

ANÁLISE COMPARATIVA DOS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO NAFTA E DO MERCOSUL:

GABRIEL FARIA BERNARDES* E GEORGE BRAZ CARNEIRO**

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo fazer uma breve discussão sobre os mecanismos de solução de controvérsias do NAFTA (North American Free Trade Agreement) e do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), tendo em vista a crescente importância destes mecanismos na promoção da segurança jurídica nas relações comerciais intra-regionais e, com isso, a manutenção de um ambiente macroeconômico favorável aos investimentos intra-regionais e externos.

O tema abordado neste artigo também adquire relevância em um contexto em que se desenvolvem cada vez mais acordos regionais e bilaterais entre os países do continente americano e os EUA.

O NAFTA é uma zona de livre comércio constituída pelos Estados Unidos, Canadá e México que entrou em vigor em janeiro de 1994, tendo sua criação sido motivada pela necessidade de consolidar o processo de integração econômica da América Norte, que, naquele período, já possuía um intenso fluxo comercial entre os países da região.

Já o MERCOSUL é uma união aduaneira composta pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, que foi instituída pelo Tratado de Assunção, tendo sido modificado posteriormente pelos Protocolos de Ouro Preto e Olivos. Seu surgimento está relacionado, principalmente, à necessidade de se promover a integração e o desenvolvimento econômico regional com vistas à diminuição das tensões geopolíticas regionais entre adversários históricos (como o Brasil e a Argentina, por exemplo).

Por fim, tendo em vista seus contextos regionais específicos, deve-se destacar que o MERCOSUL e o NAFTA foram concebidos com instrumentos dirigidos para a resolução de conflitos com o intuito de promover maior aplicação dos sistemas de solução de controvérsias impostos por lei (“rule oriented”), de caráter pacífico, em detrimento dos sistemas impostos por força política ou econômica (“power oriented”), os quais serão estudados a seguir.

* Graduando em Direito pela UFMG. Ex-bolsista pela FAPEMIG em Direito Internacional Econômico.

** Graduando em Direito pela UFMG. Estagiário da Defensoria Pública de Minas Gerais.

ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE - NAFTA*

I. Introdução. II. Capítulo XIX: Antidumping e Medidas Compensatórias. III. Capítulo XX: Soluções de Controvérsias inter-estatais.

I - Introdução.

O NAFTA (North American Free Trade Agreement)¹ é uma zona de livre comércio constituída pelos Estados Unidos, Canadá e México que entrou em vigor em janeiro de 1994. A evolução das relações comerciais e da interdependência entre esses países refletiu na necessidade de consolidar o processo de integração econômica na região. Nesse sentido, houve uma grande preocupação com o desenvolvimento de mecanismos eficazes e abrangentes de solução de controvérsias visando a garantir uma maior segurança jurídica nas relações econômicas.

No âmbito do NAFTA, a matéria do litígio determina os procedimentos aplicáveis à resolução deste. Devido à extensão deste artigo, nos limitaremos a tratar dos capítulos XIX e XX do NAFTA. O Capítulo XIX permite a revisão da aplicação e da elaboração da legislação antidumping e de medidas compensatórias, embora não institua normas substantivas para esta matéria. O Capítulo XX regulamenta a organização dos órgãos funcionais do tratado e disciplina os procedimentos arbitrais aplicáveis à resolução de conflitos inter-estatais. Sem dúvida essa especialização representa uma inovação em relação aos tratados de integração do mesmo tipo.

II - Capítulo XIX: Anti-Dumping e Medidas Compensatórias.

O Capítulo XIX do NAFTA estabelece mecanismos de revisão e solução de controvérsias relativas à legislação antidumping e de medidas compensatórias e a suas respectivas aplicações.

A legislação antidumping permite a imposição de tarifas adicionais de importação a determinado produto que esteja sendo vendido a um preço considerado abaixo da cotação de

* Artigo baseado em: BERNARDES, G.F & RIGONI, Giuliana. Acordo de Livre Comércio da América do Norte - NAFTA. *IV*: OLIVEIRA, Barbara & SILVA, Roberto Luiz (org). **Solução de Controvérsias Internacionais**. Belo Horizonte. 2007 (no prelo).

¹ North American Free Trade Agreement (Washington, Ottawa, Cidade do México). Celebrado em 17 de dezembro de 1992, em vigor desde 1 de janeiro de 1994. *International Legal Materials*, v.32, 289, 1993; e *International Legal Materials*, V. 32, p. 605, 1993.

mercado (geralmente essa determinação é feita com base nos preços praticados para produtos similares ou idênticos no mercado do país importador) ou abaixo de seu custo de produção. A legislação de medidas compensatórias permite a imposição de tarifas adicionais à importação de produtos cuja cadeia de produção esteja sendo subsidiada².

Cabe ressaltar que o referido capítulo não estabelece normas substantivas com relação à legislação antidumping e a de medidas compensatórias, apenas estipulando que os Estados-Partes tem discricionariedade para implementar sua própria legislação nesses quesitos, desde que essa não seja incompatível com os acordos da OMC (Organização Mundial do Comércio) ou com os objetivos do NAFTA (Art. 1902.2 (d)).

Neste sentido, o Capítulo XIX propõe resoluções amigáveis para os litígios através de consultas entre os Estados-Partes do Acordo. Se as consultas falharem, os Estados-Partes podem recorrer a uma série de mecanismos estabelecidos no capítulo, tais como: revisão das alterações legislativas dos Estados-Partes relativas à legislação antidumping e de medidas compensatórias (Art. 1903 e Art. 1905), revisão de aplicações de medidas antidumping e compensatórias por agências nacionais dos Estados-Partes (Art. 1904), procedimentos de reclamação extraordinária com o propósito de anular uma decisão arbitral (Art. 1904. 13), que serão objeto nossa análise a seguir.

1. O processo arbitral do Capítulo XIX

1.1. *Sujeitos do Processo.*

Nos procedimentos de revisão das alterações legislativas dos Estados-Partes com relação à legislação antidumping e de medidas compensatórias e nos procedimentos de reclamação extraordinária, só os Estados-Partes são partes legítimas para iniciar o processo arbitral (Art. 1903.1).

Já no mecanismo arbitral de revisão de aplicações de medidas antidumping e compensatórias pelas agências nacionais, o Estado-Parte pode requisitar a revisão por sua própria iniciativa ou a pedido de uma parte privada, intitulada pela lei do país importador a iniciar procedimentos domésticos para revisão judicial dessas determinações (Art. 1904.5).

² MACRORY, Patrick. NAFTA Chapter 19 – A Successful Experiment in International Trade Dispute Resolution. **C. D. Howe Institute Commentary**, n° 168, 2002, p.4.

1.2. *Direito Aplicável.*

Nos painéis arbitrais binacionais regulamentados pelo Art. 1904, o direito aplicável à solução da controvérsia é a lei doméstica do país cuja agência fez uma determinação final com relação à aplicação de medidas antidumping e/ou compensatórias, dado que a função desses painéis é constituir-se uma alternativa à revisão judicial do país que impôs a medida. Nos procedimentos de revisão das alterações legislativas dos Estados-Partes com relação à legislação antidumping (Art. 1903), a revisão judicial visa a determinar se o Estado-Parte cumpriu as obrigações substantivas estabelecidas no Capítulo XIX. Por fim, o procedimento de reclamação extraordinária objetiva assegurar a lisura do procedimento arbitral disciplinado pelo citado Art.1904 (Art. 1904.13).

1.3. *Autoridade, jurisdição e poderes em cada mecanismo de solução de controvérsias.*

1.3.1. *Painel Binacional constituído sob os Arts. 1903 e 1904.*

Após a análise da controvérsia, o painel binacional - segundo o Art. 1903 - deve emitir uma decisão declaratória sobre a proposta de alteração legislativa contestada dizendo (i) se ela é incompatível com os acordos da OMC ou (ii) se visa a anular uma prévia decisão arbitral feita por um painel binacional nos termos do Art. 1904. Nesses casos, o painel pode indicar em seu relatório como a alteração legislativa poderia ser conformada com as previsões legais do Capítulo XIX. Entretanto, por sua própria natureza jurídica, essa decisão declaratória não tem caráter vinculante.

Quanto à revisão judicial empreendida pelo painel binacional instituído em conformidade com o Art. 1904, ela tem caráter vinculante para as partes (Art. 1904.9). Nesta decisão, o painel pode: (i) confirmar a aplicação de medidas antidumping e/ou compensatórias pela agência nacional ou (ii) revogar a medida contestada e remeter a decisão final à agência para que ela implemente uma nova medida compatível com a decisão do painel. Essa decisão é irrecorrível e não é passível de revisão judicial por nenhum órgão judiciário dos Estados-Partes (Art. 1904.11).

1.3.2. *Comitê de Reclamação Extraordinária (ECC).*

O Comitê de Reclamação Extraordinária (ECC) é um tribunal *ad hoc* (composto por três árbitros, juízes federais) cuja função é revisar as decisões dos painéis instituídos de acordo com Art. 1904, atuando apenas em circunstâncias muito específicas (Art. 1904.13).

Além disso, o ECC emite decisões vinculantes sobre a matéria que examina e é o único procedimento por meio de que se pode anular a decisão do painel (Anexo 1904.13) e somente pode ser acionado por um Estado-Parte litigante (Art.1904.13).

Para a instauração desse procedimento a parte demandante deve provar que: (i) um membro do painel teve conduta tendenciosa, imprópria ou representava conflito de interesses ou (ii) houve um desvio grave, por parte do painel, na aplicação de uma regra procedimental ou (iii) o painel manifestamente excedeu sua autoridade, jurisdição ou poderes. Ademais, a parte demandante deve provar, também, que qualquer uma dessas faltas afetou materialmente a decisão do painel ou ameaçou a integridade do processo de revisão judicial binacional. (Art. 1904.13)

Uma vez analisada a procedência das alegações da parte demandante, o ECC pode: (i) confirmar a decisão do painel; (ii) remeter a determinação ao painel de modo que ele possa estipular novas medidas a serem adotadas, as quais devem ser compatíveis com a decisão do ECC ou (iii) revogar a decisão do painel e, nesse caso, um novo painel é constituído para analisar a matéria. (Anexo 1904.13).

1.3.3. *Comitê Especial (Special Comitee).*

O Comitê Especial (*Special Comitee*) é um tribunal *ad hoc* - formado por juízes federais - constituído de acordo com as regras do Anexo 1904.13 como o ECC. Também como o ECC, o Comitê Especial pressupõe condições restritas para sua constituição: que a aplicação da lei pela parte demandada não tenha permitido (i) o estabelecimento de um painel requisitado pela parte demandante; (ii) a emissão da decisão final do painel ou (iii) a implementação de decisão do painel requisitado pela parte demandante, negando o caráter vinculante desta decisão. (Art. 1905.1)

O Comitê Especial, por solicitação da parte demandada, deve também emitir juízo sobre os seguintes assuntos: (i) se a suspensão de benefícios por parte do demandante - Art. 1905. 8(b) - não é excessiva ou (ii) se a mesma corrigiu a incompatibilidade apontada pelo Comitê.

1.4. Retaliação.

O procedimento de retaliação é previsto no NAFTA caso o painel constituído pelo Art. 1903 ou o Comitê Especial tenha feito uma determinação declaratória de descumprimento de obrigações previstas no Acordo pela parte demandada (Art. 1903. 3 e Art. 1905.8). É necessário, ainda, que o procedimento de consultas tenha falhado na resolução da controvérsia (Art. 1903.3. (b) e Art. 1905.8).

Quanto ao painel binacional estabelecido em conformidade com o Art. 1903, caso a parte demandada não retifique sua reforma legislativa de forma compatível com suas obrigações perante o Acordo, a parte demandante pode: (i) promulgar uma legislação comparável ou medida executiva equivalente contra a parte demandada ou (ii) encerrar o Acordo com respeito à parte demandada no prazo de 60 dias (Art. 1903.3. (b)).

Quanto ao Comitê Especial, caso a parte demandada tenha agido de forma incompatível com suas obrigações relativas ao Art. 1905.1, a parte demandante pode suspender: (i) a operação do Acordo com relação à parte demandada ou (ii) a aplicação de benefícios decorrentes da aplicação do Acordo com relação à parte demandada (Art. 1905.8).

2. Questões Polêmicas.

Após 12 anos de existência do sistema de solução de controvérsias instituído pelo Capítulo XIX, destacam-se duas controvérsias com relação a sua aplicação.

Para alguns autores norte-americanos³, os painéis binacionais seriam inconstitucionais e feririam a soberania dos Estados-Partes relativamente à implementação de sua legislação antidumping e de medidas compensatórias. Esta afirmação fundamenta-se no fato de que os painéis binacionais têm, na prática, conseguido modificar as decisões das agências nacionais ao remeter suas decisões com determinações específicas para que estas agências emitam um parecer negativo de dumping ou subsídio⁴. Tal prática foi contestada pelos EUA em

³ MAGNUS, John R. Lumber and the Chapter 19 Mess. *Tradewins*, 2006, p.4; COLARES, Juscelino F. & BOHN, John W. NAFTA's double standards of review. *Wake Forest Law Review*, Vol. 42, issue 1, 2007, pp. 199-246. Disponível em: <<http://www.law.wfu.edu/prebuilt/colares.pdf>>, acesso em 25 de outubro de 2007.

No sentido contrário: HODGES, Jessica K. When enough is too much: the threat of litigating NAFTA's constitutionality and a lost chance to examine undue process in antidumping and countervailing duty determinations. *George Mason Law Review*, Vol. 15, issue 1, 2007, pp. 201-226. Disponível em: <http://law.gmu.edu/gmulawreview/issues/15-1/Volume15Issue1.php>>, acesso em 3 de novembro de 2007.

⁴ **Certain Softwood Lumber Products from Canada – Final Affirmative Countervailing Duty Determination** (Painel Binacional – Art. 1904), Decisão do painel sobre a terceira remessa ao órgão competente, USA-CDA-2002-1904-03, 23 de Maio de 2005. Disponível em: <<http://www.nafta-sec>

procedimento de reclamação extraordinária no caso *Certain Softwood Lumber Products from Canadá*⁵. No entanto, o ECC ratificou a decisão do painel e afirmou expressamente que o painel binacional poderia remeter sua decisão requerendo da agência a modificação de sua determinação caso ele tivesse indícios suficientes de que remeter sua decisão para apreciação da agência nacional seria inócuo⁶.

Aliás, no que diz respeito ao procedimento de reclamação extraordinária, é importante notar que o ECC tem adotado uma postura cautelosa com relação ao exercício de suas prerrogativas⁷, como se vê nos casos *Pure Magnesium from Canada*⁸ e *Grey Portland Cement and Clinker from Mexico*⁹, nos quais o ECC entendeu não haver razões para que este revogasse a decisão do painel ou mesmo remetesse esta decisão ao mesmo.

De fato, no caso *Pure Magnesium from Canada*, o ECC esclareceu que o procedimento de reclamação extraordinária não é uma espécie de apelação¹⁰ e que o sucesso da pretensão subjacente a este procedimento é dependente da comprovação sucessiva e cumulativa de que (i) o painel praticou alguma das condutas descritas no Art. 1904.13.(a)., (ii) que esta conduta praticada pelo painel afetou materialmente a sua decisão e (iii) que esta conduta ameaça a integridade do processo de revisão dos painéis binacionais instituídos de acordo com Art. 1904¹¹.

[alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/ua02033e.pdf](http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/ua02033e.pdf)>, acesso em 15 de março de 2007.

⁵ **Certain Softwood Lumber Products from Canada** (ECC – Art. 1904.13), ECC-2004-1904-01-USA, 10 de Agosto 2005. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2004010e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.

⁶ **Idem**, paras. 120-132.

⁷ Até o momento o procedimento de reclamação extraordinária foi acionado 3 vezes, 2 vezes contra o Canadá e 1 vez contra o México, sendo que os EUA foi a parte demandante em todas estas ocasiões. Dados disponíveis em: <http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=76>, acesso em 10 de novembro de 2007.

⁸ **Pure Magnesium from Canada** (ECC – Art. 1904.13), ECC-2003-1904-01USA. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2003010e.pdf>, acesso em 6 de novembro de 2007.

⁹ **Grey Portland Cement and Clinker from México** (ECC – Art. 1904.13), Decisão sobre a quinta revisão administrativa, ECC-2000-1904-01USA, paras. 3-4. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2000010e.pdf>, acesso em 6 de novembro de 2007.

¹⁰ No mesmo sentido : **Grey Portland Cement and Clinker from México** (ECC – Art. 1904.13), Decisão sobre a quinta revisão administrativa, ECC-2000-1904-01USA, para. 1. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2000010e.pdf>, acesso em 6 de novembro de 2007.

¹¹ **Pure Magnesium from Canada** (ECC – Art. 1904), ECC-2003-1904-01USA, paras. 12-13. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2003010e.pdf>, acesso em 6 de novembro de 2007.

Outro assunto que tem sido considerado polêmico é se os painéis do NAFTA deveriam dar algum valor aos precedentes da OMC¹². A princípio, alguns argumentam que estes não deveriam ser considerados, vez que se baseiam na validade internacional da legislação antidumping e de medidas compensatórias, enquanto os painéis binacionais do NAFTA questionam a validade interna dessas legislações. Todavia, a jurisprudência mostra-se relativamente receptiva aos precedentes da OMC, como em *HFCS*¹³ e *Lumber CVD I*^{14,15}.

III - Capítulo XX: Solução de Controvérsias em nível inter-estatal.

O Capítulo XX do NAFTA estabelece um mecanismo geral de solução de controvérsias entre os Estados-Partes devidas à interpretação, implementação ou aplicação das obrigações assumidas por eles dentro do Acordo.

1. Processo Arbitral.

O processo arbitral inicia-se obrigatoriamente pelas consultas bilaterais ou trilaterais, com o objetivo de alcançar um acordo mútuo e satisfatório, que devem durar, no mínimo, 30 dias (Art. 2006). Caso as consultas não consigam resolver o litígio, qualquer um dos Estados-Partes pode solicitar uma reunião da Comissão de Livre Comércio, que deve contribuir para a solução mutuamente satisfatória da contenda por meio do uso de bons ofícios, mediação, conciliação ou pedir assistência a conselheiros técnicos e/ou criar grupos de trabalho de especialistas e, por fim, fazer recomendações às Partes (Art. 2007). Em não havendo acordo,

¹² SAKAI, Edmond. **Análise Comparativa do Mecanismo de Solução de Controvérsia entre Estados e Particulares no Mercosul e no Nafta**. São Paulo, 2003. 1v, 402f. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. pp. 205-207.

¹³ **Review of the Final Determination of the Antidumping Investigation on imports of High Fructose Corn Syrup originating of the United States of America** (Painel Binacional – Art. 1904), Decisão final, MEX-USA-98-1904-01, 3 de Agosto de 2001, paras. 452-453. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/Mexico/ma98010e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.

¹⁴ **Certain Softwood Lumber Products from Canada – Final Affirmative Countervailing Duty Determination** (Painel Binacional – Art. 1904), Decisão do painel, USA-CDA-2002-1904-03, 13 de Agosto de 2003. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ua02030e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.

¹⁵ Esse posicionamento também se encontra em DE MESTRAL, A. L. C. NAFTA Dispute Settlement: Creative experiment or Confusion?. IN: BARTELS, L. & ORTINO, F (eds). **Regional Trade Agreements and the WTO Legal System**. Londres: Oxford University Press. 2006.

qualquer Estado-Parte consultante pode requisitar a constituição de um painel arbitral¹⁶, que deverá determinar se a parte demandada descumpriu obrigações previstas no Acordo.

É importante destacar que esse mecanismo de solução de controvérsias visa a cumprir um dos objetivos do NAFTA: a criação de procedimentos efetivos para a aplicação e implementação das previsões do Acordo (Art. 2003 e Art. 2004).

1.1. *Sujeitos do Processo.*

O mecanismo de solução de controvérsias previsto no Capítulo XX tem participação restrita aos Estados-Partes do Acordo e pode ser acionado: (i) caso haja controvérsia entre os Estados-Partes com relação à aplicação ou interpretação do Acordo, (ii) caso um Estado-Parte considere que a medida aplicada ou em fase de implementação por outro Estado-Parte, é, ou seria, incompatível com as obrigações estabelecidas pelo Acordo (Art. 2004).

Este mecanismo de solução de controvérsias pode ser acionado, também, caso a parte demandante acredite que a aplicação, por parte de outro Estado-Parte, de uma medida que não seja incompatível com o Acordo, esteja causando ou causaria anulação ou diminuição de benefícios que a parte demandante poderia esperar da implementação do Acordo no que se refere às disposições relativas ao comércio de bens (parte dois do Acordo), ao investimento no setor de energia (capítulo seis do Acordo), às barreiras técnicas (parte três do Acordo), ao comércio transfronteiriço de serviços (capítulo doze do Acordo) como se depreende do Anexo 2004 do Acordo.

Entretanto, deve-se ressaltar que o supramencionado mecanismo de solução de controvérsias não é aplicável às situações previstas no Art. 2101 (exceções gerais) e no Capítulo XIX do Acordo e aos eventuais descumprimentos de obrigações pelos Estados-Partes para os quais cabe o procedimento de retaliação que será visto a seguir (Art. 2004 e Anexo 2004).

Por fim, deve-se destacar que qualquer Estado-Parte terá direito à participação no processo arbitral desde que faça esse requerimento por escrito (Art. 2013).

¹⁶ Sobre a qualificação dos painelistas, ver Art. 2009 deste acordo.

1.2. *Autoridade, poderes e jurisdição do Painel.*

O painel deverá fazer um exame da matéria remetida à Comissão de Livre Comércio à luz das previsões relevantes do Acordo, emitindo pareceres e fazendo determinações e/ou recomendações às Partes (Art.2012.3). Para tanto, pode solicitar aconselhamento técnico de especialistas e peritos ou parecer técnico de uma comissão científica acerca de quaisquer questões específicas levantadas pelas Partes (Arts. 2014 e 2015).

Não obstante, o Painel está submetido ao Código de Conduta e às Regras Modelo que são orientadas pelos seguintes princípios: autonomia da vontade das Partes, direito a uma audiência, devido processo legal, flexibilidade e sigilo dos procedimentos¹⁷ (Art. 2012.1 e 2012.2). Cabe destacar, ainda, que *não há previsão legal para se apelar das decisões tomadas pelo Painel*¹⁸(Art. 2018 e Art. 2019).

1.3. *Retaliação.*

Após a publicação do relatório final do painel determinando a remoção ou a não execução da medida em desconformidade com o Acordo, a implementação dessa decisão deverá ser acordada entre as Partes de forma a adotarem-se ações compatíveis com a determinação do painel (Art. 2018).

Caso as Partes não cheguem a um entendimento para a resolução da controvérsia, a parte demandante pode suspender benefícios em quantidade equivalente ao prejuízo advindo da medida em desconformidade com o Acordo (Art. 2019.1). Tal suspensão deve, primariamente, focar o mesmo setor afetado pela medida incompatível e, caso não seja efetivo, a parte demandante pode retaliar em outros setores (Art. 2019.2).

¹⁷ OJEDA, L e AZAR, C. **UNCTAD's Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property – Regional Approaches: 6.1 NAFTA**. Nova Iorque: UNCTAD, 2003. pp.16-17

¹⁸ SAKAI, Edmond. **Análise Comparativa do Mecanismo de Solução de Controvérsia entre Estados e Particulares no Mercosul e no Nafta**. São Paulo, 2003. 1v, 402f. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p.117.

No mesmo sentido: GANTZ, David A. The United States and NAFTA Dispute Settlement: Ambivalence, Frustration and Occasional Defiance. **Arizona Legal Studies**, Discussion Paper No. 06-26, 2006, p.4. Disponível em: <http://www.law.arizona.edu/faculty/facultypubs/documents/Gantz/ALS0626.pdf>>, acesso em 6 de novembro de 2007.

2. Precedência do Foro do NAFTA.

No caso da possibilidade de um Estado-Parte querer acionar os mecanismos de solução de controvérsias do NAFTA e da OMC, o Acordo prevê que o Estado-Parte tem discricionariedade para escolher o foro que considerar mais adequado para a solução do litígio. Essa escolha é feita em detrimento do outro. Se, por exemplo, o Estado-Parte tiver iniciado procedimento de solução de controvérsia na OMC, ele não poderá recorrer ao painel do Capítulo XX do NAFTA (Art. 2005.6).

O Acordo estabelece, ainda, que se os Estados-Partes não acordarem quanto ao foro adequado, a disputa será resolvida no foro do NAFTA (Art. 2005.2). Se a parte demandada requisitar que a matéria relativa a acordos ambientais, a medidas sanitárias e fitossanitárias e a padrões seja apreciada no foro do NAFTA, assim será feito obrigatoriamente (Arts. 2005.3 e 2005.4).

3. Questões Polêmicas.

Atualmente, um dos assuntos mais controversos no Direito Internacional Econômico é a relação entre os órgãos judiciais dos acordos regionais e o Órgão de Solução Controvérsias (OSC) da OMC. Nessa relação, um dos pontos mais polêmicos é se o tribunal arbitral do acordo regional poderia apreciar alegações de violações de acordos da OMC, algo que, em princípio, estaria fora do direito aplicável às controvérsias na esfera regional. Todavia, percebe-se que há uma relativa receptividade no foro do NAFTA para avaliar obrigações dentro do acordo da OMC. Tal afirmação depreende-se do caso *Broom Corn*, no qual o painel afirmou que a disputa poderia ser resolvida pelo acordo do NAFTA ou pelo acordo relevante da OMC visto que possuem normas substantivamente idênticas¹⁹.

Quanto à análise da mesma questão pela OMC, essa é de mais complexa resolução, conforme discutido no capítulo quarto da presente obra.

Finalmente, outro ponto importante diz respeito à possibilidade de um painel constituído pelas regras do Capítulo XX levar em consideração os precedentes da OMC no

¹⁹ **U.S Safeguard Action taken on Broom Corn Broom from Mexico** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel, USA-97-2008-01, 30 de Janeiro de 1998, para. 50. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub97010e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.

exercício de suas prerrogativas. Neste sentido, deve-se destacar o citado caso *Broom Corn*, em que o painel considerou vários precedentes da OMC²⁰.

²⁰**U.S Safeguard Action taken on Broom Corn Broom from Mexico** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel, USA-97-2008-01, 30 de Janeiro de 1998, paras. 53;66;69-70. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub97010e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.

MERCADO COMUM DO SUL - MERCOSUL*

I. Introdução ao Mercosul. II. Surgimento dos meios de resolução de controvérsias do Mercosul. III. Relação hierárquica entre as normas do Mercosul e as normas do Direito Interno e tratados internacionais. IV. Fases e efeitos das controvérsias entre Estados. V. Fases e efeitos das controvérsias entre Estados e particulares. VI. Questões Polêmicas.

I – Introdução ao Mercosul:

O Mercosul é constituído em sua base pelo Protocolo de Brasília, pelo Protocolo de Ouro Preto e pelo Tratado de Assunção²¹, este considerado por Luiz de Olavo Baptista como fator preponderante de transformações, na medida em que determina novas perspectivas econômicas, comerciais e políticas, e de ligação temporal sucessiva, pois alimenta ânimo de integração entre os países²².

Esses três tratados integram a ordem jurídica interna e internacional relativa aos países membros do bloco, constituindo-se como as três fontes que deram origem ao direito do Mercosul.

As manifestações do Conselho do Mercado Comum (CMC), do Grupo Mercado Comum (GMC) e da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) são consideradas fontes derivadas²³, oriundas de normas provenientes dos órgãos do Mercosul. Tais órgãos possuem caráter intergovernamental, considerando-se o vínculo institucional de subordinação com

* Para um estudo mais aprofundado desse tema ver: SAKAI, Edmond. **Análise Comparativa do Mecanismo de Solução de Controvérsia entre Estados e Particulares no Mercosul e no Nafta**. São Paulo, 2003. 1v, 402f. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

²¹ O Mercosul compõe-se pelo Protocolo de Olivos, Tratado de Assunção e Protocolo de Ouro Preto, após 18 de fevereiro de 2002. SAKAI, Edmond. **Análise Comparativa do Mecanismo de Solução de Controvérsia entre Estados e Particulares no Mercosul e no Nafta**. São Paulo, 2003. 1v, 402f. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p. 19.

²² BAPTISTA, Luiz Olavo. Impacto do Mercosul sobre o Sistema Legislativo Brasileiro. In: BAPTISTA, Luis O., MERCADANTE, Araminta de A., CASELLA, Paulo B. (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 17.

²³ Para Guido Soares, seria necessário, além das fontes derivadas descritas acima - de caráter obrigatório e, caso essenciais, de utilização imprescindível no ordenamento jurídico interno dos países membros – mencionar que as “*Propostas da CCM, as Recomendações da Comissão Parlamentar Conjunta dirigidas ao CMC, as Recomendações expedidas pelo GMC no curso do procedimento geral para reclamações perante a CCM [...], as Recomendações do GMC no procedimento de intervenção do GMC [...], as Recomendações do Foro Econômico e Social dirigidas ao GMC e, enfim, os laudos arbitrais expedidos em conformidade com o POB [...], conquanto fontes de obrigações, referem-se a direitos e deveres dos Estados Parte estabelecidos nas relações interestatais, sem reflexo nas respectivas legislações internas*”. SOARES, Guido F. S. Uma Revisão em Profundidade, em 1996 de: as instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito – sugestões. In: BAPTISTA, Luis O. MERCADANTE, Araminta de A.; CASELLA, Paulo B. (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 102.

relação aos Estados Parte, não com o Mercosul, excluindo-se a supranacionalidade, conforme as exposições de Guido Soares²⁴:

“Supranacionalidade, em primeiro lugar, é uma qualificação atribuível à organização de integração econômica propriamente dita, em função de definições do modelo de integração; neste particular, o indicativo mais evidente é a existência dos graus de transferência do poder decisório dos Estados Parte para a organização: mínima, com órgãos tradicionais de representação dos Estados, os diplomatas ou delegados “ad hoc”, sem capacidade decisória, como órgão supranacional (como nas áreas de livre comércio): média, com órgãos superiores da política interna dos Estados, os Ministros das Relações Exteriores e das áreas econômicas, com capacidade decisória (como nas uniões aduaneiras); máxima, com órgãos semelhantes aos das uniões aduaneiras, e mais órgãos decisórios unicamente responsáveis perante a organização, porque apolíticos (como nas zonas de mercado comum) e suprema, com órgãos completamente despregados de qualquer ‘allegiance’ política aos Estados Parte, portanto, composta de funcionários preferentemente integrantes de uma burocracia supranacional (como existiria numa perfeita união econômica, em que a Comunidade Européia se pretende transformar).

Em segundo lugar, supranacionalidade pode significar, igualmente, um atributo dos atos expedidos pelos órgãos instituídos num sistema regional de integração econômica, que vão desde o grau mínimo, de serem atos obrigatórios unicamente para determinados Órgãos do Poder Executivo dos Estados nas suas relações interestatais (caso das zonas de livre comércio), de serem aplicáveis a todos os bens e pessoas submetidos à jurisdição dos Estados Parte, mas somente após uma internalização expressa, segundo procedimentos domésticos destes (caso das uniões aduaneiras) ou de serem aplicáveis diretamente àquelas pessoas e bens, sem necessidade de incorporações ‘ad hoc’ pelos órgãos internos dos Estados Parte (caso dos mercados comuns e das uniões econômicas)”.

Dessa forma, fica evidente o viés diplomático do sistema de solução de controvérsias do bloco, graças à preponderância da intergovernamentalidade, em detrimento da atuação jurídica, diferenciando-se do mecanismo de resolução de disputas do Direito Internacional.

²⁴ SOARES, Guido F. S. *Op. Cit.* p. 57.

II – Surgimento dos meios de resolução de controvérsias do Mercosul:

Os princípios básicos do sistema de solução de controvérsias do bloco derivam da cristalização de meios decisivos para a coexistência de práticas seculares. O bloqueio marítimo, como uma dessas práticas, ocasionou numa nova relação entre os Estados bloqueadores e os Estados bloqueados, em função da inexistência de regras pré-determinadas, gerando divergências que possibilitaram o surgimento dos alicerces de um direito costumeiro, assentado sobre tais princípios, respeitados até o início da Primeira Guerra Mundial²⁵.

Através dos “bloqueios à distância”, utilizados Durante a Primeira Guerra Mundial, caíram em desuso os bloqueios admitidos e utilizados pelo direito costumeiro. Apesar de serem inicialmente condenados por violarem tal direito, os “bloqueios à distância” possuíam enorme vantagem militar, já que passaram a usar submarinos e minas costeiras, configurando uma prática de grande eficiência econômica. O uso freqüente de tal prática passou a ser consagrado e utilizado a partir da Segunda Guerra Mundial.

Desde então, novas tecnologias têm surgido, transformando o conceito de bloqueio e propiciando a ascensão de três princípios admitidos e praticados pelos Estados: o princípio da publicidade, através do qual se impõe o esclarecimento do uso do bloqueio como requisito para sua validade; o princípio da imparcialidade, que determina a igualdade na direção e aplicação das regras do bloqueio aos Estados neutros; e o princípio da razoabilidade, preconizando a proporcionalidade nos meios e nos fins do bloqueio.

Dentre as formas de coerção internacional, destacam-se em extremos opostos a guerra econômica, através da convergência de pressão financeira para desfavorecer um Estado, e outras formas de coação que afetam determinadas áreas econômicas, através dos instrumentos designados para a solução de controvérsias.

²⁵ Segundo Eric Hobsbawm, “a primeira guerra mundial envolveu todas as grandes potências, e na verdade todos os Estados europeus, com exceção da Espanha, dos Países Baixos, dos três países da Escandinávia e da Suíça. E mais: tropas do ultramar foram, muitas vezes pela primeira vez, enviadas para lutar e operar fora de suas regiões. Canadenses lutaram na França [...], os Estados Unidos [...] mandaram seus soldados para lá [...], indianos foram enviados para a Europa e o Oriente Médio [...] e africanos lutaram no exército francês. Embora a ação militar fora da Europa não fosse muito significativa a não ser no Oriente Médio, a guerra naval foi mais uma vez global: a primeira batalha travou-se em 1914, ao largo das ilhas Falkland, e as campanhas decisivas, entre submarinos alemães e comboios aliados, deram-se sobre e sob os mares do Atlântico Norte e Médio [...] começou como uma guerra essencialmente européia, entre a tríplice aliança de França, Grã-Bretanha e Rússia, de um lado, e as chamadas “Potências Centrais” (grifos do autor). Alemanha e Áustria-Hungria, do outro, com a Sérvia e a Bélgica sendo imediatamente arrastadas para um dos lados devido ao ataque austríaco (que, na verdade, detonou a guerra) à primeira e o ataque alemão à segunda (como Parte da estratégia de guerra da Alemanha). [...] mais objetivo, o Japão entrou quase de imediato, a fim de tomar posições alemãs no Oriente Médio e no Pacífico ocidental, mas não se interessou por nada fora de sua região, e - mais importante - os EUA entraram em 1917. Na verdade, sua intervenção seria decisiva”. HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 31.

No entanto, a Organização das Nações Unidas (ONU) repreende a prática da pressão econômica por sua semelhança com o emprego da força, expressamente condenado pela Carta, e estimula o uso de meios pacíficos para solucionar conflitos, enumerando os meios políticos, jurídicos e diplomáticos.

Se, por um lado, o uso de pressão econômica para a resolução de controvérsias represente um custo bem menor do que aquele causado por uma guerra provocada com a mesma finalidade, por outro lado, verifica-se que a mesma pressão poderia ser utilizada como arma capaz de arruinar um Estado mais pobre, caracterizando ato de violência.

Por este motivo, os tratados regionais de comércio, como o Mercosul e o Nafta, por exemplo, desenvolveram instrumentos dirigidos para a resolução de conflitos com o intuito de promover maior aplicação dos sistemas de solução de controvérsias impostos por lei (“rule oriented”), de caráter pacífico, em detrimento dos sistemas impostos por força política ou econômica (“power oriented”)²⁶.

III – Relação hierárquica entre as normas do Mercosul e as normas do Direito Interno e tratados internacionais:

Para que as normas do Mercosul seja aplicadas imediatamente, dependerão das disposições nos tratados constitutivos, da maneira como foram recepcionadas no ordenamento jurídico interno e do reconhecimento de que tais normas encontram-se em um patamar hierarquicamente superior com relação às normas internas estabelecidas posteriormente.

Quanto a isso, há de se considerar as teorias dualista e monista, como teorias clássicas desenvolvidas na primeira metade do século XIX: conforme a teoria dualista “*o Direito Internacional e o Direito Interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional*”²⁷, colocando em evidência a multiplicidade de fontes jurídicas de normas; por sua vez, a teoria monista evidencia o princípio da subordinação, em uma relação hierárquica rigorosa, onde o Direito Internacional e o Direito Interno sempre seria considerado superior ou inferior ao outro ordenamento.

Com relação à incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico interno do Brasil, observa-se a adoção da teoria monista, de forma moderada, visto que, apesar de admitir a superioridade das normas internacionais em certas matérias, de modo geral utiliza a

²⁶ SAKAI, Edmond. *Op. Cit.* p. 28.

²⁷ REZEK, José F. **Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000. p. 4.

regra de que a lei posterior revoga a anterior, sem atribuir diferença hierárquica entre norma interna e internacional.

Quanto à vigência das normas internacionais, pode ocorrer com a incorporação mediante atuação do Congresso Nacional²⁸, como ocorre no Brasil e no Uruguai, ou pela aplicação imediata do Poder Executivo, conforme os métodos utilizados na Argentina e no Paraguai. Vale ressaltar que a relação hierárquica ficará subordinada às disposições do texto constitucional sobre a matéria, resolvendo-se, em caso de lacunas na lei, através da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça.

Sobre o mesmo assunto, ainda existem duas interpretações que devem ser levadas em consideração: uma delas consistiria na admissão da natureza normativa de decisões, diretrizes e resoluções, cujas normas de tal espécie se submeteriam ao Congresso Nacional, para serem incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro; a outra interpretação atribui duas categorias para tais decisões, sendo a primeira, incorporada no direito interno pelos trâmites previstos para os tratados, e a segunda, através de decretos e portarias, nas atribuições conferidas ao Poder Executivo²⁹ devido à sua natureza regulamentar.

Já na Argentina, observa-se a inferioridade das normas de direito interno, promulgadas posteriormente, com relação às disposições dos tratados, prevalecendo a teoria monista. Conforme as disposições dos itens 22 e 24 do artigo 75 da Constituição desse país:

²⁸ “*Compete ao presidente da República enviar ao Congresso Nacional para que sejam apreciados o texto do acordo e a exposição de motivos elaborada pelo ministro das Relações Exteriores. A discussão da matéria será realizada em ambas as Casas do Congresso, primeiro na Câmara e depois no Senado. A eventual recusa do compromisso pela Câmara, raras na História do Brasil, impedirá sua apreciação pelo Senado. No caso de Tratados submetidos às duas Casas do Congresso para aprovação – por maioria absoluta do número total dos membros de cada Casa – é feita por meio de um Decreto Legislativo da Mesa do Senado, a ser publicado no Diário Oficial. É interessante também notar que cabe ao Senado Federal autorizar as operações externas de natureza financeira dos Estados, municípios, Distrito Federal e União. Assim, quando a competência é apenas do Senado, a aprovação – também por maioria absoluta dos membros da sua Casa – é feita por meio de uma Resolução*”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 225.

²⁹ “*Deve-se mencionar que os ‘executive agreements’ estão dentro da jurisdição do Executivo. João Rezek destacava três categorias de acordos executivos que encontram guarida na Constituição Federal: os acordos ‘que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente’, os ‘que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento’ e os de ‘modus vivendi’ que estabelecem as bases para negociações futuras. Além disso, Rezek considera que são necessários dois requisitos para caracterizar os acordos executivos que dispensaram a aprovação por Parte do Congresso: a reversibilidade e a preexistência de cobertura orçamentária. Tais acordos somente pertencem ao domínio da rotina diplomática quando possam ser desconstituídos por intermédio de retratação expressa de uma das Partes. É exigido. Outrossim, que a execução de tais acordos absorva exclusivamente os recursos orçamentários destinados ao Ministério das Relações Exteriores*”. REZEK, José F. **Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva. 2000. p. 62-64.

“Art. 75: Corresponde al Congreso:

22 – Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras Partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras Partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.

24 – Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

Quanto ao Paraguai, desde que os tratados internacionais sejam aprovados pelo congresso e ratificados, suas normas estarão acima do ordenamento jurídico interno. De acordo com as disposições do artigo 137 da Constituição desse país:

“Artículo 137 – De la Supremacia de la Constitución

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley.

Esta Constitución no perderá su vigencia ni dejará de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella dispone.

Carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución.”

O Uruguai, por sua vez, não apresenta nenhum dispositivo em sua Constituição que esclareça ou auxilie na determinação de hierarquia entre normas internacionais e normas de direito interno, assim como no Brasil.

Quanto às dificuldades encontradas durante a recepção e assimilação das normas, deve-se mencionar o empecilho provocado pelo excesso de etapas destinadas ao processo de aplicação das normas do Mercosul no âmbito interno dos países membros, as diversas formas de implementação do procedimento de incorporação de normas internacionais, a inexperiência da administração pública para aplicar os dispositivos normativos do Mercosul, devido à descentralização do processo, e a não aceitação, pelos Estados Parte, dos pedidos de revisão feitos pelos órgãos nacionais, devido a erros durante a negociação³⁰.

Vale esclarecer que há igualdade hierárquica entre os tratados internacionais e as normas do Mercosul. Existe sempre a necessidade de aprovação do Congresso Nacional, seguida da promulgação realizada pelo presidente da República. Não obstante, caso alguma norma do Mercosul não exigir a aprovação do Congresso Nacional, será considerada em uma

³⁰ SAKAI, Edmond. *Op. Cit.* p. 47.

posição hierárquica semelhante àquela dos tratados internacionais comuns, que, para serem recepcionados pelo ordenamento jurídico interno, exigiam aprovação do Poder Legislativo.

IV – Fases e efeitos das controvérsias entre Estados:

As divergências entre Estados compreendem diferentes fases, determinadas por dois procedimentos alternativos: os litígios vinculados à forma de aplicação dos instrumentos de política comercial, conforme as disposições do Protocolo de Ouro Preto, são apreciados, numa primeira fase, pela Comissão de Comércio do Mercosul, na segunda, pelo Grupo de Mercado Comum, e na terceira, pelo Tribunal Arbitral “Ad Hoc”; já as demandas referentes à interpretação, aplicação ou inobservância do cumprimento das normas do Tratado de Assunção, seus acordos, decisões, resoluções ou diretrizes são resolvidas, na primeira etapa, através de Negociações Diretas, na segunda, pelo GMC, e na terceira fase, pelo Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, conforme o Protocolo de Brasília³¹.

Quanto aos efeitos, devem ser levadas em consideração duas hipóteses: a primeira refere-se aos litígios resultantes da inobservância de atuação dos instrumentos de política comercial comum, estabelecidos em consenso pelos Estados Parte com o objetivo de fazer a união aduaneira imperfeita intra-Mercosul funcionar, quanto a outros Estados, organismos internacionais e acordos comerciais; a segunda refere-se às demandas resultantes de diferentes interpretações, observância ou não das disposições do Tratado de Assunção, de seus acordos, decisões do CMC, resoluções do GMC e diretrizes da CCM.

Na primeira hipótese supramencionada, em sua primeira fase, o Estado que apresentou a demanda deve reclamar expressamente perante a CCM, e esta deverá inserir a demanda na ordem do dia. Na primeira reunião subsequente da CCM, será feita a oitiva das partes em litígio. Caso não haja decisão por este mesmo órgão, a matéria será remetida a um Comitê Técnico (CT). Caso não haja consenso após a manifestação da CCM e das partes, o GMC deverá se pronunciar. Se o consenso foi obtido, o demandado deverá cumprir as determinações da CCM.

Na segunda fase, o GMC intervirá, se não houver consenso na CCM, e deverá promover a oitiva das partes, formulando uma recomendação com a finalidade de encerrar o litígio. Caso haja consenso, o demandante deverá cumprir as determinações da GMC.

³¹ “Enquanto o procedimento – seja entre Estados, seja entre Estados e Particulares – Previsto no POB é mais rápido e de caráter automático, o do Anexo do POP permite aos Estados mais tempo para negociações e intercâmbio de informações.” SAKAI, Edmond. *Op. Cit.* p. 49

Na terceira e última fase, caso as partes não alcancem uma solução, caberá recurso mediante comunicado à Secretaria Administrativa. É nesta fase em que o procedimento arbitral é instaurado, provocando a submissão obrigatória das partes à arbitragem. O Tribunal Arbitral será formado e decidirá o conflito utilizando como base as fontes jurídicas do Mercosul, através do voto da maioria. A decisão é inapelável e obrigatória a partir da notificação dos Estados Parte.

Retomando a segunda hipótese, em sua primeira fase, os Estados Partes negociarão tradicionalmente, utilizando os meios diplomáticos de costume, caracterizando um procedimento formal pela existência de prazo de 15 dias para a negociação. A segunda fase ocorrerá caso as negociações diretas não alcançarem seus objetivos, devendo o litígio ser submetido ao GMC, que desempenhará o papel de conciliador³², formulando recomendações às partes. Se ainda assim não houver consenso, a demanda passará para a terceira fase, onde operar-se-á o procedimento arbitral.

V – Fases e efeitos das controvérsias entre Estados e particulares:

Os litígios entre Estados e Particulares abrangem diferentes etapas, que irão variar conforme dois meios possíveis: as demandas relacionadas à aplicação dos instrumentos de política comercial, compreendendo, na primeira fase, a apreciação pela CCM, na segunda fase, a participação do GMC, e na terceira fase, o recurso ao Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, conforme o POP; e o segundo meio, referente aos litígios envolvendo sanção ou aplicação de restrições legais ou administrativas, discriminatórias ou de concorrência desleal, que violem o Tratado de Assunção, seus acordos, decisões do CMC, resoluções do GMC e diretrizes da CCM, admitindo, na primeira fase, a apreciação pela Seção Nacional do GMC, na segunda, a participação direta do GMC e, na terceira fase, o Tribunal Arbitral “Ad Hoc”, seguindo as disposições do POB e do POP combinados em seus artigos específicos³³.

³² O papel desempenhado pelo GMC não deverá ser considerada de mediador, já que tal função seria desempenhada por um Estado, não pelo órgão de uma instituição. MELLO, Celso D. de A. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1364.

³³ Conforme Guido Soares, as demandas oriundas de autarquias, de sociedades de economia mistas, empresas públicas, dentre outras instituições, “*dependerá do tratamento jurídico que as legislações internas dos Estados Parte lhes confirmam com relação às empresas privadas*”. Quanto às empresas permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, o autor acredita ser incorreta a denominação de tais empresas como particulares, pois “*suas atividades se referem a atividades típicas de um órgão do Estado*”. SOARES, Guido F. S. *Op. Cit.* p.138.

Quanto ao primeiro meio supracitado, os efeitos e procedimentos seriam os mesmos daqueles exemplificados nos conflitos entre Estados, em condições análogas, conforme o anexo do POP.

Para o segundo meio mencionado, o procedimento admitido pelo POB prevê três fases: na primeira fase, o requerente particular deve formular uma petição embasada em fundamentos, juntando provas que confirmem os argumentos contidos na peça, demonstrando a nocividade dos atos do requerido, praticados ou prestes a ocorrer, no âmbito legislativo ou administrativo, perante a Seção Nacional do GMC, no país onde reside.

A menos que a demanda não esteja vinculada à questões discutidas por meio de negociação direta, na arbitragem ou no GMC, conforme as disposições do artigo 27 do POB, a Seção Nacional do GMC que aceitou a reclamação poderá negociar com a Seção Nacional do GMC do Estado requerido para resolver a controvérsia, caso o particular aceite.

Na segunda fase, caso o litígio não se resolva em 15 dias, a demanda será encaminhada ao GMC, que deverá avaliar os argumentos recebidos pela Seção Nacional do GMC na primeira reunião subsequente, podendo extinguir o processo sem apreciar o mérito caso não haja fundamentação adequada.

No entanto, caso o GMC ratifique a irregularidade, deverá proceder imediatamente a um grupo de especialistas que formulará um parecer dentro de 30 dias, prazo no qual será dada a oportunidade para ambas as partes se manifestarem.

Vale salientar que a única possibilidade de participação de particulares diretamente no litígio acontece na ocasião da convocação dos especialistas. Os momentos mais importantes do processo ficarão a cargo exclusivo dos órgãos do Mercosul e dos Estados Partes. Qualquer Estado Parte terá legitimidade para exigir a implementação de medidas que possam corrigir ou anular aquelas postas em questão, caso o requerente seja favorecido pelo parecer.

Quanto ao prazo de cumprimento da decisão, este será de 15 dias, e sua inobservância autoriza o representante do requerente a recorrer imediatamente à arbitragem.

A terceira e última fase corresponde ao mesmo procedimento arbitral mencionado no litígio entre Estados.

VI – Questões Polêmicas:

Após vários anos de funcionamento dos sistemas de solução de controvérsias da OMC e do MERCOSUL, surgiu uma polêmica a respeito de uma possível relação hierárquica entre

estes fóruns, a qual foi motivada pela adoção do Protocolo de Olivos em 2002, que estabeleceu uma cláusula de exclusividade de fórum.

Segundo esta cláusula, os Estados-Membros do Mercosul poderiam optar por recorrer, alternativamente, pelos fóruns da OMC ou Mercosul. Entretanto, uma vez feita a opção por um destes fóruns e concedida uma decisão final em um destes, o Estado-Membro do Mercosul não poderia recorrer ao fórum rejeitado anteriormente.

Neste contexto, foi levantada a controvérsia se este protocolo teria validade segundo o Direito Internacional Público, ou, ainda, se a OMC o levaria em consideração. Em 2003, o Brasil recorreu na OMC contra a Argentina a respeito de medidas antidumping efetivadas por este país após ter recebido uma decisão negativa sobre o mesmo litígio.

Neste caso, intitulado *Argentina – Poultry*, o painel argumentou que não iria analisar a questão a fundo, visto que o Protocolo de Olivos não estava, à época, em vigor³⁴. Entretanto, como se pode imaginar, a polêmica permaneceu, pois não ficou claro se o painel iria aplicar o Protocolo de Olivos caso este estivesse em vigor.

Por fim, até o momento não há um consenso a esse respeito, especialmente em um contexto em que se esperam mudanças nos procedimentos de solução de controvérsias da OMC, ainda que haja autores que defendam a ausência de hierarquia entre os fóruns (e suas respectivas ordens normativas) no plano internacional³⁵.

³⁴ Conferir: **Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil**, Decisão do Painel *Ad Hoc*, WT/DS241/R, 22 de Abril de 2003. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em 20 de Janeiro de 2008.

³⁵ Para um estudo mais aprofundado desse tema ver: OLIVEIRA, BARBARA. **The Relation Between WTO law and Public International Law: The applicable law before WTO panels**. Londres, 2005. 1v, 40f. Dissertação (Doutorado) – University College London LLM Programme.

CONCLUSÃO:

O Capítulo XIX do NAFTA certamente pode ser considerado um sucesso³⁶, não sem alguns revezes. Seu mecanismo de solução de controvérsias pode ser considerado imparcial, mais eficiente se comparado com a revisão judicial doméstica, além de ter permitido uma aplicação mais justa da legislação antidumping e de medidas compensatórias³⁷ e um aumento considerável da previsibilidade das relações comerciais ao adotar mecanismo “*rule-oriented*” na acepção de John. H. Jackson³⁸. Os temores de que os painéis estariam excedendo seus poderes e, assim, prejudicando os Estados-Partes, têm-se mostrado infundados³⁹. Além disso, percebe-se uma relativa receptividade à apreciação dos precedentes da OMC, mesmo não representando uma tendência jurisprudencial clara. Finalmente, seu mecanismo de solução de controvérsias certamente inovou ao permitir que partes privadas pudessem requerer, por meio de seus governos, o início de procedimentos de revisão judicial através de painéis binacionais.

O mecanismo de solução de controvérsias estabelecido pelo Capítulo XX do NAFTA também se mostra, aparentemente, eficiente, tendo um caráter mais pragmático e dando ênfase à solução consensual do litígio. Entretanto, é muito cedo para se estabelecer uma tendência jurisprudencial no que tange a relação que se estabelecerá entre seu mecanismo de solução de controvérsias e a OMC, visto que somente foram solucionados três contenciosos neste procedimento arbitral até o presente momento⁴⁰.

Já o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL tem se mostrado como um fator importante de integração regional, que, no entanto, necessita de se aprimorar com vistas a atender às crescentes demandas jurisdicionais do bloco, contribuindo, assim, para aumentar a segurança jurídica das relações comerciais dentro do bloco e a confiança dos investidores estrangeiros nesse bloco regional. Isso se torna ainda mais urgente no contexto

³⁶ Até o momento foram apresentados 115 casos, 21 contra o Canadá, 17 contra o México e 77 contra os Estados Unidos. Dados disponíveis em: <http://www.nafta-sec-alena.org/Defaultsite/index_e.aspx?DetailID=76>, acesso em 10 de novembro de 2007.

³⁷ MACRORY, Patrick. NAFTA Chapter 19 – A Successful Experiment in International Trade Dispute Resolution. **C. D. Howe Institute Commentary**, nº 168, 2002. pp. 21-24.

³⁸ JACKSON, John H. **The Jurisprudence of GATT & The WTO**. Nova Iorque: Cambridge Press, 2007. pp. 121-122.

³⁹ MACRORY, Patrick. NAFTA Chapter 19 – A Successful Experiment in International Trade Dispute Resolution. **C. D. Howe Institute Commentary**, nº 168, 2002, pp. 20-21.

⁴⁰ **Tariffs applied by Canada to Certain U.S. – Origin Agricultural Products** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel, CDA-95-2008-01, 2 de dezembro de 1996 ; **Cross-Border Trucking Services** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel USA-MEX-98-2008-01, 6 de fevereiro de 2001 e **U.S Safeguard Action taken on Broom Corn Broom from Mexico** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel, USA-97-2008-01, 30 de Janeiro de 1998. Dados disponíveis em: <http://www.nafta-sec-alena.org/Defaultsite/index_e.aspx?DetailID=76>, acesso em 10 de novembro de 2007.

atual, em que se pretende permitir a adesão de novos parceiros comerciais tais como a Bolívia e a Venezuela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Obras, Artigos e Teses:

- BAPTISTA, Luiz Olavo. Impacto do Mercosul sobre o Sistema Legislativo Brasileiro. In: BAPTISTA, Luis O., MERCADANTE, Araminta de A., CASELLA, Paulo B. (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998.
- COLARES, Juscelino F. & BOHN, John W. NAFTA's double standards of review. **Wake Forest Law Review**, Vol. 42, issue 1, 2007, pp. 199-246. Disponível em: <<http://www.law.wfu.edu/prebuilt/colares.pdf>>, acesso em 25 de outubro de 2007.
- DE MESTRAL, A. L. C. NAFTA Dispute Settlement: Creative experiment or Confusion?. *IN*: BARTELS, L. & ORTINO, F (eds). **Regional Trade Agreements and the WTO Legal System**. Londres: Oxford University Press. 2006.
- GANTZ, David A. The United States and NAFTA Dispute Settlement: Ambivalence, Frustration and Occasional Defiance. **Arizona Legal Studies**, Discussion Paper No. 06-26, 2006, p.4. Disponível em: <http://www.law.arizona.edu/faculty/facultypubs/documents/Gantz/ALS0626.pdf>>, acesso em 6 de novembro de 2007.
- HOBBSBAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991. Trad. de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HODGES, Jessica K. When enough is too much: the threat of litigating NAFTA's constitutionality and a lost chance to examine undue process in antidumping and countervailing duty determinations. **George Mason Law Review**, Vol. 15, issue 1, 2007, pp. 201-226. Disponível em: <http://law.gmu.edu/gmulawreview/issues/15-1/Volume15Issue1.php>>, acesso em 3 de novembro de 2007.
- JACKSON, John H. **The Jurisprudence of GATT & The WTO**. Nova Iorque: Cambridge Press, 2007.
- MACRORY, Patrick. NAFTA Chapter 19 – A Successful Experiment in International Trade Dispute Resolution. **C. D. Howe Institute Commentary**, nº 168, 2002, p.4.
- MAGNUS, John R. Lumber and the Chapter 19 Mess. **Tradewins**, 2006, p.4.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

- OJEDA, L e AZAR, C. **UNCTAD's Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property – Regional Approaches: 6.1 NAFTA**. Nova Iorque: UNCTAD, 2003. pp.16-17
- OLIVEIRA, BARBARA. **The Relation Between WTO law and Public International Law: The applicable law before WTO panels**. Londres, 2005. 1v, 40f. Dissertação (Doutorado) – University College London LLM Programme.
- REZEK, José F. **Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.
- SAKAI, Edmond. **Análise Comparativa do Mecanismo de Solução de Controvérsia entre Estados e Particulares no Mercosul e no Nafta**. São Paulo, 2003. 1v, 402f. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- SOARES, Guido F. S. Uma Revisão em Profundidade, em 1996 de: as instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito – sugestões. In: BAPTISTA, Luis O. MERCADANTE, Araminta de A.; CASELLA, Paulo B. (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

Documentos oficiais e Tratados:

-North American Free Trade Agreement (Washington, Ottawa, Cidade do Mexico). Celebrado em 17 de dezembro de 1992, em vigor desde 1 de janeiro de 1994. International Legal Materials, v.32, 289, 1993; e International Legal Materials, v. 32, p. 605, 1993.

Jurisprudência:

- **Argentina – Definitive Anti-Dumping Duties on Poultry from Brazil**, Decisão do Painel *Ad Hoc*, WT/DS241/R, 22 de Abril de 2003. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em 20 de Janeiro de 2008.

- **Certain Softwood Lumber Products from Canada – Final Affirmative Countervailing Duty Determination** (Painel Binacional – Art. 1904), Decisão do painel sobre a terceira remessa ao órgão competente, USA-CDA-2002-1904-03, 23 de Maio de 2005. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/ua02033e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.

- **Certain Softwood Lumber Products from Canada – Final Affirmative Countervailing Duty Determination** (Painel Binacional – Art. 1904), Decisão do painel, USA-CDA-2002-1904-03, 13 de Agosto de 2003. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ua02030e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.
- **Certain Softwood Lumber Products from Canada** (ECC – Art. 1904.13), ECC-2004-1904-01-USA, 10 de Agosto 2005. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2004010e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.
- **Cross-Border Trucking Services** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel USA-MEX-98-2008-01, 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub98010e.pdf>, acesso em 10 de novembro de 2007.
- **Grey Portland Cement and Clinker from México** (ECC – Art. 1904.13), Decisão sobre a quinta revisão administrativa, ECC-2000-1904-01USA, paras. 3-4. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2000010e.pdf>, acesso em 6 de novembro de 2007.
- **Pure Magnesium from Canada** (ECC – Art. 1904.13), ECC-2003-1904-01USA. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/USA/ue2003010e.pdf>, acesso em 6 de novembro de 2007.
- **Review of the Final Determination of the Antidumping Investigation on imports of High Fructose Corn Syrup originating of the United States of America** (Painel Binacional – Art. 1904), Decisão final, MEX-USA-98-1904-01, 3 de Agosto de 2001, paras. 452-453. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_19/Mexico/ma98010e.pdf>, acesso em 15 de março de 2007.
- **Tariffs applied by Canada to Certain U.S. – Origin Agricultural Products** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel, CDA-95-2008-01, 2 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/Canada/cb95010e.pdf>, acesso em 10 de novembro de 2007.

- **U.S Safeguard Action taken on Broom Corn Broom from Mexico** (Painel – Capítulo XX), Relatório Final do Painel, USA-97-2008-01, 30 de Janeiro de 1998, para. 50. Disponível em: http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub97010e.pdf >, acesso em 15 de março de 2007.

ABREVIACÕES

CCM – Comissão de Comércio do Mercosul

CMC – Conselho do Mercado Comum

CT – Comitê Técnico

ECC – Extraordinary Challenge Committee (Comitê de Reclamação Extraordinária)

GMC – Grupo Mercado Comum

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

NAFTA – North American Free Trade Agreement

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias / OMC

p. / pp. – Página / Páginas

para. / paras. – Parágrafo / Parágrafos

POB – Protocolo de Brasília

POP – Protocolo de Ouro Preto

TA – Tratado de Assunção