

Globethics Repository

The logo for Globethics, featuring the word "Globethics" in white, sans-serif font centered within a solid blue rectangular background.

O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL [The system MERCOSUR Dispute Settlement]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see <https://www.globethics.net>. Data and content policy of Globethics Repository see <https://repository.globethics.net/pages/policy>.

| | |
|---------------|---|
| Item Type | Article |
| Authors | Carvalho de Vasconcelos, Raphael |
| Publisher | UFJF - Universidade Federal de Juiz de Fora |
| Rights | With permission of the license/copyright holder |
| Download date | 2026-07-11 04:33:56 |
| Link to Item | http://hdl.handle.net/20.500.12424/234548 |

O Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL

Raphael Carvalho de Vasconcelos¹

1. A EFICÁCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS; 2. HISTÓRICO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL; 2.1. O TRATADO DE ASSUNÇÃO; 2.2. O PROTOCOLO DE BRASÍLIA; 2.3. O PROTOCOLO DE OURO PRETO; 2.4. O PROTOCOLO DE OLIVOS; 3. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL; 3.1. COMPETÊNCIA; 3.2. FORUM SHOPPING; 3.3. O PROCEDIMENTO DE OLIVOS; 3.3.1. PROCEDIMENTO INICIADO POR ESTADO-PARTE; 3.3.2. PROCEDIMENTO INICIADO POR PARTICULAR; 3.4. OS TRIBUNAIS ARBITRAIS AD HOC; 3.5. O TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO; 3.5.1. COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO; 3.5.1.1. COMPETÊNCIA CONCORRENTE; 3.5.1.2. COMPETÊNCIA DE REVISÃO; 3.5.1.3. COMPETÊNCIA CONSULTIVA; 3.5.1.4. COMPETÊNCIA PARA A ADOÇÃO DE MEDIDAS PROVISIONAIS; 4. OS LAUDOS; 4.1. CARACTERÍSTICAS; 4.2. O CONTROLE DO CUMPRIMENTO; 5. MEDIDAS COMPENSATÓRIAS; 6. CONCLUSÃO; 7. BIBLIOGRAFIA

1. A EFICÁCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A eficácia de uma norma na ordem jurídica interna é garantida pela existência de um controle jurisdicional capaz de resguardar seu cumprimento. O sistema se sustenta, na verdade, quando garante a aplicação das regras instituídas por meio de sanções capazes de coibir seu descumprimento.

Na ordem jurídica internacional, a eficácia da norma raramente é garantida pela possibilidade de aplicação de sanções e decorre normalmente do próprio interesse do Estado em seu cumprimento². Nesse sentido, ACCIOLY (1972:129) ressalta que "o respeito aos compromissos assumidos e, portanto, aos tratados é ponto fundamental do direito das gentes" e que "a principal garantia da execução das cláusulas de um ajuste internacional reside na palavra empenhada por cada uma das partes contratantes"³.

¹ Advogado, Professor e Mestrando em Direito Internacional pela USP e pela UERJ.

² BAPTISTA (1995:91) "Daí os grandes percalços opostos à implantação de órgãos jurisdicionais de caráter internacional e o alcance limitado da atuação desses em geral dependente de uma aceitação ad-hoc por parte dos Estados."

³ O autor diferencia a eficácia da norma interna e da internacional ao afirmar (1972:233) que "diferentemente, porém, do que sucede na sociedade civil, onde acima dos particulares existe uma autoridade superior, que mantém a ordem pública, e onde se exerce a jurisdição dos tribunais, que garantem direitos e aplicam sanções ou

No contexto específico das organizações de integração, o controle da legalidade se faz necessário à delimitação da interpretação das normas e ao repúdio a violações aos instrumentos comuns. Nesse sentido e ainda que sem menção expressa aos contextos intergovernamentais, como aquele objeto deste trabalho, entende-se por bastante pertinente o comentário feito por CASELLA (1996:168):

"... não somente em contexto supranacional, mas igualmente em sistemas internos federais, se faz sentir o papel e necessidade de Tribunal comum ou Corte suprema ou federal ou constitucional, que, além de assegurar a coerência e uniformidade do sistema, também atue desenvolvendo novos conceitos, com mudança qualitativa e da extensão do caráter do controle jurisdicional, sobretudo em se tratando de ordenamento novo, em gestação, cuja configuração irá se cristalizando progressivamente, na medida em que se consolide o esforço de integração."

Em organizações regionais de cunho comercial esse controle se mostra especialmente fundamental ao restabelecimento do equilíbrio entre as partes contratantes⁴. A sanção imposta não deve ser o fim, mas o meio para garantir o controle da aplicação das normas, requisito à própria existência de uma organização⁵.

No MERCOSUL esse controle é feito atualmente de duas formas distintas e independentes. De um lado, a exegese da normativa regional é feita pelos tribunais nacionais dos Estados-membros, que atuam de forma autônoma, e, de outro lado, pelo mecanismo comum de solução de controvérsias instituído pelo Protocolo de Olivos, o qual pretendemos analisar a seguir.

reparam ofensas, - a sociedade internacional ainda não se acha juridicamente organizada, de maneira análoga. Acima dos Estados, não há um órgão supremo a que obedeçam, e, para dirimir controvérsias entre eles e fazer respeitar os direitos de cada um, não existe uma organização judiciária, com jurisdição obrigatória".

⁴ PEREIRA (2005:86).

⁵ Conforme ressalta LABRANO (1997:160): "La existencia de estas normas ... se justifica sólo en razón de la existencia de instituciones que tengan por función velar por su aplicación, a fin de que los sujetos a quienes afecta se vean consteñidos a respetarlas."

2. HISTÓRICO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

A prerrogativa dada aos Estados de não serem obrigados à submissão a outra jurisdição que não a sua própria⁶, quando considerados os clássicos conceitos de soberania⁷, favorece os meios internacionais para a solução de controvérsias, sejam eles diplomáticos, políticos ou jurisdicionais.

Dentre os meios jurisdicionais de solução de conflitos no âmbito internacional encontram-se os judiciais e os arbitrais. Cumpre ressaltar que as decisões emanadas de órgãos jurisdicionais apenas são obrigatórias aos Estados a que se dirigem quando a competência jurisdicional houver sido expressamente reconhecida.

No caso específico do MERCOSUL, o Protocolo de Brasília já estipulava em seu artigo 8 que os Estados-partes da organização de integração reconheçam a jurisdição dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc como obrigatória. O atual sistema de solução de controvérsias regional possui dispositivo semelhante contido no artigo 33 do Protocolo de Olivos, o qual além da obrigatoriedade de jurisdição dos Tribunais Ad Hoc, reconhece também aquela do Tribunal Permanente de Revisão.

Pode-se dizer que ao longo do tempo houve um amadurecimento dos procedimentos de solução de litígios no MERCOSUL, tendo em vista que os meios diplomáticos e políticos, ainda que válidos, em uso e de extrema importância⁸, assistem, principalmente após a entrada

⁶ Sobre a relação existente entre a soberania e os meios de solução de controvérsias entre Estados, BAPTISTA (1999:338) afirma que "há que se destacar o papel da soberania. Ela constitui o principal personagem - há quem diga obstáculo - nos sistemas para solução de controvérsias internacionais, já que os personagens são os Estados." e vai além ao ressaltar (1999:441) que "é sobretudo nos mecanismos para solução de disputas que a soberania se afirmou, e é neles que evolui para um novo conceito, que visa assegurar a paz e o comércio entre as nações."

⁷ FERRAJOLI (2002:48) ressalta que "o Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais... de grande parte de suas funções... que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado."

⁸ BAPTISTA (1998:147) ressalta em um contexto que ainda não se vislumbrava o mecanismo do Protocolo de Olivos que "em nenhum dos aspectos das instituições do MERCOSUL o caráter político e diplomático ficou tão evidente como no sistema de solução de disputas. Desde o Tratado de Assunção, passando pelo Protocolo de

em vigor do Protocolo de Olivos, ao desenvolvimento de um sistema de cunho mais claramente jurisdicional.

Quanto à velocidade da evolução do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, ainda que contundentes as críticas relacionadas à morosidade de seu aperfeiçoamento, COSTA (2003:255) ressalta que "o MERCOSUL optou por uma construção programática" e que "à medida que o bloco vai se erguendo, novos patamares vão sendo alcançados."

A autora vai mais além ao afirmar em seguida que "para a consolidação da União Aduaneira, a escolha do mecanismo de resolução de litígios, assim como pelo modelo intergovernamental, foi a mais coerente para que o bloco evoluísse."

2.1. O TRATADO DE ASSUNÇÃO

A necessidade de criação de um sistema regional para solução de controvérsias fez parte das negociações relacionadas à elaboração do direito originário do MERCOSUL. O tema foi, dessa forma, incorporado ao Tratado de Assunção⁹ que previu, em seu anexo III, o primeiro procedimento de solução de controvérsias da organização de integração regional, o qual se sustentava de forma eminentemente política e continha trâmite extremamente simples.

Segundo o mencionado procedimento, haveria inicialmente a tentativa de se encontrar uma solução para os litígios por meio de negociações diretas entre os Estados. No caso da impossibilidade de uma solução pela via direta, o Grupo do Mercado Comum - GMC - deveria, por consenso, emitir uma recomendação.

Brasília e até a implementação da fase definitiva pelo Protocolo de Ouro Preto, vemos o predomínio da atividade diplomática sobre qualquer outra."

⁹ Firmado em 26 de março de 1991 na cidade de Assunção, capital do Paraguai, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo n°. 197 de 25 de setembro de 1991, texto publicado anexo ao decreto executivo n°. 350 de 21 de novembro de 1991 e internacionalmente em vigor, conforme disposições de seu artigo 19, em 29 de novembro de 1991.

Em caso de falta de consenso ou descumprimento da recomendação do GMC, o Conselho do Mercado Comum deveria, também por consenso, se pronunciar a respeito por meio da adoção de recomendações que julgasse pertinentes.

O procedimento previsto no anexo III do Tratado de Assunção, o qual nunca foi utilizado pelos Estados-partes, foi extinto em 1993 com a entrada em vigor do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

2.2. O PROTOCOLO DE BRASÍLIA

O procedimento do Protocolo de Brasília¹⁰ foi concebido para, dando seqüência ao desenho feito pelo Tratado de Assunção¹¹, viger até a estruturação institucional definitiva do MERCOSUL, mas continuou em vigor, entretanto, após a assinatura do Protocolo de Ouro Preto em 1994¹².

O próprio preâmbulo do Protocolo de Brasília indicava claramente tratar-se de um sistema provisório para a solução de litígios no âmbito do acordo regional e referia-se ao período de transição citando, inclusive, o artigo 3 do anexo III do Tratado de Assunção, de onde pode-se extrair que deveria ter terminado em 31 de dezembro de 1994.

O mecanismo previa a solução de disputas por meio da realização de três fases. A primeira delas, instituída no capítulo II do protocolo, consistia em uma fase política obrigatória, baseada em negociações diretas entre os Estados. No caso de impossibilidade de composição havia, conforme disposto no capítulo III, a interferência do Grupo Mercado Comum, o qual exercia papel conciliador e formulava recomendações. Fracassadas as tentativas de solução

¹⁰ Firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo n°. 88 de 01 de dezembro de 1992, texto publicado anexo ao decreto executivo n°. 922 de 10 de setembro de 1993 e internacionalmente em vigor, conforme disposições de seu artigo 33, em 24 de abril de 1993.

¹¹ BAPTISTA (1998:152).

¹² Firmado em Ouro Preto em 17 de dezembro de 1994, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo n°. 188 de 15 de dezembro de 1995, texto publicado anexo ao decreto executivo n°. 1901 de 09 de maio de 1996 e em vigor para o Brasil em 16 de fevereiro de 1996, data do depósito da carta de ratificação correspondente.

diplomática e política, constituía-se um Tribunal Arbitral Ad Hoc, o qual deveria proferir um laudo definitivo.

Pode-se afirmar que a solução de litígios no MERCOSUL iniciou - no mecanismo flexível, célere, obrigatório e não permanente¹³ previsto no Protocolo de Brasília - sua evolução em direção a um sistema jurisdicional em detrimento daquele marcadamente político do direito internacional público geral.

Os procedimentos contidos no Protocolo de Brasília apresentavam-se ao mesmo tempo, entretanto, como um avanço na solução de litígios no âmbito regional e incompatíveis com um processo de integração econômica, conforme observado em CASELLA (2000:61):

"Este Protocolo (de Brasília) estipula a utilização combinada de mecanismos bilaterais e multilaterais de carácter administrativo, precedendo a solução de controvérsias, mediante a atuação de painéis arbitrais ad hoc, o que se afigura tão válido para a solução de controvérsias entre Estados como institucionalmente insuficiente e operacionalmente inadequado em contexto de processo de integração econômica."¹⁴

Os laudos em Brasília eram, conforme disposição do artigo 21, inapeláveis e poderiam ser objeto apenas de pedido, dirigido ao Tribunal Ad Hoc que proferiu a decisão, de esclarecimento ou de interpretação da forma como deveria ocorrer o cumprimento¹⁵. Dez casos foram processados na forma do Protocolo de Brasília até a entrada em vigor do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias em 2004.

¹³ Características relacionadas por ETCHEVERRY (2001:127), "in verbis": "Según uno de los redactores del proyecto, el diplomático argentino Alberto Luis Daverede, las principales características del sistema elaborado son las siguientes: - Flexibilidad: prevé diversas modalidades a las que podrán recurrir las partes, según la naturaleza de la controversia; - Celeridad: dado el carácter comercial que tendrá la mayoría de los casos que se inicien, los plazos previstos son breves y los procedimientos relativamente sencillos; - Obligatoriedad: en última instancia, el recurso arbitral asegura un resultado de cumplimiento compulsivo para las partes en la controversia; - Carácter no permanente: el Tribunal debe constituirse ad hoc para cada caso planteado, lo cual guarda relación con la naturaleza provisoria del mecanismo y evita incurrir en mayores gastos a los Estados parte."

¹⁴ O autor aponta no capítulo, do qual se extraiu a citação o sistema do Protocolo de Brasília claramente como sendo deficiente.

2.3. O PROTOCOLO DE OURO PRETO

O Protocolo de Ouro Preto¹⁶ não alterou o mecanismo regido pelo Protocolo de Brasília mesmo tendo criado em seu artigo 21 um procedimento alternativo para a solução de litígios relacionados a matérias de política comercial. Pode-se dizer que o Protocolo de Ouro Preto garantiu a perpetuação do procedimento de Brasília, substituído pelo Protocolo de Olivos em 2004¹⁷, após mais de uma década de reconhecidos serviços prestados ao processo de integração regional.

Ainda em relação às críticas à manutenção de um sistema provisório mesmo após a entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto é de se destacar a assertiva de RANGEL (1996:700), a qual parece, mesmo dez anos depois, ainda bastante atual na vigência do atual Protocolo de Olivos:

"Do registro desse fato - a manutenção de um sistema provisório - não há deduzir surpresa ou censura senão compreensão pela prudência na condução de um processo que, na área do contencioso administrativo e jurídico, está nos primórdios, sem precedentes a considerar."

Observa-se, ainda, que a única inovação consistente trazida pelo Protocolo de Ouro Preto reside em seu artigo 21¹⁸ que estabelece a alternativa dada aos Estados-partes e particulares de levar suas reclamações à Comissão de Comércio do MERCOSUL, que deve, por sua vez, apresentar uma solução para o caso de forma consensual e eventualmente com auxílio de um comitê técnico.

¹⁵ RANGEL (1996:701) afirmava no contexto do Protocolo de Brasília ser "evidente que meros tribunais arbitrais ad hoc, compostos por três membros, não estão em condições de exercer controle efetivo da legalidade do MERCOSUL e de realizar um sistema orgânico de constante exegese do sistema de integração regional"

¹⁶ Compartilhamos da opinião de RANGEL (1996:694) que "em linguagem técnica, o Protocolo de Ouro Preto deveria, a rigor, ser denominado Tratado de Ouro Preto, sem embargo de haver entre ele e o Tratado de Assunção uma relação de continuidade."

¹⁷ Firmado na Argentina em 18 de fevereiro de 2002, aprovado pelo congresso nacional por meio do decreto legislativo nº. 712 de 14 de outubro de 2003, texto publicado anexo ao decreto executivo nº. 4982 de 09 de fevereiro de 2004 e internacionalmente em vigor em 01 de janeiro de 2004.

¹⁸ O mecanismo instituído no artigo 21 obedece ao "Procedimento Geral para Reclamações Perante a Comissão de Comércio do MERCOSUL", anexo ao protocolo de Ouro Preto posteriormente regulamentado pela Decisão nº. 18/02 do Conselho do Mercado Comum.

No caso de impossibilidade de obtenção de uma decisão por consenso, a matéria deve ser levada ao Grupo do Mercado Comum que deve, também mediante consenso, solucionar o litígio.

Uma solução consensual para a reclamação, proferida tanto pela Comissão quanto pelo Grupo, vincula o Estado reclamado, o qual poderá ser acionado na forma prevista pelo mecanismo de solução de controvérsias em caso de descumprimento. Gize-se que a falta de decisão consensual também pode ensejar a provocação do mecanismo.

O procedimento previsto no artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto está em vigor e continua podendo ser invocado nos casos de controvérsias relacionadas a questões de política comercial.

2.4. O PROTOCOLO DE OLIVOS

O mecanismo de solução de controvérsias disciplinado no Protocolo de Olivos, atual sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, é alvo de uma série de críticas, inclusive quanto à discutível necessidade de se criar um novo sistema provisório de solução de conflitos em substituição a um modelo considerado eficaz, caso daquele do Protocolo de Brasília.

De certo, nenhum dos signatários do Tratado de Assunção questionava a eficácia do mecanismo anterior. Todos os laudos arbitrais proferidos até a entrada em vigor da nova sistemática foram devidamente cumpridos pelos Estados, que tampouco demonstravam interesse em aperfeiçoar o modelo intergovernamental, o que poderia justificar urgência em alterá-lo.

Em termos políticos, a crítica que se faz ao Protocolo de Olivos tem justamente a ver com seu caráter provisório, já que o novo mecanismo não estabeleceu o sistema permanente de solução de controvérsias do MERCOSUL.

O artigo 53 do protocolo faz, assim como fazia o preâmbulo do Protocolo de Brasília, expressa referência ao inciso 3 do anexo III do Tratado de Assunção e determina a revisão do mecanismo para que se estabeleça o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias do MERCOSUL antes de "culminar o processo de convergência da tarifa externa comum", ou seja, da definitiva constituição do mercado comum.

As severas críticas doutrinárias residem, entretanto, nas inovações jurídicas estabelecidas pelo novo procedimento. As polêmicas se concentram principalmente naqueles dispositivos diretamente relacionadas à arbitragem e especificamente à criação do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, instituição sediada na cidade de Assunção, no Paraguai, e dotada de competências e características que a tornam algo único no direito internacional.

A que pese os discutíveis procedimentos adotados para o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, há de se salientar que a criação de uma corte arbitral permanente, com características distintas daquela do Protocolo de Olivos, tem ampla acolhida doutrinária, conforme se observa em comentário à solução de disputas no MERCOSUL por BAPTISTA (1995:111):

"A Corte Arbitral Permanente ... apresenta as mesmas qualidades que teria um Tribunal Permanente. Será constituída de especialistas de Direito Internacional. Constituirá sua própria jurisprudência, que servirá de orientação no futuro."

O órgão jurisdicional criado em Olivos possui competência recursal para as decisões prolatadas por tribunais arbitrais ad hoc no âmbito do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, mas não possui, por outro lado, características supranacionais e se afasta, por exemplo, do modelo do Tribunal de Justiça Europeu.

Nesse contexto, é de se observar que o caráter estritamente intergovernamental do atual sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL traslada grande parte do peso da aplicação do direito regional para o poder judiciário interno dos Estados-partes, mas de forma apartada, sem características sistêmicas, conforme ressaltado em MERCOSUL (2003:125):

"No modelo mercosulino, a importância da atividade judicial no plano interno adquire especial transcendência porque, diferentemente de outros esquemas de integração, a ausência de um Tribunal de Justiça supranacional torna, por vezes, os respectivos tribunais nacionais em última instância, decisiva e irrecorrível quanto à interpretação e à aplicação do Direito do MERCOSUL"

A via arbitral permanece o principal meio jurisdicional para a solução de controvérsias no âmbito do acordo regional e se mostra absolutamente incompatível com a possibilidade de recurso criada pelo novo mecanismo, já que permite a protelação das decisões e relativiza a confiança depositada nos árbitros, verdadeiros atentados à celeridade e à confiança mútua, principais características da arbitragem.

3. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

3.1. COMPETÊNCIA

O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL foi desde sua criação organizado de forma a delimitar sua competência pelo objeto e pelas partes envolvidas no litígio.

A competência objetiva do mecanismo, conforme disposto no artigo 1 do Protocolo de Olivos, abrange todos os litígios relacionados às obrigações previstas em qualquer uma das fontes jurídicas do MERCOSUL, sejam elas originárias ou derivadas¹⁹. No tocante à competência subjetiva, possuem legitimidade ativa os Estados-membros, de forma plena e garantida no mesmo artigo 1, e os particulares, indiretamente e conforme disposto no capítulo XI do Protocolo.

¹⁹ O inciso 1 do artigo 1 do Protocolo de Olivos dispõe, *in verbis*: "As controvérsias que surjam entre os Estados-partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo."

Importante ressaltar que a legitimidade ativa do Estado não está condicionada à demonstração de prejuízo, bastando a convicção de ter havido violação de norma regional por outro Estado-parte, valendo, nesse caso, a própria não incorporação como violação.

Já no caso dos particulares, a legitimidade ativa tem como requisitos essenciais a prova de prejuízo e de nexó de causalidade entre o prejuízo e a violação incorrida, conforme dispõe o artigo 40 do Protocolo de Olivos. A simples existência de violação não enseja legitimidade dos particulares para acionar o mecanismo²⁰.

A legitimidade passiva do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL abrange apenas os Estados-membros, os quais seriam, portanto, os únicos passíveis de responsabilização no âmbito internacional. Nem os particulares, nem os órgãos da organização de integração encontram-se entre os legitimados passivos do sistema do Protocolo de Olivos.

3.2. FORUM SHOPPING

O Protocolo de Olivos criou no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL a possibilidade de os litígios abrangidos no âmbito de competência do sistema regional serem levados a outros mecanismos de solução de disputas. Tal hipótese surge exatamente naqueles casos em que há competência concorrente entre o sistema do MERCOSUL e outro, como aquele no âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC -, o qual é expressamente mencionado no inciso 2 do artigo 1 do Protocolo de Olivos que disciplina a possibilidade de eleição de foro.

²⁰ CARO (1998:81) comentando a situação dos particulares nos sistemas de solução de controvérsias das organizações de integração da América Latina afirma que: "La situación de los particulares no es, en la generalidad de los casos, la más adecuada para garantizar sus derechos. Quizá sea esta una de las falencias más remarcables."

A possibilidade criada visa claramente evitar a duplicidade de procedimentos e garantir o respeito à coisa julgada²¹, mas é objeto de severas críticas relacionadas à opção por não consagrar no sistema de solução de controvérsias a primazia do foro regional. Se por um lado o direito regional teve sua primazia reconhecida pelos tribunais ad hoc²², a primazia do foro regional não foi instituída pelo sistema de solução de controvérsias criado no Protocolo de Olivos, o que a nosso ver representa certa contradição.

O órgão jurisdicional deveria ser, a exemplo do ocorrido na gênese do processo de integração européia, a base de todo o sistema, mas essa não foi a opção do MERCOSUL, já que a própria possibilidade de eleição de foro mostra-se totalmente incompatível com uma organização de integração

Quanto aos aspectos procedimentais, cabe à parte reclamante escolher o foro que melhor lhe convier, mas não existe impedimento à escolha convencional e, de qualquer forma, o escolhido se torna imediatamente preventivo. No procedimento de Olivos, o início das negociações diretas previstas nos artigos 4 e 41 do protocolo já configura escolha pelo mecanismo regional²³, ao passo que a escolha do sistema da OMC se dá apenas quando houver requerimento de instauração de painel.

3.3. O PROCEDIMENTO DE OLIVOS

Os procedimentos estabelecidos pelo Protocolo de Olivos e por seu regulamento²⁴ apresentam às partes litigantes, além da via jurisdicional, opções diplomáticas e políticas para a solução das controvérsias na esfera regional. As vias não jurisdicionais são, inclusive, privilegiadas pelo mecanismo por constituírem meio mais harmônico para a solução de litígios e, portanto, mais compatíveis com movimentos de integração regional.

²¹ A controvérsia que foi objeto do quarto laudo arbitral do sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Brasília (Exportação de frangos inteiros) foi posteriormente levada pelo Brasil ao mecanismo da Organização Mundial do Comércio.

²² Tanto o 3º como o 4º laudos arbitrais proferidos pelos Tribunais Ad Hoc na vigência do Protocolo de Brasília reconheceram a primazia do direito regional do MERCOSUL sobre o direito internacional comercial geral.

²³ Inciso 3, artigo 1 da Decisão nº. 37/03 do Conselho do Mercado Comum dispõe, "in verbis": "Entende-se que um Estado-parte optou pelo sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos ao solicitar o início dos procedimentos previstos nos artigos 4 e 41"

3.3.1. PROCEDIMENTO INICIADO POR ESTADO-PARTE

Os Estados devem, primeiramente, conforme disposto no artigo 4 do protocolo, recorrer às negociações diretas, via de regra por meio dos coordenadores regionais do GMC ou representantes designados, durante os quinze dias contados da data de início do procedimento²⁵. As negociações diretas caracterizam a opção diplomática apresentada pelo protocolo para a solução de controvérsias entre os Estados-partes.

As partes litigantes podem, de comum acordo e caso a fase obrigatória de negociações diretas não prospere, submeter a questão à conciliação conduzida pelo Grupo Mercado Comum - GMC - que deve adotar recomendações²⁶ por consenso para que o Estado faltante se enquadre à normativa regional, caso as investigações concluam pela procedência do petitório do requerente. A possibilidade do órgão executivo do MERCOSUL atuar na solução de litígios entre os Estados-partes configura meio político de solução de litígios no âmbito do Protocolo de Olivos.

No caso de impossibilidade de solucionar o litígio por meio diplomático, nas negociações diretas, ou político, pela intervenção do GMC, restam ainda os meios jurisdicionais de solução de controvérsias previstos no Protocolo de Olivos.

A principal característica desta fase em relação às anteriores é seu caráter eminentemente jurídico, mas nada impede que os Estados encontrem uma solução diplomática para a controvérsia, mesmo após o início do procedimento arbitral. A submissão à via jurisdicional já representa, entretanto, exemplo de primazia do direito regional sobre os interesses políticos dos Estados litigantes.

²⁴ Decisão nº. 37/03 do Conselho do Mercado Comum.

²⁵ A redação do inciso 1 do artigo 5 do Protocolo de Olivos corrigiu a dificuldade que havia em se constatar o início da contagem do prazo e estabeleceu contagem a partir da data em que uma das partes comunicou à outra, formalmente, sua decisão de iniciar a controvérsia.

²⁶ Inciso 1, artigo 7 Olivos

Dois caminhos são apresentados pelo Protocolo de Olivos para a apreciação jurisdicional de um litígio no âmbito regional. A reclamação pode tanto ser submetida a um Tribunal Arbitral Ad Hoc, como, no caso de decisão conjunta das partes da controvérsia, ser diretamente submetida ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, que atuará com as mesmas competências de um Tribunal Ad Hoc.

A submissão dos Estados-partes à jurisdição dos Tribunais Ad Hoc e Permanente de Revisão é obrigatória e decorre do artigo 33 do Protocolo de Olivos. Ressalte-se, conforme já mencionado anteriormente, que o novo mecanismo introduziu a possibilidade de recurso das decisões prolatadas pelos Tribunais Ad Hoc ao conferir competência recursal ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL.

3.3.2. PROCEDIMENTO INICIADO POR PARTICULAR

O Protocolo de Olivos não apresentou mudanças significativas ao acesso de particulares ao sistema de solução de litígios regional. O particular interessado deve, primeiramente, submeter à Seção Nacional do Grupo Mercado Comum de sua residência²⁷ reclamação formal com a descrição dos fatos e fundamentos jurídicos.

Esse procedimento é exatamente igual àquele previsto no Protocolo de Brasília, o qual foi descrito por MAGALHÃES (2002:513) como exemplo do "completo alijamento do particular do processo internacional de solução de controvérsias diretamente com o Estado reclamado, ficando sempre na dependência da decisão das autoridades de seu próprio país."²⁸

Quanto aos aspectos formais da reclamação, o Regulamento do Protocolo de Olivos estabeleceu em seu artigo 46, letras "c" e "d", os requisitos do petítório, que deve ser sempre

²⁷ O inciso 1 do artigo 40 do Protocolo de Olivos dispõe quanto "residência habitual" e "sede de seus negócios" esclarecendo dúvidas relacionadas ao termo "particular" e abrangendo tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas.

²⁸ NETO (2006:414), comentando o Protocolo de Olivos, também ataca a interferência obrigatória da Seção Nacional ao observar que dessa forma "coloca-se o véu protetor (ou aniquilador) do Estado entre o particular e o Estado de onde partiu a violação."

impreterivelmente instruído com a prova do prejuízo sofrido e demonstrar o nexo de causalidade entre o mesmo e a violação incorrida.

Uma vez acolhida a pretensão pela Seção Nacional, começa o procedimento de consulta à Seção Nacional do GMC do Estado reclamado para que se encontre, no prazo de quinze dias, uma solução diplomática para o litígio, conforme estabelecido no artigo 41. Na impossibilidade de se encontrar uma solução diplomática, dá-se início à fase política do procedimento com envio da reclamação para o Grupo Mercado Comum.

O início da fase política marca também o fim da participação direta do particular no procedimento, que, a partir desse momento, poderá apenas desistir da reclamação. O prosseguimento da reclamação dependerá, portanto, da vontade política do Estado-parte e os procedimentos seguem aqueles previstos para reclamações feitas pelos Estados, inclusive no que diz respeito aos procedimentos jurisdicionais.

Algumas questões importantes surgem no que se refere às reclamações iniciadas por particulares. A primeira delas diz respeito à possibilidade de o particular provocar o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL contra ato do próprio Estado de sua residência habitual.

A doutrina não é coesa no que se refere a esse aspecto, tendo em vista que a questão envolve a caracterização ou não do acolhimento da reclamação do particular pela Seção Nacional do GMC como proteção diplomática.

Os que reconhecem a proteção diplomática no acolhimento da reclamação sustentam seus argumentos na indiscutível opção feita no MERCOSUL pela intergovernabilidade, a qual se sustenta no direito internacional público geral, e afastam definitivamente a possibilidade de o particular provocar o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL contra seu próprio Estado.

É de se ressaltar, ainda, que a caracterização da atuação da Seção Nacional como proteção diplomática e não como atividade vinculada à administração dá ao Estado discricionariedade para acolher ou não a reclamação. Já no caso de ser considerada atividade vinculada, não caberia a Seção Nacional fazer qualquer juízo de valor, devendo, portanto, simplesmente acolher e dar prosseguimento à reclamação que houver sido devidamente instruída.

Outra questão importante diz respeito ao ato em si, tendo em vista a necessidade da normativa regional supostamente violada estar plenamente em vigor e conferir, portanto, direitos subjetivos ao particular. Não havendo dúvidas nesse sentido, restaria ao particular a possibilidade de levar sua reclamação ao sistema de solução regional ou de submeter a questão ao poder judiciário de sua residência habitual.

A existência de mais de uma via para a solução do litígio traz a tona ainda a questão da prevenção do primeiro que for acionado, que faz com que a reclamação só seja recebida pelo sistema regional se esgotados os procedimentos internos para impedir o trâmite paralelo de ações idênticas. Conforme esse entendimento, o particular só pode reclamar contra Estado no âmbito do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL se não houver ajuizado ação pela via judiciária regular ou, caso o tenha feito, após o trânsito em julgado da mesma.

3.4. OS TRIBUNAIS ARBITRAIS AD HOC

O Protocolo de Olivos manteve as linhas gerais do procedimento arbitral ad hoc contido no Protocolo de Brasília e estabeleceu seu início por meio da notificação à Secretaria do MERCOSUL²⁹ pelos Estados-partes da decisão de recorrer à arbitragem "quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos capítulos IV e V"³⁰ do protocolo, os quais regem os meios diplomático e político de solução de litígios.

²⁹ Em vista da progressiva transformação da Secretaria Administrativa do MERCOSUL em uma Secretaria Técnica, o órgão será referido neste trabalho como "Secretaria do MERCOSUL" consoante autorização contida no artigo 6 da Decisão 30/02 do Conselho do Mercado Comum.

³⁰ Inciso I, artigo 9 do Protocolo de Olivos.

O Tribunal Ad Hoc é composto por três árbitros e se constitui com a indicação de cinco, sendo que dois deles tornam-se suplentes. Dois são indicados por cada uma das partes litigantes e o quinto por consenso. Caso a indicação não ocorra no prazo de quinze dias, o protocolo estabelece a realização de um sorteio entre os nomes constantes na lista registrada na Secretaria do MERCOSUL.

O Tribunal Ad Hoc pode realizar reuniões em qualquer um dos Estados parte e é constituído para julgar controvérsias específicas, dissolvendo-se tão logo a questão em litígio seja solucionada. Os honorários dos árbitros correm por conta do Estado que os designou.

No que tange ao objeto das controvérsias, a regra do artigo 14 do protocolo determina que sua fixação se dê nas alegações iniciais apresentadas pelo reclamante e na resposta do reclamado, não podendo ser alterado posteriormente.

Ainda no âmbito de competência dos Tribunais Ad Hoc o Protocolo de Olivos instituiu a possibilidade de adoção de medidas preventivas nos casos em que houver perigo de danos graves e irreparáveis a uma das partes na controvérsia. Esse procedimento está previsto no artigo 15 do protocolo.

3.5. O TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO

O Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL e sua competência recursal, a qual pode ser extraída de seu próprio nome, são ao mesmo tempo protagonistas da maior inovação do Protocolo de Olivos e alvos das críticas mais contundentes.

O órgão jurisdicional tem sede na cidade de Assunção, capital da República do Paraguai, e foi criado para atuar principalmente como instância revisora das decisões proferidas pelos Tribunais Arbitrais Ad Hoc, mas pode atuar também como tribunal de primeira instância³¹.

³¹ NETO (2006:415) ressalta que "várias são as razões que impedem a criação de um tribunal verdadeiramente permanente no MERCOSUL, tal como Órgão Permanente de Apelação da OMC, ou uma instância jurisdicional supranacional, como o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, destacando-se o maior dos obstáculos, que é de natureza constitucional: inexistência de delegação de competência a órgãos legiferantes e jurisdicionais, no

O Tribunal é composto por cinco árbitros e respectivos suplentes sendo que cada Estado-parte indica um árbitro e o quinto é escolhido por consenso³². Os honorários dos árbitros correm por conta de todos os Estados-membros em partes iguais e por meio da constituição de um fundo comum, conforme regulamentado pela Decisão 17/04 do Conselho do Mercado Comum.

Não existe rigidez procedimental e os árbitros devem apenas observar o modelo instituído pela Decisão do Conselho do Mercado Comum 30/04, mas podem adotar suas próprias regras, desde que não atentem contra o estabelecido no Protocolo de Olivos. O Tribunal Permanente de Revisão se utiliza por enquanto das regras criadas para os Tribunais Ad Hoc e há a expectativa de que em breve suas regras procedimentais sejam aprovadas.

3.5.1. COMPETÊNCIAS DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO

3.5.1.1. COMPETÊNCIA CONCORRENTE

Finda a fase política, realizada no âmbito do Grupo Mercado Comum, sem que a controvérsia tenha sido solucionada, a reclamação poderá ser levada à fase jurisdicional prevista no Protocolo de Olivos, que, conforme anteriormente mencionado, dá duas alternativas às partes litigantes.

A reclamação poderá ser submetida a um Tribunal Arbitral Ad Hoc, o qual deverá ser constituído especialmente para analisar o litígio, mas as partes podem, entretanto, decidir pela submissão da controvérsia diretamente ao Tribunal Permanente de Revisão, que nesses casos funciona como instância única e assimila, dessa forma, as competências de um Tribunal

MERCOSUL, pois as normas e procedimentos são sempre decididos no interior dos órgãos intergovernamentais. Além disso, há argumento prático incontestável, de fundo econômico: manter um Tribunal Permanente acarretaria onerosidade excessiva a quatro países já empobrecidos..."

³² A redação do artigo 18 do Protocolo de Olivos presume a existência de quatro países membros no MERCOSUL. Com o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao MERCOSUL, firmado em 04 de julho de 2006 na cidade de Caracas, existe a expectativa de alteração da composição do Tribunal Permanente de Revisão.

Arbitral Ad Hoc, como expressamente estabelecido no artigo 23, I, que trata do "acesso direto".

O funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão como tribunal arbitral de primeira instância é violentamente criticado por grande parte da doutrina que observa clara descaracterização funcional, como observado em NETO (2006:413):

"Esse acesso direto ao Tribunal Permanente de Revisão constitui verdadeira excrescência jurídica, não sendo encontrado procedimento equivalente em nenhum outro sistema de solução de controvérsias."

Para que o Tribunal Revisor funcione como primeira instância há de se ressaltar, ainda, a necessidade de consenso entre as partes litigantes e requerimento expresso nesse sentido, o que consagra, a nosso ver, a instituição de Tribunais Arbitrais Ad Hoc como procedimento padrão do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

3.5.1.2. COMPETÊNCIA DE REVISÃO

A configuração dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc como padrão para a solução de litígios no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL mostra-se fundamental para o funcionamento do Tribunal Permanente de Revisão como instância recursal, principal diferença entre o procedimento previsto no Protocolo de Olivos e aquele consagrado anteriormente no Protocolo de Brasília.

O mecanismo anterior não previa a possibilidade de revisão e o laudo prolatado fazia coisa julgada, podendo apenas ser objeto de um pedido de interpretação ou esclarecimento e de anulação, em caso específico de irregularidades quanto aos árbitros, ambos procedimentos ainda válidos na vigência do Protocolo de Olivos.

Com a entrada em vigor do Protocolo de Olivos e em observância ao disposto em seu capítulo VII, quando prolatado laudo arbitral por Tribunal Arbitral Ad Hoc as partes litigantes podem,

individualmente, submetê-lo ao Tribunal Permanente de Revisão, que atuará de forma semelhante a de um órgão de apelação.

Como instância revisora o Tribunal Permanente de Revisão deve atuar em cada caso específico com três árbitros, sendo dois de nacionalidade das partes litigantes e o terceiro indicado por sorteio entre os árbitros restantes de nacionalidades distintas daquelas das partes envolvidas. O terceiro árbitro será sempre o presidente.

Não cabem alegações de fato ou apresentação de novas provas no procedimento de revisão. As partes poderão recorrer do laudo no que se refere às questões de direito, inclusive hermenêutica. O procedimento consagra o contraditório e há, portanto, possibilidade de contestação das alegações apresentadas.

O Tribunal deve decidir no prazo de trinta dias, prorrogáveis por mais quinze, e por maioria absoluta pela confirmação, modificação ou revogação dos fundamentos jurídicos e das decisões do Tribunal Ad Hoc. Não há possibilidade de recurso da decisão³³.

O recurso de revisão do capítulo VII do protocolo se limita à análise das questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo. Completamente excluídas do procedimento de revisão estão as decisões proferidas pelos Tribunais Ad Hoc com base na equidade e os laudos prolatados pelo Tribunal Permanente de Revisão no âmbito do procedimento de acesso direto do artigo 23 de Olivos.

Esgotada essa fase, definitivamente recursal, o laudo faz coisa julgada e deve ser cumprido pelas partes na forma determinada pelos árbitros e eventualmente modificadas pelo Tribunal Permanente de Revisão. Divergências quanto ao não cumprimento podem, entretanto, ser objeto de um novo procedimento arbitral.

Até o momento, duas controvérsias foram resolvidas na vigência do Protocolo de Olivos. Ambas foram inicialmente levadas à apreciação de Tribunais Ad Hoc e objeto do

³³ Artigo 23 do Protocolo de Olivos.

procedimento de revisão pelo Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. Mais uma vez ressalta-se a incompatibilidade existente entre a possibilidade de recurso e a celeridade característica dos procedimentos arbitrais³⁴.

3.5.1.3. COMPETÊNCIA CONSULTIVA

O Protocolo de Olivos outorgou ao Conselho do Mercado Comum, em seu artigo 3, a faculdade de criar "mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão". Ainda conforme o disposto no protocolo, a definição do alcance do resultado das consultas e dos próprios procedimentos consultivos seriam instituídos por meio de direito derivado, o que tomou forma na decisão 37/03 do Conselho que, em seu capítulo II, tratou das opiniões consultivas.

Embora a referida decisão também tenha legitimado os Estados-partes do MERCOSUL e seus tribunais superiores, apenas os órgãos da organização de integração com capacidade decisória possuem legitimidade plena para provocar a consulta ao Tribunal Permanente.

No caso dos Estados-partes, esses não se encontram legitimados para isoladamente requerer opiniões consultivas. Sua legitimidade ativa se dá apenas quando atuarem de forma conjunta, ou seja, por meio de consenso quanto ao objeto e ao conteúdo da consulta, que deve ser apresentada ao Tribunal Permanente de Revisão pela Presidência Pró Tempore.

Já os Tribunais Nacionais têm legitimidade ativa apenas no que se refere às questões relacionadas com causas que estejam em tramitação no judiciário do Estado-parte, ao qual pertencem.

O Tribunal Permanente de Revisão deve fundamentar sua opinião na normativa mencionada no artigo 34 do Protocolo de Olivos, o qual abrange todas as fontes originárias e derivadas do MERCOSUL e "os princípios e disposições de Direito Internacional".

³⁴ No caso do atual mecanismo de solução de litígios do MERCOSUL existe a possibilidade de, incluídos os recursos de esclarecimento do artigo 28 do Protocolo de Olivos, serem prolatados quatro pronunciamentos arbitrais sobre a mesma controvérsia.

O ponto mais importante a ser ressaltado diz respeito aos efeitos, ou melhor, à falta de efeitos vinculantes ou obrigatórios relacionados ao conteúdo das opiniões emitidas pelo Tribunal Permanente. As opiniões emitidas devem servir apenas para orientar a aplicação do direito regional.

É de se observar que a opção política pela não vinculação do poder judiciário interno dos Estados-membros à interpretação feita pelo Tribunal Permanente reflete a latente resistência dos signatários do Tratado de Assunção a qualquer inovação com características supranacionais. O MERCOSUL perdeu a oportunidade de transformar o procedimento de consulta criado em Olivos e regulamentado pela decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum em um instrumento de afirmação da primazia do direito regional sobre o local.

É de se destacar a observação feita em MERCOSUL (2003:210), a qual expressa, na forma de anseio, a verdadeira necessidade de um papel mais afirmativo do Poder Judiciário dos Estados-partes no âmbito da integração regional:

"Espera-se vivamente que a magistratura dos Estados-partes esteja atenta para que as questões formuladas pelos juízes de todas as instâncias, especialmente a primeira, cotidianamente confrontados às complexas questões de integração exemplificadas neste relatório, sejam encaminhadas ao Tribunal Permanente de Revisão por meio dos Tribunais Superiores Nacionais."

3.5.1.4. COMPETÊNCIA PARA A ADOÇÃO DE MEDIDAS PROVISIONAIS

O Protocolo de Olivos instituiu, em seu artigo 24 combinado com a Decisão 23/04 do Conselho do Mercado Comum, a possibilidade de o Tribunal Permanente de Revisão decidir pela adoção de medidas provisionais em atendimento a requerimento feito por Estado-parte em casos excepcionais.

A medida de urgência adotada deve ser necessariamente proporcional ao dano demonstrado e imediatamente cumprida pela parte indicada pelo tribunal. Além disso, para que o tribunal

adote a medida liminar, o Estado requerente deverá demonstrar, conforme disposto no artigo 2º da Decisão 23/04 que regulamenta o procedimento de urgência, a relevante urgência, o descumprimento de normativa do MERCOSUL, a iminência do dano e que o mérito envolvido não é objeto de controvérsia em curso.

Da decisão do tribunal cabe pedido de reconsideração, mas não existe recurso cabível no caso de denegação da medida de urgência, sendo que, nesse caso, nada impede que o Estado requerente inicie o procedimento regular de solução de controvérsias com o mesmo objeto do pedido de medida de urgência.

Após iniciado o procedimento regular de solução de controvérsias o Estado requerente também poderá invocar a necessidade de adoção de medida de urgência que, nesse caso, terá caráter de medida provisória consoante disposto no artigo 15 do Protocolo de Olivos, a qual também se aplica aos Tribunais Ad Hoc.

Não há previsão no Protocolo ou no regulamento de medida a ser tomada no caso de o Estado beneficiado pela medida provisional ter, posteriormente, decisão contrária no momento de análise do mérito.

4. OS LAUDOS

4.1. CARACTERÍSTICAS

Todos os laudos prolatados no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL devem obedecer às regras estabelecidas no Protocolo de Olivos e na Decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum, seu regulamento de aplicação.

Dentre os aspectos importantes relacionados às características dos laudos encontra-se a necessidade de fundamentação no direito aplicável, ou seja, nas fontes jurídicas do

MERCOSUL - o Tratado de Assunção e seus Protocolos posteriores, a normas no âmbito dos órgãos da organização de integração e os princípios gerais de direito internacional.

O caráter eminentemente intergovernamental do MERCOSUL repercute diretamente no sistema de solução de controvérsias, já que a falta de coercibilidade se contrapõe ao ilícito internacional configurado pelo não cumprimento do laudo proferido. Ressalte-se, portanto, que o cumprimento da decisão constante no laudo é obrigatória para a parte requerida, não havendo, dessa forma, possibilidade de o Estado optar pelo descumprimento.

Ainda que exista a possibilidade de utilização dos princípios gerais do direito para fundamentar a decisão, o que pode auxiliar a supressão de possíveis lacunas no ordenamento regional, os árbitros deverão limitar suas decisões às questões de direito, não competindo aos mesmos, por exemplo, indicar a forma de aplicação da decisão ou declarar revogadas as medidas contestadas.

Por fim, cumpre ressaltar que os laudos não criam jurisprudência, mas podem servir de referência aos árbitros que decidirem em laudos posteriores, e não vinculam necessariamente o poder judiciário nacional, sendo que subsiste a possibilidade de haver reconhecimento dessa vinculação pelo juízo interno dos Estados.

4.2. O CONTROLE DO CUMPRIMENTO

O mecanismo previsto no Protocolo de Olivos introduz, em seu artigo 30, a possibilidade de realização de um procedimento de análise do cumprimento do laudo que houver feito coisa julgada.

Conforme o disposto no mencionado artigo do protocolo, a parte que houver tido sua reclamação reconhecida pelo laudo arbitral poderá requerer ao tribunal que prolatou o laudo, no caso o Tribunal Ad Hoc constituído ou o Tribunal Permanente de Revisão quando houver funcionado como instância única, que se pronuncie quanto ao efetivo cumprimento do laudo.

A composição do tribunal repete, via de regra, aquela que houver proferido o laudo e o pronunciamento deve ocorrer no prazo de trinta dias. Caso o tribunal competente reconheça em seu pronunciamento o cumprimento dos ditames do laudo proferido, o Estado requerente não poderá adotar medidas compensatórias contra o Estado que julgava faltante.

Se o tribunal competente, entretanto, decidir que o Estado requerido não cumpriu as determinações do laudo proferido, as quais se encontrava obrigado, o mesmo deverá cumprir imediatamente os termos do laudo de forma a evitar que o Estado requerente aplique medidas compensatórias para coibir o cumprimento.

5. MEDIDAS COMPENSATÓRIAS

Como mencionado anteriormente, o Estado requerente poderá adotar medidas compensatórias para induzir o Estado faltante a acatar as determinações do laudo prolatado. O Protocolo de Olivos por um lado corrigiu uma falha do mecanismo do Protocolo de Brasília ao regulamentar a aplicação de medidas compensatórias no mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, mas criou, por outro lado, possibilidade perigosa no âmbito de um acordo de integração regional.

A controversa hipótese encontra-se disposta do artigo 31 do Protocolo de Olivos³⁵ que permite ao Estado-parte beneficiado pelo laudo arbitral a adoção de medidas compensatórias independentemente de provocação do procedimento de verificação do cumprimento da decisão e mesmo paralelamente a sua instauração.

O dispositivo mencionado estabelece a possibilidade de adoção de tais medidas pelo prazo de um ano contado a partir do dia seguinte do prazo estabelecido no laudo para o cumprimento de suas determinações.

³⁵ Regulamentada nos artigos 43 e 44 da Decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum.

Cumpra ressaltar, entretanto, que no caso de instauração de procedimento de verificação do cumprimento do laudo e de posterior decisão que reconheça seu efetivo cumprimento, o Estado que tiver adotado medidas compensatórias deverá retirá-las imediatamente.

As medidas compensatórias consistem basicamente na suspensão de obrigações assumidas no âmbito do acordo regional que sejam do interesse do Estado supostamente faltante e devem necessariamente incidir sobre o mesmo setor envolvido no litígio, não havendo, portanto, a possibilidade de aplicação de medidas compensatórias cruzadas, ou seja, em setores não envolvidos na controvérsia objeto do laudo.

O Estado obrigado a cumprir o laudo deverá ser informado com antecedência de quinze dias do início da aplicação da medida que deverá ter caráter temporário. A temporalidade decorre da natureza das medidas compensatórias no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, as quais possuem finalidade única de compelir o Estado supostamente faltante a cumprir o laudo arbitral. As medidas compensatórias regulamentadas no Protocolo de Olivos não possuem caráter sancionatório, reflexo das próprias características do acordo regional.

As medidas compensatórias devem, além disso, ser proporcionais ao dano provocado pelo não cumprimento da decisão do laudo e, além de devidamente justificadas, seguir necessariamente os critérios dispostos no artigo 32 do Protocolo de Olivos.

A adoção de medidas desproporcionais e em desacordo com os critérios do protocolo poderá dar ensejo à solicitação, pelo Estado interessado, de manifestação do tribunal que tenha prolatado o laudo quanto à proporcionalidade das medidas, não havendo, entretanto, previsão de suspensão de aplicação das mesmas.

De qualquer forma, faz-se necessário ressaltar que a aplicação de medidas compensatórias vai de encontro às características essenciais de uma organização de integração, como, por exemplo, a não-discriminação contida na livre circulação de bens, serviços e fatores

produtivos elencada entre os propósitos e princípios do artigo 1 do Tratado de Assunção que criou o MERCOSUL.

6. CONCLUSÃO

A importância de se instituir um sistema de solução de controvérsias como forma de se consolidar a integração regional foi reconhecida pelos Estados-membros na gênese do MERCOSUL por meio da adoção do anexo III do Tratado de Assunção, que instituiu o primeiro sistema de solução de controvérsias da organização.

A precariedade do mecanismo original, o qual nunca foi utilizado, foi logo substituída pelas regras do Protocolo de Brasília que, baseado na arbitragem ad hoc, cumpriu de forma exemplar sua função no contexto regional. Os procedimentos adotados em Brasília foram mantidos inclusive após a entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto, o qual estabeleceu a configuração institucional definitiva do MERCOSUL.

O Protocolo de Brasília foi revogado pela entrada em vigor do Protocolo de Olivos em 2002, regulamentado pela decisão 37/03 do Conselho do Mercado Comum. Dentre as inovações trazidas por Olivos, destacam-se a possibilidade de eleição de foro e a criação do Tribunal Permanente de Revisão.

Ainda que a possibilidade de eleição de foro tenha sido criada para evitar a duplicidade de procedimentos e garantir a coisa julgada, os Estados-membros do MERCOSUL perderam a oportunidade de privilegiar o foro regional ao permitir que litígios abrangidos pelo sistema da organização de integração possam ser levados a outros mecanismos de solução de disputas, em especial àquele da Organização Mundial do Comércio.

O Protocolo de Olivos outorga legitimidade ativa aos Estados, de forma direta e sem a necessidade de demonstração de prejuízo, e aos particulares, indiretamente e mediante prova do prejuízo e nexos de causalidade ente o mesmo e a violação apontada. No que se refere à

competência objetiva, o protocolo abrange todos os litígios relacionados a obrigações previstas em qualquer uma das fontes jurídicas do MERCOSUL, sejam elas originárias ou derivadas.

O atual sistema conserva os Tribunais Ad Hoc como a forma padrão para a solução de litígios no âmbito regional, já que prevê a possibilidade de revisão do laudo pelo Tribunal Permanente de Revisão, que, por sua vez, só pode funcionar com a competência das cortes ad hoc - acesso direto - se houver consenso entre as partes litigantes. Além das mencionadas competências concorrente e de revisão, o Tribunal Permanente de Revisão possui legitimidade para, mediante consulta, adotar opiniões, sem efeitos obrigatórios, relacionadas à interpretação do direito regional e podem ainda, em caráter excepcional, adotar medidas provisionais mediante demonstração de iminência de dano.

Ainda que os laudos prolatados no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL continuem sendo obrigatórios para os Estados-partes, a celeridade característica da arbitragem foi mitigada no Protocolo de Olivos, com a criação da possibilidade de pedido de revisão das decisões adotadas pelos Tribunais Ad Hoc.

Dois laudos foram prolatados até o momento na vigência do Protocolo de Olivos e em ambos os casos houve pedido de revisão das decisões. Cumpre ressaltar que a possibilidade de pedido de esclarecimento tanto do laudo inicial, quanto daquele em sede de revisão, cria, ao todo, a possibilidade de quatro manifestações jurisdicionais, algo absolutamente incompatível com um sistema arbitral.

Apesar das críticas ao Protocolo de Olivos, a solução de controvérsias no MERCOSUL operou até o momento com sucesso surpreendente a eficácia incontestável. Na vigência do Protocolo de Brasília, por exemplo, todos os dez laudos arbitrais prolatados foram devidamente cumpridos pelos Estados reclamados.

A eficácia do mecanismo anterior é argumento em favor dos críticos à adoção do novo protocolo para a solução de litígios, o qual veio substituir de forma provisória um

procedimento que não era contestado pelas partes. A tarefa do Protocolo de Olivos de substituir o procedimento regido pelo Protocolo de Brasília com todas as suas conquistas parece um desafio bastante árduo, o qual, caso seja devidamente enfrentado, poderá representar um grande passo no desenvolvimento e na consolidação da integração regional.

7. BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1972.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **As soluções de divergências no MERCOSUL**. In: Basso, Maristela. **MERCOSUL seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. **O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: Ltr, 1998.

_____. **Sistemas para solução de divergências nas instituições de integração e o MERCOSUL**. In: Magalhães, José Carlos & Mercadante, Araminta de Azevedo (coord.). **Solução e prevenção de litígios internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARO, Ernesto J. Rey. **La solución de controversias en los procesos de integración en América. El MERCOSUR**. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1998.

CASELLA, Paulo Borba. **MERCOSUL exigências e perspectivas**. São Paulo: Ltr, 1996.

_____. **Direito internacional: vertente jurídica da globalização**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

COSTA, Elizabeth Accioly Rodrigues da. **O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL consoante a previsão do artigo 44 do protocolo de Ouro Preto: análise comparativa de sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos e propostas para o sistema permanente do MERCOSUL**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

ETCHEVERRY, Raul Aníbal. **MERCOSUR negocios y empresas**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi: **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LABRANO, Roberto Ruiz Diaz. **Hacia un tribunal de caracter supranacional en el MERCOSUR. Desafíos del MERCOSUR**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p.159-175, 1997.

LOBO, Maria Teresa Cárcomo. **Manual de direito comunitário**. Rio de Janeiro: Juruá, 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Os laudos arbitrais proferidos com base no protocolo de Brasília para a solução de controvérsias**. In: Martins, Pedro A. Batista & Garcez, José Maria Rosani (coord.) Reflexões sobre Arbitragem: in memoriam do desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

MERCOSUL - MERCADO COMUM DO SUL. **Primeiro relatório sobre a aplicação do direito do MERCOSUL pelos tribunais nacionais**. Montevideo: Secretaría do MERCOSUL, 2005.

NETO, José Cretella. **MERCOSUL: da (des)integração econômica regional à arbitragem transgênica**. In: Casella, Paulo Borba & Viegas Liquidato, Vera Lúcia (coord.). Direito da integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **Direito institucional e material do MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Vicente Marotta. **Solução de controvérsias após Ouro Preto**. In: Casella, Paulo Borba (coord.) Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL após o término do período de transição. São Paulo: Ltr, 1996.