz Olavo; CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Orgs). **MERCOSUL: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SUN TZU. **A arte da guerra**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

VILLA, Francisco Javier Donaire. Constituições nacionais e integração europeia. In: HOFMEISTER, Wilhelm (Org.). **Anuário Brasil-Europa: direitos humanos e relações externas**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

WIGHT, Martin. **A política do poder**. 2. ed. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.

LAUDOS ARBITRAIS DO MERCOSUL

TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL. **Laudo Arbitral nº 01/1999 do Tribunal Arbitral Ad Hoc**. República Argentina contra República Federativa do Brasil. Sobre aplicação de medidas restritivas brasileiras ao comércio recíproco.

TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL. **Laudo Arbitral nº 07/2002 do Tribunal Arbitral Ad Hoc**. República Argentina contra República Federativa do Brasil. Sobre obstáculos ao ingresso de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro.

TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL. **Laudo Arbitral de outubro de 2005 do Tribunal Arbitral Ad Hoc**. República Oriental do Uruguai contra República Argentina. Sobre a importação de pneumáticos uruguaios remodelados.

TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL. **Laudo Arbitral nº 01/2005 do Tribunal Permanente de Revisão**. República Oriental do Uruguai contra República Argentina. Sobre a importação de pneumáticos uruguaios remodelados.

TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL. **Laudo Arbitral complementar nº 01/2006 do Tribunal Permanente de Revisão**. Interposto pela Argentina acerca do Laudo Arbitral nº 01/2005.

TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL. **Laudo Arbitral nº 01/2007 do Tribunal Permanente de Revisão**. República Argentina contra República Oriental do Uruguai. Sobre aplicação de medidas compensatórias.

TRIBUNAL ARBITRAL DO MERCOSUL. **Laudo Arbitral nº 01/2008 do Tribunal Permanente de Revisão.** República Oriental do Uruguai contra República Argentina. Sobre divergência acerca do cumprimento do laudo nº 01/2005.