

I SEMINÁRIO DE DIREITO INTERNACIONAL - I. A. B. / RJ

Dia 19.11.98 (5.^a feira)
09:00 hs –

ARBITRAGEM NO DIREITO COMUNITÁRIO DO MERCOSUL **

CLÁUDIO VIANNA DE LIMA

Pensa-se desenvolver o tema em epígrafe expondo, em termos essenciais, os seguintes pontos:

- (1) ARBITRAGEM . . . E ARBITRAGEM -
- (2) DIREITO COMUNITÁRIO –
- (3) IDEAL INTEGRACIONISTA DA AMÉRICA DO SUL -
- (4) SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO MERCOSUL e
- (5) CONCLUSÕES.

1. ARBITRAGEM . . . E ARBITRAGEM

Tenha-se em vista, apenas para a continuidade do que se expõe e do que se pretende sustentar, que a **arbitragem** é um modo de resolver conflitos de interesses amigavelmente, fora do Judiciário e, por conseguinte, da JURISDIÇÃO, que expressa a soberania do Estado, pela entrega consensual, pelas partes, a terceiro ou terceiros, capazes e de sua confiança

* Exposição, a 19.11.98, no I SEMINÁRIO DE DIREITO INTERNACIONAL –IAB/RJ.

da atribuição de julgar o conflito, para extinguí-lo,. Há, de parte a parte, a plena convicção de que se age legitimamente e de que o adversário tem a mesma postura, ambas as partes, desta sorte, de boa fé. Obrigam-se a acatar, executar e cumprir o que decidido for pelo árbitro ou pelos árbitros, como se denominam os terceiros, no caso.¹ ARBITRAGEM e ÁRBITRO provêm das mesma raiz latina de ARBITRU, que gerou, igualmente, no vernáculo, a palavra ARBÍTRIO, sinônimo de manifestação de vontade. Coerente com o que, o art. 1.º da Lei n.º 9307, de 23 de setembro de 1996, que “ dispõe sobre a arbitragem”, se refere a que “ **AS PESSOAS CAPAZES DE CONTRATAR** (ou seja, aptas a expressar, por si, validamente, a sua vontade) **PODERÃO VALER-SE DA ARBITRAGEM PARA DIRIMIR**

¹ A cooperação de terceiro ou de terceiros, capazes e de confiança das partes em conflito, para a sua solução, é um ponto comum nos denominados meios amigáveis, ou pacíficos, de resolver choques de vontades. Precisamente a maior ou menor intervenção do terceiro ou dos terceiros faz a diferença entre a MEDIAÇÃO (limitada a intervenção à simples tarefa de aproximar as partes, para que se entendam diretamente), a CONCILIAÇÃO (em que o trabalho do terceiro ou dos terceiros vai um pouco além, sugerindo, propondo, fórmulas para o entendimento e a solução do conflito, em um esforço, assim, maior) e a ARBITRAGEM (em que o terceiro ou os terceiros, recebendo das partes, consensualmente, a atribuição de resolver o choque de interesses, verdadeiramente JULGAM, não podendo, isto sim, ir além do conhecimento e da decisão do caso, não lhes sendo dada a prática de atos de constrição da vontade das partes, seja na execução forçada, seja em provimento cautelar compulsório). Para a imposição do que seja às partes desavindas poderá ser chamado o órgão judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (veja-se o art. 22, § 4.º, da lei 9.307, de 23.11.96, a que se reportará adiante). O que não afasta, contudo, da esfera da arbitragem, a execução e a medida cautelar voluntárias, visto que consentidas. Observe-se que a diferenciação feita entre MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO e ARBITRAGEM, como também a conseqüente distinção, pelas tarefas respectivas, entre MEDIADORES, CONCILIADORES e ÁRBITROS, na doutrina, exige necessária referência à extrema FUNGIBILIDADE dos três mencionados modos pacíficos de resolver conflitos, conversíveis um em outro conforme a indicação do caso concreto. Igualmente se deve ter atenção para a infidelidade terminológica, É possível encontrar referência à mediação como gênero dos meios amigáveis em foco, desdobrando-se em mediação, em sentido estrito e conciliação, ou mesmo o uso da palavra mediação como sinônima de conciliação e vice versa (é o que se vê na prática do Direito Argentino e do Direito dos Estados Unidos da América), em verdadeira confusão de conceitos e significados.

LITÍGIOS (rectius, conflitos²) RELATIVOS A DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS”³.

A remissão à nova Lei de Arbitragem dá ensejo a que se faça , como é um dos intentos deste texto, a diferença entre formas distintas do mesmo INSTITUTO DA ARBITRAGEM. Porquanto, é fácil ver, a arbitragem a que se dedicou o Barão do Rio Branco e que o fez notável, resolvendo, pacificamente, questões de fronteiras do Brasil, embora, em princípio, idêntica à regulada pela lei nova aludida, não é contudo a mesma nas suas normas, no seu campo de atuação e no modo de operar. As regras a que obedece a arbitragem entre as nações se filiam ao Direito Internacional Público. A sua área é, em princípio, a das relações internacionais entre os Estados soberanos. O modo de agir é profundamente influenciado por esta circunstância mesma de se tratar de relacionamento entre Estados com o atributo, essencial, de sua capacidade de autodeterminar-se.

² O Direito, como Ciência (que define os fenômenos para a sua perfeita distinção face aos demais fenômenos), não pode admitir confusões terminológicas. Notadamente quando se busca firmar, no país, o Direito Arbitral ,não é elogiável o emprego de termos e expressões do Direito Processual. Veja-se o douto Relatório da Comissão que elaborou o precioso, nada obstante natimorto, anteprojeto de lei de arbitragem do saudoso Ministro Hélio Beltrão, de que foi relator o douto advogado RAUL MURGEL BRAGA, bem como as também autorizadas manifestações de consagrados autores, citados pelo insigne Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA , revendo o portentoso “ MANUAL ELEMENTAR DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL” , do grande ALFREDO DE ARAUJO LOPES DA COSTA. A propósito, consulte-se, igualmente, o “CURSO DE INTRODUÇÃO À ARBITRAGEM”, CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, Lumen Juris, 1998, pp. 39 e 121.

³ Esclareça-se que, em princípio, ressalvado apenas o que se refere à arbitragem do Direito Internacional Público de objeto mais amplo e arbitrário, só são arbitráveis as questões que satisfazem requisitos de duas ordens cujo conjunto se designa por CONDIÇÕES DE ARBITRABILIDADE. Um requisito SUBJETIVO (as partes devem ser capazes de, por si só, assumir direitos e obrigações, a que a Lei se refere como AS PESSOAS CAPAZES DE CONTRATAR, em seu art. 1.º) e três requisitos OBJETIVOS (a. a existência de um conflito de interesses; b. o envolvimento de DIREITO PATRIMONIAL - relativo a bens que se possam apreciar quantitativamente, aferir em moeda, ou economicamente – DISPONÍVEL - vinculado a bens apropriáveis, ou alienáveis, que se possam transferir sem dependência de autorização de outrem ou mesmo da Justiça, mesmo art. 1.º; e c. sem necessidade de provimento constitutivo (art. 22, § 4.º, da lei, supra visto).

Em Exposição na XVI Conferência Interamericana de Arbitragem Comercial, no Rio de Janeiro, a 12 de maio de 1997, observou-se que:

“ O CONCEITO CLÁSSICO DO ESTADO – A NAÇÃO JURIDICAMENTE ORGANIZADA – CONSIDERAVA A SOBERANIA A SUMMA POTESTAS, EXPRESSÃO DE BODIN, CONTEMPORÂNEO DE DANTE ALIGHIERI. ESTE PODER INCONTRASTÁVEL SERIA CONDIÇÃO ESSENCIAL DA EXISTÊNCIA DO ESTADO. OBSERVA O SAUDOSO PROFESSOR RAUL PEDERNEIRAS, CATEDRÁTICO DA FACULDADE NACIONAL DE DIREITO, DA ANTIGA UNIVERSIDADE DO BRASIL, QUE É OUTRO O CONCEITO DE SOBERANIA. CITAVA A LIÇÃO DE KARL STRUPP AO PROCLAMAR NECESSÁRIO ELIMINAR, DO DIREITO INTERNACIONAL, ESSA ANTIGUADA NOÇÃO DE SOBERANIA ABSOLUTA, “ FORA DE VILA E TERMO, SUJEITA A INTERPRETAÇÕES PERIGOSAS” . TRANSCREVIA PALAVRAS DE GRANER, COM QUEM SE PUNHA DE ACORDO:

“O TERMO SOBERANIA É UMA EXPRESSÃO EMPRESTADA PELO VOCABULÁRIO DO DIREITO CONSTITUCIONAL OU DA CIÊNCIA POLÍTICA E NADA SIGNIFICA ALÉM DO DIREITO DE O ESTADO REGULAR A SUA VIDA ÍNTIMA; ESSE DIREITO SEMPRE EXPIRA NA FRONTEIRA”⁴

⁴ RAUL PEDERNEIRAS, “Direito Internacional Compendiado”, A. Coelho Branco Editor, Rio de Janeiro, 1939, 6.ª edição, pp.72/73.

NA VERDADE, AS “SOBERANIAS” INCONTRASTÁVEIS DE DOIS OU MAIS ESTADOS SÓ PODEM RESULTAR NO CONFLITO MUITAS VEZES ARMADO ENTRE ELES. A “PAX ROMANA” ERA IMPOSTA PELAS ARMAS AOS VENCIDOS . . .

DONDE SE PREFERIR, NO DIREITO DE HOJE, DESDOBRAR A SOBERANIA, ANTIGA, EM AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA. A AUTONOMIA (SOBERANIA INTERNA) É A AUTORIDADE QUE TEM O ESTADO NA DIREÇÃO DOS NEGÓCIOS DA RESPECTIVA NAÇÃO. INDEPENDÊNCIA (OU SOBERANIA EXTERNA), A CONDIÇÃO QUE O COLOCA NA COMUNIDADE INTERNACIONAL COMO PESSOA “SUI JURIS”, TAMBÉM IDENTIFICADA COM A “ PERSONALIDADE INTERNACIONAL”, A CAPACIDADE DE TER DIREITOS E OBRIGAÇÕES NA ÓRBITA EXTERNA”⁵.

Pelo que se verifica – e é o que, nesta etapa, se pretendia concluir ! – há que se distinguir ARBITRAGEM e ARBITRAGEM. Não é dado mencionar arbitragem indiscriminadamente. Basta ver que a arbitragem consagrada no Direito Internacional Público, embora do mesmo gênero, é de espécie diferente, como antes notado, regida por normas próprias do referido ramo do Direito, com um campo próprio, específico, em linha de princípio no nível

⁵ RAUL PEDERNEIRAS, ob. cit., loc. cit.; ANDRÉS BELLO, “Principios de Derecho Internacional”, editora Atalaya, Buenos Aires, 1946, pp. 14l e seguintes; HILDEBRANDO ACCIOLY, “Manual de Direito Internacional Público”, Saraiva, São Paulo, 1978, 11.ª edição, seção I, p. 16 ; NELSON FERREIRA DA LUZ, “Introdução ao Direito Internacional Público”, Saraiva, São Paulo, 1963, pp.8/19; JEAN VICTOR LOUIS, “A Ordem Jurídica Comunitária”, Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Européias, Luxemburgo, 1995, 5.ª edição, pp. 13/18; CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, “Visão dos Métodos Alternativos no Continente”, Exposição na XVI Conferência Interamericana de Arbitragem Comercial, a 12.05.97, Rio de Janeiro, Separata da Revista da Associação Comercial do Rio de Janeiro, agosto/1997, pp.12/13).

do relacionamento dos Estados soberanos (ou melhor referido, Estados com personalidade internacional, ou capacidade de ter direitos e obrigações na órbita internacional considerada), pois que há outras pessoas, além dos Estados, no Direito Internacional Público (organismos internacionais para a paz e segurança das nações, como a ONU, a OEA etc., apátridas, asilados políticos etc), sendo, finalmente, de se assinalar que as questões de Direito Internacional Público submetidas a arbitragens não se limitam a Direitos Patrimoniais Disponíveis, havendo um amplo arbítrio, e, conseqüentemente, um quase indiscriminado campo de aplicações.

A Lei 9307/96 se dirige a arbitragem no espaço do Direito Privado (se é que ainda é válida a distinção de ULPiano entre Direito Público e Privado), a que se faz quanto a conflitos envolvendo Direito Civil, Direito Comercial, Direito do Trabalho, etc., em que não é presente o Estado com o que resta de sua soberania, ou a sua autonomia interna, abrindo mão, por assim expressar, de seu IUS IMPERII. Neste setor se inclui, parece claro, a arbitragem internacional quanto a questões entre particulares, ou em que figure o Estado como parte sem exercitar o seu poder de império. Acertada a lei de arbitragem, pelo exposto, ao tratar, no seu Capítulo VI, artigos 34 a 40, do reconhecimento e execução dos laudos arbitrais estrangeiros (em que pese as restrições notórias ao emprego da infeliz referência a “sentenças” arbitrais estrangeiras (“sentença” se prende a decisão da autoridade judicial, que o árbitro, por mais *equiparado* que seja ao juiz estatal, não é. Se fosse não havia necessidade da equiparação para certos e determinados efeitos).

A Lei 9307/98, restrita nos termos vistos, desta limitação dá, em certa medida, prova bastante, notadamente nos parágrafos de seu art. 2.º, ao enunciar as fontes normativas da arbitragem, finalizando com a significativa menção às “regras internacionais de comércio”, e não às regras internacionais em geral⁶.

Insista-se, pois. Há arbitragem e . . . arbitragem . . . É lugar comum dizer-se que a arbitragem se perde na noite dos séculos... O douto Des. ADROALDO FURTADO FABRÍCIO se permite, em razão disso, incluir o instituto no elenco das “VELHAS NOVIDADES”⁷. Nada obstante é possível ter a arbitragem comercial como nascida no fim da Idade Média, com o surgimento do próprio comércio e do Direito Mercantil.⁸

2. DIREITO COMUNITÁRIO

Acena-se, na referência a DIREITO COMUNITÁRIO DO MERCOSUL, que faz parte do título desta exposição, a um ponto comum, relevantíssimo, entre o DIREITO DA ARBITRAGEM, o DIREITO INTERNACIONAL

⁶ Ao cogitar das espécies de arbitragem, na classificação que sugere, a Lei de Arbitragem recente, com inteiro acerto, só considera o pertinente ao seu campo, sem prejuízo de que, no âmbito da arbitragem do Direito Internacional Público se possam surpreender espécies análogas das que trata a Lei em apreço, classificadas quanto à FONTE NORMATIVA, em ARBITRAGEM DE DIREITO e de EQUIDADE – art. 2.º ; quanto à ORIGEM DO ÁRBITRO, em ARBITRAGEM AVULSA (AD HOC) ou INSTITUCIONAL (ARBITRADA) - art.13, § 3.º; e quanto ao NÚMERO DE ÁRBITROS, em ÚNICA (SINGULAR) ou COLEGIADA (COLETIVA) – art. 13, § 1.º.

⁷ ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, “O Novo Juízo Arbitral”, em publicação do INAMA/RS, 2.ª edição, 1997, Porto Alegre, p.117.

⁸ CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, “A Arbitragem no Tempo – O Tempo na Arbitragem”, Coletânea sob o título À ARBITRAGEM NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO”, coordenada por José Maria Rossani Garcez, Forense, 1997, p. 5.

PÚBLICO e o novo DIREITO COMUNITÁRIO que se vem formando nestes últimos 50 anos, ao influxo da União Européia pós MAASTRICHT.

Os Estados, como pessoas de Direito Internacional Público, capazes de direitos e obrigações na órbita externa, vinculam-se, para proveito da comunidade das Nações, através de atos internacionais. Há uma evolução que, ora, se consolida na União da Europa, uma comunidade que se auto-regula com normas próprias e, no seu conjunto, configuram o DIREITO COMUNITÁRIO. Este novo setor do Direito não se confunde nem com o Direito Interno dos diferentes Estados da Europa e nem com o Direito Internacional Público. Mantém, nada obstante, com os mesmos ramos do Direito aludidos estreitíssimas afinidades, a começar com o fundamento idêntico. Todos estes departamentos da Ciência Jurídica têm a sua base no consenso, no princípio da autonomia da vontade, que no diedro do Direito Internacional Público assume as vestes do princípio da autonomia dos povos ou da sua autodeterminação.

É sumamente grato atentar para esta base comum aos três ramos do Direito ora considerados, porquanto, uma corrente otimista do pensamento jurídico, universal, aponta o mesmo fundamento como o pilar do Direito do futuro. Com a melhoria da educação dos povos, muito acima dos níveis atuais, com o aperfeiçoamento da cultura das gentes, pensa-se (ou se idealiza!) que a norma jurídica será desprovida de sanção e imediatamente aplicada pela tão só observância dos princípios da boa fé, da autonomia da vontade, da liberdade de contratar. Na verdade, crê-se, este seria um *limite*

matemático, para o qual se tende (há nações em que já se praticam tais ideais, em certa medida).

No estudo acadêmico do Direito Internacional Público muito se despende, em tempo e esforço, na explanação dos motivos de se negar a este Direito . . . a condição de Direito. Entre outros pretendidos motivos - e para ser breve - há a alegada ausência de sanção das regras do Direito Internacional Público, que seriam, assim, desprovidas do carácter de lídimas normas jurídicas. Não se trataria, então, de um Direito, mas de um direito ainda em formação (***IUS IN FIERI***). Ora bem. O que se pretende é aferir a natureza jurídica das normas pelos padrões próprios do Direito Interno dos povos. Já se teve oportunidade de comparar o Direito Internacional Público, de tempos passados, ao “patinho feio” da história para crianças, rejeitado pela própria mãe, por ser feio, desengonçado, diferente, enfim, à primeira vista, dos outros patinhos da mesma ninhada. No entanto, crescendo, desenvolvendo-se, o “patinho feio” revelou ser um magnífico e belíssimo cisne. O Direito Internacional Público tem, a seu modo, nos dias correntes os seus órgãos normativos, as suas sanções (as Forças de Paz da ONU e da OEA), os seus Tribunais. Com fundamento, sempre, em atos internacionais, em atos de consenso, é um DIREITO DO FUTURO idealizado.

O DIREITO COMUNITÁRIO (europeu !), na preleção autorizada de um de seus mais prestigiados estudiosos, JEAN-VICTOR LOUIS⁹, possui a

⁹ JEAN-VICTOR LOUIS, ob. cit., p. 11.

qualidade de uma real ordem jurídica. Outro profundo conhecedor deste novo Direito, GUY ISAAC, tem o DIREITO COMUNITÁRIO como

“UM CONJUNTO ORGANIZADO E ESTRUTURADO DE NORMAS JURÍDICAS COM FONTES PRÓPRIAS DOTADO DE ÓRGÃOS E DE PROCESSOS APTOS A EMITÍ-LAS, INTERPRETÁ-LAS E, EVENTUALMENTE, A VERIFICAR E SANCIONAR AS SUAS VIOLAÇÕES”¹⁰

Em que pese a afinidade de fundamento, o DIREITO COMUNITÁRIO se distingue, nitidamente, do Direito Internacional Público.

Famoso julgado do Tribunal Comunitário, de Luxemburgo, com enorme influência sobre os órgãos jurisdicionais supremos dos países da União, a propósito, assim se expressou:

“CONSIDERANDO QUE, AO CONTRÁRIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS ORDINÁRIOS, O TRATADO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA INSTITUI UMA ORDEM JUDICIÁRIA PRÓPRIA, INTEGRADA NO SISTEMA JURÍDICO DOS ESTADOS-MEMBROS, QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DO TRATADO E QUE SE IMPÕE AOS SEUS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS; QUE, COM

¹⁰ GUY ISAAC, “Droit Communautaire Général”, 5e édition, Armand Colin, Paris, 1996, p.115.

**EFEITO, AO INSTITUIREM UMA COMUNIDADE DE DURAÇÃO
ILIMITADA E DOTADA DE INSTITUIÇÕES PRÓPRIAS, DE
PERSONALIDADE E DE CAPACIDADE JURÍDICAS, DE
CAPACIDADE DE REPRESENTAÇÃO INTERNACIONAL E, MAIS
PARTICULARMENTE, DE PODERES REAIS ORIUNDOS DE UMA
LIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIA OU DE UMA TRANSFERÊNCIA DE
ATRIBUIÇÕES DOS ESTADOS PARA A COMUNIDADE, ESTES
LIMITARAM, SE BEM QUE EM DOMÍNIOS RESTRITOS, OS SEUS
DIREITOS SOBERANOS E CRIARAM DESTE MODO UM CORPO DE
NORMAS APLICÁVEL AOS SEUS CIDADÃOS E A SI MESMOS”.** ¹¹

Há um âmbito próprio de atuação do Direito Comunitário, excedente do Direito Internacional Público e dos Direitos Nacionais dos Estados-Membros Sem que se possa afirmar existir uma concorrência, uma vez que há competências específicas para cada um dos Direitos mencionados. O Reino Unido, em dada questão, invocou o Direito Internacional Marítimo e não teve êxito, porquanto, declarou o Tribunal, aplicáveis eram as normas comunitárias e não do Direito Internacional Público.¹² O Direito Comunitário, com suas normas de consenso, expressas em atos internacionais, é ASSIMILADO pelo Direito Interno dos Estados-Membros, é tornado Direito Interno (“nacionalizado”). Descabe cogitar de “renúncia de soberania”, em transferência do seu exercício, o que resulta, precisamente, da liberdade de convencionar, inerente à personalidade internacional dos Estados. Cuida-se de divisão CONSENSUAL de atribuições, convencionada no exercício

¹¹ “Recueil”, 1964, pp. 1158 e 1159.

¹² Recueil, 1981, p. 1055.

regular da capacidade de ter direitos e obrigações na órbita externa. A “nacionalização” da norma comunitária, transforma-a em norma interna, expressão legítima de obrigação livremente assumida. Donde o Presidente do Tribunal de Luxemburgo, Dr. WALTER HALLSTEIN, criar a expressão COMUNIDADE DE DIREITO, em simetria com ESTADO DE DIREITO.

Há dependência, benéfica, da norma comunitária face ao Direito Interno dos Estados que integram a organização, porquanto não conta, o Direito Comunitário, com um poder próprio, direto, de coação. A União Européia não tem Exército e nem Polícia, sendo a sua estrutura administrativa limitada, pelo que se apoia nos Estados-Membros. Não é um Estado. O seu instrumento é o Direito que cria e que vai sendo declarado, a pouco e pouco, pelas decisões de seu Tribunal de Justiça, que também constrói o seu sistema e, no seu alcance, as normas comuns.

Tais informes se dirigem, precisamente, a preparar a aplicação de tudo que se relembrou supra, em teoria, ao caso concreto do MERCOSUL.

3. IDEAL INTEGRACIONISTA.

Ao ser firmado o Tratado da União Européia, a 07 de fevereiro de 1992, em Maastricht, na Holanda, empregando, no seu preâmbulo a expressão INTEGRAÇÃO e no seu art. 138 as palavras “FATOR DE INTEGRAÇÃO”, muito antes, a Constituição Federal brasileira, de 05 de outubro de 1988, já consagrava referência análoga, mais requintada e completa, em seu art. 4.º, parágrafo único, nos seguintes termos:

‘A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL BUSCARÁ A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA, POLÍTICA, SOCIAL E CULTURAL DOS POVOS DA AMÉRICA LATINA, VISANDO À FORMAÇÃO DE UMA COMUNIDADE LATINO-AMERICANA DE NAÇÕES’.

No continente americano, o ideal integracionista nasce com os anseios de independência dos seus povos. Em 1822, SIMON BOLIVAR, o LIBERTADOR, convoca uma CONFEDERAÇÃO DOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ESPANHOLA. Este ideal integracionista, contudo, só se veio a concretizar após a 2.ª Guerra Mundial, com a ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), muito por influência da própria ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)¹³. O Capítulo VIII – Acordos Regionais, artigos 52/54 da Carta das Nações Unidas, estimula entidades destinadas a pugnar pela paz e a segurança internacionais das diferentes regiões do globo. De então para cá o movimento de integração,

¹³ Ver ISABELA SOARES MICALI, “A MARCHA COMUM DO CONE SUL – MERCOSUL E OUTROS MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO E COOPERAÇÃO NO CONTINENTE AMERICANO – UM PANORAMA COMPARATIVO”, na Coletânea “MERCOSUL” ORGANIZADA PELA Professora MARISTELA BASSO, Livraria do Advogado – Editora, 1995, p. 401.

notadamente da América Latina, deixou de ser um ineficiente discurso romântico.

Aos poucos o ideal se foi transformando da teoria para a prática, se foi consolidando, nas organizações subregionais, geograficamente distribuídas: Américas do Norte, Centro, Sul e Caribe. Também se atenderam a fatores culturais, principalmente na América Latina, e econômicos (com órgãos de cooperação setorial, financeira e comercial). É verdade que na década de 80 – a famosa DÉCADA PERDIDA, de crises políticas e até belicosas na América Latina – foram prejudicados os esforços integracionistas, só reativados nos anos 90. Começa, então, a história do Mercado Comum do Cone Sul, que é, sem favor, o mais avançado empreendimento na região americana e o que se apresenta como a de maior viabilidade, em que pese a percalços sofridos e a sofrer.

O MERCOSUL é uma das iniciativas de integração, da aspiração mencionada, a que o Brasil se vinculou, como visto, já agora, por um imperativo constitucional. Nasceu do TRATADO DE ASSUNÇÃO, um “TRAITÉ-CADRE”¹⁴, firmado para se constituir um MERCADO COMUM entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, a 26 de março de 1991, na Capital do Paraguai, e se desdobrar em atos internacionais complementares. O MERCOSUL, como passou a ser designado, tem em vista a criação, em certo prazo, de um mercado só entre os quatro signatários, a que buscam aderir Chile e Bolívia e até países do continente que não se situam no sul.

¹⁴ GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES, “AS INSTITUIÇÕES DO MERCOSUL E AS SOLUÇÕES DE LITÍGIOS NO SEU ÂMBITO – SUGESTÕES DE LEGE FERENDA”, Ed. LTr, São Paulo, 1994, p. 268.

4. O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Em decorrência, sobreveio, a 17 de dezembro de 1991, o “PROTOCOLO DE BRASÍLIA PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS”, previsto no art. 3.º e no Anexo III do Tratado-matriz. Seguiu-se o PROTOCOLO DE OURO PRETO, de 17 de dezembro de 1994, que prorrogou o SISTEMA PROVISÓRIO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS do Protocolo de Brasília, atribuiu personalidade jurídica ao MERCOSUL, estabeleceu a união aduaneira entre os Estados-partes, partindo de uma relação de produtos a ser aumentada progressivamente e com relativa tarifa externa comum (TEC).

Há restrições ao emprego da palavra CONTROVÉRSIA (dissenso de opiniões)¹⁵ como sinônimo, que não é, de conflito de interesses.

O sistema aludido prevê duas ordens de procedimentos: (a) os relativos aos conflitos entre os Estados-Partes e (b) os atinentes a conflitos entre os Estados-Partes e os particulares que com os mesmos contrataram

Os procedimentos relativos aos conflitos dos Estados-Partes entre si compreendem NEGOCIAÇÕES DIRETAS (artigos 2º e 3.º do Protocolo de Brasília), INTERVENÇÃO DO GRUPO MERCADO COMUM (artigos 4.º a 6.º do mesmo Protocolo) e PROCEDIMENTO ARBITRAL (artigos 7.º a 24 do Protocolo citado).

A negociação direta, tanto quanto no Direito Interno, é o modo usual, prioritário e, quase sempre, de melhores resultados, consistindo em troca de notas de governo a governo, ou entre um governo e o agente diplomático do

outro, ou de conversas ou explicações verbais entre os representantes autorizados dos governos em divergência.¹⁶

A intervenção do Grupo Mercado Comum – um dos órgãos decisórios do MERCOSUL, de natureza executiva, composto de 4 membros titulares e 4 suplentes, um por país integrante – tem lugar se falha a negociação direta, ou se dela resultar apenas em parte a solução do conflito. No Direito Internacional Público se incluem, separadamente, entre os meios diplomáticos de resolver as divergências, dois institutos: os BONS OFÍCIOS e a MEDIAÇÃO, de difícil distinção na prática.¹⁷ Os BONS OFÍCIOS se limitam à mera aproximação das partes, por atuação de um terceiro, para que resolvam, por si, a divergência. Na MEDIAÇÃO (equiparável à intervenção do Grupo Mercado Comum) o terceiro participa diretamente nas negociações entre as partes desavindas.¹⁸ No Direito Interno, em que não há referência a bons ofícios, salvo em sentido figurado como sinônimo de mediação e de mera aproximação das partes em divergência, o esforço de negociar, por parte de terceiro, configura a conciliação, como supra esclarecido¹⁹. A INTERVENÇÃO, no Direito Internacional Público, é conceituada como a intromissão de um Estado na esfera de atribuições de outro ou de outros. Na intervenção do Grupo Mercado Comum, a atuação do órgão se limita a simples recomendações aos Estados em conflito.

¹⁵ Veja-se ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, ADA PELLERGINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAM, ARCO, “Teoria Geral do Processo”, Ed. Rev. Trib., 3.^a ed., p.108.

¹⁶ HILDEBRANDO ACCIOLY, “Manual de Direito Internacional Público”, Saraiva, São Paulo, 1978, 11.^a edição, 2.^a tiragem, p. 243.

¹⁷ HILDEBRANDO ACCIOLY, ob. cit., loc. cit.

¹⁸ Idem, ob. cit., p. 245.

¹⁹ GUIDO FERNANDO DA SILVA SOARES, ob. cit., p. 267.

O PROCEDIMENTO ARBITRAL, previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília, consoante o seu art. 7.º, tem aplicação quando se revelar impossível a solução da divergência com os procedimentos antes examinados. Qualquer dos Estados envolvidos poderá – é uma faculdade, portanto – comunicar à Secretaria Administrativa do MERCOSUL a sua intenção de recorrer ao referido procedimento arbitral (não se atina a razão de não se referir, o Protocolo, a arbitragem ou juízo arbitral, conforme é o comum). Recebida a comunicação, a Secretaria Administrativa deve dar conhecimento “de imediato” ao outro ou outros Estados também envolvidos, como ao próprio Grupo Mercado Comum, encarregando-se da tramitação do procedimento. Ou seja “administra” a arbitragem, não a faz, propriamente. Cabe a “Tribunais Arbitrais”, indicados caso a caso (“ad hoc”, segundo o art. 9.º do Protocolo de Brasília), aceitos pelas altas partes conflitantes (art. 8.º) a realização do julgamento arbitral. É constituído o órgão de três árbitros, retirados de relação prevista no art. 10 do Protocolo de Brasília, observando-se a maneira estipulada no art. 9.º, n.º 2. Os próprios Estados-partes, de comum acordo, indicam o árbitro impar, que não pode ser nacional dos Estados conflitantes, árbitro que presidirá o Tribunal. Restringe o art. 13 a JURISTAS, de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto da divergência, a indicação para árbitros, com o que se abre mão de uma das vantagens da arbitragem, qual seja a do julgamento por conhecedores das questões a decidir, que nem sempre são de Direito²⁰.

²⁰ O douto MAURO CAPPELLETTI, em texto fundamental (Rev. For. 326/121) ressalta que o árbitro conhecedor da matéria técnica, não jurídica, decide melhor. No mesmo sentido a eminente SELMA LEMES (“SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ATRAVÉS DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM”, precioso opúsculo publicado pela FIESP, p.2); o saudoso HEITOR BELTRÃO (“DO ARBITRAMENTO COMERCIAL – LIGEIRO ESTUDO TEÓRICO-

Segundo o art. 15 do Protocolo de Brasília, o Tribunal Arbitral fixará, em cada caso, a sua sede, em algum dos Estados-partes, em função do conflito a decidir, naturalmente. O mesmo artigo dispõe que o Tribunal adotará as suas próprias regras de procedimento, com a garantia de que cada parte tenha plena oportunidade de ser ouvida e de se fazer ouvir, com provas e razões que tiver, e de que haverá celeridade no julgamento.

São previstas MEDIDA PROVISIONAIS, ou seriam CAUTELARES, que o Tribunal poderá conceder por solicitação da parte interessada, O conteúdo das medidas é deixado ao critério do Tribunal. O art. 19, n.º 2, prevê o julgamento por equidade, quando as partes nisso convierem.

Os particulares - pessoas físicas ou jurídicas, segundo o art. 25 do Protocolo de Brasília – que contratarem com os Estados-partes, são legitimados a entrar no sistema de solução de conflitos em estudo. O Protocolo de Ouro Preto, criando a Comissão de Comércio do Mercosul, atribuiu à mesma, a tarefa de considerar reclamações de particulares quando em matéria de sua competência (art. 21).. Há, por conseguinte, duas espécies de reclamações envolvendo os particulares que contratam com os países do MERCOSUL: (a) a previsão geral do Protocolo de Brasília(artigos 25 a 32); (b) a previsão particular do Protocolo de Ouro Preto (art.21). Ambas apresentáveis à representação do MERCOSUL em cada país membro (Seções Nacionais).

A propósito das divergências entre particulares, pertinentes ao MERCOSUL, confirmando o perfil extremamente governamental do sistema,

PRÁTICO”, republicado em 1989 pelo Sindicato dos Bancos do Rio de Janeiro,p.15) e

não há previsão normativa. Em junho de 1998 se anunciou a existência de negociação de um acordo dos Estados-partes para regular os meios amigáveis de solução de conflitos entre os particulares. Augura-se que a exemplo da Lei 9307/96, que regula a arbitragem no Brasil, tenha o texto, ao que se saiba ainda não divulgado, a flexibilidade para assegurar o máximo de liberdade nos procedimentos.

5. CONCLUSÕES

O Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, pronunciando-se sobre o MERCOSUL, bem observou: “A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA EM BLOCO DE NAÇÕES TEM DE SER MONTADA PONTO A PONTO. ELA NÃO SE DÁ POR ADESÃO, MAS POR NEGOCIAÇÃO”. Em termos de arbitragem, em que não há, nos países do MERCOSUL, uma cultura arbitral, ou, quando muito, se a existe, é em bases incipientes, a observação é de todo procedente.

Voltam-se os olhos, com freqüência invejosos, para a União Européia e se pensa poder importar o modelo, que nem sequer está pronto e acabado, mas em construção, embora com proveitos evidentes. Esquece-se que desde o Projeto de ROBERTO SCHUMAN, em 1950, quase meio século se venceu, a partir de um povo de cultura muitas vezes maior do que a média dos latino-americanos, em que há, pelo sofrimento de guerras sucessivas, pela proximidade geográfica infinitamente menor, um grande espírito de solidariedade e de cooperação entre os povos, não tão positivo em terras da América Central e do Sul, em que há verdadeira vontade

outros que escreveram mais recentemente.

política e espírito público no seu próprio povo, que ainda não se conseguiu alcançar na nossa gente, pelo menos em grau bastante para o esforço que leva à união de povos. Como cúmulo de fatores positivos, a União Européia já contava com a experiência das Comunidades do Carvão, do Aço, da Euratom.

Tal experiência é um dado positivo que deve ser estímulo para que se possa, na América Latina, atingir condição igual. Notadamente na implementação firme de meios amigáveis, pacíficos, de resolução de conflitos, entre pessoas e nações.

De toda sorte, é extrema a felicidade de se poder registrar que o MERCOSUL é a iniciativa de integração dos povos da América Latina a atingir, em bases sólidas e realistas, a mais avançada etapa na evolução que já se tem traçada em empresas comunitários do seu gênero e de sua proporção, a partir do estabelecimento do LIVRE COMÉRCIO, chegando à UNIÃO ADUANEIRA e ao MERCADO COMUM, com vistas à UNIÃO POLÍTICA e ECONÔMICA de que está próxima a União Européia, com o Tratado de Maastricht, em razão disso conhecido e proclamado como o TRATADO DA UNIÃO.²¹

O apóstolo São Paulo, na 1.^a Epístola aos efésios, define a fé como o modo de se possuir já aquilo que ainda se espera.

Além dos proveitos econômico-sociais que já se obtêm, em crescente escala, no MERCOSUL, há ganhos quantitativa e qualitativamente maiores, por anteciparem efeitos multiplicadores surpreendentes na melhoria do nível dos povos da região, notadamente em tema de realização democrática. Em

um dos Estados-partes do MERCOSUL dissuadiram-se aqueles que cogitavam da fratura do ESTADO DE DIREITO, a ponto que foi empossada a oposição, vitoriosa nas urnas, na Presidência da República. Foi o espírito sadio do MERCOSUL, pela efetiva integração de seus povos, que, através dos signatários do TRATADO DE ASSUNÇÃO, levou à paz nações irmãs, em beligerância endêmica havia meio século. Em meio a naturais dificuldades, e sem receio das perspectivas de obstáculos, ainda, a vencer, na verdade, muito já se caminhou, como visto, até, mesmo, no caminho do futuro. O MERCOSUL é "forum" de ESTADOS DE DIREITO - ONDE MANDAM AS LEIS E NÃO OS HOMENS! Tal pressuposto de melhor qualidade de vida dos povos, o MERCOSUL aspira e, melhor, já alcança . . .

²¹ MARISTELA BASSO na Apresentação da Coletânea antes mencionada, p. 10.