Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

Raphael Carvalho de Vasconcelos

**Direito Internacional entre Unidade e Fragmentação: MERCOSUL e o
Multilateralismo**

São Paulo
2010

Raphael Carvalho de Vasconcelos

**Direito Internacional entre Unidade e Fragmentação: MERCOSUL e o
Multilateralismo**

Dissertação apresentada, como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre, ao Programa de
Pós-graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo. Área de
concentração: Direito Internacional.

Orientador: Professor Doutor Paulo Borba Casella

São Paulo
2010

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação.

Assinatura

Data

Raphael Carvalho de Vasconcelos

**Direito Internacional entre Unidade e Fragmentação: MERCOSUL e o
Multilateralismo**

Dissertação apresentada, como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre, ao Programa de
Pós-graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo. Área de
concentração: Direito Internacional.

Aprovado em _____

Banca Examinadora:

Professor Dr. Paulo Borba Casella (Orientador)
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professor Dr.
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professor Dr.
Faculdade de Direito da

São Paulo
2010

À minha mãe, Leia, à Tia Teca e à Tia Tony.
Sem elas, não seria quem sou.
Ao meu pai, Vital, e à minha avó, Dolores, por
estarem sempre presentes de alguma forma.
À Ana Paula, pela paciência. E pela falta dela
também.
Às Tias Cema e Iolanda, pelo carinho.
Ao professor Casella. O que seria o direito
internacional brasileiro hoje sem ele?

Aos meus alunos da Universidade Federal de Juiz de Fora, interlocutores essenciais à elaboração deste trabalho.

À minha família, suporte incondicional das decisões que tomei.

À professora Araminta que, de onde quer que esteja, estará observando com entusiasmo o direito internacional.

“Eigentlich ist alles wie bis her und nicht wie es war”

Maija-Liisa Mannel

RESUMO

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Direito Internacional entre Unidade e Fragmentação: MERCOSUL e o Multilateralismo*. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

A multiplicação dos acordos regionais de comércio e a consolidação do sistema mercantil multilateral na estrutura GATT/OMC colocaram a compatibilidade entre as iniciativas localizadas e as normas gerais no centro das atenções do direito do comércio internacional. Nesse contexto, ainda que a doutrina busque reafirmar repetidamente a necessidade de conformação dos sistemas menores com o acordo global, pouco se discute o real conteúdo dessa harmonização exigida em razão, principalmente, da extrema abertura textual dos termos dos tratados que tratam das exceções às cláusulas gerais multilaterais. Em resposta a essa instabilidade, propõe-se neste trabalho o afastamento dos requisitos objetivos em favor da compreensão dos axiomas gerais do sistema internacional de comércio como chave da conformidade do particular com o multilateral. Essa releitura proposta à unidade do direito internacional econômico exige que se entenda, primeiramente, a teorização positivista tradicional, isto é, o estudo de perspectivas teóricas como as de Hans Kelsen e H.L.A. Hart, para que, em um segundo momento, seja possível lançar mão de ensaios como os de Martti Koskenniemi para a compreensão da aparente fragmentação do direito internacional atual. No que se refere especificamente à compatibilidade, sugere-se o estabelecimento de um panorama conceitual a partir da divisão de sua abordagem em quatro distintos prismas: o legal, o doutrinário, o do sistema de exame de compatibilidade e o jurisprudencial. Compreendido o contexto teórico aplicável atualmente ao debate entre a unidade e a fragmentação do direito internacional e estabelecidos os entendimentos atualmente disponíveis à compatibilidade, torna-se possível introduzir, finalmente, a universalidade como solução conceitual à conformação do geral com o específico no sistema mercantil internacional. Nesse sentido, o “código universal da legalidade” idealizado por Klaus Günther aplica-se dedutivamente e, com o auxílio do Minimalismo Moral de Michael Walzer e do Interesse Comunitário de Bruno Simma, induz o estabelecimento de axiomas gerais como conteúdo à compatibilidade do regional com o multilateral no sistema internacional de comércio. Estabilizada a proposta no plano teórico, percebe-se ser possível aplicá-la, ainda, empiricamente à análise específica da relação existente entre a OMC, a ALADI e o MERCOSUL.

Palavras-chave: Regionalismo, multilateralismo, compatibilidade, legalidade global, MERCOSUL, OMC.

ABSTRACT

The propagation of regional trade agreements and the consolidation of the multilateral market system in the structure of the GATT/WTO placed the compatibility between the local initiatives and the general rules in the center of the international trade law studies. In this context, even though the doctrine confirms several times the requirement for conformation of the smaller systems with the global agreement, there are very few discussions about the real content of this required harmony, mainly because of the extreme indetermination of the terms of the treaties that establish the exceptions to the multilateral general clauses. As an answer for this pointed instability, this study proposes the displacement of the objective requirements in favor of the comprehension of the general principles of the international trade system as the key of the conformity of the particular with the multilateral. This proposal for a new understanding of the unity of the international economic law requires, firstly, the comprehension of the traditional positivist theories, it means the approach of authors like Hans Kelsen and H.L.A. Hart, and, just after that, the study of theories as the ones proposed by Martti Koskenniemi for the comprehension of the apparently fragmentation of the international law nowadays. Specifically with respect to the compatibility, it is suggested the establishment of a division of its conceptual approach in four different fields: the legal, the doctrinaire, the one of the multilateral conformity system of examination and the one of the case-law. After the comprehension of the theories applied in the debate between the unity and the fragmentation of the international law and the establishment of the available understandings of compatibility it is possible to introduce, finally, the universality as a conceptual solution for the conformation between the general and the specific in the international market system. The universal code of legality idealized by Klaus Günther applies deductively and, supported by the Moral Minimalism proposed by Michael Walzer and the Community Interest of Bruno Simma, induces the establishment of general principles as the content of the compatibility between the regional and the multilateral in the international trade system. As long as the proposal seems stabilized, it is possible to realize that it can be applied, empirically, for the specific analysis of the relationship that exists between the WTO, the LAIA and the MERCOSUR.

Keywords: Regionalism, multilateralism, compatibility, global legality, MERCOSUR, WTO.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	12
1 UNIDADE E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	16
1.1 A unidade do direito internacional: modernidade e positivismo.....	16
1.2 O direito internacional contemporâneo: entre unidade e fragmentação.....	26
2 MULTILATERALISMO E DIREITO INTERNACIONAL.....	44
2.1 Multilateralismo Econômico: do GATT à OMC.....	46
2.1.1 O contexto histórico do multilateralismo econômico.....	47
2.1.2 As rodadas de negociação do GATT e da OMC.....	55
2.1.3 Os princípios do sistema GATT/OMC.....	60
2.1.4 As exceções regionais permitidas.....	65
2.1.4.1 O artigo XXIV do GATT.....	67
2.1.4.2 A cláusula de habilitação.....	73
3 REGIONALISMO E DIREITO INTERNACIONAL.....	77
3.1 O regionalismo econômico: cooperação, integração e direito internacional.....	78
3.2 Regionalismo e o Brasil: ALADI e MERCOSUL.....	96
3.2.1 ALADI.....	98
3.2.2 MERCOSUL.....	104
3.3 Multilateralismo e regionalismo no comércio internacional.....	115
4 COMÉRCIO INTERNACIONAL: REGIONALISMO, MULTILATERALISMO E COMPATIBILIDADE.....	119
4.1 Na linguagem dos tratados.....	125
4.2 Doutrina e a compatibilidade.....	131
5 COMPATIBILIDADE SEGUNDO A OMC.....	136
5.1 O sistema de Exame de Compatibilidade.....	137
5.1.1 Questões sistêmicas.....	147
5.2 Sistemas regionais e multilaterais de solução de controvérsias	149
5.2.1 Sistema de solução de controvérsias da OMC.....	151
5.2.1.1 Caso Turkey – Textiles.....	158

5.2.1.2 DS 332.....	160
5.2.2 Sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.....	162
6 UNIVERSALIDADE E COMPATIBILIDADE.....	168
6.1 Legalidade universal e compatibilidade.....	168
6.2 Legalidade universal, compatibilidade e direito do comércio internacional.....	181
7 COMPATIBILIDADE: OMC, ALADI E MERCOSUL.....	187
7.1 A legalidade universal de comércio, o GATT e os acordos regionais.....	190
8 CONCLUSÃO.....	196
8.1 Compatibilidade formal, substância e unidade sistêmica.....	202
9 BIBLIOGRAFIA.....	211

INTRODUÇÃO

O estudo do direito internacional sempre apresentou desafios e segue atualmente constituindo fonte de intensos e controvertidos debates. As discussões de outrora giravam principalmente em torno da aplicação ao direito das gentes do modelo científico, sistêmico, por meio do qual o positivismo buscava estruturar uma teoria unitarista e, portanto, em conformidade com a modernidade. Nesse contexto, a coerência do ordenamento global se via desafiada pela relação entre os diversos ordenamentos jurídicos internos dos Estados com a normativa incipiente que buscava regular as relações internacionais.

Essa estruturação lógica do direito internacional assistiu, entretanto, a uma série de transformações políticas e sociais que acabaram estabelecendo novos paradigmas teóricos ao seu estudo. Se, por um lado, sua condição de direito acabou se consolidando, os desafios à unidade se viram potencializados pela pluralidade de fontes, órgãos legiferantes, jurisdições e, fundamentalmente, pelo surgimento de novos sujeitos de direitos e deveres internacionais. A lógica da unidade passou a ser substituída por teorias fragmentárias, as quais se baseiam na estruturação do direito internacional em uma série de esferas temáticas que, principalmente no âmbito das organizações internacionais, normatizam a ordem global em sistemas aparentemente autônomos.

De certo, o sistema unitarista que posiciona o Estado-nacional no centro da produção legislativa internacional não se sustenta nessa nova realidade. Resta à teoria do direito, todavia, estabelecer se a fragmentação conformaria questão jurídica consolidada ou mera situação fática compatível com alguma teoria unitarista, ainda que diversa daquelas do positivismo tradicional.

Nessa pluralidade legal é de se verificar que a aparente fragmentação apontada não se resume apenas à atividade legiferante repartida entre diversas esferas temáticas, mas também se refere à multiplicação das fontes existentes em cada um desses sistemas particulares, os quais podem se estruturar de maneira paralela e concorrente tanto regional quanto multilateralmente. Na relação entre o local e o global em um sistema legal internacional específico ocorre, na verdade, uma espécie de repartição da atividade normativa entre o ordenamento geral e os subsistemas particulares. Em situação ideal, quando organizações

internacionais multilaterais convivem com organizações regionais de competência legislativa análoga, ocorreria, portanto e na verdade, uma cisão da atividade legislativa e da jurisdição entre matérias abrangentes e específicas, sendo aquelas responsabilidade da esfera global e essas do sistema local particular.

Contextualizada no âmbito do direito do comércio internacional, a discussão interna da fragmentação se relaciona à coexistência de diversas iniciativas regionais com o sistema multilateral da Organização Mundial do Comércio - OMC - e aos riscos à coerência sistêmica representado por essa interação. Nesse sentido, é de se perceber que a exigência de conformação do local com o geral no sistema mercantil internacional surge como instrumento de manutenção da unidade da legislação temática particular e busca afastar eventuais riscos à eficácia da ordem multilateral.

A doutrina vem se ocupando bastante de tal exigência, mas pouco avança na determinação dos limites daquilo que seria a compatibilidade. Escreve-se muito atualmente acerca da necessidade de harmonização do regional com o global, mas muito pouco se produz sobre seu conteúdo e verdadeiro significado. Grande parte dos estudos relacionados à conformidade busca, na verdade, estabelecer critérios objetivos de verificação da harmonia das iniciativas locais com o acordo multilateral geral, mas esses esforços acabam esbarrando na extrema abertura textual dos termos dos tratados que tratam das exceções às cláusulas gerais multilaterais e na própria estrutura decisória consensual da OMC.

Parte-se, neste trabalho, da falta de conclusões a respeito do conteúdo da compatibilidade exigida e busca-se construir, de maneira gradativa, uma proposta teórica que se afasta dos requisitos objetivos e entende serem os axiomas gerais do sistema internacional de comércio a chave da conformidade do regional com o multilateral. Nesse sentido, percebe-se que a adoção de perspectivas mais principiológicas na análise da relação do particular com o geral tende a sistematizar a compreensão da recorrente leniência com determinadas situações e práticas no exame de conformidade e traça caminhos, inclusive, à justificação das mesmas como harmônicas.

Para tanto, o primeiro capítulo pretende sistematizar o debate entre a unidade e a fragmentação do direito internacional a partir do positivismo moderno, é dizer, do estudo da relação entre os ordenamentos internos e o internacional, e entender as reviravoltas ocorridas em seu âmbito até o panorama atual de aparente fragmentação em sistemas temáticos

autônomos. Utilizam-se como fundamentação teórica dessa abordagem inicial as propostas doutrinárias de Hans Kelsen e H.L.A. Hart, no que se refere ao positivismo tradicional, e de Martti Koskenniemi para se entender a atual conformação do direito internacional.

Ultrapassadas as questões teóricas iniciais, faz-se necessário, em um segundo momento, a apresentação do panorama atual do multilateralismo e do regionalismo no direito internacional e, mais especificamente, do impacto desses fenômenos no direito internacional econômico. No segundo capítulo busca-se empreender, assim, uma análise pormenorizada do multilateralismo, abordando-se seu contexto histórico, sua principiologia e as exceções regionais permitidas, as quais servem, na verdade, como introdução ao estudo do regionalismo no capítulo seguinte.

A análise do regionalismo inicia-se na tentativa de sistematização das controvérsias doutrinárias relacionadas à nomenclatura correntemente utilizada para a referência a fenômenos aproximativos específicos e converge, gradativamente, às experiências aproximativas da Associação Latino-Americana de Integração - ALADI - e do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, iniciativas regionais integradas pelo Brasil.

No capítulo quarto, iniciam-se os estudos específicos relacionados à compatibilidade e desenham-se prematuras tentativas à sua compreensão. De maneira sistemática, propõe-se a divisão da abordagem em quatro perspectivas distintas e duas delas - a legal, da letra dos tratados, e a doutrinária - são analisadas de maneira aprofundada ainda nesta parte do trabalho. As duas outras perspectivas propostas - a interna do sistema de exame de compatibilidade e a jurisprudencial, isto é, dos sistemas internacionais de solução de controvérsias - são abordadas no capítulo quinto do estudo.

No capítulo seguinte, o sexto, introduz-se a universalidade como perspectiva conceitual à compatibilidade. Nesse sentido, referenciais teóricos consistentes servem à instrumentalização da proposta e parte-se, assim, dedutivamente do “código universal da legalidade” idealizado por Klaus Günther para, indutivamente e com o auxílio do Minimalismo Moral de Michael Walzer e do Interesse Comunitário de Bruno Simma, atingir-se o objetivo de se estabelecerem axiomas como conteúdo à compatibilidade do regional com o multilateral. Ao final do capítulo, aborda-se especificamente a universalidade de princípios como proposta à compatibilidade e demonstra-se, inclusive, sua habilitação à solução de problemas atualmente enfrentados pelo sistema de exame de compatibilidade.

No capítulo sétimo, último da pesquisa, as conclusões parciais obtidas nos capítulos anteriores são sistematizadas e aplicadas à análise da relação existente entre a OMC, a ALADI e o MERCOSUL e servem, portanto, à aferição da conformidade entre as iniciativas regionais e a organização multilateral de comércio. Tal verificação, eminentemente empírica, é realizada mediante o estabelecimento de um padrão analítico compatível com as premissas estabelecidas ao longo do trabalho e serve de base principal às conclusões apresentadas ao final desta pesquisa.

1 UNIDADE E FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

1.1 A unidade do direito internacional: modernidade e positivismo

Sendo a superação da modernidade parte importante da pauta atual das ciências sociais, aconselhável se faz hoje iniciar qualquer estudo do direito a partir de sua sistematização teórico-científica característica da experiência moderna. O que se afirma, na verdade, é que a superação a que se refere exige a prévia compreensão da concepção eminentemente moderna, ou seja, tecnicista, mecânica, codificada, é dizer, positivista do direito.

A estruturação lógica das normas em critérios de validade constitui o traço mais marcante do positivismo jurídico. No âmbito específico do direito internacional, a busca por uma fórmula, uma técnica hábil a explicar e, principalmente, fundamentar a natureza de seus institutos, norteou seu estudo e acabou por exigir sua inclusão nas construções teóricas que surgiam para racionalizar o direito à luz da modernidade¹.

A racionalização do mundo repercutiu juridicamente, portanto, em tentativas de construção de teorias objetivas para o direito e capazes, conseqüentemente, de sistematizá-lo como ciência. Para tanto, tais teorizações baseavam-se fundamentalmente na estrita separação entre direito e moral e na consolidação de um critério de validade hábil à justificação da obrigatoriedade das leis.

O afastamento da moralidade se reflete claramente, por exemplo, na distinção proposta por Hans Kelsen em 1934² entre o que seria o “ser” – *sein* – e o “dever-ser” – *sollen*. Em sua Teoria Pura do Direito o autor positivista identifica o “dever-ser” como motriz ideal da norma jurídica e sustenta, nesse sentido, que o naturalmente posto seria apenas declarado e não produziria, necessariamente, efeitos, enquanto a norma estabelecida, válida, teria eficácia plena e sustentar-se-ia, principalmente, na possibilidade de sanção.

¹ Exemplos importantes da estruturação positivista apontada se verificam, por exemplo, nas teorias de Hans Kelsen, autor austríaco que buscou em sua obra *Reine Rechtslehre* – Teoria Pura do Direito –, de 1934, sistematizar o positivismo jurídico de civil Law e de H.L.A. Hart, autor inglês que condensou suas propostas em seu livro *The Concept of Law* – O Conceito de Direito –, de 1961.

² KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

As teorias do autor austríaco propõem, ainda, uma divisão do estudo do direito entre os momentos de estática e de dinâmica jurídica³. Tal divisão busca claramente explicar a relação entre os atos de criação e de aplicação das normas, mas acaba abrangendo também a compreensão de seu sistema de validade. No que se refere especificamente à validade, Kelsen propôs uma concepção escalonada da ordem jurídica estruturada em critérios hierárquicos. Dessa sistemática decorre a conclusão de que, por um lado, uma norma seria hierarquicamente superior a outra quando justificasse e legitimasse sua criação e, por outro, que uma norma seria válida quando criada em conformidade com a norma hierarquicamente superior.

Também o jurista inglês H.L.A. Hart apresentou em sua obra *The Concept of Law*⁴, de 1961, uma proposta de teoria do direito eminentemente positivista e, portanto, fundada em preceitos modernos. Sua formação jurídica em um ordenamento de *common law*, estruturado a partir dos precedentes e na construção do direito pelo costume, na prática dos tribunais, denuncia-se no posicionamento da atividade judicial no centro de sua racionalização do mundo jurídico e apresenta, portanto, perspectiva teórica absolutamente diversa daquela de Kelsen, ainda que, de maneira geral, ambas as teorias mostrem-se bastante convergentes em uma série de aspectos⁵.

Hart parte da premissa de que a existência de obrigações pressupõe regras que as estabeleçam⁶ e divide tais regras em espécies; as primárias e as secundárias. As regras primárias serviriam para estabelecer deveres positivos ou negativos, ou seja, obrigações, enquanto as regras secundárias consubstanciariam aquelas que outorgariam poderes aos particulares e às autoridades para criar, determinar ou extinguir regras primárias.

³ Ibid. p. 217 – 218. O autor esclarece que a estática jurídica compreenderia o direito em seu momento estático, ou seja, as normas jurídicas e as relações jurídicas por elas estabelecidas, dentre as quais estariam compreendidas as noções de direitos e deveres, bem como, por exemplo, a obrigatoriedade das normas internacionais. A dinâmica jurídica, a seu turno, compreenderia os momentos de reprodução do sistema jurídico, isto é, os atos de criação e aplicação das normas. Quando uma norma estabelecesse uma conduta, isso nunca se daria de forma totalmente exaustiva e para que se pudesse exigir o cumprimento desta conduta far-se-ia necessária a criação de uma nova norma que a especificasse e a concretizasse. É de se ressaltar que essa norma só poderia ser feita pela autoridade competente e, da mesma forma, quando o legislador criasse uma norma ele só o faria porque existiria uma norma que lhe estabelece competência para isso.

⁴ HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

⁵ Ambas as propostas positivistas à teorização do direito buscam fundamentação em critérios de validade de normas e defendem rígidos critérios de separação entre o direito e a moralidade.

⁶ HART, Op. cit., nota 04. p. 83. “In verbis”: “The statement that someone has or is under an obligation does indeed imply the existence of a rule”.

As regras secundárias foram agrupadas nas teorias do autor inglês em três distintos grupos: o das regras de câmbio - regras para a criação de regras primárias relacionadas à atividade legislativa-, o grupo das regras de adjudicação - ligadas ao exercício da função jurisdicional – e a regra de reconhecimento - que, sozinha, constituiria a terceira espécie classificada e corresponderia no ordenamento jurídico brasileiro à constituição federal de 1988, ou, de maneira mais precisa, às cláusulas pétreas reconhecidas no texto da lei maior⁷.

É de se ressaltar, portanto, que a regra de reconhecimento se apresenta, nessa sistemática, como critério supremo de validade da teoria jurídica hartiana e acaba denotando, assim, o cunho claramente positivista de sua sistematização do direito ao representar o estabelecimento de um parâmetro absolutamente independente da moral para justificar a validade das regras. A regra de reconhecimento seria, dessa maneira, uma questão de fato consubstanciada na aceitação de um critério de validade, do qual se extrairiam as justificativas das regras primárias e das duas outras espécies de regras secundárias e no qual, conseqüentemente, terminaria a cadeia de validade do sistema de regras jurídicas⁸.

Hart, diferentemente de Kelsen, trabalhou a noção de perspectiva interna do sujeito enxergando, a partir disso, a obrigatoriedade da norma independentemente da ameaça de sanção. Sua teorização também propõe o estudo do direito sob dois prismas distintos e inclui, além daquele da perspectiva interna do participante, a perspectiva externa do observador e, neste sentido, busca demonstrar que o estabelecimento de uma obrigação jurídica poderia ser observado de maneiras absolutamente diferentes conforme a perspectiva adotada.

Enquanto, externamente, poder-se-ia observar, por exemplo, a regularidade de determinada conduta e a existência de uma sanção para os sujeitos dela desviantes, internamente as teorias de Hart consideram que a mera existência da sanção não seria o fator

⁷ Ibid. p. 103. “In verbis”: “For where there is a legislature subject to no constitutional limitations and competent by its enactment to deprive all other rules of law emanating from other sources of their status as law, it is part of the rule of recognition in such a system that enactment by that legislature is the supreme criterion of validity. This is, according to constitutional theory, the position in the United Kingdom. But even systems like that of the United States in which there is no such legally unlimited legislature may perfectly well contain an ultimate rule of recognition which provides a set of criteria of validity, one of which is supreme. This will be so, where the legislative competence of the ordinary legislature is limited by a constitution which contains no amending power, or places some clauses outside the scope of that power. Here there is no legally unlimited legislature, even in the widest interpretation of ‘legislature’; but the system of course contains an ultimate rule of recognition and, in the clauses of its constitution, a supreme criterion of validity”.

⁸ Ibid. p. 107. “In verbis”: “In this respect, however, as in others a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense ‘exist’ even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.”

motivador primaz da prática da conduta prescrita, mas que, na verdade, o reconhecimento da regra válida como obrigatória teria esse papel no ordenamento⁹.

Os sujeitos submetidos a uma determinada ordem jurídica não agiriam, assim, em conformidade com as regras estabelecidas pelo receio da sanção como sustentado por Kelsen, mas simplesmente por reconhecer a normatividade da regra. Nesse sentido, ou seja, a partir do reconhecimento da obrigatoriedade da conduta, mesmo o comportamento desviante não significaria necessariamente o não reconhecimento da obrigatoriedade, posto que ao transgressor restaria, ainda, a consciência da proibição e, desse modo, mesmo nos comportamentos contrários à conduta prescrita, a obrigatoriedade da regra seguiria reconhecida¹⁰.

Ao abordar o direito internacional, Hart parte novamente da perspectiva interna do participante e procura racionalizar a obrigatoriedade das regras em meio à inexistência de um sistema organizado de sanções. Tal sistematização do direito das gentes sugere o reconhecimento de um conjunto de regras primárias obrigatórias para os sujeitos de direito internacional a elas submetidos, apesar de, todavia, não identificar regras secundárias que regulem a aplicação dessas regras primárias.

Por não conseguir encontrar uma regra de reconhecimento que estabelecesse critérios de validade para as regras de direito internacional, o autor inglês não o via como um sistema jurídico, mas apenas como um simples conjunto de preceitos legais ainda não organizado de maneira sistemática e coerente. Diante disso, muito embora sua teoria reconhecesse a obrigatoriedade da normativa internacional, Hart não considerou a ordem jurídica externa aos Estados como um sistema vinculante e acabou negando, portanto, sua caracterização propriamente como direito¹¹.

⁹ Hart dedica o capítulo quarto inteiro de sua obra *Ibid.* pp. 49-76. a críticas às teorias do direito que se constóem com base na idéia da sanção.

¹⁰ *Ibid.* pp. 99-100. “In verbis”: “The first of these forms of expression we shall call an internal statement because it manifests the internal point of view and is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system as valid. The second form of expression we shall call an external statement because it is the natural language of an external observer of the system who, without himself accepting its rule of recognition, states the fact that others accept it. If this use of an accepted rule of recognition in making internal statements is understood and carefully distinguished from an external statement of fact that the rule is accepted, many obscurities concerning the notion of legal ‘validity’ disappear.”

¹¹ *Ibid.* pp. 230-231. “In verbis”: “[...] there is no basic rule providing general criteria of validity for the rules of international Law, and that rules which are in fact operative constitute not a system but a set of rules, among which are the rules providing for the binding force of treaties”

Dentre as conclusões que podem ser extraídas da negação do caráter sistêmico do direito internacional cumpre destacar o comprometimento de qualquer concepção unitarista de seu corpo normativo. A unidade poderia ser encarada, de fato, como uma das mais perceptíveis conclusões decorrentes do reconhecimento do conjunto de normas internacionais como direito e, portanto, como um sistema jurídico organizado.

O protagonismo da sanção na teoria de Kelsen, conforme anteriormente apontado, ou seja, da possibilidade de coerção decorrente do descumprimento da norma válida, constitui sua mais marcante diferença em relação à construção teórica hartiana. O direito, segundo sua teoria pura, consubstanciaria, assim, uma ordem normativa que regularia as ações individuais mediante a prescrição de condutas sob a ameaça de sanção. Não seria demais afirmar, nesse sentido, que a obrigatoriedade derivada do receio de uma sanção encontrar-se-ia no cerne do sistema proposto pelo autor austríaco.

A partir de tal perspectiva, mesmo reconhecendo seu estado primitivo, Kelsen outorga ao direito internacional o status de direito propriamente dito e não o reconhece, portanto, como um mero conjunto de normas. O direito internacional consubstanciaria, assim, um sistema normativo que regularia as ações individuais, prescrevendo condutas e estabelecendo sanções para seu descumprimento. O caráter primitivo do direito das gentes, caracterizável como um sistema ainda desorganizado, seria observável, por exemplo, na inexistência de órgãos competentes para a criação de normas internacionais ou para impor aos Estados¹² o cumprimento dos deveres estabelecidos pela ordem jurídica global, mas não teria o condão de descaracterizá-lo como “ordem coercitiva da conduta humana”¹³, ou seja, como direito.

Concebida a coerção como elemento fundamental caracterizador de um sistema jurídico e reconhecidos os Estados como protagonistas nesse âmbito internacional, essencial se

¹² Ainda que em determinado momento a teoria pura do direito vislumbre a possibilidade de existirem outros sujeitos titulares de direitos e deveres no plano internacional, Kelsen, Op. cit., nota 02. p. 355. parte da concepção do direito internacional como, “in verbis”: “um complexo de normas que regulam a conduta recíproca dos Estados – que são sujeitos específicos do Direito Internacional” e também em Ibid. p.358. “In verbis”: “Se a guerra e as represálias têm o caráter de sanções e essas sanções se consideram dirigidas contra o Estado, embora imediatamente sejam dirigidas contra indivíduos, quer dizer, se o padecimento das sanções é atribuído ao Estado, nesta atribuição exprime-se que os indivíduos que efetivamente sofrem o mal das sanções pertencem ao Estado, isto é, estão submetidos à ordem jurídica cuja personificação é o Estado como sujeito de Direito internacional e, enquanto tal, sujeito do delito de Direito internacional que constitui o pressuposto da sanção.” e p. 363. “In verbis”: “A imediata imposição de deveres aos indivíduos pelo Direito internacional não se opera de fato por maneira a que a uma determinada conduta desses indivíduos sejam ligadas as sanções específicas do Direito internacional: represálias e guerra. Os deveres que o Direito internacional põe diretamente a cargo dos indivíduos são constituídos através de sanções específicas do Direito estadual: penas e execuções.”.

¹³ Ibid. p. 355.

faz a identificação de uma estrutura de sanções para que o direito internacional possa definitivamente se caracterizar como direito. A guerra e as represálias conformariam as típicas sanções à disposição na sistemática do direito internacional e se mostraram, portanto, plenamente hábeis à compatibilização desse sistema aparentemente primitivo de regras com sua teoria do direito¹⁴.

Também a questão hierárquica se coloca à prova na abordagem do direito internacional à luz das teorias de Kelsen. Ainda que hoje organizações multilaterais como a Organização das Nações Unidas possuam importante papel no estabelecimento de regras comuns ao convívio dos sujeitos de direito internacional, tanto à época da concepção proposta pela teoria pura quanto agora, não seria possível identificar um órgão central dotado de atribuições legislativas emanadas por um texto legal fundamental vinculante, tal qual e de maneira tão coercitiva quanto à constituição e as instituições que garantem o fiel cumprimento de seus preceitos no ordenamento interno dos Estados.

Kelsen busca resolver tais entraves dividindo as normas de direito internacional entre aquelas criadas por meio de atos de Estado, ou seja, consolidado positivamente em tratados internacionais, e aquelas decorrentes do costume internacional, o direito internacional geral. Entre as normas de costume internacional, a *pacta sunt servanda* possuiria especial importância, pois serviria de base ao direito internacional emanado das declarações de vontade e estabeleceria entre as duas espécies descritas uma relação hierárquica¹⁵.

Ainda que a sistematização teórica do autor austríaco favoreça a aproximação do direito internacional aos critérios estabelecidos pela racionalidade jurídica positivista à caracterização de um sistema jurídico, não se deve encarar a teoria de Hart como absolutamente avessa ao caráter vinculante do direito internacional, posto que mesmo “as

¹⁴ Ibid. pp. 356-357. “In verbis”: “A questão decisiva é, portanto: o Direito internacional estatui atos coercitivos como sanções? Até aqui pressupõe-se que as sanções específicas do Direito internacional eram as represálias e a guerra. [...] Como as represálias só são permitidas como reação contra a ofensa de determinados interesses de um Estado por outro Estado, elas têm o caráter de sanções, e as ofensas de interesses que as condicionam têm o caráter de uma violação do Direito internacional, quer dizer, de um delito internacional. [...] Tal como as represálias, também a guerra é, ela mesma – quando não seja uma sanção – um delito. [...] A idéia de que a guerra, e bem assim as represálias, são sanções do Direito internacional, surge, assim, plenamente fundamentada.”

¹⁵ Ibid. p. 360. “In verbis”: “[...] o Direito internacional produzido pela via dos tratados internacionais se apóia sobre uma norma do direito internacional geral consuetudinário, sobre uma norma do estrato ou camada relativamente mais elevada, é mister que, como já anteriormente frisamos, valha como norma fundamental pressuposta do Direito internacional uma norma que institua como fato gerador de Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados.”

regras de uma estrutura simples são, assim como a regra básica dos mais avançados sistemas, vinculantes se elas forem aceitas e assim funcionarem”¹⁶.

Especificamente no que se refere à unidade, o autor inglês propõe o abandono do debate acerca do caráter sistêmico do direito internacional e concentra-se no reconhecimento de seus preceitos como vinculantes. Hart observa, ainda, que suas características rudimentares não constituiriam necessariamente seu formato definitivo e vislumbra, finalmente e de maneira essencialmente projetiva, o estado de transição, no qual o direito internacional se encontraria rumo à formação de um sistema jurídico organizado e, portanto, unitário¹⁷.

Kelsen, por sua vez, ao reconhecer a existência de sanções no plano internacional acaba aproximando o direito internacional ao direito interno dos Estados e, igualmente de maneira projetiva, acaba vislumbrando o surgimento de uma “comunidade universal de direito mundial”¹⁸ centralizada. Tal elemento universalista não é, entretanto, meramente programático, tendo em vista que a teoria pura estrutura, de forma bastante clara, a existência de “uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.”¹⁹

Essa concepção monista do direito, que inclui em um único corpo normativo os direitos interno dos Estados e o internacional, enfrenta oposições doutrinárias que formulam sistematizações apartadas em planos normativos distintos, o que, para a teoria pura, consistiria fundamentalmente na concepção de ordens jurídicas apoiadas em distintas normas fundamentais. Tais construções teóricas iriam, ainda segundo o doutrinador austríaco, de

¹⁶ HART, Op. cit., nota 04. p. 230. “In verbis”: “The rules of the simple structure are, like the basic rule of the more advanced systems, binding if they are accepted and function as such.”

¹⁷ Ibid. pp. 230-231. “In verbis”: “Different interpretations of the phenomena to be observed are of course possible; but it is submitted that there is no basic rule providing general criteria of validity for the rules of international law, and that the rules which are in fact operative constitute not a system but a set of rules, among which are the rules providing for the binding force of treaties. [...] Perhaps international law is at present in a stage of transition towards acceptance of this and other forms which would bring it nearer in structure to a municipal system.”

¹⁸ KELSEN, Op. cit., nota 02. p. 364.

¹⁹ Ibid. p. 364.

encontro ao caráter científico da, por ele denominada, ciência jurídica, a qual teria como tarefa a descrição de seu objeto como algo uno²⁰.

O fator decisivo a ser considerado no embate entre a concepção unitária e dualista – ou pluralista²¹ – da relação existente entre o direito interno e o direito internacional estaria na questão da possibilidade de existência de contradições normativas entre o local e o geral. Dessa forma, caso se pudesse conceber a validade simultânea de normas contraditórias, uma no plano estadual e outra no internacional, a unidade não se sustentaria²².

Importante salientar ainda, nesse momento, que a relação observada entre o local e o global acaba por refletir questionamentos análogos feitos a respeito da moral que, ao ser definitivamente apartada do sistema de validade proposto, acabou sendo desconsiderada na teoria pura como ordem normativa válida. Assim, para Kelsen, caso concebidos de forma dual – ou plural –, o direito internacional e o direito interno não poderiam coexistir simultaneamente como válidos e esse constituiria o cerne da insustentabilidade das teorias dualistas²³.

Nesse prisma, mesmo quando uma lei interna estivesse em desacordo com proposição do direito internacional não haveria atentado à unidade do direito, pois o próprio direito internacional indicaria a sanção, a qual poderia ser submetido o Estado violador. A violação

²⁰ Ibid. pp. 364-365. “In verbis”: “Toda a evolução técnico-jurídica apontada tem, em última análise, a tendência para fazer desaparecer a linha divisória entre Direito internacional e ordem jurídica do Estado singular, por forma que o último termo da real evolução jurídica, dirigida a uma centralização cada vez maior, parece ser a unidade de organização de uma comunidade universal de Direito mundial, quer dizer, a formação de um Estado mundial. Presentemente, [...] podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular. A isto se opõe a concepção tradicional que pretende ver no Direito internacional e no Direito de cada Estado dois sistemas de normas diferentes. [...] Esta construção dualista – ou melhor, ‘pluralista’, se levarmos em conta a pluralidade das ordens jurídicas estaduais – é, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, quando tanto as normas do Direito internacional como as das ordens jurídicas estaduais devem ser consideradas como normas simultaneamente válidas, e válidas igualmente como normas jurídicas. Nesta concepção, compartilhada também pela doutrina dualista, está contido o postulado teórico-gnoseológico que obriga a abranger todo o Direito num só sistema, quer dizer, a concebê-lo de um ponto de vista único como um todo fechado sobre si. Na medida em que a ciência jurídica [...] pretende abranger [o Direito internacional] sob a categoria de norma jurídica válida, ela impõe-se – precisamente como ciência da natureza – a tarefa de descrever o seu objeto como uma unidade. O critério negativo desta unidade é a ausência de contradição.”

²¹ Ibid. p. 364. “In verbis”: “Esta construção dualista – ou melhor, ‘pluralista’, se levarmos em conta a pluralidade das ordens jurídicas estaduais.”

²² Ibid. p. 365. “In verbis”: “Do que especialmente se trata, ao determinar a relação existente entre Direito estadual e Direito internacional, é a questão de saber se podem existir conflitos insolúveis entre os dois sistemas de normas.”

²³ Ibid. pp. 365-366. “In verbis”: “Se houvesse conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e se, por isso, fosse inevitável uma construção dualista, desde que considerássemos o Direito estadual como um sistema de normas válidas, não só não poderíamos conceber o Direito internacional como Direito, como também o não poderíamos sequer conceber como uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo que o Direito estadual.”

seria, nesse contexto, semelhante àquela observada nas contradições normativas da ordem interna e apenas a reação à violação seria diferente. De fato, no plano internacional não se pode vislumbrar, mesmo nos dias atuais, forma de coerção que invalide a lei interna contraditória, mas tão somente a guerra e as represálias, típicas sanções do direito internacional²⁴.

Concebidos nesses contornos como uma unidade coerente, o direito estadual e o internacional devem necessariamente possuir a mesma norma fundamental, ou seja, o mesmo fundamento de validade. Tal conclusão sugere, entretanto e por um lado, dúvida quanto à hierarquia das normas e, portanto, das ordens jurídicas e, por outro lado, que apenas uma das duas poderia ter primazia para a preservação da unidade proposta.

Caso admitido seja que o direito dos Estados teria primazia sobre o direito internacional, sob a perspectiva unitarista a validade do global seria encontrada no local, ou seja, o reconhecimento da norma internacional pela ordem interna consubstanciaria o fundamento de validade do direito internacional²⁵.

A construção unitária fundada na prevalência do direito internacional, por outro lado, concebe as ordens jurídicas estaduais “como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como uma ordem jurídica universal”²⁶. Mais que isso, tal concepção trata de explicar a coexistência espacial e temporal das diversas ordens estaduais, as quais se comunicariam como parcelas autônomas do todo normativo internacional que, por conter em si seu próprio fundamento de validade e aquele de cada uma de suas parcelas estaduais, sobrepor-se-ia sobre cada uma delas e consolidando, portanto, seu caráter uno.

²⁴ Ibid. p. 367. “In verbis”: “O sentido com que o Direito internacional impõe ao Estado o dever de realizar quaisquer atos e, especialmente, de estabelecer normas de determinado conteúdo, é simplesmente o seguinte: o ato oposto ou a fixação de normas de conteúdo oposto são pressupostos aos quais o Direito internacional liga as suas sanções específicas, as consequências do ilícito, que são as represálias ou a guerra. A norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional.”

²⁵ Ibid. pp. 371-372. “In verbis”: “Quando, ao responder à questão do fundamento de validade do Direito internacional, se parte da própria ordem jurídica estadual, quando se pergunta por que é que o Direito internacional vale em relação ao Estado considerado como ordem jurídica já vigente, não se pode chegar a qualquer outra resposta que não seja a de que o Direito internacional tem de ser reconhecido por este Estado para veler em relação a ele. Na impositação da questão vai já implícita a suposição de que o fundamento de validade do Direito internacional tem de ser encontrado na ordem jurídica estadual, isto é, a admissão do primado da ordem jurídica do próprio Estado, ou seja, de sua soberania, ou, o que significa o mesmo, a aceitação da soberania do Estado relativamente ao qual está em questão a validade do Direito internacional.”

²⁶ Ibid. p.374.

As divergências que surgem a partir da contraposição dos dois possíveis desenhos da teoria monista referem-se exclusivamente à hierarquia normativa e repercutem, principalmente, na determinação do fundamento de validade do direito internacional. O conteúdo e funções da ordem normativa una e coerente seriam, entretanto, os mesmos tanto no caso de identificação da norma fundamental no plano interno quanto no costume internacional²⁷.

Fundamental se faz admitir, entretanto, que apesar de a concepção monista não admitir a existência de conflitos de normas entre o direito internacional e o direito interno, não existem mecanismos disponíveis que se mostrem hábeis a coibir contradições à luz do primado do direito internacional além das represálias e da guerra, conforme já anteriormente mencionado. A solução para esse impasse, bastante projetiva à época dos escritos de Kelsen e já relativamente palpável nos dias atuais, seria, nesse contexto, a criação de órgãos jurisdicionais vinculantes²⁸.

A abordagem positivista do direito internacional se estrutura claramente, mesmo ao lhe negar caráter de sistema jurídico, sob o paradigma a unidade. A descrição do direito internacional como um conjunto de regras e não como um direito, apresentada por Hart, impede, por um lado, qualquer ilação acerca de sua unidade sistêmica e sugere, por outro lado, que caso sua institucionalização lhe garantisse contornos de direito, sua estrutura preencheria os requisitos de coerência interna de uma estrutura uma.

Kelsen, por sua vez, não apenas outorga ao direito internacional caráter sistêmico, ou seja, jurídico, como, inclusive, identifica em sua estrutura as sanções, pressupostos necessários segundo suas teorias à caracterização de uma ordem legal vinculante. Ultrapassado tal debate, o direito internacional passa a ser analisado sob a ótica de sua relação com o direito interno dos Estados e, desse contexto, surge a opção do autor por uma estruturação unitarista, monista, do direito internacional.

²⁷ Ibid. p. 378. “In verbis”: “A diferença entre as duas construções monistas das relações entre o Direito internacional e o Direito estadual respeita apenas ao fundamento da validade do Direito internacional, não ao seu conteúdo. [...] Como o Direito internacional tem o mesmo conteúdo nos dois casos, também em ambos os casos tem as mesmas funções [...]”

²⁸ No que se refere especificamente à idéia de soberania em um modelo supranacional vinculante, *ibid.* p. 383. vai ainda mais além e vislumbra a criação, por meio de um tratado, de, “in verbis”: “[...] uma organização internacional a tal ponto centralizada que tenha ela própria caráter de Estado, por forma tal que os Estados contratantes que nela sejam incorporados percam o seu caráter de Estados.”

O elemento mais marcante da forma como o direito internacional se apresenta nas teorias positivistas denota, mais uma vez, sua imersão na experiência moderna. O direito, e destacadamente o direito das gentes, surge e se estrutura de maneira absolutamente vinculada à idéia do Estado-nação e a questão unitarista se refere basicamente à compatibilização do plano jurídico internacional às distintas ordens legais nacionais. As dúvidas e críticas quanto à unidade do direito internacional não eram, como se verifica atualmente na doutrina internacionalista e será demonstrado adiante, propriamente relacionadas à perspectiva interna do direito internacional, mas, entretanto, moderna e positivamente fundadas em sua relação com o direito interno dos Estados.

1.2 O direito internacional contemporâneo: entre unidade e fragmentação

O incômodo causado pela falta de respostas às mazelas humanas e pela dificuldade de se colocar aquilo que é logicamente racionalizado em prática está exatamente no cerne do debate pós-moderno, ainda que o próprio conteúdo desse termo, criado à luz das angústias modernas²⁹, seja colocado em xeque, contestado e considerado, por muitos, impróprio e superficial³⁰.

No direito, especificamente e conforme já ressaltado, a modernidade repercutiu em sua sistematização teórica, na construção do pensamento jurídico tecnicista, mecânico, codificado, é dizer, positivista³¹, ao qual o prefixo indicativo da busca por uma superação hábil a trazer

²⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 27. defende a autonomia da pós-modernidade relacionando-a diretamente com o pensamento moderno, senão vejamos: “A necessidade de discutir ambas as expressões decorre da transação provocada por um certo estado de transição. Esta transação de dupla mão entre a modernidade e a pós-modernidade se dá exatamente porque é impossível não prever choques e antagonismos, que estão além da mera questão conceitual, e que moram, sobretudo na dimensão do factual. Onde se inicia a pós-modernidade? Será que nada há de moderno na experiência pós-moderna? Será que a crítica pós-moderna à modernidade pode ser aceita como uma espécie de superação temporal e ideológica da modernidade? Até onde a pós-modernidade aglutina a modernidade, até onde a pós-modernidade rompe com a modernidade?”

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, passim, por exemplo, constrói sua argumentação referindo-se à modernidade atual como líquida, a qual se contrapõe à rigidez do que ele chama de estágio sólido original.

³¹ CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos do direito internacional pós-moderno. Tese de Titularidade apresentada à FADUSP: São Paulo, 2006. pp. 56 - 57. a esse respeito sustenta que o “nascimento do pensamento pós-moderno se dá como fenômeno metajurídico [...]. A crise da pós-modernidade não começa no campo jurídico, mas atinge o direito. [...] Em

respostas concretas a suas faltas e lacunas aderiu. Pós-positivismo se tornou, nessa toada, a vertente jurídica da pós-modernidade, mas a tentativa de se criar algo inovador acabou em certa medida apenas potencializando aquilo que já se encontrava no arcabouço do pensamento moderno; a valorização e a proteção do ser humano³².

A imagem do patinador de Emerson³³ que, ao enfrentar a tênue camada de gelo de um lago congelado, encontra na rapidez de seus movimentos a técnica necessária para deslizar de forma segura e seguir em frente serve ainda inequivocamente à descrição dessa existência cada vez mais, com a licença do lugar-comum, globalizada, veloz e uniformizante. A dificuldade de superação de paradigmas faz com que, nesse cenário, o prefixo “pós” aparente tão somente servir à reafirmação da modernidade, mas, no encalço da consolidação de uma série de alterações de perspectivas, embora não se admita ainda a definitiva superação do moderno, vive-se hoje, ao menos, o desafio de tal superação³⁴.

O mundo se torna dia após dia menor, as relações humanas são hoje transnacionais, multiconectadas, produto direto da técnica, das máquinas, do apreço à razão e à tecnologia³⁵. O direito³⁶ e a sociologia³⁷ se ocupam cada vez mais da relação entre o local e o global, entre o

contraposição à expectativa, do século XIX e início do século XX, não mais se pode acreditar em progresso constante, nem sequer em desenvolvimento auto-sustentável, mas sempre se podem alterar as perspectivas de avaliação e interpretação.”

³² Ibid. p. 66. “A crise da pós-modernidade, no direito internacional, não foi escolhida: acontece e tem de ser enfrentada. O resgate dos valores basilares da civilização e da cultura [...] podem ser fundamento para o direito internacional pós-moderno, com ênfase no respeito e na tolerância ao outro.”

³³ EMERSON, Ralph Waldo. *Essays and lectures*. New York: The Library of América, 1982. p. 364, em seu ensaio *Prudence* de 1841, in verbis: “*In skating over thin ice, our safety is in our speed*”.

³⁴ CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa* 21:209-220, 1998. p. 209. “In verbis”: “Em um cierto sentido la teoria jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos em um cierto sentido somos positivistas.”

³⁵ KENNEDY, David. The international human rights movement: part of the problem? In: *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 15, 2002. p. 116, “in verbis”: “The human rights movement promises that “law” – the machinery, the texts, the profession, the institution – can resolve conflicts and ambiguities in society [...]”.

³⁶ Por exemplo, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos* – vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.; _____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: UnB, 1998.; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996.; _____. *Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do, org; Perrone-Moisés, Cláudia, org. *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: EDUSP, 1999.; _____. *Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea*. In: PIOVESAN, Flávia, coord. *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2007.; GÜNTHER, Klaus. *Rechtspluralismus und universaler code der legalität: globalisierung als rechtstheoretisches problem*. In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus. *Die öffentlichkeit der vernunft und die vernunft der öffentlichkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.; KENNEDY, Op. cit., nota 35.; CAGGIANO, Monica Herman S. *Os direitos fundamentais e sua universalização*. In: *Revista Brasileira do Direito Constitucional*, n. 4, jul./dez., 2004.; KOSKENNIEMI, Martti. *Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought*. Harvard, 05 de março de 2005 – Palestra. e FISCHER-LESCANO, Andréas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006.

geral e o específico, o universal e o relativo, o uniforme e o multicultural. Alguns se posicionam firmemente em defesa da sobreposição do geral ao local, outros defendem a diversidade acusando defeitos na uniformização, mas tanto em um quanto no outro grupo existem aqueles que claramente tentam refinar o discurso e harmonizar aquilo que aparentemente surge como antagônico e inconciliável³⁸.

As relações entre os sujeitos de direito internacional passaram, nesse contexto, gradualmente da coexistência westfaliana à cooperação. Em meio a tal evolução, o clássico conceito de soberania relativizou-se e toda a técnica jurídica do direito das gentes passou a exigir novas sistematizações³⁹. Inserido nessa redefinição do paradigma soberano⁴⁰, o debate acerca da relação entre o geral e o específico repercutiu em toda a estruturação teórica do direito internacional e traduz-se hoje, principalmente, nas discussões acerca de seu caráter unitário ou fragmentado à luz, principalmente, da análise da relação dos Estados com os novos sujeitos multilaterais de direito internacional.

A mera possibilidade de se cogitar a conformação fragmentada do direito internacional constitui aspecto dessa pós-modernidade jurídica que busca o distanciamento da visão

³⁷ Por exemplo, BAUMAN, Op. cit., nota 30 e SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política 39, 1997, pp. 105-124.

³⁸ CASALMIGLIA, Op. cit., nota 34, p. 210. “In verbis”: “Me parece que más que la superación del positivismo estamos ante un desplazamiento de la agenda de problemas que interesan y, en algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eran sostenidas de forma mayoritaria por las teorías positivistas.”

³⁹ LAFER, Celso. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pp. 19-20. “In verbis”: “O direito internacional de coexistência constitui expressão do direito internacional clássico – um direito internacional que resulta de um sistema interestatal formalizado pela lógica do Tratado de Westfália de 1648 e baseado na possibilidade de soberanias afirmarem-se independentemente de qualquer autoridade externa. [...] o direito internacional de cooperação [...] tem, como traço distintivo, normas de mútua cooperação. Esse tipo de normas responde às mudanças na estrutura da sociedade internacional que causaram um distanciamento entre forma e substância, ou seja entre a plenitude irrestrita da ‘soberania jurídica’ e as possibilidades mais circunscritas da ‘soberania operacional’”

⁴⁰ KOSKENNIEMI, Martti. From apology to utopia: the structure of international legal argument. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005. pp. 242-243. “In verbis”: “The expression ‘sovereignty’ or any definition thereof cannot have such fixed content as to be ‘automatically’ applicable. It is not only that they are ambiguous or have a penumbra of uncertainty about them. There simply is no fixed meaning, no natural extent to sovereignty at all. Moreover, assuming that sovereignty had a fixed content would entail accepting that there is an antecedent material rule which determines the boundaries of State liberty regardless of the subjective will or interest of any particular State. But this is incompatible with the liberal doctrine of politics. For it, ‘liberty’ is a purely formal notion. Any attempt to impose material boundaries to it which do not stem from the free choice of the individual or entity in question will appear as unjustified coercion. This explains the apparently puzzling phenomenon that ‘sovereignty’ seems compatible with the situation of a State living in hermetic isolation from others as well as for one which surrendered all its decision-making power to supranational bodies.”

tecnicista, sistêmica e, portanto, unitarista de outrora⁴¹. Importante ressaltar que a perceptível diluição do conceito clássico de soberania não se apresenta apenas à instrumentalização da institucionalização da atuação integrada de duas ou mais unidades políticas independentes no plano internacional, mas decorre, na verdade e de forma bem mais ampla, do afastamento da perspectiva moderna de centralidade do Estado nas relações internacionais. De qualquer maneira, inegável se faz reconhecer que a aproximação econômica e política ocorrida na Europa após a segunda guerra mundial constitui um dos maiores exemplos contemporâneos dessa relativização conceitual operada fundamentalmente pela criação de entidades supranacionais comuns⁴².

A diminuição do protagonismo do Estado-nação constitui, entretanto, mera consequência de uma dinâmica histórica e sociológica bem maior supostamente capaz de desafiar a perspectiva unitária tradicional do direito das gentes. Niklas Luhmann descreve tal fenômeno, por exemplo, como resultado do traslado lógico de construções teóricas fundadas em expectativas normativas tais como a política, a moral e o direito, para expectativas eminentemente cognitivas como a economia, a ciência e a tecnologia. Sob tal perspectiva, as normas em abstrato, instrumentos naturalmente hábeis a promover na teoria positivista a organização da sociedade, teriam perdido força e cada vez mais o direito se estruturaria de forma a se adaptar à realidade, às práticas instituídas que, no plano específico do direito internacional, consubstanciariam questões de fato, é dizer, os costumes da sociedade internacional⁴³.

⁴¹ KOSKENNIEMI, Martti. What is international law for? In: EVANS, Malcolm D. (Edit.). International law. Oxford: Oxford University Press 2006. p 77. "In verbis": "Far from being a problem to resolve, the proliferation of autonomous or semi-autonomous normative regimes is an unavoidable reflection of a 'postmodern' social condition and a, perhaps at least to some extent, beneficial prologue to a pluralistic community in which the degrees of homogeneity and fragmentation reflect shifts of political preference."

⁴² SOARES, Mário Lúcio Quintão. MERCOSUL - Direitos humanos, globalização e soberania. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 29. "In verbis": "A diluição do conceito de soberania ocorre a partir do Plano Schuman, inspirado em Jean Monnet, quando seis Estados europeus gradativamente se incorporaram a entidades supranacionais, vinculando-se entre si com laços jurídicos, econômicos e políticos mais acentuados do que os derivados dos tratados internacionais clássicos. Essa integração desenvolveu-se durante a década de 50 com a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA (Tratado de Paris – 18/abr./1951) na Europa Ocidental, através dos Estados-partes da França, Alemanha Federal, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, objetivando manter mercado comum para o carvão, minério de ferro e aço, com harmonização de preços e transporte dos referidos produtos."

⁴³ FISCHER-LESCANO, Op. cit., nota 36. p. 07. "In verbis": "Eine bemerkswerte Ausnahme bildet Nilas Luhmans Prognose über die Zukunft des globalen Rechts aus dem Jahre 1971. Als Luhmann damals den Begriff der Weltgesellschaft sozialtheoretisch fundiert, wagte er die >>speculative Hypothese<<, das globale Recht werde eine radikale Fragmentierung durchmachen, deren Bruchlinien nicht territorial, sondern gesellschaftssektoriell verliefen. Grund sei ein >>Führungswechsel<< von normativen Erwartungstypen (Politik, Moral, Recht) hin zu kognitiven Erwartungstypen (Wirtschaft, Wissenschaft, Technologie), sei sic ihm Wandel von nationalstaatlich organisierten Gesellschaften zur

O caráter assistemático do direito na atualidade surgiria, assim e de maneira absolutamente contraditória, em decorrência de fatores eminentemente modernos comumente englobados no lugar-comum da “globalização⁴⁴”, tais como os avanços tecnológicos e a especialização. Tal constatação acaba denunciando de maneira ainda mais forte e cristalina o vínculo existente atualmente no direito entre a superação – o pós - e o que se busca superar – o positivismo.

A doutrina internacionalista costuma, nesse contexto atual, entender o pluralismo legal como um problema teórico ameaçador da racionalidade que, de maneira técnica e artificial, buscou construir-se sob uma lógica sistêmica unitarista e, portanto, coerente⁴⁵. A diversidade normativa se estabelece, dessa forma, como clara ameaça, portanto, à sistematização moderna e conduz, fatalmente, à retomada de questões relacionadas à busca do sentido e da natureza jurídica do direito internacional.

Nessa toada e partindo-se, por exemplo, da análise do direito internacional atual sob perspectiva constitucionalista e, portanto, eminentemente unitarista, percebe-se com facilidade a fragmentação – ainda que aparente - causada pela tematização autônoma da atividade legislativa no plano global. Essa pluralidade de lógicas normativas dificulta, na verdade, a própria aplicação do constitucionalismo ao direito das gentes ainda que seu arcabouço teórico não exija necessariamente, por exemplo, exercícios projetivos de criação de uma federação global⁴⁶.

Weltgesellschaft hin vorziehe: >>Das heiße, daß auf der Ebene der Weltgesellschaft nicht mehr Normen (in Gestalt von Werten, Vorschriften, Zwecken) die Vorauswahl des zu Erkennenden steuern, sondern daß umgekehrt das Problem lernender Anpassung den Strukturen Primat gewinnt und die strukturellen Bedingungen der Lernfähigkeit aller Teilsysteme in Norminierung abgestützt werden müssen.”

⁴⁴ LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. Globalizao e soberania. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI, Umberto. Direito internacional, humanismo e globalidade. So Paulo: Atlas, 2008. pp. 293-294. “In verbis”: “Num sentido estrito, a globalizao, cujo ritmo acelerou-se significativamente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, e mais ainda após o término da Guerra Fria, configura um fenmeno econmico, que corresponde a uma imensa circulação de bens, capitais e tecnologia através das fronteiras nacionais, com a conseqüente criação de um mercado mundial. Representa uma nova etapa na evolução do capitalismo, tornada possível pelo extraordinário avanço tecnológico nos campos da comunicao e da informtica, caracterizando-se basicamente pela descentralizao da produo, que se distribui por diversos pases e regies, a sabor dos interesses das empresas multinacionais.”

⁴⁵ HALTERN, Ulrich. Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende. In: Archiv des öffentlichen Rechts 128, 2003. p. 516. “In verbis”: “Die Rechtstheorie schließlich formuliert Globalisierung und Europäisierung als rechtstheoretisches Problem. Sie frgt zum einen, ob sich am Faktum des Rechtspluralismus – ausgelöst durch die Vielzahl von nicht mehr hierarchisch geordneten Normsystemen – die Einheitsfiktion des Rechtssystems auflöst, und mit ihr die Möglichkeit einigermaßen gerechten Entscheidens.”

⁴⁶ FASSBENDER, Bardo. The meaning of international constitutional law. In: MacDonald/Johnston (Hrsg.). Towards World Constitutionalism. Amsterdam: R.St.J., 2005. p. 839. “In verbis”: “[...] one can apply the notion of constitution in the realm

De fato, mesmo as concepções realistas das relações internacionais, construídas principalmente em torno da relevância do papel do Estado-nação como atores no plano internacional, buscam demonstrar que o direito das gentes se sistematizaria de maneira diferente do direito nacional, ou seja, diferente da estrutura constitucional de um ordenamento jurídico interno particular⁴⁷.

Observação mais cuidadosa do cenário global atual não aponta, esclareça-se, à diluição da importância dos Estados como sujeitos de direito internacional, mas à impossibilidade da atuação isolada e irrestrita. De fato, a nova realidade histórica - global e pós-moderna - verificada atualmente nas relações internacionais parece ter intensificado de maneira bastante nítida a interdependência, fenômeno que repercutiu no direito internacional, pós-positivista e pós-nacional, no incremento das chamadas iniciativas de cooperação e integração⁴⁸.

Essas novas formas interativas de organização da sociedade internacional tendem a deslocar a discussão da exclusiva relação entre o direito interno e o internacional, típicas do positivismo clássico, para as divergências na interpretação e na aplicação das normativas que se sobrepõem de maneira concorrente e vinculante no âmbito global. Conflitos podem ocorrer, nesse novo contexto, tanto entre a ordem jurídica nacional e a internacional quanto entre as diversas normativas internacionais hoje existentes e, muitas vezes, ainda que a conformação entre tratados e entre tratados e a lei nacional não configure ou apresente divergências políticas, importantes dúvidas jurídicas podem subsistir e restar insolúveis⁴⁹.

of universal international law without necessarily being a proponent of a 'world state', something which to many is still the epitome of horror."

⁴⁷ HALTERN, Op. cit., nota.45. p. 539. No capítulo acerca das questões semânticas da modernidade, "in verbis": "Dass auch internationales Recht „Recht“ ist, dürfte trotz des gelentlichen Wiederaufflammens skeptischer Anmerkungen vornehmlich aus dem Lager der Realisten inzwischen anerkannt sein. Dennoch unterscheidet es sich fundamental von nationalem Recht, von nationalen Verfassung zumal."

⁴⁸ PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Diferentes aspectos dos sistemas de integração da União Européia e do MERCOSUL: uma abordagem sintética e comparativa. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. MERCOSUL e união européia: perspectivas da integração regional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 193. "In verbis": "A globalização, entendida aqui como fenômeno de intensificação da interdependência entre Estados e das relações econômicas internacionais entre empresas, favorecidas com a diminuição do protecionismo, também trouxe consigo o fenômeno da criação de blocos regionais, onde os seus integrantes buscam estabelecer relações privilegiadas em detrimento de terceiros Estados."

⁴⁹ BIELING, Hans-Jürgen. Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung, In: BUCKEL, Sonia u.a. (Hrsg.). Hegemonie gepanzert mit Zwang. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 148. "In verbis": "Mit der Konzeption des >>neuen Konstitutionalismus<< wird dieser Fragmentierungsprozess explizit thematisiert. Schließlich entstehen über die Aushandlung von internationalen Arrangements und Organisationen – so z.B. der WTO oder der regionalen Wirtschaftsintegration – inter- bzw. Supranationale Teilrechtsordnungen mit einer mehr oder minder ausgeprägten Rechtsverbindlichkeit. [...] Oft bleibt jedoch eine gewisse Divergenz und Konkurrenz zwischen den Nationalstaatlichen Rechtssystem und Kriterien der Rechtsprechung bestehen, weshalb z.B. auch die WTO-Abkommen

A possibilidade de normatização divergente no plano internacional consubstanciaria, a partir de tais premissas, a chamada fragmentação do direito internacional⁵⁰, ou seja, a especialização técnica das diversas áreas do direito internacional em marcos legais particulares elaborados segundo perspectivas inerentes a sua lógica temática.

A fragmentação se sobressai atualmente como questão latente no debate jurídico internacionalista. O panorama global – ao menos aparentemente – repartido de maneira desordenada pela pluralidade de instituições legiferantes se apresenta como um dos grandes desafios do direito internacional, o qual, de maneira pós-positivista e, portanto, pós-moderna, parece não evoluir no futuro próximo para o estabelecimento, por exemplo, de critérios hierárquicos de validade para a solução de conflitos como imaginado pelos positivistas modernos⁵¹.

Importante se faz ressaltar, nesse momento, a diversidade de conteúdos disponíveis para o termo “fragmentação”. Nesse sentido, o direito internacional poderia ser teorizado de maneira compartimentada como um conjunto de sistemas temáticos distintos e autônomos ou, na perspectiva interna de uma dessas lógicas jurídicas específicas – dos direitos humanos, do comércio internacional, do direito do mar -, em relação à sobreposição de normativas internacionais sobre o mesmo tema.

Ainda que muitos teóricos tendam atualmente a redargüir a unidade do direito internacional, princípios como, por exemplo, aquele que determina a derrogação da regra geral pela especial, continuam plenamente aplicáveis à técnica jurídica do direito das gentes, embora a multiplicação de acordos internacionais que criam sistemas jurídicos próprios e

und viele bilaterale Handels- und Investitionsabkommen politisch umkämpft bleiben immer wieder rechtliche Streitfragen provozieren.“

⁵⁰ KOSKENNIEMI, Martti. Global governance and public international Law. In: Kritische Justitz, 37, 2004. p. 243. “In verbis”: “The second threat to the traditional image arises from what international lawyers call >>fragmentation<<, the division of international regulation into specialized branches, deferring to special interests and managed by technical experts.”.

⁵¹ KOSKENNIEMI, Martti. The fate of public international law: constitutional utopia or fragmentation? Chorley Lecture: London School of Economics, 2006. p. 30. “In verbis”: “Fragmentation is, after all, the result of a conscious challenge to the unacceptance features of that general law, features crystallized in the institutions that have the privilege to declare it. This is why there will be no hierarchy between the various legal regimes in any near future. The agreement that some norms simply must superior to other norms is not reflected in any consensus in regard to who should have final say on this.”

relativamente independentes acabe transformando-os em verdadeiras ameaças capazes realmente de fragmentar o sistema normativo global⁵².

No caso específico do princípio da especialidade, a preservação da unidade sistêmica do direito internacional parece exigir hoje sua adaptação para conformá-lo com a nova realidade plural da sociedade global e evitar, portanto, o surgimento de antinomias insanáveis entre os diversos planos legais do direito internacional atual⁵³.

Nessas viradas conceituais, observa-se que a reafirmação pelos constitucionalistas da inviolabilidade da unidade em meio ao pluralismo não impede que conflitos entre sistemas de direito internacional mostrem-se de solução cada vez mais difícil em razão, principalmente, da impossibilidade de se estabelecerem critérios temporais ou hierárquicos confiáveis de prevalência e de se definir, assim, claramente qual regra constituiria mandamento geral e qual criaria o direito específico⁵⁴.

O contexto teórico constitucionalista, focado, conforme sugerido, mormente na produção e na sobreposição de normas de direito internacional, permite, ainda, que se vislumbre uma sistematização mais abrangente, por meio da qual o ordenamento das gentes seria percebido não apenas como uma ordem jurídica formada por instituições e regras – distintas daquelas do direito interno, ressalte-se –, mas também como um projeto político inserido em costumes e tradições próprias⁵⁵.

⁵² DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international. In: Recueil des Cours. Académie de Droit International de la Haye, tomo 297, 2002. pp. 428-429. "*Specialia generalibus derogant*. Adage ancestral tiré du droit romain selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales, ce principe trouve toujours une place fondamentale dans le droit international public positif. [...] Bien plus, certains des régimes conventionnels existants étant dotés d'un système spécifique de contrôle de leur légalité, la multiplication de ces organes risque d'aboutir, plus encore qu'à une fragmentation du droit, à l'émergence de feodalités normatives."

⁵³ Ibid. pp. 430-431. "In verbis": "Toujours est-il que le principe selon lequel le droit spécial l'emporte sur le droit général mérite aujourd'hui qu'on appréhende à nouveau sa portée ; soit qu'elle appelle des développements nouveaux en raison de la multiplication des régimes spéciaux, soit au contraire qu'elle alimente la complexité d'un ordre juridique arborescent dont les divers acteurs de la vie internationale ressentent la nécessité de l'ordonner autour du tronc commun de principes incontournables."

⁵⁴ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 51. p. 28. "In verbis": "Constitutionalists are right to say that functional regimes or expert systems do not float in a normless vacuum. But they do not have definite hierarchies to resolve conflicts between them – they have a vocabulary, in other words, but nothing definite to say with it. While the ILC Study Group discovered that no regime, however special, was autonomous from general law, it did not feel it appropriate to give indication of whether in cases of normative conflict – and specially conflict between a special rule and a general one – the special should be read as an exception to or an application of the general. In other words, it refrained from proposing any constitutional hierarchy for each situations."

⁵⁵ Ibid. p. 01. "In verbis": "Public international is rules and institutions but it is also a tradition and a political project. If you view it only as rules or institutions, you will be struck by how different it is from the rules and institutions you know from the domestic context."

Nesse ponto, pode-se vislumbrar relevante risco surgido a partir da pretensão de fragmentação do direito das gentes. De fato, concebidas as normas internacionais de maneira unitarista e uniforme, os costumes e tradições nela inseridos tenderiam a traduzir uma perspectiva globalmente compartilhada, ainda que inexistam, certamente, garantias de que projetos políticos hegemônicos particulares não capturariam a estrutura global predominante. De qualquer maneira, a assunção de uma correlação lógico-normativa entre as estruturas aparentemente autônomas poderia, sim e entretanto, dificultar tal usurpação.

Por outro lado e diversamente, a estruturação fragmentada do direito internacional em múltiplos corpos normativos independentes facilitaria a captura de regimes jurídicos orientados por temáticas particulares por projetos políticos específicos. Nesse sentido, para o Martti Koskenniemi “os regimes especiais são criados com o propósito específico de enfraquecer ou desviar do direito geral”⁵⁶ e a fragmentação não seria, portanto, um problema da técnica, mas o resultado de manobras de atores hegemônicos para articular interesses próprios em vez dos gerais com a intenção de se alcançar a “melhor racionalidade”.

Em argumentação absolutamente diversa, a unidade poderia ser, ainda, encarada e criticada como enfoque ultrapassado fundado em perspectivas relacionadas a projetos políticos hegemônicos⁵⁷, aos quais a fragmentação se apresentaria não como um risco sistêmico, mas como válida alternativa⁵⁸. Essa resposta fragmentária à unidade positivista moderna apresentar-se-ia, assim, atualmente, ao menos, em três vertentes principais.

⁵⁶ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 50. p. 243. No original: “[...] special regimes are created with the distinct purpose to undermine or deviate from general law.”

⁵⁷ SANTOS, Op. cit., nota 37. PP 110 – 111. Constrói sua proposta de hermenêutica diatópica a partir das críticas ao universalismo dos direitos humanos como uma concepção hegemônica, de dominação. “In verbis”: “A complexidade dos direitos humanos reside em que eles podem ser concebidos, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo ou, por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra-hegemônica. Proponho-me de seguida identificar as condições culturais através das quais os direitos podem ser concebidos como cosmopolitismo ou globalização contra-hegemônica. A minha tese é que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo. [...] A sua abrangência global será obtida à custa de sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre e competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.”

⁵⁸ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 36. P. 05. No original: “Unity is a hegemonic project. It seeks the predominance of my perspective, my institution. Against this, we are accustomed to depicting the world – or some aspect of it – as oppressively homogenous, ruled by a totalizing logic of power, globalization, empire. Plurality as a counter-hegemonic strategy. Multiplicity of laws and regimes – and sovereignties, why not? – as a receipt for freedom, innovation, novelty.”

A primeira dessas vertentes se referiria às novas interpretações do direito surgidas no âmbito de instituições internacionais especializadas, as quais seriam, elas próprias, quando reconhecidas como regimes autônomos e excepcionais às normas do direito internacional geral, a segunda dessas modalidades. Já a terceira forma de exteriorização da fragmentação se verificaria na idéia da contraposição, do choque, entre as diversas lógicas jurídicas autônomas que se estruturam nas múltiplas esferas atuais do direito internacional.

De uma forma ou de outra, o pluralismo decorrente, principalmente, da maior institucionalização do direito internacional consubstancia hoje fato e qualquer perspectiva que se adote em sua abordagem deve levar em consideração as alterações ocorridas na organização do espaço global como, por exemplo, o reconhecimento da existência de novos sujeitos de direitos e de obrigações. Nesse sentido, os projetos políticos com pretensões gerais na estruturação fragmentada do direito das gentes não conformariam exclusivamente questões de Estado, submetendo-se à atualmente necessária distinção observável entre os paradigmas do governo e da governança⁵⁹.

Assim, enquanto a idéia de governo se relacionaria à tradicional concepção política organizacional voltada ao benefício comum, no conceito de governança se encontrariam contidos os interesses individuais que, por diversos fatores, se infiltrariam no sistema político internacional em um jogo de influências que tenderia a favorecer os anseios dos mais fortes⁶⁰. A distinção teórica proposta pela doutrina busca sustentação, principalmente, na superação do estudo do direito internacional com base nas premissas eminentemente européias modeladas para os governos dos Estados-nacionais, os quais exigem a estruturação de uma ordem legal baseada em um direito forte, centralizado, com regras claras e hierarquicamente organizadas, ou seja, claramente positivistas e modernas⁶¹.

⁵⁹ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 50. pp. 241 – 254.

⁶⁰ Ibid. p. 243. “In verbis”: “[...] globalization invokes not government, but governance, a spontaneous process, pushed by private interests and actors in a thoroughly pragmatic process, accountable to no functional equivalent of a public realm but to an amorphous aggregate of stakeholders.” A governança, como um processo pragmático de organização de poderes poderia ser facilmente observado, por exemplo, nos encontros econômicos e políticos, nos quais corporações transnacionais, governos, e instituições financeiras interagem em busca do alcance de objetivos comuns.

⁶¹ Ibid. p. 241. O autor aponta para três teorias européias que seguem este pensamento. Immanuel Kant desenvolveu a idéia de uma federação cosmopolita, onde os estados independentes estariam regidos por uma única lei, que basear-se-ia nos direitos humanos como princípios comuns de uma única ordem global. Já Auguste Comte e Durkheim propuseram um sistema de soberanias dentro de uma sociedade global una, na qual a racionalidade universal governaria controlada por especialistas técnicos. E finalmente, como uma releitura das teorias anteriormente mencionadas, o “quintessentially”, no qual poder-se-ia enxergar a Carta da ONU como uma constituição da humanidade, e não como mero ato de coordenação diplomática.

Dentre os fatores que impediriam a viabilidade de tal estruturação estaria, mais uma vez e fundamentalmente, a impossibilidade de se sustentar o clássico protagonismo dos Estados na estrutura do direito internacional⁶². Caso não se admitisse a referida alteração de perspectiva, complicado se tornaria justificar, por exemplo, o surgimento e desenvolvimento de mecanismos independentes e órgãos específicos para assegurar a eficácia das regras produzidas e a estabilidade das relações estabelecidas atualmente na comunidade internacional⁶³.

Importante ressaltar o conteúdo e os limites dessa comunidade que se vê submetida, posto se tratar de um termo que se refere não a uma coletividade humana, mas mormente a uma congregação de entes políticos não-físicos, agentes do direito internacional e freqüentemente – mas não necessariamente – dotados de soberania⁶⁴.

Também a própria preferência atual pelo uso do termo “globalização”⁶⁵ em detrimento de “internacionalização” no debate jurídico e político internacional denotaria, nesse sentido, séria tendência ao distanciamento da perspectiva tradicional que por tanto tempo vigorou em todos os campos do pensamento humano e que tinha foco central nas clássicas noções de soberania e no reconhecimento do Estado-nação como único sujeito de direito internacional⁶⁶.

⁶² O autor não ataca o positivismo clássico de forma direta, mas desenvolve um longo trabalho de relativização do papel do Estado como sujeito central de direitos e deveres no âmbito internacional

⁶³ Ibid. p. 248. Koskenniemi ressalta que a ONU tem vivenciado tais dificuldades ao depender, por não possuir suas próprias forças armadas, da concessão de soldados por seus membros. Marcante é, nesse exemplo, o império descrito por Koskenniemi tendo em vista o fato de apenas aqueles Estados que já possuem supremacia política internacional têm um contingente militar apropriado para possibilitar essas concessões. Tal estruturação torna, portanto, impossível a aplicação de intervenções militares nesses “Estados-império” e retira da ONU a possibilidade de utilização de mecanismos de coerção contra eles.

⁶⁴ AGO, Roberto. *Communauté internationale et organisation internationale*. In: DUPUY, René-Jean. *Manuel sur les organisations internationales*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. p. 3. “In verbis”: “Le terme <<communauté internationale>> désigne en général une collectivité humaine qui se distingue avant tout par le fait d’avoir pour membres primaires des entités non pas physiques, mais politiques et souveraines”.

⁶⁵ LEWANDOWSKY, Op. cit., nota 44. p. 293. “In verbis”: “A chamada globalização constitui um processo que vem se desenvolvendo desde o passado remoto da humanidade. Compreendida num sentido amplo, começa com as migrações do homo sapiens, transita pelas conquistas dos antigos romanos, pela expansão do Cristianismo e do Islã, pelas grandes navegações da Era Moderna, pela difusão dos ideais da Revolução Francesa, pelo neocolonialismo do Século das Luzes e pelos embates ideológicos da centúria passada, culminando com a aldeia global que caracteriza o mundo de hoje.”

⁶⁶ SINGER, Peter. *One world*. New Haven e Londres: Yale University Press, 2004. p. 08. “In verbis”: “We have lived with the idea of sovereign states for so long that they have come to be part of the background not only of diplomacy and public policy but also of ethics. Implicit in the term ‘globalization’ rather than the older ‘internationalization’ is the idea that we are moving beyond the era of growing ties between nations and are beginning to contemplate something beyond the existing conception of the nation-state.”

A normativa internacional passou a ser construída com vocabulários específicos, técnicos, cujas interpretações tornaram-se essencialmente dependentes de especialistas para o preenchimento, por exemplo, de lacunas jurídicas. A aplicação do direito parece cada vez mais não se pautar estritamente no comprometimento com a equidade e a justiça, mas no pragmatismo técnico, muitas vezes, de características claramente tendenciosas.

Sob o paradigma da governança, os interesses políticos acabariam assim por se sobrepor a qualquer sistematização do direito e a discussão unitarista perderia em grande medida sentido e espaço não apenas para o pluralismo fragmentado em diversos discursos sistêmicos, mas, principalmente, para a captura da produção legislativa internacional por grupos com interesses específicos. O embate entre o global uniformizante e o local fragmentado se tornaria, assim, cada vez mais relevante a partir do momento em que o modelo de governança se impõe e o modelo positivista do protagonista estatal, ironicamente, surge como alternativa louvável no contexto jurídico internacional.

De certo, o estado de direito vem desde o século XVIII, ao lado dos princípios liberais do Iluminismo, sendo utilizado pelos juristas como paradigma conceitual aplicável à sociedade internacional, a qual tende a ser percebida de forma análoga ao domínio jurídico interno de um país. Essa analogia tende claramente à estruturação e à justificação do direito internacional como uma ordem jurídica una, dotada de objetividade não constatável nas idéias, preferências e visões políticas e que seria hábil a produzir, portanto, normas gerais, abstratas e pretensamente universais.

A mencionada objetividade normativa – moderna, positivista e genuinamente apartada da política - não seria verificada na prática, entretanto, exatamente por desatender, sob o prisma legislativo, o pressuposto liberal da concretude, segundo o qual o direito deveria se basear em algo palpável, como um comportamento social, para que subjetivismos políticos e constrangimentos ilegais pudessem ser evitados.

De outro lado, no plano hermenêutico, outro pressuposto positivista não verificável de forma empírica na aplicação do direito internacional seria a normatividade, ou seja, a necessidade de aplicação do direito de forma independente de preferências políticas dos agentes envolvidos. Caso a normatividade fosse plenamente vislumbrável na sistemática do direito internacional, a norma se aplicaria, assim, independentemente da vontade dos sujeitos a

ela submetidos e essa vinculação cogente não se verifica de maneira plena, todavia no plano jurídico internacional.

A concretude e a normatividade conformariam, portanto, variáveis essenciais às garantias de previsibilidade, segurança jurídica e coercibilidade inerentes à idéia sistêmica do direito e que, de forma concentrada e unitarista, promoveriam sua independência da discricionariedade característica da política. A unidade do direito internacional poderia ser atualmente desarticulada, portanto, exatamente a partir da análise da dinâmica dos dois pressupostos positivistas descritos. Dessa forma, apesar de ser absolutamente possível de forma analógica a identificação da concretude na aproximação da normativa posta às práticas estatais, tais práticas tenderiam hoje ao afastamento da normatividade e ao risco de aproximação da política.

Torna-se possível observar, assim, nessa conformação política cada vez mais influenciada pelo paradigma da governança, instrumentalizado, por exemplo, no fenômeno da fragmentação, que as diversas esferas jurídicas tenderiam a atuar hoje de forma autônoma, obedecendo a lógicas e estruturas jurídicas próprias, as quais não respeitariam os referidos pressupostos positivistas da concretude e da normatividade.

Outro problema fundamental para a sustentação do argumento unitarista residiria ainda no fato de o cenário político hodierno gerar determinadas situações que não respeitariam as divisões preliminarmente estabelecidas entre as estruturas fragmentadas emergentes. Tais contendias acabariam ocasionando conflitos negativos ou positivos de competência, posto que a governança e não o direito positivo moderno haveria estabelecido os limites das ordens particulares e tal estruturação não teria compromisso concreto com a unidade normativa.

Sistemas de solução de controvérsias com competências sobrepostas sobre normativas sobrepostas personificariam o risco apontado e, nessa toada e com amparo na desformalização legislativa⁶⁷, uma esfera jurídica especializada poderia buscar impor sua lógica às demais mesmo quando se tratasse em verdade de uma questão interdisciplinar solucionável sob critérios unitaristas de especialidade, por exemplo. Nesse sentido, é de se perceber que a sobreposição jurisdicional tenderia a ocorrer com maior facilidade na fragmentação operada

⁶⁷ A desformalização descrita, por exemplo, por KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 50. p. 243. consubstanciaria a tendência cada vez maior de as decisões administrativas e da produção legislativa ficarem a cargo de canais que possuem maior flexibilidade e menor formalismo na busca de maior celeridade procedimental e de resultados mais efetivos. Cumpre ressaltar, ainda, que o autor finlandês faz expressa referência a Max Weber ao se utilizar da nomenclatura desformalização para designar tal fenômeno.

internamente em um sistema legal temático particular do que entre regimes jurídicos construídos e operados sobre lógicas distintas.

Os aspectos plurais diagnosticados em análise fática da atual dinâmica do direito internacional poderiam não indicar necessariamente uma ruptura com o unitarismo sistêmico positivista caso se mostre possível seu enquadramento em algum conceito fechado de direito galgado em concepções teóricas tradicionais. Essa crise unitarista denunciada com frequência pela teoria jurídica se traduz em diagnósticos fragmentários traçados tanto genericamente para o sistema legal global quanto particularmente na estrutura interna de cada um dos sistemas normativos aparentemente autônomos disponíveis.

A inviabilidade teórica da unidade se vislumbraria entre lógicas, por exemplo, quando da tentativa de se harmonizarem as regras da Convenção do Mar e aquelas da Organização Mundial do Comércio, e, dentro de ordens legais de temáticas específicas tais como a interna do sistema mundial de comércio, quando estudada a relação existente entre a organização estruturada no âmbito do acordo geral e os diversos acordos regionais de comércio existentes.

No caso, por exemplo, do constitucionalismo aplicável ao direito internacional, a hierarquização das normas e dos órgãos jurisdicionais estaria, conforme explicitado anteriormente, no cerne da transposição da perspectiva local àquilo que seria o sistema normativo global⁶⁸. Nesse sentido, o ambiente jurídico internacional se estabeleceria em modelos de criação e consolidação de entes supra-estatais e na uniformização jurisprudencial, ou seja, de forma a se aplicar a estrutura político-jurídica interna dos Estados à esfera internacional

É de se ressaltar, todavia, que mesmo mediante a comprovação empírica da existência de indícios de que a aparente fragmentação do direito não representaria, quando de uma análise mais profunda, a negação do modelo constitucionalista, questionáveis restariam ainda as vantagens da adoção desse modelo para o plano do direito das gentes.

Na mesma linha conciliatória, o pluralismo legal poderia surgir como alternativa teórica aplicável à análise fática da aparente fragmentação, a qual se caracterizaria na abordagem que busca organizar todas as diferentes ordens jurídicas especializadas que se constroem no plano global compreendendo cada uma delas como autônoma, desvinculada das

demaís, mas sujeitas a “[...] um sistema de coordenação de regimes, e a um direito inter-sistêmico que substituiria o direito conflitual particular.”⁶⁹.

Ambas as visões unitaristas pressupõem, portanto, uma sistemática de coordenação entre os sujeitos de direito internacional. Para o constitucionalismo tal equilíbrio se encontraria, mormente entre os Estados, os quais constituiriam as unidades elementares, cujas fronteiras seriam determinadas e cujos princípios não se contradiriam no plano internacional, enquanto para o pluralismo o contrapeso ocorreria principalmente entre os diversos regimes autônomos que se estabelecem e consolidam hoje⁷⁰. As relações no plano internacional não parecem obedecer, entretanto e ao menos ainda de maneira indiscutível, a tal coordenação. Mais que isso, os princípios que regem a interação entre os sujeitos de direito internacional não se mostram fixos, pré-estabelecidos, e, mesmo quando assim se apresentam, mostram-se claramente indeterminados.

Tais circunstâncias, encaradas comumente como os grandes problemas do direito internacional atual, deveriam ser, entretanto, superadas, tendo em vista que “[...] regimes, como Estados, não são bolas de *billiard*. Um melhor ponto de recomeço não seria, portanto, suas diferenças, mas suas semelhanças, tampouco a hegemonia, mas a heterogenia. Cada regime, tal qual todo Estado, já está sempre conectado com tudo a sua volta.”⁷¹

Na multiplicidade de estruturas legais que se formam de maneira aparentemente autônoma no direito internacional, a fragmentação propriamente não configuraria, portanto, um desafio estrutural formal tão sério e inconciliável às teorias unitaristas como aquele representado pelo modelo da governança, o qual nessa estrutura repartida acaba se

⁶⁸ FASSBENDER, Op. cit., nota 46. p. 838. “In verbis”: “[...] there is no compelling reason to reserve the term constitution for the supreme law of a (sovereign) state but that, instead, the fundamental legal order of any autonomous community or body politic can be addressed as a constitution.”

⁶⁹ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 36. p. 15. No original: “[...] a regime-co-ordination, and inter-system law that would resemble the private law of conflicts.”

⁷⁰ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 51. p. 37. “In verbis”: “Constitutionalism and pluralism are generalizing doctrines with an ambivalent political significance. Each may support and challenge the existing state of affairs. Together they provide a mapping, alternative orientations to deal with, and to reduce complexity. This is why I think of them as two tendencies in a single set of problems: the need of centralism and control on the one hand, diversity and freedom on the other. In practice, they converge in intermediate forms: federalism, limited autonomy, practices of interpretations that seek to reconcile the particular with the general. But they are general, academic vocabularies that respond to birds-eye approaches of formalism and sociology.”

⁷¹ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 36. p. 20. No original “[...] regimes, like states, are no billiard-balls. A better place to start would, therefore, not be their separateness but their connectedness, not their homogeneity but heterogeneity. Every regime like every state is always already connected with everything around it.”

incorporando aos procedimentos normativos e, desafiando a unidade, capturando suas perspectivas fragmentadas.

Há que se ressaltar, entretanto, que mesmo quando admitido o desafio político da governança, a prática do direito internacional tende a demonstrar que em momentos críticos determinados valores universais⁷², os quais consubstanciariam princípios gerais de direito seriam reconhecidos e informariam as lógicas aparentemente autônomas de forma uniformizante.⁷³

A assunção da existência de um grupo de princípios universalmente aplicáveis sofre resistência mesmo dentro das correntes de pensamento européias, as quais comumente não apenas admitem a existência de um grupo de valores superiores extraíveis de sua organização sócio-cultural, mas também tendem com frequência a encará-los como genericamente aplicáveis a toda a humanidade⁷⁴. Em meio a tais críticas, fator que poderia favorecer a concepção de um núcleo conceitual geral seria o papel desempenhado atualmente pela sociedade civil, a qual, mesmo nesse contexto de aparente fragmentação do direito internacional, muitas vezes exige o cumprimento dos acordos e a defesa de determinados valores gerais por seus governos⁷⁵.

As teorias fragmentárias do direito internacional apresentam, portanto, ainda que de forma implícita e por meio de abordagens contestadoras, constantes e recorrentes aspectos unitaristas e, apesar de partirem constantemente de desafios dos modelos positivistas, ou seja, modernos, amparados na técnica e na estruturação sistêmica, não impedem que se encontrem argumentos universalistas hábeis a fortalecer e reafirmar o caráter uno do direito internacional.

⁷² Op. Cit. Nota 25. p. 254.

⁷³ Também as teorias do minimalismo e do maximalismo moral de Michel Walzer trabalham a idéia da existência de valores universalmente compartilhados que seriam claramente perceptíveis apenas nos momentos de exceção. WALZER, Michael. Thick and thin, moral argument at home and abroad. Notre Dame: undp, 1994. p. 39. “In verbis”: “A minimalist view is a view from a distance or a view in a crisis, so that we can recognize injustice only in the large.”

⁷⁴ SANTOS, Op. cit., nota 37. p. 111. “In verbis”: “Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais.”

⁷⁵ DUPUY, Pierre-Marie. Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values : a response to Martti Koskenniemi. In: European Journal International Law 16, 2005. p. 137. o autor ataca de forma direta o pluralismo fragmentário radical de Koskenniemi, que parece desconsiderar o papel da sociedade civil por exemplo, “in verbis”: Koskenniemi’s reflections, while they enable him to ease his guilty conscience at having been born European, also fail to address another major phenomenon in the contemporary world: the emergence of an ‘international civil society’ (which is far from being merely European), which demands of states that they respect the obligations that they have accepted in terms of the promotion of the rights of humans, peoples or Nature. International law is today considered by many to be too important to be left in the hands of politicians and their diplomats.”

Também a questão da hermenêutica do direito internacional, ameaçada pela existência de diversos órgãos de solução de controvérsias e, portanto, hábeis à proliferação de entendimentos acerca da interpretação das regras do direito das gentes, acaba denotando, exatamente na institucionalização, surpreendente faceta unitarista na pluralidade. Nesse sentido, sempre que uma organização internacional dotada de arcabouço normativo possui seu próprio órgão de solução de controvérsias observa-se, em tese, um esforço de instrumentalização positivista do direito, o qual pode ser interpretado, na verdade, como um esforço de enquadramento a um padrão geral que integra a atuação desse sujeito internacional à ordem jurídica global⁷⁶.

Ainda nesse sentido, é de se perceber que no momento da solução de litígios internacionais a escolha do regime jurídico aplicável em meio aos múltiplos sistemas disponíveis internacionalmente pode se dar a partir da determinação da questão central discutida no problema apresentado e não haveria que se falar, dessa forma, em sobreposições, mas em ordens jurídicas específicas aplicáveis à regulamentação de nichos específicos do contexto internacional⁷⁷.

Fundamental se faz, finalmente, salientar a absoluta alteração de paradigma observável entre a discussão unitarista tradicional e o debate fragmentário atual. Enquanto as teorias positivistas clássicas buscavam estruturar e reconhecer o direito internacional como direito buscando compreender a relação existente entre ordem jurídica geral e os ordenamentos internos dos Estados, a questão interna parece ter sido hoje superada pela multiplicidade de ordens legais que se estabelecem no plano internacional.

A questão do interno com o internacional, fundada no paradigma do Estado-nação, acabou sucumbindo ao reconhecimento de novos atores como sujeitos de direitos e deveres no âmbito do direito das gentes e o debate passou a se concentrar na possibilidade de se estabelecerem regras gerais aos múltiplos sistemas jurídicos especializados que surgiram e nas

⁷⁶ DUPUY, Op. cit., nota 52. p. 460. “In verbis”: “On constatera donc, une nouvelle fois, que loin de clore un corps de droit international sur lui-même, le fait qu’il soit doté de son propre organe de garantie de la légalité permet à ce dernier, pour satisfaire naturellement aux exigences de sa tâche, de souligner son appartenance au droit international général, autre façon de dire qu’il fait partie intégrante de l’ordre juridique international.”

⁷⁷ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 51. p. 09. “In verbis”: “The choice of one among several applicable legal regimes refers back to what is understood as significant in a problem. And the question of significance refers back to what the relevant institution understands as its mission, its structural bias.”

dificuldades em se aplicarem as teorias positivistas fundadas em critérios hierárquicos de validade a esse novo contexto global⁷⁸.

Importante salientar, mais uma vez e finalmente, que a perspectiva fragmentária do direito internacional surge como proposta de análise de dois fenômenos sistêmicos distintos no atual panorama pluralista do direito internacional. Nesse sentido a fragmentação pode se referir, por um lado e em sentido mais abrangente, à independência dos sistemas jurídicos temáticos que de maneira autônoma surgiram e se consolidaram do contexto global, enquanto, por outro lado, pode designar as repartições sistêmicas internas que se apresentam no plano específico de um desses regimes. Essa segunda hipótese se configuraria, por exemplo, quando ordens legais regionais e multilaterais regulamentam a mesma esfera em planos distintos, autônomos e complementares, tal qual se observaria, no âmbito do direito do comércio internacional, na relação existente entre a normativa do sistema GATT/OMC e os acordos regionais de cooperação e integração econômica.

⁷⁸ Ibid. pp. 38-39. "In verbis": "The force of the fragmentation debate has obscured the degree to which it captures a classical international law problem. 'How is law between sovereign States possible?' is not too different from the question 'how is law between multiple regimes possible?'"

2 MULTILATERALISMO E DIREITO INTERNACIONAL

No contexto de superação da modernidade - característico do período posterior às crises políticas, econômicas e sociais globais da primeira metade do século XX e ideal à proliferação de buscas por alternativas ao positivismo sistematizador do direito em estruturas de validade de normas - surgiram novos formatos associativos como clara ferramenta incorporadora do prefixo “pós” – pós-guerra, pós-moderno, pós-positivista – à sociedade, à filosofia e ao direito contemporâneos.

Os Estados, antes encerrados em suas estruturas internas e interagindo basicamente por motivações políticas expansionistas ou de defesa, perceberam finalmente vantagens na aproximação, na cooperação. Tal alteração de perspectiva acabou fomentando o surgimento de iniciativas multilaterais e regionais, as quais tomaram forma e buscam hoje cunhar uma nova realidade internacional⁷⁹.

Ainda que grande parte da doutrina internacionalista apenas reconheça a existência das organizações internacionais a partir de sua institucionalização formal como se conhece hoje - ocorrida principalmente a partir do século XX quando surgiram, por exemplo, as organizações

⁷⁹ DROMI, Roberto. El sistema del derecho comunitario. In: Desafíos del MERCOSUR. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pp. 44-45. “In verbis”: “El tema de la modernidad y de la posmodernidad aparecen porque en el fondo hemos avanzado, superado el racionalismo, y pasamos por una inteligencia donde hay sentimientos, donde los pensamientos también tienen un papel; pero esta inteligencia dotada de una dosis de espiritualidad que supera los moldes del racionalismo tradicionalista que tipificó a toda nuestra modernidad, nos lleva a un mundo un poco más flexible, menos rígido, menos cartesiano, menos kantiano, menos kelseniano, menos estructurado, menos dogmático, y nos ubica en un mundo mucho más abierto, mas dinámico, más flexible, y en esta flexibilidad, el mundo se rearma. Pero el mundo se rearma sin armas, con los brazos abiertos a la integración, eliminando las fronteras; se integra desarmadamente.”

de cooperação e integração econômica⁸⁰ - suas raízes rudimentares podem ser verificadas, muitas vezes, em fenômenos específicos já na antiguidade⁸¹.

De certo, os Estados sempre foram e seguem sendo naturalmente sujeitos de direito das gentes, mas também as organizações galgaram ao longo da história reconhecimento como atores no plano internacional. Entre a simples aceitação e o definitivo reconhecimento, é de se perceber, na verdade, que tais instituições resultam hoje absolutamente incorporadas ao cenário do direito das gentes como sujeitos de direitos e deveres e cada vez mais se estabelecem como protagonistas das relações jurídicas e da produção legislativa de direito internacional.

Questão crucial a ser inicialmente superada se refere às especificidades de composição desses sujeitos internacionais. Se, por um lado, as organizações constituem, elas mesmas, sujeitos de direito, por outro lado são compostas por outros sujeitos de direito internacional e podem se sujeitar, nesse contexto, a classificações que levem em conta suas perspectivas organizacionais internas.

Nesse sentido, as organizações podem ter vocação universal, quando a adesão de novos membros encontrar-se aberta a todo o globo e não especificamente a um grupo determinado de sujeitos, ou vocação regional, quando formadas com finalidades específicas e vinculadas a determinadas afinidades existentes entre seus membros, as quais, ressalte-se, não precisam se basear necessariamente em critérios geográficos de aproximação⁸².

⁸⁰ BASSO, Maristela. Perspectivas do MERCOSUL através de uma visão econômico-jurídica. In: Revista de Derecho Privado y Comunitário. Buenos Aires: nº 14 pp. 455-467, 1997. p. 456. "In verbis": "As organizações internacionais, de vocação universal e regional, tomam impulso após a II Guerra e vêm se expandindo com tamanha força a ponto deste século ser denominado 'século das organizações internacionais' ou da 'valorização da humanidade'. A Consciência por parte dos Estados da sua não auto-suficiência e a coexistência de uma multiplicidade de Estados independentes, foram indispensáveis para o surgimento dessas organizações, daí porque não podemos falar delas nas Idades Antiga e Média, ainda que as idéias acerca de um sistema embrionário de cooperação, que fosse capaz de transcender os interesses da polis e do império, tenham proliferado na Idade Antiga, através de Pierre Dubois (1306), Kant (1795), dentre outros. A primeira grande organização internacional foi a Liga das Nações (1919-1939) que possuiu uma estrutura jurídica semelhante à da Nações Unidas de hoje. Depois dessa, tivemos a ONU (1945) e a OEA (1948), que possuem fins gerais e são, basicamente, políticas. Além dessas organizações tradicionais, o pós II Guerra dá origem a outro fenômeno significativo: as organizações de cooperação e integração econômica."

⁸¹ DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Droit international public. Paris: L. G. D. J., 1994. p. 553. "In verbis": "Les rapprochements institutionnels entre sociétés politiques sont anciens et l'on peut voir dans les Amphycionies ou les Ligues de la Grèce antique, les ancêtres des organisations internationales contemporaines. Ce n'est cependant qu'une fois l'État consacré comme forme fondamentale d'organisation des sociétés humaines que les organisations internationales, au sens moderne du terme, ont commencé à se développer."

⁸² DUPUY, Pierre-Marie. Etat et organisation internationale. In: DUPUY, René-Jean. Manuel sur les organisations internationales. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. p. 15. "In verbis": "On distingue alors les organisations à vocation universelle et les ententes régionales. Cette dernière catégorie tend elle-même, par le regroupement d'Etats

Da análise do modelo estrutural atualmente adotado pelas organizações internacionais, surgem como pressupostos duas características fundamentais, elementos essenciais de constituição e funcionamento: o fundamento convencional e a natureza institucional⁸³. No que se refere ao aspecto convencional, a ressaltada composição desses sujeitos internacionais encontra-se no cerne da necessidade de existência de declarações volitivas expressas tanto para sua criação quanto para as adesões aos seus quadros normativos. Nesse contexto, ou seja, exatamente na existência de uma ordem legal, de um conjunto de regras passível de incorporação e adesão, encontra-se a segunda das características apontadas, o elemento institucional tão próprio e fundamental, inclusive à coexistência de sujeitos de direitos dotados de soberania em um plano organizacional comum.

2.1 Multilateralismo Econômico: do GATT à OMC

No estudo do direito internacional contemporâneo, a complexa trama normativa que se estrutura no plano global passou a ser comumente englobada de maneira semi-compartimentada no âmbito do chamado direito do comércio internacional, ramo, ao menos, doutrinário do direito que busca tratar da regulação do comércio internacional e de sua inserção no direito das gentes⁸⁴.

rapprochés par des affinités plus que par des raisons de contiguïté géographique, à céder le pas à l'opposition des organisations ouvertes et des organisations exclusives.”

⁸³ DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Droit international public. Paris: L. G. D. J., 1994. p. 557. “In verbis”: “[...] les deux aspects fondamentaux d’une organisation internationale: son fondement conventionnel et sa nature institutionnelle. Le fonctionnement d’une organisation est inévitablement marqué par la tension et la complémentarité des principes du droit des traités, d’une part, des exigences d’autonomie et d’efficacité de toute organisation humaine, d’autre part.”

⁸⁴ BACCEGA, Marcus. O comércio, suas funções e sua relevância para o direito internacional público. AMARAL JÚNIOR, Alberto (Coord.). Direito do comércio internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 29-30. “In verbis”: “A construção da Economia-mundo, enfim, depende da arquitetura de uma Ordem Econômica Internacional em que se conceda premência ao comércio internacional, como aliás ocorre nos tempos hodiernos, com a tríade regulatória aposta pelo Direito Internacional, atuando sob a epígrafe de Direito do Comércio Internacional. A aduzida arquitetura estrutura-se, na presente Ordem Internacional, instituída pela ONU, em torno da OMC (Organização Mundial do Comércio – Ata Final de Marraqueche, de 1994), que torna o GATT, finalmente, uma organização internacional de aspecto estável e dotada de poder de construção do consenso normativo internacional, e de mecanismos de solução de controvérsias eficazes, além do Banco Mundial (BIRD) e do FMI, o Fundo Monetário Internacional.”

Multilateralmente, as normas que regulamentam o comércio possuem vértice no sistema do GATT – sigla em inglês do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio⁸⁵ -, o qual se estabeleceu logo após o fim da segunda guerra mundial principalmente a partir da premissa de que a liberalização do comércio internacional constituiria caminho hábil ao aumento do bem-estar geral. Mais que isso, o surgimento de um acordo multilateral organizado sob tal lógica fundou-se no reconhecimento de que a normatização comum poderia se mostrar capaz de lidar com e, talvez, liquidar definitivamente entraves transfronteiriços ao comércio, ainda que, em determinadas circunstâncias, subsistissem ressalvas que admitissem exceções às regras gerais pactuadas⁸⁶.

Essa normatização do comércio internacional, é dizer, o direito do comércio internacional, fundado e fomentado pelo liberalismo econômico e pela lógica da cooperação, constitui o núcleo do chamado direito internacional econômico⁸⁷ e se compõe hoje, além das regras estabelecidas no GATT, por aquelas do GATS⁸⁸ (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços) e do TRIPS⁸⁹ (Acordo Relativo à Propriedade Intelectual).

2.1.1 O contexto histórico do multilateralismo econômico

Ao final da segunda guerra mundial restou consagrado o consenso da necessidade de se encontrar soluções satisfatórias para as divergências relacionadas às causas dos conflitos globais da primeira metade do século passado. Nesse sentido e considerando-se, sob o prisma

⁸⁵ “General Agreement on Tariffs and Trade”.

⁸⁶ MÜLLER, Harald. Die Chance der Kooperation. Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1993. p. 58. “In verbis”: “Das GATT-Regime beruhte auf dem Prinzip, dass nur ein liberalisierter Welthandel die allgemeine Wohlfahrt fördern würde; daraus folgte das zweite Prinzip, dass das GATT-Regime dem langfristigen Abbau aller Handelshemmnisse zu dienen habe. Das dritte Prinzip besagte, dass multilaterale Foren am besten geeignet seien, die Regeln für ein liberales Handelssystem zu entwickeln. Ein wichtiges Prinzip ist, dass unter ungewöhnliche Umständen Abweichungen erlaubt sind.”

⁸⁷ LAFER, Op. cit., nota 39. pp. 22-23. “In verbis”: “As normas da OMC, fomentadas pela lógica da globalização que também inclui a esfera dos valores, representam uma abrangente ‘codificação’ e um significativo ‘desenvolvimento progressivo do direito internacional público de cooperação econômica’. Suas normas consolidaram uma visão do que deve ser um direito internacional econômico.”

⁸⁸ “General Agreement on Trade in Services”.

⁸⁹ “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”.

historicista, que experiências multilaterais surgem no contexto internacional, via de regra, após ou em meio a grandes crises⁹⁰, é de se perceber que o forte conteúdo econômico dos embates políticos então vivenciados acabou repercutindo nas iniciativas cooperativas que, naquele contexto, emergiam.

O ressurgimento da questão kantiana⁹¹, da busca de uma paz universal, teve como consequência direta a relativização dos conceitos clássicos de soberania, a qual até aquele momento era entendida como algo inegociável, como um poder incondicionado do Estado-nacional⁹². Essa fundamental alteração de paradigmas acabou permitindo o surgimento dos mais extraordinários avanços cooperativos testemunhados até então – e até mesmo desde então, os quais resultaram na realização de várias conferências e na consequente consolidação de uma série de tratados no âmbito do comércio internacional.

A conferência de Bretton Woods de 1944, diretamente relacionada às iniciativas que deram origem à Carta do Atlântico em 1941⁹³, apresentou alternativas consistentes para os conflitos de interesse no âmbito macroeconômico e possibilitou a criação do Banco

⁹⁰ BALDWIN, Robert E. Adapting the GATT to a more regionalized world: a political economy perspective. In: ANDERSON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994. p. 387. “In verbis”: “International economic organizations such as the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) or the International Monetary Fund (IMF) generally are formed or significantly changed only during, or shortly after periods of international crisis. It is then that political pressures from vested interests for the maintenance of the status quo can most easily be overcome and significant new institutional arrangements established. The GATT and IMF were created, for example, after the chaotic period of the 1930’s when competitive exchange rate and tariff changes were commonplace and after a major world-wide war in which governmental structures were profoundly altered.”

⁹¹ KANT, Emmanuel. A paz perpétua – ensaio filosófico. Rio de Janeiro: Brasílica, 1939.

⁹² GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade e os blocos econômicos. Revista do Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 53, pp. 310-335, out./dez. 2005. p. 317. “In verbis”: “A noção de soberania como poder uno e incondicionado ainda prevaleceu na Europa até a Segunda Guerra Mundial, quando passou a haver certa limitação aos poderes soberanos dos Estados, principalmente com a formação de organismos internacionais, como a ONU, a OTAN, a OEA, que passaram a fixar políticas em conjunto com a finalidade de ‘vigiar’ a manutenção da paz mundial, ingerindo-se na ordem interna dos Estados. Concomitantemente, para controlar o comércio mundial, surge o GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), mais tarde substituído pela OMC (Organização Mundial do Comércio) [...]”

⁹³ OLIVEIRA, Odete Maria de. Regionalismo. In: BARRAL, Welber. O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 310. “In verbis”: “A fim de eliminar restrições e facilitar o acesso às matérias primas e ao comércio internacional, hoje mundializado, surgiu em 1941, a Carta do Atlântico, como objetivo marco desse projeto. Após a segunda guerra mundial, o governo americano convocou vários países à Conferência Internacional sobre o Comércio, a qual deu lugar à posterior Conferência de Havana, com anuência do Conselho Econômico e Social da ONU, onde cinquenta e seis países apresentaram um projeto de criação da Organização Internacional do Comércio (OIC).”

Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento - Banco Mundial - e do Fundo Monetário Internacional⁹⁴.

Ainda que houvesse a percepção coerente de que não se poderia falar em liberalização do comércio sem estabilidade econômica e financeira⁹⁵, subsistia naquele momento a necessidade de se criar uma regulamentação mínima que oferecesse base jurídica consistente às relações mercantis internacionais e sustentasse a nova ordem econômica que surgia. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a pretensão inicial de grande parte dos negociadores na conferência consistia na consolidação de um acordo de comércio que abarcasse não apenas as questões comerciais ordinárias, mas também, por exemplo, o comércio de serviços e os investimentos internacionais.

Em meio a tais percepções, as negociações acabaram sendo conduzidas de forma paralela em dois núcleos principais. De um lado organizaram-se as iniciativas de se criar uma organização internacional - a Organização Internacional do Comércio - OIC -, cujas negociações concentravam-se na elaboração de seu texto constitutivo, enquanto, de outro lado, negociações tarifárias, mormente bilaterais, foram levadas a termo pelos países⁹⁶.

As referidas negociações tarifárias não tinham por objetivo o estabelecimento de regras gerais para as relações comerciais internacionais e visavam tão somente à remoção de barreiras específicas. Resolveu-se, entretanto, pela consolidação do resultado das concessões feitas em um protocolo de aplicação provisória - o Acordo Geral de Tarifas e Comércio -

⁹⁴ JACKSON, John Howard. The Uruguay round and the launch of the WTO: significance and challenges. In: STEWART, Terence P. (Ed.). *The World Trade Organization: multilateral trade framework for the 21st century and U.S. implementing legislation*. Washington: American Bar Association, 1996. p.05. "In verbis": "More than 50 years ago, as World War II drew to a close, there was a period of creativity about international institutions that has not been duplicated since, and was unprecedented then. Not only was the United Nations created, but the statesmen during that period in the middle 1940's, were also determined to create a series of institutions related to international economic relations, which they hoped would be a major influence on preventing another world war. Thus in 1944, the Bretton Woods conference was held with representatives from allied nations. The result of this conference was two charters creating the institutions of the International Monetary Fund (IMF), and the World Bank (IBRD). At the time of this conference it was recognized that there should in addition be established an international organization for trade, an 'International Trade Organization'."

⁹⁵ SNAPE, Richard H. History and economics of GATT's article XXIV. In: ANDERSON, Kym; BLACKHURST, Richard. *Regional integration and the global trading system*. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994. pp. 278. "In verbis": "Those who negotiated the post-World War II international economic institutions took economic stabilization as a sine qua non of trade liberalization, and the subsequent events suggested they were correct."

⁹⁶ OLIVEIRA, Op. cit., nota 93. p. 310. "In verbis": "Paralelamente à elaboração da Carta de Havana, havia sido elaborado um acordo geral sobre tarifas e comércio (General Agreement of Tariffs and Trade – GATT), subscrito por vinte e três países, contendo dois grandes objetivos: normas de procedimento sobre as relações comerciais entre os Estados associados, e, ao lado da preocupação dessa ordem jurídica – normas de conteúdo material – o estabelecimento de um foro de negociações, uma política de aproximação e de entendimento às demandas dos Estados-membros."

conhecido pela sigla inglesa GATT⁹⁷, o qual deveria posteriormente integrar o estatuto da OIC.

Cumprе ressaltar que a iniciativa de criação da OIC fazia parte de um contexto maior de institucionalização da comunidade internacional no pós-guerra, o qual tinha na Organização das Nações Unidas seu pilar central e principal válvula motriz⁹⁸, em relação a qual o GATT, ainda que não consubstanciasse uma organização internacional quando de seu surgimento, estruturou-se indiretamente submetido, interagindo com sua estrutura⁹⁹.

Ocorre que, entre o início das negociações em 1944 e a assinatura do GATT em 1947, a viabilidade de criação da OIC perdeu força e entendeu-se por bem tratar os assuntos de forma independente e não vincular diretamente a vigência do protocolo provisório à criação da organização internacional. Assim, sem que uma organização internacional fosse criada, 23 países aprovaram em outubro de 1947 o texto final do GATT que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948.

Quase imediatamente após a aprovação do texto final do GATT, as negociações relacionadas à OIC seguiram durante a Conferência de Havana entre novembro de 1947 e março de 1948. Sua Ata Final, que criava oficialmente a Organização Internacional do Comércio, foi aprovada pela grande maioria dos países envolvidos nas negociações.

A efetiva criação da OIC foi, entretanto, inviabilizada pela rejeição do modelo pela comunidade internacional em vista da não ratificação do documento final da Conferência de Havana pelo Congresso dos Estados Unidos da América e da impossibilidade de se

⁹⁷ Incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 313 de 30 de julho de 1948, publicada no DOU em 03 de agosto daquele mesmo ano.

⁹⁸ NASSER, Rabih Ali. A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT – OMC: a institucionalização como instrumento de liberalização. São Paulo: Ltr, 1999. p. 25. “In verbis”: “A estruturação dos capítulos da Carta de Havana mostra a amplitude dos objetivos da Convenção de Havana e da competência que se pretendeu conferir à OIC. O seu capítulo primeiro trata do propósito e dos objetivos a alcançar. O propósito é o de ‘realizar as finalidades estabelecidas na Carta das Nações Unidas’ [...] Percebe-se que a Convenção de Havana foi revestida de uma pretensão maior do que o simples incremento do comércio internacional. Este é visto apenas como parte de um conjunto de medidas tomadas após a Segunda Guerra, das quais a criação da ONU é a principal e em relação à qual todas as outras são dependentes. Portanto, a OIC serviria como parte de uma engrenagem, cujos objetivos eram os estabelecidos na própria Carta da ONU.”

⁹⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público – vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 657. “In verbis”: “O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) não é propriamente uma organização especializada da ONU, mas, devido às suas relações com estas organizações, ele é incluído entre elas. Tem existido cooperação entre a ONU e o GATT. O GATT não assinou qualquer acordo com a ONU. Entretanto ele surgiu em uma conferência convocada pela ONU. Para mostrar a ligação entre as duas organizações, é de se lembrar que o Diretor-geral do GATT tem assento no Comitê de Coordenação presidido pelo Secretário-geral da ONU e integrado pelos diretores-gerais ou secretários-gerais das organizações especializadas. E, mais ainda, o estatuto do pessoal do GATT está ‘alinhado em matéria de remuneração e aposentadoria com o da ONU’”

institucionalizar um sistema internacional de comércio sem a participação do país que exercia o papel mais importante na economia mundial do pós-guerra.

Embora o GATT não contasse com personalidade jurídica, característica essencial de uma organização internacional, a vigência do protocolo, de forma inicialmente provisória, constituiu o marco inicial de um novo contexto das relações comerciais internacionais.

Importante se faz ressaltar, ainda, as controvérsias relacionadas ao significado da chamada "aplicação provisória" outorgada ao GATT. A imprecisão terminológica da expressão nunca foi objeto de consenso doutrinário, apesar de seu recorrente uso em textos de tratados, e não encontrou definição nem mesmo no texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁰⁰.

Com sua entrada em vigor, o GATT trouxe à mesa de negociações internacionais uma série de princípios e o firme compromisso da liberalização progressiva do comércio internacional. Essa nova perspectiva representou, de certo, grande avanço em relação ao período anterior à primeira grande guerra, quando os tratados internacionais de comércio possuíam aspectos marcadamente bilaterais e refletiam políticas de discriminação explicitamente protecionistas.

A despersonalização do GATT não impediu o avanço das negociações relacionadas à liberalização do comércio internacional¹⁰¹, mas seu "limbo institucional" fez com que as negociações comerciais se isolassem e que não incluíssem temas sensíveis a outras pautas de negociações internacionais. A falta de institucionalização do GATT e o aparente risco

¹⁰⁰ JACKSON, John Howard. *World trade and the law of GATT*. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1969. p. 63. O autor se referia ao artigo XXII do projeto (UN DOC A/6309/Rev.1 de 1966) que corresponde ao artigo XXV do texto adotado na cidade de Viena em 26 de maio de 1969 como Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, a qual entrou em vigor internacionalmente em 27 de janeiro de 1980, "in verbis": "Although it was suggested on at least one occasion that considerable ambiguity about the term 'provisional application' existed, no further clarification was forthcoming. Provisional application has been used in other treaties and apparently represents an established practice, since the United Nations Law Commission included in its Draft Convention on the Law of Treaties an article relating to provisional entry into force. Even there, no special definition of 'provisional' is given".

¹⁰¹ MCRAE, D.M. *International trade law and international law*. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, tomo 260, 1996. p. 177. "In verbis": "The consequence of the failure of the ITO was that what had been intended as an interim mechanism to give effect to agreed tariff reductions and to tide States over until the formal, comprehensive international organization was in place, became itself the central institution of the international trading régime. But this organization was in fact a 'non-organization' based on nothing more than a 'Protocol of Provisional Application'. Nevertheless, this 'non-organization' was to function as if it were a fully fledged international organization for almost 50 years."

reduzido das questões soberanas pode ter, por outro lado, contribuído para o sucesso das iniciativas de redução de tarifas nas primeiras décadas de sua existência¹⁰².

De uma forma ou de outra, a estrutura adquirida pelo GATT ao longo da segunda metade do século XX acabou denunciando suas características híbridas, definitivamente incomuns em meros tratados internacionais. Apesar disso, tampouco se conseguiu reconhecer o acordo como uma organização internacional, ainda que ele tenha adquirido gradativamente características de sujeito de direito internacional como, por exemplo, estrutura administrativa¹⁰³.

Os avanços e conquistas do GATT, consolidados na série de rodadas de negociação multilaterais entre seus membros, culminaram na inclusão entre os temas da Rodada Uruguai, iniciada em 1986 em Punta del Leste e finda em 1993 em Genebra, das discussões sobre a criação de uma organização internacional encarregada dos temas relevantes ao comércio internacional, a Organização Mundial do Comércio - OMC¹⁰⁴.

Diferentemente do ocorrido em Havana quase 50 anos antes, a Ata Final de Marraqueche, que incluía o acordo constitutivo da OMC, foi devidamente adotada em abril de 1994 e incorporada pelos signatários do GATT¹⁰⁵. Dotada de personalidade jurídica, a OMC inaugurou uma nova fase nas negociações internacionais de comércio¹⁰⁶ e, apesar de

¹⁰² TARULLO, Daniel K. The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements. In: *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*. A Haia: Kluwer Law International, 2000. p. 160. "In verbis": "The GATT began life in institutional limbo. It was barely an organization at first, and except for the IMF had little to do with other international organizations or, for that matter, with non-trade issues. Given the tariff levels and the pervasiveness of non-tariff barriers at the border which prevailed in the GATT's early decades, this relative insulation was not much of a handicap in the task of trade liberalization. Indeed, one might plausibly argue that the GATT's very narrowness contributed to its remarkable success in lowering worldwide tariffs. GATT became a progressively more legalized arrangement, particularly after completion of the Tokyo Round in 1979."

¹⁰³ NASSER, Op. cit., nota 98. p. 35. "In verbis": "Apesar de ser considerado um tratado internacional, o GATT não foi apenas isso. Ele possuía características que permitiam identificá-lo com um organismo internacional. Além das disposições sobre a matéria comercial, o GATT possuía dispositivos que permitiam caracterizá-lo como uma instituição. Isso porque, desde sua criação, previu-se que ele seria um foro para negociações comerciais, possuindo inclusive uma estrutura institucional, constituída de órgãos encarregados de sua administração. [...] O que nos leva a concluir que, tendo uma natureza contratual/convencional no início, o GATT adquire com o tempo uma natureza institucional, que permite qualificá-lo, a um só tempo, como tratado internacional e organização internacional."

¹⁰⁴ SHAW, Malcolm N. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 1168. "In verbis": "The GATT of 1947 continued until the end of 1995, when it was effectively subsumed, with changes, as GATT 1994 within the WTO system."

¹⁰⁵ No Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 1355 de 30 de dezembro de 1994, publicado no DOU em 31 de dezembro de 1994.

¹⁰⁶ SHAW, Op. cit., nota 104. p. 1188-1189. refere-se à Organização das Nações Unidas, mas descreve os efeitos da dotação de uma organização internacional de personalidade jurídica, "in verbis": "The possession of international personality meant that the organisation was a subject of international law and capable of having international rights and duties and enforcing them by bringing international claims [...] The attribution of international legal personality to an international organization

relativamente nova, constitui hoje uma das mais importantes – e controvertidas – organizações internacionais existentes¹⁰⁷.

A Organização Mundial do Comércio, sujeito internacional derivado constituído ao partir de um tratado específico, surgiu, assim, baseada no sistema do GATT e na reforma do tratado de 1947, o qual foi substituído e ampliado em 1994¹⁰⁸, como resultado natural da evolução do multilateralismo que marcou a política comercial internacional da segunda metade do século XX. O início das atividades da OMC em 1995 consolidou, na verdade, a estrutura de regulamentação do comércio internacional disciplinada pelo GATT, do qual a organização herdou integralmente suas conquistas e resultados e cujo texto original com todos os seus anexos e modificações até a declaração de Marraqueche¹⁰⁹ constituem seu legado mais importante.

Os resultados da Rodada Uruguai, além de terem sido marcados pela criação da OMC, sedimentaram-se como o mais abrangente conjunto de acordos comerciais já firmado¹¹⁰ e como resultado direto da lógica global pós-guerra fria, fundada em consenso *erga omnes* acerca da regulamentação do comércio internacional¹¹¹. Nesse sentido, observa-se que sua

is therefore important in establishing that organization as an entity operating directly upon the international stage rather than obliging the organization to function internationally through its member states, who may number in the tens or dozens or more”

¹⁰⁷ JACKSON, John Howard. *Sovereignty, the WTO, and changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 81. “In verbis”: “This remarkable international institution is one of the newest international economic organizations, but according to many opinions it is also the most important and the most controversial.”

¹⁰⁸ DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. Paris: L. G. D. J., 1994. pp. 558-559. “In verbis”: “En tant qu sujet dérivé, l’organisation internationale n’existe que par un traité multilatéral, véritable acte de naissance dont l’initiative est extérieure à l’organisation. [...] Le traité constitutif peut être soit un traité inédit, soit un traité qui révisé un traité antérieur et qui prévoit un changement de la personnalité juridique d’une organisation antérieure.”

¹⁰⁹ A Organização Mundial do Comércio foi estabelecida em 1995, resultado das negociações da chamada “Rodada Uruguai” do GATT, a qual teve início em 1986 e terminou em 1994 na cidade de Marraqueche.

¹¹⁰ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 423. “In verbis”: “A transição do GATT para a OMC representou extensão considerável não somente quanto ao número de participantes, como ao aumento da abrangência dos temas regulados pelos diferentes acordos setoriais, inseridos no conjunto da Ata Final de Marraqueche, de 1994, cuja adoção conduz à entrada em vigor da OMC, com a implantação da rede de acordos multilaterais setoriais, até mesmo em matéria de proteção da propriedade intelectual (TRIPs) [...]”

¹¹¹ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 39. “In verbis”: “As negociações da última rodada foram completadas em 15 de dezembro de 1993, e os resultados formalmente adotados em Marrakesh, em 15 de abril de 1994, com o comparecimento de 123 Estados. O ato final desta Rodada contém um conjunto de reformas econômicas que se referem às mais importantes transações da economia mundial. A Rodada Uruguai constitui o maior e mais abrangente conjunto de acordos comerciais, pois cobre as principais áreas do comércio e estabelece novos e desenvolvidos métodos de solução de controvérsias. Além disso, criou a nova Organização Mundial do Comércio (OMC) que funciona desde janeiro de 1995 e cujo objetivo é administrar os resultados da Rodada Uruguai e resolver as disputas entre os países-membros. ‘A OMC representou, com sua criação algo novo, inerente ao

singela estrutura, baseada em um mecanismo de negociações e em um órgão de solução de controvérsias, não descreve de maneira satisfatória sua importância na atualidade¹¹². Juntos, O GATT, a OMC e todos seus documentos relacionados balizam e sustentam hoje o que pode, em razão da ordenação e da unidade a ele intrínsecas¹¹³, ser chamado de sistema GATT/OMC¹¹⁴, núcleo central da normatização atual do comércio internacional.

Cumprе ressaltar ainda especificamente que, diferentemente do GATT e do projeto da OIC, a OMC não surge com vínculo indissociável do sistema político multilateral da Organização das Nações Unidas. O acordo geral de 1947, enquanto esboço da OIC possuía tal característica de forma clara, mas a organização atual apenas a possui formalmente quando observada em relação ao GATT, ou seja, em relação a sua origem. De uma forma ou de outra difícil se faz sustentar argumentos fragmentários e negar a vinculação da OMC à estrutura institucional geral da comunidade internacional quando se admite, conforme já até salientado

mundo pós-Guerra Fria e à lógica da globalização: a aceitação praticamente *erga omnes*, de uma visão gattiana ampliada – GATT plus, - de organização da economia mundial.”

¹¹² THORSTENSEN, Vera. O Brasil e os grandes temas do comércio. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 01. “In verbis”: “A OMC é, fundamentalmente, um fórum negociador dotado de um mecanismo de solução de controvérsias. Aparentemente singela, essa caracterização não é suficiente para explicar a extraordinária relevância que a organização assumiu, em particular, desde a Rodada Uruguai para a elaboração de regras que têm impactos profundos sobre as políticas públicas de seus membros, em particular na área do desenvolvimento.”

¹¹³ O termo “sistema” vem sendo utilizado ao longo deste trabalho em diversas ocasiões como sinônimo de “ordem jurídica”, ou de “conjunto normativo”. No caso específico do marco legal multilateral de comércio – e também das iniciativas regionais de cooperação e integração – entende-se como conteúdo da expressão a definição feita por CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. pp.10-13. que ressalta a ordenação e a unidade como conformadoras de suas principais características, “in verbis”: “As definições que se encontram na literatura jurídica correspondem-lhe, também, largamente. Assim, por exemplo, segundo Savigny, o sistema é a <<concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade>>, segundo Stammler <<uma unidade totalmente coordenada>>, segundo Binder, <<um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários>>, segundo Hegler, <<a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada>>, segundo Stoll um <<conjunto unitário ordenado>> e segundo Coing uma <ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário>>. **Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade;** elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.” Grifo nosso.

¹¹⁴ Englobados aqui o próprio texto do GATT e todos os acordos firmados e documentos produzidos no âmbito do GATT e da OMC, inclusive os acordos do GATS - sigla em inglês do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços - e do TRIPs - "Trade-Related aspects of Intellectual Property rights" também conhecido em português como Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (ADPIC).

por seu órgão de solução de controvérsias, que o direito do comércio internacional, sob perspectiva unitarista da legalidade global, se relacionaria com direito internacional público¹¹⁵.

Os progressos alcançados na década de 90 com a formação da OMC não asseguram, entretanto, a inexistência de fragilidades no sistema multilateral. A normatização geral consagrada exclui ainda diversos temas fundamentais da pauta das negociações comerciais internacionais hoje tais como, por exemplo, a questão da livre circulação de pessoas¹¹⁶. Além disso, as dificuldades no aprofundamento das negociações gerais se potencializam na multiplicação de acordos bilaterais ou regionais e na inexistência de critérios claros que determinem a compatibilidade e a harmonia dessas iniciativas locais com o sistema geral.

2.1.2 As rodadas de negociação do GATT e da OMC

Incluídas as reuniões de Genebra em 1947, entre a assinatura do GATT e a criação da OMC foram realizadas oito rodadas de negociação. As séries de negociação passaram, em sua maioria, a incorporar o nome da cidade, na qual ocorria a primeira das reuniões. A atual rodada de negociações, iniciada na cidade de Doha nos Emirados Árabes Unidos em novembro de 2001, é considerada a nona delas.

As cinco primeiras rodadas - Genebra/1947, Annency/1949, Torquay/1950-51, Genebra/1955-56 e Dillon/1960-61 - trataram quase exclusivamente de questões relacionadas a aspectos ordinários de redução tarifária. Aplicavam-se basicamente os métodos norte-americanos do Trade Agreements Act de 1932, os quais consistiam na identificação dos principais produtos comercializados entre os países, a partir dos quais eram elaboradas listas de reduções tarifárias desejadas e oferecidas que balizavam as negociações.

¹¹⁵ NASSER, Op. cit., nota 98, p. 37. "In verbis": "No caso do GATT, era mais fácil sustentar que ele surgiu como um instrumento para a consecução dos objetivos da ONU, pois o artigo I da Carta de Havana, da qual ele decorre, 'reconhecia a determinação das Nações Unidas de criar condições de estabilidade e bem-estar que são necessárias para relações pacíficas e amigáveis entre as nações'. A relação da OMC com a ONU só pode ser estabelecida na medida em que aquela é sucessora do GATT enquanto organização internacional no âmbito comercial. Portanto, sua ligação com a ONU é muito mais tênue."

¹¹⁶ MESTRAL, A. de. NAFTA: a comparative analysis. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, tomo 275, 1998, p. 239. "In verbis": "The progress achieved through the GATT 1994 should not blind us to the current weakness of the system. The basic standard of treatment in many instances remains MFN and not national treatment. Furthermore, the movement of people and related issues are still completely excluded from consideration within the GATT."

A situação começou a mudar a partir da sexta rodada de negociações, a Rodada Kennedy, ocorrida entre 1964 e 1967. O maior equilíbrio entre as partes negociantes, representado principalmente pela participação da então Comunidade Econômica Européia – CEE - como um grupo coeso, e a adoção do mecanismo de redução linear de tarifas resultou em uma queda de 35% na tarifa média aplicada aos produtos industrializados nos países desenvolvidos. Especificamente no que se refere à CEE, alguns autores chegam a afirmar que sua formação na década de 50 teria sido o vetor impulsionador das Rodadas Dillon e Kennedy e que a progressiva expansão desse acordo regional, com a adesão de novos países, teria sido determinante para o início das Rodadas Tóquio e Uruguai¹¹⁷.

Na Rodada Kennedy incluiu-se pela primeira vez na pauta das discussões questões relacionadas às barreiras não tarifárias, como procedimentos antidumping, e também houve o aprofundamento da percepção, por parte dos países menos desenvolvidos, de que seus interesses não estavam sendo devidamente atendidos pela forma como as negociações se conduziam.

A década seguinte deu lugar a mais uma rodada de negociações, a Rodada Tóquio, realizada entre os anos 1973 e 1979 em um contexto político e econômico bem diferente daqueles das anteriores. Enquanto, por um lado, Japão e Comunidade Européia haviam se consolidado como concorrentes dos Estados Unidos no comércio mundial, a crise do petróleo acabou interrompendo o ciclo de crescimento iniciado após a segunda guerra mundial e os países mais desenvolvidos viram-se compelidos a aplicar políticas comerciais de cunho mais restritivo.

Os resultados gerais obtidos nas negociações de Tóquio foram, apesar do contexto desfavorável, bastante relevantes. Alcançou-se uma redução média de 30% nas tarifas de produtos industrializados e foram elaboradas regras para regulamentar procedimentos relacionados às barreiras não tarifárias, inclusive quanto à utilização deste tipo de medida nos casos de distorções na balança de pagamentos.

¹¹⁷ BLACKHURST, Richard; HENDERSON, David. Regional integration agreements, world integration and the GATT. In: ANDRESON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994. p. 412. “In verbis”: “It is widely accepted that the signing of the Treaty of Rome was the major stimulus behind the decision to launch and successfully conclude the Dillon Round (1960-2) and the Kennedy Round (1964-7) of multilateral trade negotiations. The subsequent enlargement of the EC was a key factor behind the launching of the Tokyo Round (1973-9) and the inclusion of financial and other services in the EC’s Single Market program helped propel the negotiations on services in the Uruguay Round.”

No que se refere aos interesses dos países menos desenvolvidos, aprovou-se uma exceção à cláusula da nação mais favorecida do artigo I do GATT, a decisão conhecida como "Cláusula de Habilitação", cujo texto permite ainda hoje a concessão de tratamento diferenciado e mais favorável a esses países.

A rodada seguinte, lançada oficialmente em 1986 na cidade de Punta del Este e conhecida como Rodada Uruguai, foi diretamente influenciada pela crescente importância dada pelos países ao comércio de serviços e tecnologia e pela consolidação do fenômeno conhecido como "novo regionalismo"¹¹⁸, do qual o Mercado Comum do Sul - MERCOSUL - surgiu como consequência direta.

A Rodada Uruguai foi definitivamente a mais importante e abrangente de todas. Incorporou a negociação de políticas comerciais à forma então simplificada de negociação baseada nos produtos e tornou latente a insuficiência do GATT como instrumento para regulamentar, sozinho, o comércio internacional - situação vigente nos mais de quarenta anos anteriores¹¹⁹. Os avanços em relação à rodada anterior restaram claros, por exemplo, na inclusão de questões relacionadas à agricultura, aos têxteis, à propriedade intelectual, mas, por falta de aprofundamento na controvérsia acerca da compatibilidade, não se demonstraram suficientes para evitar a erosão do sistema multilateral por acordos regionais¹²⁰.

Diversos temas de comércio foram, dessa forma, abordados nas reuniões ocorridas entre 1986 e 1993, entre os quais aqueles relacionados não somente ao comércio de bens,

¹¹⁸ SCHULZ, Michael; SÖDERBAUM, Fredrik; ÖJENDAL, Joakim. Regionalization in a globalizing world. London e Nova Iorque: Zed Books, 2001. p. 03. "The 'new regionalism' refers to a phenomenon, still in the making, that began to emerge in the mid-1980s, starting in Europe with the White Paper and the Single European Act, and gradually turning into a truly worldwide phenomenon."

¹¹⁹ JACKSON, Op. cit., nota 94. p.07. "In verbis": "The Uruguay Round (UR), the eighth broad trade negotiation round under the auspices of the General Agreement on Tariffs and Trade, is clearly the most extensive undertaken by the GATT system, and exceeds any similar endeavor in history. The goals of the September 1986 Ministerial Meeting at Punta del Este which set forth the agenda for the Uruguay Round would still be the most extensive and successful trade negotiation ever. In fact, despite the many years of delay and negotiating impasses, the Uruguay Round has achieved considerably more than a half its objectives. As an example of the magnitude of the effort, the press reports that the Final Act signed in Marrakesh, Morocco on April 15 weighed 385 pounds and included over 22,000 pages! Even the basic texts reproduced as part of the Final Act totaled 424 pages."

¹²⁰ BALDWIN, Op. cit., nota 90. p. 399. "In verbis": "The draft arrangements embodying the results of the Uruguay Round negotiations definitely represent an improvement over the Tokyo Round codes. For example, they cover important new areas such as textiles and clothing, agriculture, safeguards, trade in services, and trade-related intellectual property issues. The new articles are also more precise and internally consistent. However, while the tentative Uruguay Round agreement represents an important step in the right direction, in my view it will not be sufficient to prevent the continued erosion of the multilateral approach to trade policy and to restore the GATT to its earlier, more effective role in promoting the multilateral liberalization of world trade."

como também ao de serviços¹²¹, aos investimentos internacionais, às políticas industriais nacionais e aos direitos de propriedade intelectual. Ao final das negociações, os membros do GATT aprovaram o texto constitutivo da Organização Mundial do Comércio.

A regulamentação do comércio internacional consolidou-se, então, como nunca antes e a participação no acordo multilateral mostrou-se cada vez mais essencial à inserção de economias no contexto internacional. Além disso, uma vez membro do sistema GATT/OMC o participante passou a encontrar sérias dificuldades para mesmo cogitar, por qualquer motivo, sua saída em vista da perda de mercados e do isolamento comercial que tal medida poderia acarretar. Tal situação pode ser considerada ainda mais determinante em relação aos países em desenvolvimento e explica porque a adesão à OMC se tornou o pilar central da política externa de diversos Estados nos anos noventa¹²².

Esse elemento coativo na participação na organização pode ser em certa medida encarado como elemento relativizador da soberania, mas não exclui, por outro lado, o reconhecimento da ocorrência de uma série de benefícios na adesão ao acordo geral¹²³. Nesse sentido, argumentos que apontam a relativização da soberania como fator problemático na estrutura da OMC não podem deixar de levar em consideração, por exemplo, que a adesão ao conjunto de acordos que compõem o sistema multilateral apenas ocorre quando e apenas se o governo aderente assim decidir.

¹²¹ MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Acordo geral sobre o comércio de serviços: aspectos jurídicos. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coord.) Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil. São Paulo: Ltr, 1998. p. 417. "In verbis": "A elaboração do texto do Acordo Geral sobre Serviços (GATS) durou sete anos, e seus dispositivos foram exaustivamente negociados; o resultado final pode ser considerado uma das principais realizações da Rodada Uruguai. Trata-se de princípios e regras acordadas no plano multilateral e juridicamente obrigatórias que regerão de modo flexível o comércio internacional de serviços, tendo por finalidade a sua liberalização progressiva. O GATS faz parte do quadro jurídico da Organização Mundial do Comércio, e o Conselho do Comércio de Serviços está vinculado ao Conselho Geral da OMC."

¹²² FRYDMAN, Felipe. Un complejo panorama de negociaciones para definir la inserción del MERCOSUR en el comercio internacional. In: ÁLVAREZ, Chacho. (Comp.). La Argentina de Kirchner y el Brasil de Lula. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2003. pp. 138-139. "In verbis": Existe un antes y un después de la Ronda Uruguay en el comercio internacional. Muchos de los grados de libertad que tenían los países para implementar sus políticas comerciales o establecer restricciones desaparecieron por propia voluntad o porque no había mayores opciones. Las condiciones principales fueron determinadas por los países que representan el 70% del comercio internacional mientras el 25% restante continua bregando para mejorar las condiciones de acceso a los mercados de mayor poder adquisitivo. Las condiciones objetivas hacen que resulte imposible para los países en desarrollo renunciar a participar en estos acuerdos multilaterales porque se arriesgarían a perder las posibilidades de colocar sus escasos productos de exportación en los mercados de los países desarrollados. Esto explica porque países como China convirtieron el ingreso en la OMC en el eje de su política comercial en los años noventa, y otros como la Federación Rusa, Vietnam y Ucrania negocian con urgencia las condiciones para convertirse en nuevos miembros de la OMC."

¹²³ SINGER, Op. cit., nota 66. pp. 73-74. "In verbis": "If we conclude that nation under pressure to remain a member of the WTO has diminished national sovereignty, that is not in itself grounds for condemning the WTO. The loss of national sovereignty might be a price worth paying for the benefits the WTO brings."

No mesmo sentido, a percepção da OMC como um órgão administrador de um conjunto de acordos retira da organização o caráter coercitivo em relação aos seus membros e tal circunstância se denuncia, por exemplo, no método decisório por consenso ainda em vigor na instituição. De qualquer forma, uma vez ocorrida adesão, os membros encontram-se inegavelmente pressionados a seguir participando da organização em razão dos benefícios econômicos que passam a gozar, mas tal pressão não deve ser considerada em si um fator ameaçador da comunidade internacional, mas, na verdade, um sinal da nova perspectiva do direito internacional atual¹²⁴.

Na sequência e em continuidade às conquistas da Rodada Uruguai, urge apontar, além do surgimento de acordos específicos relacionados a aspectos de tecnologia de informação e serviços, a criação do Comitê de Acordos Regionais, o qual, de forma vinculada ao Conselho Geral da OMC, passou a ser o órgão diretamente encarregado da análise da compatibilidade dos acordos regionais de comércio com as regras multilaterais do Sistema GATT/OMC. Nesse sentido, cumpre ressaltar que a definitiva inclusão do regionalismo na pauta do acordo geral sugere que as conquistas multilaterais alcançadas na década de 90 não devem ser encaradas como obstáculos à integração regional e que o geral – ao constituir fenômeno paralelo e não necessariamente concorrente - não representa necessariamente alternativa às iniciativas cooperativas regionais¹²⁵.

A atual rodada de negociações teve início em novembro de 2001 com a realização da IV Conferência Ministerial da OMC na cidade de Doha, no Catar, onde se lançou uma agenda

¹²⁴ Ibid. pp. 70-71. “In verbis”: “If the WTO does give precedence to commercial interests, is it reasonable to say that it does so only at the behest of its member states, which have the final decision on whether or not to go along with the WTO’s rules? The standard response by WTO supporters to the claim that the organization overrides national sovereignty is that it is no more than the administrative framework for a set of agreements or treaties freely entered into by sovereign governments. Every member-nation of the WTO is a member because its government has decided to join, and has not subsequently decided to leave. Moreover decisions on matters other than the resolution of disputes are generally reached by consensus. Since the WTO is an expression of the decisions of sovereign governments, it is not something that can interfere with national sovereignty. This account of the WTO as merely the administrator of a set of multilateral agreements may be true in formal terms, but it leaves out some important practical details. Once a government joins the WTO, it and its successors come under considerable pressure to remain a member. Export industries based on free trade develop, employing substantial numbers of people, and the threat that these industries will collapse if the nation withdraws from the treaties administered by the WTO becomes so potent that going one’s own way becomes almost unthinkable.”

¹²⁵ PABST, Haroldo. MERCOSUL: direito da integração. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 17. “In verbis”: “Os recentes avanços conquistados pela Rodada Uruguai em busca da liberalização do comércio internacional não podem ser vistos como um obstáculo à integração regional. Não se trata de alternativa dentro do processo de integração como um todo, mas, como tem sustentado o governo brasileiro, de passo complementar que cria condições de uma liberalização comercial por etapas. As iniciativas regionais e as iniciativas multilaterais como as do GATT, caracterizam-se pela complementaridade, e não como excludentes e substitutivas.”

bastante abrangente e elaborada com intuito claro de superar os temas em pauta nas duas décadas anteriores. Por decisão ministerial criou-se o Comitê de Negociação Comercial, ao qual se outorgou a responsabilidade de supervisão do andamento das negociações. Dentre os temas principais incluídos na Rodada Doha estão, de forma bastante genérica, o comércio de produtos agrícolas - no que tange a questões tarifárias específicas, o acesso ao mercado de bens não agrícolas e, baseados no conceito de liberalização progressiva, o comércio internacional de serviços.

Os chamados Mandatos de Doha incluem, ainda, questões relativas a comércio e investimento, concorrência, comércio eletrônico, compras governamentais e solução de controvérsias. A rodada tinha prazo de duração inicial de três anos e deveria ser concluída até 2005, mas os sucessivos impasses fizeram com que o termo inicial não fosse cumprido e que as negociações fossem – como atualmente se encontram - paralisadas.

2.1.3 Os princípios do sistema GATT/OMC

O acordo do GATT de 1947, ainda que estruturado inicialmente como provisório, concentrou o conjunto de regras que deveriam servir de base às normas de comércio internacional e estabeleceu uma série de princípios de extrema relevância nas relações multilaterais de comércio vigentes até os dias atuais.

Os princípios norteadores do GATT encontram-se referidos de maneira direta e indireta ao longo de todo o texto do acordo geral e se refletem hoje em toda a estrutura normativa do sistema GATT/OMC construída nas décadas de negociações multilaterais. Tais reflexos ocorrem inclusive negativamente, dada a previsão contida em alguns instrumentos de exceções à aplicação desses preceitos gerais.

Entre os princípios mencionados ressaltam-se como basilares o da não-discriminação, expresso na Cláusula da Nação Mais Favorecida e no mandado da igualdade de tratamento¹²⁶,

¹²⁶ JACKSON, John Howard. The world trading system: law and policy of international economic relations. Cambridge, MA : MIT Press, 1997. p. 157. “In verbis”: “Two important principles of ‘nondiscrimination’ are included in GATT and most international trade policies. [...] Despite some confusion over the phrase ‘most favored’ – which seems to imply a specially favorable treatment – the concept is one of equal treatment, but to that other party which is most favored. [...] The second obligation of nondiscrimination – that of ‘national treatment’ – is to treat foreign goods equally to domestic goods [...]”

e o da transparência, ambos devidamente incorporados ao marco jurídico da Organização Mundial do Comércio por meio de sua sistematização à luz do arcabouço jurídico do acordo do GATT 1994, o qual substituiu o tratado de 1947.

A não-discriminação se encontra no cerne do sistema GATT/OMC e consiste fundamentalmente na eliminação, entre todos os membros do “clube”¹²⁷ ali formado, de qualquer tratamento discriminatório no âmbito do comércio internacional. Não há, entretanto, no texto do GATT a expressa caracterização do aludido princípio e esta ocorre de forma difusa pela associação dos objetivos referidos no preâmbulo do acordo com seu Artigo I - Cláusula da Nação Mais Favorecida - e pela conjugação dos dois com o princípio da igualdade de tratamento.

De acordo com o estabelecido na Cláusula da Nação Mais Favorecida¹²⁸, um membro deve estender a todos os signatários do GATT a concessão ou benefício outorgado em qualquer circunstância no âmbito do comércio internacional, estando impedido, portanto e por exemplo, de estabelecer tratamento diferenciado a produtos oriundos de diferentes membros da OMC consoante o estabelecido entre os objetivos fundamentais do acordo¹²⁹. Gize-se, mais uma vez, que a cláusula da nação mais favorecida, como construção textual do princípio da não-discriminação, possui um papel central no sistema do GATT/OMC¹³⁰ e que sua inclusão no acordo geral representou verdadeira transposição conceitual da isonomia formal entre sujeitos de direito internacional de contextos eminentemente bilaterais para o plano multilateral¹³¹.

¹²⁷ JOHNSON apud SNAPE, Op. cit., nota 95. p. 273. “In verbis”: “the principle has an important point and function, which can be loosely and inaccurately stated as the principle that if you pay your membership dues to a club you are entitled to decent treatment as one of the paid-up members.”

¹²⁸ Quanto ao significado do tratamento mais favorável nos termos da cláusula da nação mais favorecida, JACKSON, John Howard. *The world trading system : law and policy of international economic relations*. Cambridge, MA : MIT Press, 1997. pp. 160-161. “In verbis”: “What does MFN treatment mean? Essentially it is na obligation to treat activities of a particular foreign country or its citizens at least as favorably as it treats the activities of any other country.”

¹²⁹ Importante ressaltar que disposições semelhantes são encontradas no Artigo II do GATS e no Artigo IV do TRIPs.

¹³⁰ MCRAE, Op. cit., nota 101. p. 158. “In verbis”: “It is, of course, well known that a fundamental legal proposition of international law is the ‘most favoured nation’ principle. It was the centre-piece of the GATT and it remains pivotal to the new régime of the WTO. On its face, it is a principle of non-discrimination, a principle of equality.”

¹³¹ OLIVEIRA, Op. cit., nota 93. p. 312. “In verbis”: “O princípio da nação mais favorecida já vinha sendo inserido, de forma diversificada, nos tratados de comércio bilateral. Sua inclusão no Acordo Geral todavia, o converteu, pela vez primeira, em uma obrigação aplicada não só a cada Estado-membro, mas, desta decorrência, por conexão, a todas as demais partes signatárias de acordos, e, assim, se tornou uma obrigação multilateral.”

Esse mecanismo convencional que garante a extensão automática de benefícios concedidos não surgiu, entretanto, a partir da proliferação de acordos comerciais ocorrida no século XX. Seus primeiros modelos rudimentares remontam, na verdade, à idade média¹³² e se desenvolveram definitivamente ganhando importância nas relações internacionais, mormente nos últimos duzentos ou trezentos anos¹³³.

Nessa evolução, dois modelos de cláusulas acabaram se consolidado na prática, os quais passaram a ser conhecidos como europeu, ou incondicional, e americano, ou condicionado em vista do recorrente estabelecimento de condições pelos Estados Unidos para a automática extensão de tratamento nos acordos comerciais firmados¹³⁴. De qualquer maneira, tal distinção possui hoje importância meramente histórica posto que a diplomacia norte-americana acabou incorporando a sistemática incondicionada multilateral do GATT e abandonou a inserção da cláusula da nação mais favorecida em suas negociações bilaterais, fato que representou, ressalte-se, grande avanço para o multilateralismo¹³⁵.

Uma das maiores – ou talvez a maior - conquista do GATT consubstancia-se exatamente no sucesso em tornar o princípio da não-discriminação, instrumentalizado na cláusula da nação mais favorecida, preceito multilateral, genericamente aplicável a todos os membros do acordo geral sem necessidade de novos acordos bilaterais ou tratados específicos¹³⁶. O sucesso de tal abordagem multilateral e irrestrita da cláusula denota o tom

¹³² JACKSON, Op. cit., nota 126. p. 158. “In verbis”: “The MFN obligation has a long history that is easily traced back to the twelfth century, although the phrase seems to have first appeared in the seventeenth century. Growth of commerce in the fifteenth and sixteenth centuries seemed to be a major cause of MFN-type treaty clauses, as European nations competed with one another to develop networks of trading relationships. The United States included an MFN clause (albeit ‘conditional’) in its first treaty, a 1778 treaty with France. It has been speculated that early MFN clauses were a ‘shorthand’ means of including a series of trade obligations in new treaties, without laboriously writing out these obligations. In the 1800s and 1900s, the MFN clause, either conditional or unconditional, was included frequently in a variety of treaties, particularly in the Friendship, Commerce and Navigation treaties.”

¹³³ SNAPE, Op. cit., nota 95. p. 274. “In verbis”: “Most-favored-nation (MFN) clauses apparently have at least a seven hundred-year history in trade agreements, but it is in the last two hundred of these years that they have been particularly important.”

¹³⁴ Ibid. p. 274. “In verbis”: “Throughout Europe in the nineteenth and early twentieth centuries MFN clauses provided that these benefits should be extended unconditionally, or were interpreted in this manner: hence unconditional MFN. The United States, on the other hand, attempted until 1922 to apply the clause conditionally.”

¹³⁵ Ibid. pp. 276. “In verbis”: “Since the inception of the GATT no bilateral treaty negotiated by the US has incorporated a MFN clause, conditional or unconditional. The major innovation of the GATT was to incorporate unconditional MFN into a multilateral framework.”

¹³⁶ MCRAE, Op. cit., nota 101. p. 161. “In verbis”: “The achievement of GATT was to turn the MFN principle into one that could lay a greater claim to being a principle of non-discrimination. What GATT did was to apply MFN multilaterally – to all GATT Contracting Parties. It was no longer a principle that would apply only bilaterally, nor was it dependent on the negotiation of a special treaty.”

adotado nas negociações das últimas rodadas e consagrado, por exemplo, na impossibilidade de os membros do GATT fazerem reservas aos resultados da Rodada Uruguai. A vedação às reservas ao GATT 94 praticamente eliminou, na verdade, as discussões a respeito da não-discriminação incondicional geral e acabou deslocando os aspectos polêmicos para as exceções regionais permitidas, ou seja, para o regionalismo e sua interação com o sistema global¹³⁷.

Cumprе ressaltar, uma vez mais, que o Artigo I do GATT corresponde, de fato, à Cláusula da Nação Mais Favorecida, mas que o princípio ali contido não se restringe ao GATT e pode ser aferido em cláusulas de outros tratados de cunho comercial e sua interpretação pode depender da redação da cláusula e do tipo de tratado no qual se encontra. No caso do GATT, a estipulação feita no acordo se refere especificamente ao comércio internacional de bens e a linguagem ali contida não parece poder ser facilmente transportada ao comércio de serviços e à propriedade intelectual, por exemplo¹³⁸.

Ponto importante do disposto no artigo I do GATT a ser ressaltado seria, ainda, sua generalidade. A extensão do tratamento diferenciado concedido deve ocorrer, segundo seus termos, inclusive nos casos de benefícios acordados com sujeitos de direito internacional não contratantes do acordo¹³⁹. Por outro lado, mesmo optando pela não-discriminação de forma incondicional, sem exigir reciprocidade específica e análoga à concessão feita, o artigo I resta silente, por exemplo, quanto ao tratamento internamente dispensado ao produto de origem estrangeira e, nesse momento, emerge no sistema GATT/OMC a importância do chamado princípio do tratamento nacional¹⁴⁰.

¹³⁷ JACKSON, Op. cit., nota 126. p. 160. “In verbis”: “With the single-package idea and the requirement that all countries must accept all parts of the Uruguay Round results [...] the question of MFN with regard to subordinate portions of the agreement is mostly eliminated. Some issues remain because of the existence of special exceptions.”

¹³⁸ Ibid. p. 157. “In verbis”: “It is not always entirely clear that the MFN concept as applied to goods will easily transfer to services or intellectual property. The language of MFN in the Uruguay Round treaty text for services and for intellectual property is not identical to the language found in GATT.”

¹³⁹ SNAPE, Op. cit., nota 95. p. 276. “In verbis”: “Article I requires that no contracting party can treat the trade of any other country “whether it is or is not a contracting party to the GATT) more favorably than any other GATT contracting party: any concession which is given to any country must be passed on immediately and unconditionally to all contracting parties.”

¹⁴⁰ MCRAE, Op. cit., nota 101. p. 161. “In verbis”: “[...] GATT opted for unconditional MFN. There was no need for reciprocity – advantages, favours, privileges or immunities were to be granted ‘unconditionally’. The economic rationale for free trade governed and conditional MFN was rejected. But, of course, one of the original problems of MFN remained. GATT article I said nothing about treatment received within domestic market. GATT article I provided for equality of

A isonomia estabelecida no artigo II do GATT¹⁴¹ exige que os produtos negociados entre os membros recebam do importador o mesmo tratamento dado ao produto similar nacional. Em síntese, o produto importado de um dos signatários do acordo geral deve receber a partir do momento que ingressar no mercado interno de outro o mesmo tratamento conferido ao produto similar nacional no que se refere às leis, regulamentos, tributos e a quaisquer outras exigências impostas¹⁴². O tratamento nacional é, assim e definitivamente, expressão do princípio da isonomia no sistema GATT/OMC¹⁴³.

Outro importante princípio do sistema multilateral é o da transparência, o qual tem o escopo de dar publicidade a todas as medidas adotadas pelas partes que possuam qualquer tipo de relação com o comércio internacional. Fundamental na estrutura do sistema do GATT, este princípio funciona hoje como uma proteção à integridade das regras da Organização Mundial do Comércio, tendo em vista que os países signatários devem dar publicidade às informações pertinentes no que se refere a todo o tipo de medida que possa ter consequências diretas ou indiretas no comércio internacional.

A publicidade, enquanto princípio, não está contida em um artigo específico, mas pode ser extraída de diversos dispositivos do GATT, o que demonstra sua importância para a sustentação das regras do acordo geral. Entre as disposições relacionadas à transparência ressaltam-se aquelas presentes no Artigo X do GATT, III do GATS, LXIII do TRIPs e ainda parágrafos contidos no Artigo XXIV do GATT e na chamada Cláusula de Habilitação.

A obrigação da transparência se apresenta no sistema GATT/OMC basicamente na forma de dois deveres. Há, de um lado, o dever do membro notificar à OMC qualquer acontecimento que possa ter relevância, direta ou indireta, nas relações internacionais de comércio e, de outro, o de vigilância no que tange ao cumprimento dos acordos multilaterais,

access: it did not provide for equality within the market. That was the function of the ‘national treatment’ provisions of GATT.”

¹⁴¹ Também do Artigo XVII do GATS e do Artigo III do TRIPs..

¹⁴² JACKSON, Op. cit., nota 126. p. 213. “In verbis”: “Whereas MFN requires equal treatment among different nations, the national treatment obligation requires the treatment of imported goods, once they have cleared customs and border procedures, to be no worse than that of domestically produced goods.”

¹⁴³ NASSER, Op. cit., nota 98. p. 72. “In verbis”: “Essa norma não deixa de ser uma forma de afirmação do princípio da igualdade no âmbito do comércio internacional. Sendo o conteúdo básico do princípio da igualdade o tratamento dos desiguais na medida de suas desigualdades, o que o princípio do tratamento nacional estabelece é que o lugar onde o produto é produzido não é critério idôneo para justificar uma diferença de tratamento.”

sendo importante frisar sobre esse último que tal mandamento cabe concomitantemente à própria organização e a cada um de seus signatários individualmente¹⁴⁴.

2.1.4 As exceções regionais permitidas

O marco legal estabelecido pela normativa GATT/OMC constituiu-se com base em uma estrutura bastante peculiar de negociações periódicas que freqüentemente se arrastam por longos períodos e exigem grandes esforços diplomáticos. O regime jurídico multilateral de comércio sofre, portanto, influência direta dos aspectos políticos dessas negociações. Essa tensão entre política e direito mostra-se cristalina, por exemplo, no modelo decisório consensual instituído e acabou permitindo o surgimento de derrogações às regras gerais do acordo conformadoras, em conjunto, daquilo que poderia ser descrito como um verdadeiro “sistema de regras e mosaico de exceções”¹⁴⁵.

A normatização multilateral de comércio caracteriza-se, assim, marcadamente pelo pragmatismo e, entre a necessidade de se estabelecer como uma ordem legal racional e integrada, o GATT consolidou-se ao longo de sua história e constitui hoje um sistema eminentemente operativo, estruturado para atender às necessidades fáticas do comércio internacional¹⁴⁶.

¹⁴⁴ CORRÊA, Luiz Fernando Nigro. O MERCOSUL e a OMC: regionalismo e multilateralismo. São Paulo: Ltr, 2001. p. 57. “In verbis”: “O princípio da transparência pode ser dividido em dois deveres: um, de notificar e, o outro, de vigilância. O dever de notificar [...] implica o encaminhamento formal de qualquer informação relevante em relação a qualquer dos acordos cobertos pela OMC por parte dos Estados-Membros. O de vigilância, implica a verificação quanto ao cumprimento das disposições dos acordos da OMC, cabendo tal dever aos próprios órgãos da OMC e aos Estados-Membros.”

¹⁴⁵ J.H. Jackson apud SOARES, Guido Fernando Silva. A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT. In: São Paulo em Perspectiva – Revista da Fundação SEADE. v. 9, nº 1, jan-mar, 1995. pp. 81-82. “In verbis”: “A convivência no GATT das regras de direito matéria (em princípio, relativamente rígidas, como convém às normas jurídicas) com o exercício da diplomacia comercial (por sua natureza, extremamente dinâmica e fortemente apoiada nos interesses políticos dos Estados) determinou a própria natureza da organização: ‘um sistema de regras e um mosaico de exceções’ (na expressão de J.H. Jackson, citado por Long, 1983). Na verdade, é difícil descrever o sistema do GATT sem, conjuntamente, referir-se às muitas exceções determinadas pelas partes, as quais podem, por vezes, parecer mais importantes que as próprias regras (ou, por serem em número tão elevado, dão a impressão de desfigurarem o sistema principal).”

¹⁴⁶ J.H. Jackson apud Ibid. p. 82. “In verbis”: “Deve-se notar que o sistema do GATT, com suas regras fundamentais e o reticulado de exceções, é uma criação pragmática dos Estados, que tem conseguido promover a liberalização do comércio internacional, através dos enfoques da desmontagem de políticas protecionistas das Partes, em favor de um sistema consensual mais equilibrado entre as mesmas. Em que pesem a fluidez das medidas compensatórias a título retaliatório (assimiláveis a ‘sanções’ aos inadimplentes) e a falta de um arcabouço racional, o GATT tem atraído o interesse e a

O viés político do acordo geral explica, conforme sugerido, em certa medida o surgimento de exceções a normas fundantes do sistema como, por exemplo, àquelas que permitem a concessão de tratamento mais favorável no âmbito de iniciativas regionais de cooperação e integração. Há nessas derrogações, aliás, interessante aspecto a ser salientado que se refere à própria criação da ordem multilateral posto que, sem elas e ainda que configurados atentados a princípios básicos do GATT, muito dificilmente se conseguiriam atingir os resultados abrangentes alcançados ¹⁴⁷.

A coerência do sistema multilateral exige, entretanto, cuidado na instituição e no uso de exceções às regras gerais mesmo quando reconhecidos seus benefícios políticos de viabilização da harmonização de interesses entre os participantes e, nesse sentido, a preservação da cláusula da nação mais favorecida, tão essencial ao GATT, torna mais sensato e coerente a adoção de posturas tendentes a dificultar o surgimento de novas derrogações ¹⁴⁸.

Especificamente quanto ao regionalismo, as principais exceções contidas no acordo multilateral encontram-se dispostas nos artigos XXIV¹⁴⁹ do GATT, V do GATS e na chamada cláusula de habilitação. O artigo XXIV do acordo geral disciplina a possibilidade de se concederem benefícios entre participantes de iniciativas cooperativas locais no que se refere ao comércio de bens enquanto o artigo V do GATS disciplina questão análoga para o mercado de serviços. Já a cláusula de habilitação constitui uma autorização ampla à concessão de tratamento diferenciado entre ou a países em desenvolvimento.

A grande maioria dos acordos regionais de comércio notificados ao sistema GATT/OMC baseia sua harmonização no disciplinado no artigo XXIV e, em menor número, na cláusula de habilitação. Apenas alguns deles exigem análise de compatibilidade com base no artigo V do GATS. Em razão de tais circunstâncias e de o exame do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL – encontrar-se atualmente instrumentalizado de maneira híbrida entre o

participação dos Estados e demais Partes na execução das metas propostas. Entre ser um sistema racional e um integrado, o GATT apresenta-se como um sistema operativo, que tem convivido com suas inúmeras exceções internas.”

¹⁴⁷ Em SNAPE, Op. cit., nota 95. pp. 284-285. o autor busca responder aos questionamento de se as exceções foram necessária para a criação do “clube” e se elas atentam contra seus princípios basilares e desenvolve argumentação positiva para ambos os casos.

¹⁴⁸ JOHNSON apud Ibid. p. 273. “In verbis”: “it seems the wiser course not to devise further exceptions to the principle, or re-write it, but instead to improve the framework of international economic relations within which countries receive non-discriminatory most-favoured-nation treatment.”

¹⁴⁹ Ibid. p. 273. In verbis: “Article XXIV is an ‘exceptions’ article of the GATT, the exceptions being to the unconditional most-favored-nation (MFN) provision of Article I.”

artigo XXIV e a cláusula de habilitação, optou-se por não se fazer aqui abordagem aprofundada dos ditames do artigo V do GATS.

2.1.4.1 O artigo XXIV do GATT

A exceção regional disciplinada pelo artigo XXIV do GATT teve como perspectiva motivadora contextos cooperativos menores, como aquele representado pelo BENELUX, união aduaneira integrada por Holanda, Bélgica e Luxemburgo. Ao estabelecerem a possibilidade de criação de regimes preferenciais, os negociadores à época da assinatura do GATT 47 não tinham condições de prever o desenvolvimento de iniciativas tão complexas como a européia na atualidade¹⁵⁰. Nesse contexto, desenhou-se nesse dispositivo do tratado uma derrogação à regra geral da nação mais favorecida com intuito de facilitação do comércio fronteiriço como consagração do preceito de que o incremento do comércio pela redução de barreiras de qualquer maneira conduziria ao bem-estar geral¹⁵¹.

A esmagadora maioria dos acordos regionais de comércio notificados à sistemática do GATT/OMC até o momento busca fundamentação jurídica no artigo XXIV para justificar a não aplicabilidade do princípio da não discriminação consolidado na cláusula da nação mais favorecida. De fato e em regra, acordos regionais relacionados ao comércio de bens têm a finalidade de criar zonas de livre comércio¹⁵² e uniões aduaneiras¹⁵³ e estabelecem,

¹⁵⁰ SOARES, Op. cit., nota 145. pp. 82-83. “In verbis”: “[...] a criação de um regime preferencial entre poucos Estados e que não se aplica a terceiros Estados contraria frontalmente o princípio da extensão de vantagem, favor, imunidade ou privilégio a todas as Partes do GATT. Tais fenômenos são típicos das organizações regionais de integração econômica, em que os Estados-Partes criam, na terminologia do GATT, um ‘território aduaneiro’, em que vigora um sistema preferencial entre eles, com a exclusão de outros Estados. Contudo, diante da modesta experiência da união aduaneira que, à época da criação do GATT, existia entre Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos (o BENELUX), os redatores das primitivas regras do GATT tiveram a idéia de estabelecer, como uma das exceções à regra da cláusula da nação mais favorecida, a permissão, no Art. XXIV, da existência de uniões aduaneiras e de zonas de livre-comércio, nas condições elencadas no mesmo. Conforme bem observa o professor Oliver Long: ‘os redatores deste artigo não pensavam numa construção tão importante com a CEE, mas simplesmente em arranjos entre dois ou três países, como o BENELUX. [...]’”

¹⁵¹ JACKSON, Op. cit., nota 126. p. 165. “In verbis”: “GATT Article XXIV is based partly on the historical precedent of special regimes of frontier traffic between adjacent countries, and partly on the policy that total world welfare can be enhanced by regimes of trade that totally eliminate restrictions to trade among several countries.”

¹⁵² KHAVAND, Fereydoun A. Le nouvel ordre commercial mondial: du GATT à l’OMC. Paris: Nathan, 1995. p. 127. “In verbis”: “Dans une zone de libre-échange, les partenaires suppriment la plupart des obstacles à la libre circulation des biens et services, sans adopter pour autant une politique commerciale commune à l’égard des pays tiers: chaque pays membre

necessariamente, medidas discriminatórias que se chocam com a cláusula da nação mais favorecida.

Apesar das controvérsias relacionadas à terminologia aplicável ao regionalismo, acordos com tais finalidades aproximativas podem ser considerados cooperativos da espécie integração, posto que buscam a formação de uma das duas primeiras estruturas do grupo de quatro que a doutrina reconhece para a integração econômica¹⁵⁴.

Os primeiros parágrafos do artigo XXIV concentram-se na determinação do âmbito de aplicação dos dispositivos do GATT aos chamados "territórios aduaneiros" das partes contratantes e na vedação à criação de obstáculos ao comércio limítrofe por meio da interpretação do acordo. Nesse sentido, importante se faz salientar que o termo “ território aduaneiro” encontra-se definido como sendo o "território para o qual tarifas aduaneiras distintas ou outras regulamentações aplicáveis às trocas comerciais sejam mantidas a respeito de outros territórios para uma parte substancial do comércio do território em questão"¹⁵⁵.

A opção por delinear a exceção com base no critério aduaneiro se encontra em absoluta conformidade com os requisitos adotados pelo acordo geral ao reconhecimento de sujeitos de direito internacional habilitados a tomar parte no GATT. Nesse sentido, observa-se que o sistema multilateral não reconhece apenas os Estados como sujeitos de direitos, mas toda região geográfica que compartilhe direitos aduaneiros uniformes ainda que esta não se componha por Estados¹⁵⁶, como no caso de Hong Kong, ou constitua uma organização internacional, como a União Européia¹⁵⁷.

maintient son propre tarif douanier vis-à-vis des pays n'appartenant pas à la zone. Parmi les zones de libre-échange les plus anciennes, on peut citer l'Association européenne de libre-change (AELE) de 1960 et l'Association latino-américaine de libre commerce (ALALC) de 1960.“

¹⁵³ Ibid. p. 127. “In verbis”: “Une union douanière est similaire à une zone de libre-échange, mais elle se caractérise en plus par l'adoption d'une réglementation commerciale commune vis-à-vis des pays tiers: un tarif douanier identique est appliqué aux produits originaires des territoires extérieurs à l'union. Ainsi, dans sa forme la plus achevée, l'union douanière se traduit par le regroupement de deux ou plusieurs territoires douaniers en un seul. L'exemple le plus célèbre d'une telle association fut réalisé en 1834 par les États allemands, avec la constitution du Zollverein. Parmi les cas plus récents, on peut citer l'Union douanière et économique de l'Afrique centrale (1964) et le Pacte andin, créé par l'accord de Carthagène de 1969.“

¹⁵⁴ Ibid. p. 125. “In verbis”: “En fonction de leur degré d'intégration, les arrangements régionaux se présentent sous quatre formes: zone de libre-échange, union douanière, marché commun et union économique.“

¹⁵⁵ Definição contida no texto do parágrafo segundo do artigo XXIV do GATT transcrito, em língua portuguesa, na Lei Federal 313 de 1948.

¹⁵⁶ MCRAE, Op. cit., nota 101. p. 165. “In verbis”: “For GATT purposes, because it constitutes a separate customs territory with autonomy over its external commercial relations, Hong Kong is just as relevant as Honduras although one is a state and the other is not. And this is also why the European Union fits into the GATT and into the WTO in a way that it cannot in the United Nations.”

No caso específico da Europa, o tratado constitutivo das comunidades faz previsão expressa de sua participação como organização no GATT¹⁵⁷. O desenrolar das negociações multilaterais nas últimas décadas mostrou que a participação de acordos regionais membros representantes de um conjunto coeso de sujeitos de direito internacional, pode, na verdade, facilitar o consenso no âmbito geral¹⁵⁹.

Outra questão central na disciplina do artigo XXIV, ao lado do conceito de território aduaneiro, se refere à abrangência dos benefícios localmente concedidos, os quais devem afetar “parte substancial do comércio” para serem admitidos como compatíveis com as finalidades de liberalização multilateral. A abrangência surge, assim, no texto do dispositivo como um critério para, por um lado, mensurar os benefícios da concessão feita e, por outro, para evitar possíveis desvios de comércio¹⁶⁰.

Nesse sentido, as disposições referentes ao comércio regional tomam corpo a partir do parágrafo quarto do artigo, no qual as partes contratantes reconhecem a conveniência de se aumentar a liberdade de comércio por meio da assinatura de acordos com essa finalidade. No mesmo parágrafo há a primeira menção expressa às uniões aduaneiras e às zonas de livre comércio e estabelece-se que a constituição das mesmas deve facilitar o comércio entre seus constituintes e nunca criar obstáculos ao comércio com os outros signatários do GATT.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Op. cit., nota 93. p. 314. apesar da defasagem no número de membros da organização regional e do discutível uso do termo “inicial”, “in verbis”: “A Comunidade Européia, por deter competência exclusiva em matéria de política comercial comum sobre seus quinze Estados-membros, os representa junto à OMC. Ademais, como a própria Comunidade era membro inicial do GATT 1947, tornou-se igualmente membro do GATT 1994.”

¹⁵⁸ CASELLA, Paulo Borba. Elementos de direito comunitário. Tese de Livre-Docência apresentada à FADUSP: São Paulo, 1993. pp. 366-367. “In verbis”: “As relações entre a Comunidade e outras Organizações internacionais foram reguladas pelos Tratados constitutivos com inegável reserva, limitando-se estes a prever ligações com determinadas organizações (27). Deve-se, igualmente referir o art. 116 CEE como aplicável nesta matéria, onde ‘em relação a todas as questões que se revistam de particular para o mercado comum, os Estados-membros limitar-se-ão a empreender ação comum no âmbito das organizações internacionais de caráter econômico’. Com estas exceções incidentais, e limitadas à ONU, suas agências especializadas, o GATT, o Conselho da Europa, a OCDE, e a remissão suplementar às ‘organizações internacionais de caráter econômico’, o Tratado é mudo com relação à participação orgânica da Comunidade em Organizações internacionais, o que poderia levar a supor que tal faculdade lhe fosse negada, em decorrência da ausência de atribuição expressa.”

¹⁵⁹ CORRÊA, Op. cit., nota 144. pp. 78-79. “In verbis”: “No entanto, a possibilidade de os blocos regionais atuarem nas negociações multilaterais, diminuindo-se o número de negociadores nas rodadas multilaterais, pode, teoricamente, dar maior agilidade às negociações multilaterais, pois grande parte das ‘arestas negociais’ já será superada nas negociações intrabloco, preliminarmente ao encontro multilateral.”

¹⁶⁰ ROESSLER, Frieder. The relationship between regional integration agreements and the multilateral trade order. In: ANDRESON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994. p. 314. “In verbis”: “The substantially-all-trade requirement can therefore be seen as a requirement that helps differentiate between politically unavoidable and containable deviations from the most-favored-nation principle, as a requirement which determines the point where trade policy is allowed to give way to foreign policy.”

Esta redação consagrou, desta forma, a facilitação e o aumento da liberdade do comércio, objetivos primazes do GATT, na principiologia do acordo multilateral e os transformou em condições à legitimidade da constituição de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio.

Quando, entretanto, a relação do parágrafo quarto do artigo XXIV com seus demais parágrafos é analisada, mais especificamente com os parágrafos quinto, sexto, sétimo e nono do texto, a interpretação deve ser feita de forma apartada, ou seja, sem o estabelecimento de vínculos entre as disposições dos parágrafos quinto ao nono com os conceitos genéricos do parágrafo quarto.

A sistemática de interpretação mencionada parece clara, bem como o texto do artigo do acordo, mas uma série de outras dúvidas persistem na análise da compatibilidade de acordos regionais de comércio com o tratado multilateral. De fato, a grande relevância dos interesses envolvidos nas discussões relacionadas ao tema elencado no artigo XXIV e as controvérsias quanto à interpretação dos termos ali contidos trazem uma série de dificuldades para a efetiva análise da compatibilidade dos acordos regionais de comércio com as regras multilaterais do tratado. Para auxiliar os grupos de trabalho instituídos com essa finalidade havia na sistemática do GATT 47 apenas a nota interpretativa aos parágrafos 9 e 11 do dispositivo e entendimentos pulverizados em documentos de grupos de trabalho.

Em vista do crescente número de acordos regionais dentro do sistema multilateral do GATT para a formação de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio envolvendo o comércio de bens¹⁶¹, entendeu-se por bem incluir entre os temas da Rodada Uruguai a interpretação dos dispositivos do artigo XXIV do acordo geral.

A Ata Final da Rodada Uruguai, aprovada em 1994, adotou o texto do GATT com os resultados das negociações - o GATT 1994 – mantendo grande parte da redação original de 1947, inclusive a integralidade do disposto no artigo XXIV. A grande novidade relacionada aos acordos regionais na nova estrutura normativa do sistema do GATT/OMC consubstanciou-se, no entanto, na adoção, também ao final da Rodada Uruguai, do Entendimento Relativo à Interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994.

¹⁶¹ A crescente importância das uniões aduaneiras e das zonas de livre comércio é citada entre as motivações de sua elaboração no preâmbulo do Entendimento Relativo à Interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994, in verbis: " Os Membros..., reconhecendo que as uniões aduaneiras e zonas de livre comércio cresceram consideravelmente em número e importância desde o estabelecimento do GATT de 1947 e que abarcam atualmente uma porção importante do comércio mundial;..."

O Entendimento Relativo à Interpretação ocupa-se, principalmente, da interpretação do disposto nos parágrafos quinto ao nono¹⁶² e sugere ter motivação na necessidade do cumprimento do estabelecido no parágrafo décimo segundo do artigo XXIV do GATT¹⁶³. Os parágrafos mencionados contêm, de fato, as disposições mais importantes e, portanto, mais controversas, quanto ao *status* das uniões aduaneiras e zonas de livre comércio no ordenamento do sistema GATT/OMC.

Contidos no parágrafo quinto se encontram esclarecimentos que indicam que as disposições do GATT não impedem a criação de uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio entre seus signatários - inclusive a assinatura de acordos provisórios com essas finalidades - desde que não se estabeleçam tributos mais elevados ou regras de comércio mais rigorosas para o comércio com outros membros do sistema GATT/OMC do que aquelas existentes antes da assinatura do acordo regional. O Entendimento Relativo à Interpretação buscou, na verdade, consolidar os marcos a serem utilizados como base para a avaliação do cumprimento desta condição específica.

Já o parágrafo sexto dispõe a respeito da aplicação das compensações elencadas no artigo XXVIII do GATT na ocorrência de medidas incompatíveis com a lista de compromissos do Artigo II do tratado.

Interessantes observações podem ser extraídas da análise dos reflexos do princípio da transparência no parágrafo sétimo do artigo XXIV do GATT, cuja redação determina que as partes contratantes do acordo multilateral têm o dever de informar aos outros signatários sua decisão de ser parte de uma união aduaneira ou zona de livre comércio ou de participar de acordos provisórios com uma dessas finalidades. No que se refere a este parágrafo especificamente, o Entendimento Relativo à Interpretação do artigo XXIV do GATT 1994 trata dos aspectos formais do exame da compatibilidade dos acordos notificados e estabelece, por exemplo, que os procedimentos estariam a cargo de grupos de trabalho, os quais foram, posteriormente, substituídos pelo Comitê de Acordos Regionais da OMC.

¹⁶² O Entendimento Relativo à Interpretação do Artigo XXIV do GATT estabelece, já em seu artigo primeiro, que "os acordos provisórios para o estabelecimento de uma união aduaneira ou uma zona de livre comércio deverão cumprir, entre outras, as disposições dos parágrafos 5, 6, 7 e 8 de dito artigo (XXIV do GATT)."

¹⁶³ Artigo XXIV, parágrafo 12, "in verbis": " Cada parte contratante tomará tôdas as medidas razoáveis de sua alçada, para que as autoridades governamentais ou administrativas, regionais ou locais, em seu território, observem as disposições do presente acordo."

Tanto o parágrafo como a parte do Entendimento Relativo à Interpretação mencionam, ainda no âmbito do princípio da transparência, a necessidade das partes de um acordo provisório para a constituição de união aduaneira ou zona de livre comércio comunicar periodicamente aos outros signatários do acordo multilateral modificações substanciais ocorridas no plano e programa estabelecido.

Outra questão latente na sistemática do regionalismo disciplinada no GATT diz respeito ao conteúdo dos termos união aduaneira e zona de livre comércio - zona de livre troca -. Tais conceitos se encontram juridicamente delimitados, respectivamente, nos itens a e b do parágrafo oitavo do artigo XXIV do GATT¹⁶⁴:

8. Para fins de aplicação do presente Acordo: a) estende-se por união aduaneira, a substituição, por um só território aduaneiro, de dois ou mais territórios aduaneiros, de modo que: (i) os direitos aduaneiros e outras regulamentações restritivas das trocas comerciais (com exceção, na medida necessária, das restrições autorizadas nos termos dos artigos XI, XII, XIII, XIV, XV e XX) sejam eliminados para a maioria das trocas comerciais entre os territórios constitutivos da união, ou ao menos para a maioria das trocas comerciais relativas aos produtos originários desses territórios; (i) e, à exceção das disposições do parágrafo 9 os direitos aduaneiros e outras regulamentações idênticas em substância sejam aplicadas, por qualquer membro da união, no comércio com os territórios não compreendidos naqueles; b) entende-se por zona de livre troca um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros entre os quais os direitos aduaneiros e outras regulamentações restritivas das trocas comerciais (com exceção, na medida necessária, das restrições autorizadas nos termos dos artigos XI, XII, XIII, XIV, XV e XX) são eliminados para a maioria das trocas comerciais relativas aos produtos originários dos territórios constitutivos da zona de livre troca.

Ponto importante referente à composição das iniciativas regionais permitidas à luz do acordo geral se refere à possibilidade de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio serem formadas entre signatários do GATT e sujeitos de direito internacional não vinculados ao acordo multilateral, a qual pode ser inferida na análise do parágrafo décimo do artigo XXIV¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Lei Federal nº 313 de 1948.

¹⁶⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Índice analítico - guía de las normas y usos del GATT. Ginebra: OMC, v.2, 1995. p.921. "In verbis": "En dos casos las Partes Contratantes han aprobado la constitución de zonas de libre comercio en las que participaba una parte contratante y una o varias partes no contratantes: mediante la Decisión de 25 de octubre de 1951, la zona de libre comercio entre Nicaragua y El Salvador, y mediante la Decisión de 13 de noviembre de 1956, la participación de Nicaragua en la creación de una zona de libre comercio de América Central."

A partir de todas as premissas mencionadas, é de se perceber que o artigo XXIV do GATT 1994, interpretado em conformidade com o entendimento relativo à sua interpretação, serve, em síntese, de base de análise e de justificativa para a compatibilidade de acordos regionais relacionados ao comércio de bens com finalidade de constituição de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio. A relevância dessa análise, ou seja, dos aspectos jurídicos da relação entre o regionalismo e o multilateralismo teve enorme crescimento nos últimos anos em razão do avassalador aumento no número de iniciativas locais notificadas ao sistema GATT/OMC.

A sistemática analisada impõe, em rasa análise e de forma conclusiva, três obrigações básicas aos membros da OMC na pactuação de acordos regionais: a exigência de notificação do acordo à OMC, o compromisso de se evitar o aumento das barreiras ao comércio com terceiros membros e a obrigação de liberalizar parte substancial do comércio intra-regional¹⁶⁶.

2.1.4.2 A cláusula de habilitação

Adotada em 1979 e considerada um dos resultados mais importantes das negociações da Rodada Tóquio do GATT, realizada no contexto das crises econômicas globais da década de 70¹⁶⁷, a Decisão sobre Tratamento Diferenciado e Mais Favorável, Reciprocidade e Maior Participação dos Países em Desenvolvimento, conhecida como Cláusula de Habilitação¹⁶⁸,

¹⁶⁶ MATSUSHITA, Mitsuo; SHOENBAUM, Thomas; MAVROIDIS, Petros. *The World Trade Organization. Law, Practice and Policy*. New York: Oxford, 2003. p. 347. "In verbis": "Article XXIV imposes three basic obligations on WTO Members wishing to enter into PTA covering trade in goods: 1. An obligation to notify the PTA on the WTO; 2. An obligation not to raise the overall level of protection and make access to products of third parties not participating in the PTA more onerous (the so-called external trade requirement); and; 3. An obligation to liberalize substantially all the trade among constituents of the PTA (the so-called internal trade requirement)."

¹⁶⁷ BALDWIN, Op. cit., nota 90. p. 393. "In verbis": "An entire new section (Part IV) was added to the GATT in the 1960's. It re-emphasized the need for special treatment for developing countries, and in 1971 a waiver was adopted permitting tariff preferences toward developing countries. In 1979 the so-called Enabling Clause was included in the Framework Agreements of the Tokyo Round, which gave permanent legal authorization for tariff preferences for developing countries, preferences in trade among these countries, more favorable treatment with regard to rules dealing with non-tariff matters, and specially favorable treatment for the least developed countries."

¹⁶⁸ A denominação "Cláusula de Habilitação" tem sua origem no caráter não obrigatório, ou seja, meramente facultativo da adoção de tratamento diferenciado e mais favorável nas relações com - e entre - países em desenvolvimento.

representa outra importante exceção ao princípio da não discriminação instituído no artigo I do GATT.

A Cláusula de Habilitação permite aos signatários do GATT, já em seu parágrafo primeiro, a concessão de tratamento diferenciado e mais favorável aos países em desenvolvimento¹⁶⁹, sem que seja concedido o mesmo tratamento às outras partes contratantes do acordo multilateral. Antes de sua adoção, países em desenvolvimento membros do GATT recorriam à Parte IV do acordo para justificar acordos preferenciais que não atendiam aos critérios estabelecidos no artigo XXIV, principalmente quando não atingida “parte substancial do comércio” pelo acordo regional firmado¹⁷⁰.

Questão sensível desse tratamento diferenciado permitido diz respeito aos requisitos para se reconhecer um membro do GATT como menos desenvolvido e, portanto, como possível beneficiário da exceção. Se, por um lado, há a permissão para a concessão de preferências aos países menos desenvolvidos e entre os países em desenvolvimento, inexistem critérios claros que definam quais membros do acordo fariam parte de tal grupo¹⁷¹.

O âmbito de aplicação da regra especial do parágrafo primeiro da decisão se estabelece nas disposições do parágrafo segundo de seu texto. As alíneas do referido parágrafo contém tanto disposições quanto aos sujeitos a que se aplicam as regras como também quanto ao tipo de relação a que se referem.

A alínea "a", por exemplo, consagra a permissão da concessão de tratamento tarifário preferencial por países desenvolvidos a produtos originários de países menos desenvolvidos enquanto a alínea "c" faz previsão da aplicação do tratamento diferenciado e mais favorável

¹⁶⁹ Ressalta-se que a interpretação do termo "países em desenvolvimento" deve, conforme nota explicativa ao texto da decisão em questão, incluir os territórios em desenvolvimento.

¹⁷⁰ CORRÊA, Op. cit., nota 144. p. 96. “In verbis”: “Até o ano de 1979, quando foi formalizada a Cláusula de Habilitação, alguns países em desenvolvimento recorreram à Parte IV para justificar acordos comerciais preferenciais, que não atendiam aos requisitos do artigo XXIV do GATT. O principal requisito do artigo XXIV, não observado pelos países em desenvolvimento, era aquele inserido no parágrafo 8 (a) (i) e 8 (b), que considerava essencial para o reconhecimento de conformidade com os ditames do GATT, do acordo tarifário preferencial, a eliminação dos tributos alfandegários e outros regulamentos comerciais restritivos, com relação à parcela substancial de todo o comércio entre os territórios participantes. Não conseguindo tais países atingir a mencionada ‘parcela substancial de todo comércio’, a Parte IV do GATT era invocada por tais países em desenvolvimento com o escopo de se excetuar a aplicação do mencionado requisito do artigo XXIV do Acordo Geral.”

¹⁷¹ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. p. 214. “In verbis”: “Verifica-se que a Cláusula de Habilitação possibilita um tratamento diferenciado para países classificados como ‘menos desenvolvidos’ dentro do grupo dos países em desenvolvimento. Já a diferenciação entre os demais países em desenvolvimento não é explicitamente autorizada. No entanto, em recente decisão no painel ‘Comunidade Européia – condições para a outorga de preferências tarifárias a países em desenvolvimento’, o Órgão de Apelação entendeu que o disposto no parágrafo 3 (c) da Cláusula permite diferenciar

descrito no parágrafo primeiro da decisão aos acordos regionais ou multilaterais celebrados entre partes contratantes menos desenvolvidas.

O mesmo dispositivo estende - na alínea "b" - a aplicação do tratamento diferenciado e mais favorável em benefício dos países menos desenvolvidos às disposições do sistema GATT/OMC relacionadas a medidas não tarifárias e, referindo-se diretamente aos "países em desenvolvimento menos adiantados" no texto da alínea "d", permite, especificamente nos casos que envolvam esses países, a aplicação de tratamento especial no que tange a todas as regras, gerais ou específicas, em favor dos países em desenvolvimento.

O parágrafo terceiro da Cláusula de Habilitação impõe à aplicação da decisão os limites relacionados à própria finalidade maior do sistema multilateral do GATT/OMC e esclarece que as medidas destinadas a facilitar e fomentar o comércio dos países em desenvolvimento não podem criar obstáculos ao comércio entre os membros do acordo geral, nem constituir impedimento à redução ou eliminação de tarifas.

A Cláusula de Habilitação reflete ainda, em seu parágrafo quarto, o Princípio da Transparência do GATT quando se refere à necessidade de notificação e de prestação de informações às outras partes contratantes.

A cláusula estabelece, em vários de seus dispositivos, regras destinadas a garantir que os países menos desenvolvidos não sejam prejudicados na celebração de acordos com países desenvolvidos com intuito de evitar, assim, eventuais abusos de seus termos por partes contratantes com maior poder econômico. Mencionados dispositivos - concentrados principalmente na alínea "c" do parágrafo terceiro e nos parágrafos sexto e oitavo da decisão - devem ser interpretados conjuntamente com a expressa exclusão da expectativa por parte dos países mais desenvolvidos de reciprocidade dos países menos desenvolvidos pelos compromissos assumidos em negociações comerciais com objetivo de reduzir ou eliminar direitos de aduana e obstáculos ao comércio internacional.

A decisão estabelece, todavia, em seu parágrafo sétimo, que os países menos desenvolvidos devam esperar contribuir mais e fazer mais concessões na medida em que haja melhora em sua situação econômica. É de se considerar que a cláusula de habilitação acaba

países em desenvolvimento, de acordo com suas distintas necessidades financeiras e comerciais. Essa interpretação torna ainda mais complexa a tarefa de definir os limites para a concessão discricionária de preferências.”

sendo contrabalanceada pela gradatividade contida no parágrafo sétimo, posto que ajusta a não-reciprocidade às obrigações do artigo XXVI do acordo geral¹⁷².

Há de se ressaltar que, nesse sentido, a concessão de tratamento especial e diferenciado tem o objetivo de incrementar o desenvolvimento econômico dos países menos desenvolvidos e que a Decisão sobre Tratamento Diferenciado e Mais Favorável, Reciprocidade e Maior Participação dos Países em Desenvolvimento de 1979 leva isto em consideração e tenta reduzir as dificuldades enfrentadas por esses países nas relações comerciais internacionais.

¹⁷² JACKSON, John Howard.; DAVEY, William. Legal problems of international economic relations: cases, materials, and text on the national and international regulation of transnational economic relations. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1986. p. 1152. "In verbis": "The 'enabling clause' is counterbalanced by the 'graduation' clause in paragraph 7 of the decision. The graduation clause restates the non-reciprocity principle of article XXXVI, paragraph 8, of the General Agreement, but goes on to provide that the developing countries would accept greater obligations under the GATT as their economic situation improves [...]"

3 REGIONALISMO E DIREITO INTERNACIONAL

A proliferação de iniciativas locais de cooperação e integração econômica e a conseqüente necessidade de se inserirem tais acordos na estrutura multilateral de comércio transformaram o regionalismo em uma das questões centrais da pauta do direito internacional nas últimas décadas. A relevância do tema não se deve hoje apenas aos possíveis benefícios dessas políticas aproximativas ou à recorrente relativização dos conceitos clássicos de soberania observada na estrutura de algumas das organizações surgidas, mas, principalmente, ao perigo da fragmentação do sistema normativo multilateral de comércio internacional¹⁷³.

Nesse sentido e em linhas gerais, quando compatível com as regras estabelecidas no âmbito global, uma iniciativa regional poderia muito bem facilitar a liberalização e o incremento das correntes de comércio, enquanto, por outro lado e quando incompatível, colocaria em risco todas as conquistas multilaterais alcançadas ao longo de uma série de negociações. Nesse contexto de compatibilização do geral com o específico não se pode afirmar atualmente, contudo e ainda, que o regionalismo enfraquece o sistema multilateral¹⁷⁴, mas tampouco se pode asseverar o contrário com certeza. Os estudos realizados encontram sérias dificuldades no estabelecimento de critérios hábeis à consolidação de resultados conclusivos e, assim, multiplicam-se as incertezas em meio a uma série de suposições construídas a partir de controvertidas análises do contexto mercantil global atual¹⁷⁵.

Faz-se necessário salientar que, embora no presente estudo a questão do regionalismo econômico prevaleça, a perspectiva regional não se circunscreve necessariamente ao comércio e que, nesse sentido, a análise de acordos regionais – de natureza econômica ou não - pode

¹⁷³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Informe anual 1996. Ginebra: OMC, 1996. p. 47. “In verbis”: “La proliferación de estos tratados, en especial la clara tendencia de la formación de zonas de libre comercio a escala continental, ha suscitado muchas aprensiones acerca de su relación con el sistema de comercio multilateral. Estas son principalmente de dos tipos: la compatibilidad entre la liberalización regional del comercio y la multilateral, y la posible fragmentación del sistema de comercio internacional al establecerse distintos conjuntos de normas.”

¹⁷⁴ MÜLLER, Op. cit., nota 86. p. 76. “In verbis”: “In jüngster Zeit ist eine verstärkte Regionalisierung mit der Bildung von Freihandelsräumen (Europäischer Wirtschaftsraum, Nordamerikanische Freihandelszone, ASEAN und APEC in Asien) zu verzeichnen. Noch ist nicht deutlich, ob diese Entwicklung das globale Handelsregime untergraben oder entlasten wird.”

¹⁷⁵ KHAVAND, Op. cit., nota 152. pp. 136-137. “In verbis”: “Si certains observateurs estiment que l’on s’oriente vers <<une fragmentation de l’économie mondiale en grandes zones préférentielles>>, d’autres, au contraire, persistent à croire que la revitalisation des intégrations régionales n’entrave en rien la progression de la libéralisation commerciale à l’échelle universelle.”

partir de três diferentes prismas: daquele instituído no Capítulo VIII da Carta da ONU, da análise da cooperação entre Estados em determinada parte do globo ou, conforme aqui se propõe, do estudo dos aspectos jurídicos locais e de sua relação com o geral¹⁷⁶.

3.1 O regionalismo econômico: cooperação, integração e direito internacional

Fatores econômicos são, em regra, a principal motivação para a criação de iniciativas regionais de cooperação, mas tais acordos não se constroem e consolidam apenas sob este aspecto. As distintas esferas, como, por exemplo, a política e a cultural, apesar de possuírem autonomia e desenvolverem-se de maneira específica, em campos próprios, participam e integram-se naturalmente à evolução do regionalismo de propulsão eminentemente econômica e, nesse sentido, difícil restaria se admitir a existência de uma iniciativa local de cunho meramente comercial, é dizer, que não proporcionasse o desenrolar de outras realidades em sua sistemática¹⁷⁷.

Antes mesmo que uma definição precisa do termo regionalismo seja estabelecida, pode-se afirmar que, independentemente de sua conceitualização jurídica ou econômica, contemporânea ou tradicional, trata-se de um dos fenômenos de maior relevância para o comércio internacional na atualidade. A importância da aproximação entre sujeitos de direito no âmbito regional não reside apenas no incremento da liberdade mercantil, mas também, por exemplo, em seu fator inclusivo.

¹⁷⁶ MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A ONU e os acordos regionais. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werther R. Faria. Curitiba: Juruá, 2001. p.121. “In verbis”: “O problema do regionalismo pode ser considerado sob um triplice aspecto: 1º) *strictu sensu*, para abarcar a Carta da ONU o Capítulo VIII que rege os acordos regionais; 2º) *lato sensu*, para abranger a cooperação dos Estados, circunscrita a determinada região, em matéria política, econômica, social e cultural; 3º) para abordar os aspectos jurídicos do Direito Internacional Regional integrado ao Direito Internacional Geral.”

¹⁷⁷ GUSSI, Evandro Herrera Bertone. Soberania e supranacionalidade. In: CASELLA, Paulo Borba. Coord.). Direito de integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 119-121. “In verbis”: “É lugar comum em determinados matrizes do Direito da Integração observações no sentido de que todos os processos jurídicos e políticos existentes nos blocos de integração supranacionais são estritamente determinados por fatores ou necessidades de índole econômica. Isso nos parece, no entanto, um equívoco a ser observado uma vez que cada uma dessas realidades – economia, política e direito – possuem, além de autonomia ontológica, como observamos, necessidades institucionais específicas. Pressupõe, nesse sentido, campos próprios para seus desenvolvimentos. [...] Um outro dado é que a mola propulsora dos processos de integração é a dimensão econômica. É em virtude de objetivos econômicos que, a partir do século XX, surgem blocos supranacionais. No entanto, são visíveis os desdobramentos políticos e jurídicos que tais uniões, ao mesmo tempo, necessitam e criam.”

De fato, testemunha-se hoje forte participação de países em desenvolvimento nesses processos cooperativos locais, o que poderia ser compreendido, sob perspectiva meramente histórica, como resultado direto do fim de guerra fria e da então vigente polarização político-ideológica que dificultava o surgimento de acordos associativos¹⁷⁸. Economicamente, entretanto, não se pode ignorar atualmente que países em desenvolvimento têm encarado a construção de marcos jurídicos regionais sobre o comércio, mesmo quando entre membros em vias de industrialização, como alternativa possível para se atingir o desenvolvimento econômico¹⁷⁹.

Outra questão de extrema relevância para o estudo do regionalismo seria a determinação do conceito jurídico de região, espaço físico estabelecido mediante critérios geográficos ou de afinidade, próprio ao surgimento de uma ordem legal internacional específica. Desse modo, inegável se faz que a proximidade geográfica naturalmente se apresenta como característica habilitada, ao menos, a facilitar o surgimento de acordos regionais, mas contudo e da mesma forma, necessário se faz admitir que iniciativas de cooperação e integração podem se consolidar entre sujeitos de direito internacional geograficamente afastados, mas reunidos por alguma afinidade cultural ou política, por exemplo¹⁸⁰.

¹⁷⁸ LEWANDOWSKY, Op. cit., nota 44, p. 295. “In verbis”: “Mesmo com a criação da OMC, a partir da Rodada Uruguai do GATT, que representou, num certo sentido, uma vitória do multilateralismo sobre o bilateralismo e o pluralismo, a dinâmica regional continuou a fortalecer-se. Especialmente após o término da Guerra Fria, surgiram, ou então mudaram de natureza, diversas associações de Estados, com os mais variados propósitos, por meio da celebração de acordos regionais de colaboração, sobretudo no Terceiro Mundo, dentre outras razões porque o fim da bipolaridade ideológica permitiu a solução pacífica de inúmeros conflitos regionais, não raro estimulados pelas duas grandes potências adversárias.”

¹⁷⁹ BASTOS, Lucia Elena A. Ferreira. Organizações internacionais da África. In: MERCADANTE, Araminta; CELLI JUNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha de. Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia. Curitiba: Juruá, 2006. p. 295. “In verbis”: “[...] no quadro atual, é possível encontrar, em muitas regiões da África, a aplicação do modelo de integração de mercados visto como uma opção para o desenvolvimento econômico. Para a África a formação de blocos econômicos significa uma alternativa às antigas relações do continente com países desenvolvidos, pois o objetivo tem sido o de diminuir a dependência e promover as relações Sul-Sul.”

¹⁸⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito internacional americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. pp. 12-13. “In verbis”: “Sob os auspícios da Carta da ONU o conceito de região continua a ser um problema. Kelsen observa que o parágrafo 1º do artigo 52 não quer se referir a estados que estejam ‘em uma relação de contigüidade geográfica’, mas sim no sentido de ‘parcial’, isto é, de acordos concluídos apenas por alguns membros da ONU. Virally ao estudar as organizações regionais ou parciais observa que elas são formadas por estados que tem ‘afinidades particulares’ e que a aproximação entre os estados na maioria dos casos é ‘favorecida pela geografia’, mas que outros fatores também podem influenciar. Boutros-Ghali fala no aspecto geográfico, mas leva em consideração outros fatores e observa, por exemplo, que uma ‘aliança’ pode se fundamentar na legítima defesa coletiva. Vellas considera que uma ‘aliança regional’ é ‘a expressão de uma solidariedade sociológica cuja realidade se exprime em uma conduta política e em regra de direito’. Afirma ainda que ela só contribui ‘para a proteção da ordem internacional’ se houver uma solidariedade capaz de ‘permitir a organização de um sistema jurídico suficientemente aperfeiçoado’ para a solução de litígios. Yepes afirma que a definição da ONU deveria conter os seguintes elementos para

Historicamente localizado, o regionalismo como atualmente estudado se refere principalmente aos movimentos de coordenação, cooperação e integração ocorridos ou iniciados a partir do século XX, principalmente após 1945¹⁸¹. Tais fenômenos associativos tiveram como motivação inicial em grande parte dos casos a busca e a manutenção da paz, mas são freqüentemente encarados e pesquisados como meros resultados ou etapas da globalização¹⁸². Nesse sentido, ainda que a globalização, como fenômeno planetário e abrangente, tenha proporcionado o surgimento de iniciativas regionais como alternativa organizacional dos sujeitos de direito internacional, mormente dos Estados nesse novo panorama, suas motivações iniciais podem ter sido, conforme mencionado, outras.¹⁸³

Quando a OMC foi criada em 1994, apenas 3 de seus 120 membros originais não faziam parte de acordos regionais de comércio: Japão, Coréia e Hong Kong¹⁸⁴. O especial incremento do número de tratados preferenciais celebrados durante os oito anos das negociações da Rodada Uruguai do GATT pode ser atribuído, ao lado da já mencionada questão política representada pelo fim da polarização da guerra-fria, aos impasses que

uma aliança regional: contigüidade geográfica, caráter permanente, caráter geral, mecanismo para a solução de litígios, existência de afinidade entre os membros e não ter fins contrários aos da ONU. Rousseau afirma que a aliança regional ‘repousa ao mesmo tempo na contigüidade geográfica e na comunidade de interesses políticos’. Gonidec caracteriza as organizações regionais como aquelas em que ‘os Estados se reúnem por afinidades’, sendo estas podem ser geográficas, ou econômicas, ou militares etc.”

¹⁸¹ SCHULZ, Op. cit., nota 118. p. 03. “In verbis”: “Regionalism is predominantly a post-Second World War phenomenon, although the protectionist trend of the 1930’s is sometimes seen as constituting the first wave. During the 1950s and 1960s regionalism was seen as an important strategy for achieving security, peace, development and welfare, particularly but by no means only in Europe.”

¹⁸² JUCÁ, Francisco Pedro. Parlamento do MERCOSUL. São Paulo: LTr, 2002. p. 28. “In verbis”: “O processo de globalização vem se concretizando regionalmente com o surgimento das organizações guiadas por fatores de proximidade geográfica e afinidades culturais, étnicas, políticas e históricas, assim, a concretização do que chamamos de ‘blocos econômicos’ da União Européia, Informal da Ásia, do Norte do Continente Americano e da América do Sul, através do MERCOSUL, objeto concreto da reflexão que se faz. Esses blocos regionais funcionam, especula-se, seja como etapa da globalização, seja como mecanismo de inserção relacional de países e regiões no processo maior. Funcionam ainda como instrumento de defesa das economias menores e mais fracas diante das mais fortes, buscando garantir sua competitividade no universo concorrencial, econômico e político.”

¹⁸³ LEWANDOWSKY, Op. cit., nota 44. p. 294. “In verbis”: “Embora constitua um fenômeno com caráter planetário, a globalização tem levado à formação de blocos regionais ou sub-regionais de Estados, que buscam proteger-se contra os aspectos negativos que ela encerra. Enquanto a globalização possui uma dinâmica própria, derivada em especial desse novo modo de produção capitalista, sobre o qual distintos países isoladamente não têm nenhum domínio, a regionalização permite um certo controle sobre as variáveis do processo, dentro de um espaço territorial menor.”

¹⁸⁴ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. p. 342. “In verbis”: “When the WTO was established, all but three of its original 120 Members were parties to at least one of the 62 regional trade agreements then in force (the three exceptions being Japan, Korea and Hong Kong).”

dificultavam os avanços da normatização multilateral¹⁸⁵. Nesse sentido e ao menos aparentemente, seria possível afirmar que enquanto não se chegava ao texto de uma ata final para a rodada, os signatários do acordo geral sentiram-se estimulados a organizar-se localmente em busca de soluções pontuais para suas questões mercantis transfronteiras sensíveis.

Faz-se necessário estabelecer, primeiramente, a existência de certa confusão doutrinária acerca do conteúdo dos termos de referência utilizados para descrever as diversas formas, nas quais o regionalismo pode se apresentar. Sob tal aspecto, entre os termos cooperação e integração, por exemplo, há doutrinadores que estabelecem uma relação de gênero-espécie, mediante a qual “cooperação” se referiria ao regionalismo como um todo, de forma mais genérica, enquanto “integração” implicaria processo mais complexo e profundo de aproximação entre os membros de um acordo regional¹⁸⁶.

Para outros autores, entretanto, um termo não estaria contido na amplitude conceitual do outro, mas, na verdade, ambos se refeririam a espécies diversas de regionalismo. Nesse sentido, “cooperação” serviria para descrever processos menos profundos de aproximação de sujeitos de direito internacional, ou seja, se referiria a iniciativas de mera colaboração, enquanto “integração” consubstanciaria fenômeno mais amplo, tendente à formação, no campo econômico, de, ao menos, uma zona de livre comércio e/ou uma união aduaneira¹⁸⁷.

¹⁸⁵ CORRÊA, Op. cit., nota 144. p. 85. “In verbis”: “Foram vários os fatores que ocasionaram o crescimento dos acordos regionais, dentre eles o atraso na conclusão das negociações da Rodada Uruguai, ocasionado pela complexidade de determinadas matérias, e os conseqüentes impasses negociais advindos de tais discussões, que levaram muitos países a temer pelo insucesso da própria Rodada Uruguai e, conseqüentemente, da própria estrutura multilateral.”

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Op. cit., nota 93. p. 317. “In verbis”: “Com pertinência à terminologia, observa-se que a palavra integração pode traduzir diferentes situações. Mais especificamente, o termo integração econômica vem sendo usado desde 1942, para definir algumas formas de relações econômicas internacionais e, a partir de 1950, aparece como conceito para configurar a participação de várias unidades (países), com finalidade de criar uma unidade – área regional mais ampla, unificando suas economias em torno dessa constituição – objetivando maior liberalização comercial entre seus membros, consolidar elementos de cooperação e aumentar os benefícios econômicos dentro da área integrada. Do ponto de vista mais restrito, inicialmente Bela Balassa distinguiu diferenças entre a noção de cooperação e de integração. Observando que a cooperação, conceito mais amplo que a integração, pressupõe demandas orientadas a reduzir e eliminar as discriminações do comércio de forma geral, enquanto que a integração, processo mais complexo, concretiza medidas distintas para suprimir certas formas de discriminação.”

¹⁸⁷ MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Os aspectos institucionais da integração latino-americana. In: Revista de Informação Legislativa Abril-Junho, 1971. p. 74. “In verbis”: “A cooperação econômica internacional. Não deve ser confundida com o processo de integração econômica, conceito genérico que se aplica globalmente a todas as modalidades de cooperação entre Estados e organismos intergovernamentais, visando de maneira geral a melhorar as respectivas economias, e, em particular, nos casos dos países em vias de desenvolvimento econômico-social, a assisti-los na aceleração desse processo. Estamos, portanto, no campo da cooperação quando os Estados limitam-se a celebrar acordos de colaboração econômica, técnica, cultural, sem chegar a abolir as barreiras aduaneiras ou outras formas de discriminação – Exemplos: Plano Marshall, Aliança para o Progresso, USAID, OECDE, BID.”

O próprio termo “integração” pode tanto se referir, de maneira mais ampla, a qualquer iniciativa com objetivo de buscar soluções uniformes para determinados setores – econômico, social, jurídico ou militar¹⁸⁸ – quanto, em sentido mais restrito e específico, indicar um processo de agrupamento de unidades autônomas de direito internacional na formação de um sistema coerente e institucionalizado¹⁸⁹. Neste segundo conceito, vislumbram-se contidos na idéia de processo a existência de distintos graus de integração e a necessidade de se estabelecer algum tipo de estrutura institucional coerente¹⁹⁰.

Dessa forma e portanto, a integração - como fenômeno regional de aproximação econômica consolidado na segunda metade do século XX¹⁹¹ - constitui termo utilizado em diversos sentidos. Em síntese, de maneira genérica “integração” costuma referir-se a toda e qualquer iniciativa cooperativa local tendente a liberalizar o comércio e/ou reduzir tarifas e, em sentido mais específico, descreve um processo que abarca as modalidades de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e, em última instância, a união econômica¹⁹².

Ainda que a necessidade de estabelecimento de classificações e a delimitação de conteúdos precisos para os termos utilizados sejam inerentes ao estudo do direito, cada vez

¹⁸⁸ Ibid. p. 73. “In verbis”: “A integração, em sentido amplo, pode ser entendida como um acordo de vontades entre unidades nacionais, para chegar a uma solução uniforme em determinados campos onde a atividade estatal isolada, torna-se inoperante ou ineficiente. A integração pode ocorrer no campo econômico, social, cultural, jurídico, militar ou político. Na prática, esses tipos de integração estão vinculados entre si e se completam mutuamente. Ocorre que todos eles participam de um processo mais amplo, econômico ou político.”

¹⁸⁹ ETCHEVERRY, Raul Aníbal. MERCOSUR negocios y empresas. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 49. “In verbis”: “Estamos seguros de que ‘integración’ no es un término unívoco. Hay diversos caminos de integración, formas o estructuras integrativas que conducen al siguiente paso geopolítico de la Humanidad, esto es, la integración por regiones, proceso complejo y por momentos desordenado, que preanuncia el camino hacia una organización integrada de alcance mundial”

¹⁹⁰ MERCADANTE, Op. cit., nota 187. p. 74. “In verbis”: “[...] a integração econômica como um processo consiste em agrupar unidades econômicas distintas para formar um conjunto coerente que está submetido a centros de decisões específicas. Podemos extrair desses conceitos algumas idéias: a) a idéia da dinâmica do processo de integração econômica, que faz supor uma diferença de graus de integração, mais ou menos avançados; b) a institucionalização que no sentido empregado exprime a criação ou a constituição de alguma coisa, que se personaliza, isto é, de uma nova entidade, segundo planos ou bases preestabelecidos, sob imposição de regras que passam a regê-la enquanto existente; c) a aproximação de unidades econômicas distintas, a fim de formar um conjunto coerente; d) a aproximação dos sistemas nacionais de decisão.”

¹⁹¹ Também descrito por DALLA VIA, Alberto Ricardo. Derecho constitucional económico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. pp. 635-636. “In verbis”: “La integración económica es un fenómeno característico de la segunda mitad del siglo XX, entendiéndose por integración el proceso por el cual se elabora un conjunto de medidas destinadas a suprimir las discriminaciones entre unidades económicas pertenecientes a distintos países, planteándose grados diferentes de interacción: zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común.”

¹⁹² CASELLA, Paulo Borba. MERCOSUL: exigências e perspectivas – Integração e consolidação de espaço econômico (1995-2001-2006). São Paulo: Ltr, 2006. pp. 33-34. “In verbis”: “Dentre as modalidades possíveis de integração contam-se, como tipos principais, a zona de livre comércio, a união aduaneira e o mercado comum, com a possibilidade de evolução subsequente rumo a mercado interno ou mercado único, podendo alcançar os patamares de união econômica e monetária, ou mesmo de grau maior ou menos de união política.”

mais a doutrina percebe que os limites conceituais entre cooperação e integração no âmbito do direito internacional não se sustentariam. Nesse sentido, idiosincrasias estruturais das organizações regionais impediriam seu agrupamento sob terminologias rígidas capazes de indicar radicais diferenças entre elas¹⁹³, ainda que o termo integração indique comumente uma aproximação maior que cooperação.

Processos de integração podem ser, ainda, classificados, por exemplo, quanto à finalidade básica a ser atingida, ou seja, como meramente econômicos ou dotados de pretensões aproximativas políticas, sociais e culturais também, ou quanto ao grau de integração pretendido, como iniciativa formadora de uma simples zona de livre comércio ou de alguma estrutura mais ampla e abrangente¹⁹⁴.

Especificamente quanto ao grau de integração almejado pelas iniciativas regionais, surgem, na classificação proposta pela doutrina para os fenômenos locais, referências ao chamado “direito comunitário” e discussões acerca de suas particularidade que o destacariam do chamado direito de integração. Observado como ramo quase destacado, o direito de integração consubstanciaria, por um lado e nesse sentido, um desdobramento, mas não uma espécie autônoma do direito internacional público¹⁹⁵, enquanto o direito comunitário apenas emergiria após a completa e efetiva conclusão de um processo de integração¹⁹⁶.

¹⁹³ LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais. In: CASELLA, Paulo Borba. Coord.). Direito de integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 76-77. “In verbis”: “[...] a distinção entre ‘cooperação’ e ‘integração’ deve ser relativizada. É muito simples estabelecer uma linha divisória radical, entre a cooperação 9 área de preferência tarifária, zona de livre comércio, zona de união aduaneira), e a integração (zona de mercado comum, zona de união política e monetária e defesa externa comum). Mesmo nos casos em que ainda não se estabeleceu uma união aduaneira completa (cooperação), podem já estar presentes alguns elementos preparatórios do terreno de um mercado comum (integração), como, por exemplo, o Protocolo do MERCOSUL, de reconhecimento de diplomas, dentre vários outros.”

¹⁹⁴ MERCADANTE, Op. cit., nota 187. pp. 75-76.

¹⁹⁵ LIQUIDATO, Op. cit., nota 193. pp. 66-67. “In verbis”: “O Direito de Integração é sim um ramo novo do Direito, um desdobramento do Direito Internacional [...] mas não podemos aqui dizer que o Direito de Integração é um sub-ramo do Direito Internacional Público Clássico, porque entendemos que entre o Direito Internacional Público Clássico e o Direito de Integração pode ser visualizado o que podemos chamar de Direito Internacional Público Hodierno (Direito Internacional da Idade Contemporânea).” Também KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 40. p. 15. parte da premissa de que a integração regional se harmonizaria de alguma maneira com os conceitos clássicos de interação entre soberanias, “in verbis”: “Though it is a significant theme [international integration], it, too, is usually treated as a ‘new development’, existing somewhat uncomfortably with the classical law of inter-sovereign relations. Whatever the challenges it poses to the classical law, most lawyers have clearly not seen it as such an anomaly in their system as to occasion the need for a ‘paradigm-change’. I shall not pursue the question whether they have succeeded in integrating it in the body of inter-sovereign law. I shall assume that they have and shall not discuss the possible tension between the two.”

¹⁹⁶ LEWANDOWSKY, Op. cit., nota 44. p. 296. “In verbis”: “No acordo de preferência comercial, na zona de livre comércio e na união aduaneira, as relações entre os parceiros são disciplinadas pelo direito internacional clássico, visto que as

Dessa forma, os resultados de um processo regional de integração teriam o condão de afastar de maneira inevitável as incipientes estruturas decisória, jurídica e institucional típicas do direito internacional geral e aproximariam o sistema, portanto, àquele característico das estruturas domésticas de um Estado sem que, entretanto, haja necessariamente a formação de uma confederação. Nesse limite entre direito interno e internacional encontrar-se-ia, assim, a seara do direito comunitário e, atualmente, este se referiria tão somente ao ordenamento jurídico da União Européia¹⁹⁷.

O grau de vinculação dos membros de uma iniciativa regional às decisões emanadas pelos órgãos comuns constitui elemento crucial a essa outra diferenciação terminológica incipiente no estudo do regionalismo e única característica realmente capaz de sugerir com precisão sua fronteira conceitual. Dessa forma, no caso das estruturas regionais intergovernamentais, é dizer, dependentes de mecanismos de internalização decisória e de consenso, o âmbito de estudo seria aquele do direito de integração, enquanto, por outro lado, quando atingido o processo decisório submetido ao princípio da maioria e à vinculação cogente dos membros, a estrutura conformaria características supranacionais e o direito seria, conseqüentemente, comunitário¹⁹⁸.

Em meio a todas as incertezas doutrinárias quanto ao conteúdo de referência das expressões freqüentemente utilizadas pela doutrina internacionalista para as organizações regionais, a integração pode ser definida finalmente como um processo gradual de cooperação entre sujeitos de direito internacional necessariamente conduzido e guiado por uma vontade

decisões emanam de órgãos com caráter intergovernamental, ao passo que, no mercado comum e na união econômica, elas estão sujeitas a um novo tipo de direito, o comunitário, de natureza supranacional.”

¹⁹⁷ LIQUIDATO, Op. cit., nota 193. p. 60. “In verbis”: “[...] ‘Direito Comunitário’ denotaria o ramo do Direito cujo objeto de estudo é, em grossas linhas, o ordenamento jurídico da União Européia, restando a expressão ‘Direito da Integração’, hoje, para abranger as demais experiências integrativas. Dessa forma, pode-se dizer que a espinha dorsal do Direito de Integração foi extraída do Direito Comunitário, possuindo este especificidades da realidade européia e caminhando aquele para o campo de uma teoria abrangente tanto dos blocos de cooperação quanto os de integração.”

¹⁹⁸ GOMES, Op. cit., nota 92. p. 323. “In verbis”: “Distinta é a natureza jurídica do Direito Comunitário e do Direito Internacional Público. Carmen Lúcia Antunes Rocha explica a diferença entre Direito Comunitário e Direito da Integração. ‘Aquele [o Direito Comunitário] tem natureza, fonte, objeto e características diversas do Direito Internacional. Entende-se que, não obstante as características serem diversas por se tratar de um ordenamento jurídico próprio, o Direito Comunitário tem sua origem no Direito Internacional Público, porque próprio de uma Comunidade de Estados que afirmam o elo formador de uma composição política supra-estatal porém não estranha ao Estado. Já o denominado direito da integração é, reafirme-se, um conjunto das normas de Direito Internacional formuladas e aplicáveis no processo de integração dos Estados conformadores de uma pessoa jurídica de Direito Internacional derivada da integração das partes e que são recepcionadas no ordenamento interno’.”

comum¹⁹⁹ que, a partir da relativização do conceito clássico de soberania, dá origem ao chamado direito de integração, mas não necessariamente tende à formação de uma comunidade supranacional²⁰⁰.

Conforme anteriormente apontado, o entendimento da integração regional como um processo sugere a adoção do modelo de fases que parte da formação de uma zona de livre comércio e gradualmente converge à formação de uma união econômica e monetária. Alguns autores insistem em apartar, todavia, a formação de zonas de livre comércio e de uniões aduaneiras do objeto de estudo do direito de integração e posicionam tais iniciativas no conceito de cooperação regional. Sob tal classificação, apenas a partir da formação de um mercado comum, ou seja, abrangendo-se também a união política e econômica e a confederação, estaria configurado o direito de integração²⁰¹.

Independentemente da nomenclatura utilizada, a compreensão da aproximação econômica como um processo admite que se atinja, ao final, uma união política de fato, tanto na forma de uma confederação quanto, um pouco mais projetivamente, de um Estado, a exemplo do ocorrido durante a constituição da Itália e da Alemanha²⁰². O resultado confederativo não precisaria, ressalte-se, encontrar-se contido no elemento volitivo

¹⁹⁹ BASTOS, Op. cit., nota 179. p. 266. “In verbis”: “De forma geral, quando se pensa num processo de integração regional, pressupõe-se que este deve girar em torno de um projeto que abarca uma vontade comum, certos interesses conjuntos, determinadas condições e potencialidades econômico-financeiras, de tal forma que se possa alcançar o êxito esperado.”

²⁰⁰ CASELLA, Op. cit., nota 158. p. 421. “In verbis”: “Em contraposição à cooperação clássica, a admissibilidade da divisão do conceito de soberania leva a tipo essencialmente diverso de relações internacionais, que se poderia enquadrar sob o título ‘direito da integração’, para caracterizar a diferença, em relação às demais zonas de direito internacional, que se vinculam à simples regulamentação jurídica da convivência, ‘coexistência’, ou, no máximo ‘cooperação’ entre Estados soberanos. É a primeira a modalidade adotada pelos países da Europa ocidental, que optaram pela construção de conjunto mais amplo, mais diversificado e mais potente, através da adoção dessa modalidade de organização supranacional.”

²⁰¹ BASSO, Op. cit., nota 80. pp. 455-467, 1997. p. 459. “In verbis”: “Vários são os níveis de colaboração econômica multilateral que podem aproximar os Estados: Etapas de cooperação econômica: 1ª Zona de Livre Comércio: implica a eliminação e ou redução das taxas aduaneiras e restrições ao intercâmbio. Ex.: NAFTA (North American Free Trade Área); 2ª Zona de União Aduaneira ou Alfandegária: implica o livre comércio e o estabelecimento de uma tarifa externa comum (TEC). Ex.: Grupo Andino; Etapas de integração econômica: 3ª Zona de Mercado Comum: implica o livre comércio, a união aduaneira e mais a livre circulação de pessoas, serviços, bens, mercadorias e capitais. Ex.: CEE depois de dezembro de 1992; 4ª Zona de União Política e Econômica: implica o mercado comum, além de um sistema monetário comum, uma política externa de defesa comuns. Ex.: União Européia com a ratificação do Tratado de Maastricht, ou Tratado da União (prevista para 1997, ou, mais tardar, 1999); 5ª Zona, Confederação: implica a união política e econômica mais a unificação dos direitos civil, comercial, administrativo, fiscal, etc.”. Importante ressaltar que a mesma autora em BASSO, Maristela. A estrutura institucional definitiva do MERCOSUL. In: Estudos Jurídicos, vol. 27, nº 69, Janeiro/Abril 1994, pp. 55-56, descreve as mesmas etapas cooperativas como “níveis de colaboração econômica” abarcados sob o termo “integração”.

²⁰² CASELLA, Op. cit., nota 192. pp. 34-35. “In verbis”: “Os desdobramentos possíveis de projeto de integração, a partir da plena configuração de mercado comum, podem e freqüentemente terão concomitantemente efeitos de unificação política, em maior ou menor grau, como perfeitamente exemplificam tanto os processos de unificação da Alemanha como da Itália, no século passado.”

aproximador inicial, mas muito bem surgir e sedimentar-se como objetivo ao longo do processo.

A outorga de preferências regionais em meio aos movimentos protecionistas surgidos na década de 30 em resposta à depressão de 1929 é considerada por alguns autores uma prévia - em menor escala, abrangência e com outro enfoque - daquilo que seria conhecido mais tarde no âmbito do comércio internacional como regionalismo. A gênese do regionalismo ocorreu de fato e definitivamente, contudo, no período imediatamente posterior à segunda guerra mundial quando, já ao final da década de 40, uma série de movimentos de coordenação regional e diversos acordos de cooperação e integração começaram a se formar entre os membros da comunidade internacional.

O desenvolvimento e aprofundamento das experiências regionais, principalmente no que se refere aos temas do comércio internacional, ocorreram de forma paralela e, ao menos aparentemente, buscando conformidade com as regras multilaterais do GATT. Os diversos acordos regionais de cooperação e integração comercial firmados pelos membros do acordo geral se transformaram ao longo dos anos em verdadeiros sistemas regionais inseridos, ainda que mediante mera notificação, no sistema de comércio global.²⁰³

O progressivo aprofundamento das relações regionais ao longo da segunda metade do século XX acabou criando verdadeiro abismo entre a realidade atual e as circunstâncias da redação do artigo XXIV do GATT em 1947. Para nortear sua aplicação aos casos concretos muito pouca utilidade haveria, assim, na busca pela vontade do legislador internacional, ou seja, dos interesses expressados pelos signatários que elaboraram o texto do acordo na década de 40. A atual hermenêutica do tratado e, principalmente, a aferição da compatibilidade do regional com o global hoje, deve sublimar o contexto originário referido e concentrar-se nas circunstâncias que atualmente se encontram envolvidas nessa relação²⁰⁴.

²⁰³ HUDEC, Robert E. *The GATT legal system and world trade diplomacy*. New York: Praeger Publishers, 1975. p. 195 observa, entretanto, que "[t]he GATT rules had been drafted in 1947 with an eye to more limited regional arrangements such as the Benelux customs union."

²⁰⁴ AMSTUTZ, Marc; KARAVAS, Vaios. *Rechtsmutation: zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum*. In: *Rechtsgeschichte RG 8*, 2006. p. 27. "In verbis": "Das Ziel der Interpretation ist nicht die Entdeckung der Absicht des Texturhebers – die Absicht Gottes, des Kaisers, des Papstes oder des Gesetzgebers –, sondern die Generierung von >>Rechtssinn<<, die aber immer an die Voraussetzung der interpretativen Selbstbindung einer nomischen Gemeinschaft gebunden ist. [...] In der Transnationalität wird das Recht anarchistisch, paideiistisch, transformatorisch. In diesem Drift widerspiegeln sich die >>enterritorialiserten<< Strukturen der Weltgesellschaft, namentlich der Umstand, dass die Produktion von Weltrecht >>politikfern<< vor sich geht. Diese Mutation des Rechts in Richtung Converscher Rechtsprinzipien ist aber ein kreischender, schleppender und schwerfälliger Prozess."

Característica atemporal das iniciativas regionais de cunho econômico e comercial, isso é, em regra comum à grande maioria dos acordos preferenciais desse tipo, seriam os fortes interesses políticos inseridos nos fundamentos das motivações de aparência exclusivamente econômica²⁰⁵. De certo, os objetivos imediatos e as justificativas concentram-se, via de regra, mormente no âmbito mercantil, mas muitas vezes a questão política - direitos humanos, segurança etc. – se sobrepõe ao ânimo integracionista econômico, o qual em diversos casos apenas existe e se impulsiona em razão daquela²⁰⁶.

Exatamente a partir de análises políticas do regionalismo surgem determinados argumentos teóricos que sustentam constituir a necessidade de se defender de ameaças externas a principal motivação ao estabelecimento de um vínculo regional, mesmo nos casos daquelas iniciativas de cunho eminentemente comercial. Essa corrente, denominada neo-realismo e bastante difundida nos estudos de relações internacionais, busca promover uma abordagem das experiências regionais a partir do sistema internacional, ou seja, de fora para dentro e tende a concentrar sua perspectiva nos Estados e no equilíbrio entre tais sujeitos de direito internacional nos contextos locais²⁰⁷.

Ainda sob perspectiva política, outra abordagem do regionalismo pode ser conduzida segundo conceitos funcionalistas, tanto de acordo com as teorias clássicas como conforme a linha mais atual, ou institucionalista. Este tipo de enfoque costumava dedicar maior importância às formas de cooperação funcional como, por exemplo, no campo da infraestrutura ou educação e sustentava que a criação desses vínculos entre os participantes de uma iniciativa regional seria suficiente para ao mesmo tempo embasar e aprofundar a cooperação. As teorias funcionalistas defendiam, inclusive, a separação entre política e economia no âmbito regional, paradigma que, com o tempo, deu lugar ao institucionalismo que sustenta a

²⁰⁵ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. p. 342. “In verbis”: “The principle reason is that non-economic, political interests usually motivate economic regionalism. The political reasons for economic regionalism vary but range from ending a cycle of war and enmity to enhancing political and economic clout on the international scene.”

²⁰⁶ JACKSON, Op. cit., nota 126. pp. 172-173. “In verbis”: “[...] it must be recognized that there are policy objectives one could call ‘noneconomic’ in this context also. Of course, there are links between the rules of trading blocs and a multilateral trading system, with such subjects as investment, monetary policy, environmental quality, etc. But there are also clearly links to subjects such as human rights, democratization, demilitarization, and other political relationships, such as arms control. These links cannot be totally ignored, and indeed it has sometimes been said that economic integration such as that experienced in some of the trading blocs (especially Europe) simply would not work satisfactorily even to achieve economic goals, without the help of a strong political goal to motivate economic integration.”

²⁰⁷ SCHULZ, Op. cit., nota 118. p. 07-09. faz uma profunda análise das abordagens neo-realista, funcionalista e institucionalista do regionalismo.

absoluta interligação dessas duas esferas e que o regionalismo poderia ser, na verdade, estimulado pela criação de instituições políticas supranacionais ou intergovernamentais regionais.

Além de sua dimensão política, a integração regional pode ser analisada sob a perspectiva causal, ou seja, levando-se em conta questões como proximidade geográfica, tradição e interdependência econômica, com base na análise de seus objetivos, em perspectiva finalística, ou, ainda, a partir de sua institucionalização. A textura aberta da redação do artigo XXIV do GATT permite a adoção de qualquer dessas três linhas de análise e até mesmo mais de uma delas ao mesmo tempo quando da aferição da compatibilidade entre o geral e o específico no âmbito regional²⁰⁸.

Conforme já salientado anteriormente, os estudos relacionados ao comércio regional e, mais especificamente, aos sistemas jurídicos regionais de comércio seguem, via de regra, o modelo tradicional de fases de integração²⁰⁹ que prevê, inicialmente, a constituição de uma zona de livre comércio, a qual, com o aprofundamento da cooperação regional, tende a evoluir para uma união aduaneira e, em seguida, a formar um mercado comum²¹⁰. Nessa linha teórica, um acordo regional revestido de características de mercado comum naturalmente aperfeiçoaria

²⁰⁸ LOBO, Maria Teresa Cárcamo. Manual de direito comunitário. Rio de Janeiro: Juruá, 2004. p. 204. “In verbis”: “O GATT, no seu art. XXIV, reconhece expressamente a importância da integração, em termos de união aduaneira e área de livre comércio, ressaltando a sua contribuição para a expansão do comércio mundial. Alguns autores costumam equacionar a integração sob três óticas: A dimensão causal; A dimensão finalística; A dimensão institucional. A primeira compreende a proximidade geográfica, a tradição, a interdependência econômica e até, riscos de políticas externas. A segunda reporta-se às finalidades que se pretendem alcançar através de uma partilha de recursos e o estabelecimento de políticas comuns, constituindo a enunciação dos seus objetivos. A terceira implica um conjunto de fatores que caracterizam a natureza específica de uma comunidade regional.”

²⁰⁹ Ibid. p. 205-206. “In verbis”: “O processo de integração comporta diferentes modalidades, que podem ser autônomas ou constituir fases para graus mais acentuados, em que cada modalidade inclui as características da anterior e acrescenta-lhe novos elementos de integração. São elas: Zona de Livre Comércio – Free Trade Zone; União Aduaneira – Customs Union; Mercado Comum – Common Market; União Econômica e Monetária – Economic and Monetary Union. A Zona de Livre Comércio é caracterizada pela livre circulação de mercadorias [...] A União Aduaneira acrescenta à liberdade de circulação de mercadorias [...] uma tarifa externa comum – TEC [...] O Mercado Comum associa à liberdade de circulação de mercadorias e à tarifa externa comum, três outras liberdades: a de circulação de pessoas, de serviços e de capitais [...] A União Econômica e Monetária constitui o grau máximo da integração, representando a junção das duas partes, a econômica e a monetária, num todo único.”

²¹⁰ SCHULZ, Op. cit., nota 118. p. 10. Citando Balassa, “in verbis”: “In the mindset of most neoclassical economists there has conventionally existed only ‘one theory’, namely what here is labeled the orthodox theory of regional economic integration (sometimes referred to as trade integration or market integration). The customs union concept constitutes the foundation of this theory. It involves the creation, in linear succession, of increasingly more advanced stages of economic integration: preferential trade area, free trade area, customs union, common market, economic union and political union.”

a estrutura supranacional de seus órgãos e convergiria a uma união de fato, quarta e última etapa do processo, conforme observado na atual estrutura da União Européia²¹¹.

O marco legal comercial regional europeu surgiu de certo concomitantemente a outros movimentos de coordenação e cooperação regional emergentes no contexto continental posterior a segunda guerra²¹², mas apenas ele, o Direito Comunitário Europeu²¹³ consolidou-se na exata medida do ortodoxo modelo de fases de integração, viabilizado, principalmente, pela adoção, ao longo de sua evolução, de estruturas supranacionais de decisão²¹⁴.

Esse direito comunitário, surgido a partir e baseado na supranacionalidade, a qual tem como elemento central o abandono dos processos decisórios por consenso e unanimidade em detrimento do chamado princípio da maioria²¹⁵, acabou consubstanciando campo fértil para conflitos doutrinários acerca de seu posicionamento como ramo autônomo do direito. O debate gira em torno, principalmente, de sua natureza jurídica e de sua relação com o direito internacional geral e, enquanto os tradicionalistas, de um lado, apontam para a existência de um direito internacional comunitário, os autonomistas defendem sua caracterização como ramo *sui generis* do direito²¹⁶.

²¹¹ Ibid. p. 03. “In verbis”: “At the lowest stage is a preferential trade area whereby member countries charge each other lower tariffs than those applicable to non-members, while preventing the free movement of goods within the area. The second stage is a free trade area in which tariffs and quotas are eliminated among members, but each country retains its own tariffs against imports from non-members. A custom union goes further: in addition to sharing a free trade area, members erect a common external tariff. The common market is a more developed stage of integration. It combines the features of the customs union with the elimination of obstacles for the free movement of labor, capital, services and persons (and entrepreneurship). The next step on the ladder is an economic union, which involves a common currency and/or the harmonization and unification of monetary, fiscal and social policies. Political integration constitutes the ultimate stage of economic integration, and it presupposes the unification of economic and political policies, and that the central supranational authority not only controls economic policy but is also responsible to a common parliament.”

²¹² Estudo detalhado do contexto histórico europeu no pós-guerra em STREINZ, Rudolf. *Europarecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2001. pp. 6-7.

²¹³ Aqui entendido como direito estudado a partir da estrutura de um mercado comum consoante BASSO, Op. cit., nota 80. p. 461. “In verbis”: “O Direito comunitário, ou Direito da integração, é aquele que vamos estudar nas faculdades de Direito e que os europeus já estudam. Esse nasce e se desenvolve nas zonas de ‘mercado comum’, dos processos de integração e formação de blocos econômicos de Estados [...]”.

²¹⁴ BASSO, Maristela. MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração. In: *Estudos Jurídicos*, vol. 27, nº 71, Setembro/Dezembro 1994, p. 76. “In verbis”: “É um direito [direito comunitário] dotado de autonomia científica, que não é nem de Direito Internacional num Direito interno; é um direito supranacional.”

²¹⁵ STREINZ, Op. cit., nota 212. p. 48. “In verbis”: “Übereinstimmend gefordertes Kriterium der Supranationalität einer Gemeinschaft ist deren Möglichkeit, verbindliche Beschlüsse zu fassen, die die Mitgliedstaaten auch gegen deren Willen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten können. Dies kann durch die Schaffung von Beschlüssenorganen geschehen, in denen gar kein oder nicht alle Mitgliedstaaten vertreten sind (unabhängiges Beschlüssenorganen) oder in denen alle Mitgliedstaaten vertreten sind, die aber mit Stimmenmehrheit entscheiden können (Majoritätsprinzip).”

²¹⁶ Ibid. pp. 44-45. “In verbis”: “Die Frage nach der Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaften und damit auch der Rechtsnatur des Gemeinschaftsrecht ist streitig. Im wesentlichen lassen sich zwei Hauptrichtungen unterscheiden.

As controvérsias acerca de seu posicionamento didático não modificam, entretanto, o elemento caracterizador de seu destaque do direito internacional geral: a supranacionalidade. Tal característica deve ser, assim, compreendida a partir da existência de uma ordem jurídica amparada em órgãos políticos capazes de normatizar de maneira vinculante para as partes-contratantes nos limites dos poderes delegados. A ordem, composta pelo órgão normatizador e pelas normas por ele editadas, conformaria, portanto, a própria estrutura supranacional²¹⁷. Nesse contexto, a delegação de competências posiciona-se como elemento central da supranacionalidade posto não se tratar de uma relação hierárquica entre a ordem regional e a interna, mas, na verdade, de uma separação de matérias por meio da qual os Estados decidem voluntariamente entregar competências às instituições regionais²¹⁸.

Sua autonomia como ramo específico não exclui, entretanto, a existência no direito comunitário de instrumentos claramente estruturados com base no direito internacional público, os quais, no âmbito específico do regionalismo europeu, se verificariam nos tratados marcos, é dizer, no chamado direito primário europeu. Por outro lado, identificáveis seriam também, nesse contexto, normativas de características autônomas, ou seja, direito secundário,

Streitpunkt und Kriterium ist die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht dem Völkerrecht zuzuordnen ist oder nicht. Nach der insbesondere von Europarechtlern, die auch Völkerrechtler sind, vertretenen Auffassung (in der Terminologie von Schweitzer/Hummer, Rn 74: „Traditionalisten“) ist das Gemeinschaftsrecht Völkerrecht. Denn das primäre Gemeinschaftsrecht sei durch völkerrechtliche Verträge entstanden und entstehe weiterhin durch völkerrechtliche Verträge zwischen den Mitgliedstaaten als Völkerrechtssubjekten. [...] Nach der Auffassung der „Autonomisten“ stele das Gemeinschaftsrecht kein Völkerrecht dar, sondern eine „eigenständige“ Rechtsordnung sui generis.”

²¹⁷ LABRANO, Roberto Ruiz Diaz. Hacia un tribunal de carácter supranacional en el MERCOSUR. In: Desafios del MERCOSUR. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pp. 159-160. “In verbis”: “Terminológicamente la expresión supranacionalidad posee extracción política, por lo que podemos establecer un concepto político de la supranacionalidad, pero tiene también connotación jurídica y, por tanto, podemos hurgar en el contenido jurídico de la supranacionalidad. Desde un punto de vista jurídico, que es el que nos interesa, tiene en principio tres enfoques posibles, como orden jurídico supranacional, como norma jurídica supranacional y como órgano jurisdiccional supranacional, sin limitar la posibilidad de otras divisiones. Es que si aceptamos para un espacio integrado la posibilidad de existencia de un orden jurídico supranacional, admitimos por inferencia la existencia de un órgano político capaz de dictar normas comunitarias obligatorias, que en conjunto representan un orden jurídico sui generis, diferente del nacional y aun del internacional clásico, que además se relaciona con éstos pero que no se confunde. Este conjunto de normas genera un derecho que actúa en un plano paralelo y coexistente dentro de su campo o competencia.”

²¹⁸ DALLA VIA, Op. cit., nota 191. pp. 633-634. “In verbis”: “[...] el concepto de ‘supranacionalidad’ que ha adoptado el derecho comunitario y que no consiste en una relación jerárquica de superioridad del derecho comunitario por sobre el derecho interno de cada uno de los países, sino que se trata de una separación de materias en las que los Estados, de manera voluntaria, han decidido ‘delegar’ competencias mediante mecanismos específicos en cada una de las respectivas constituciones y sujetando tal delegación, según hemos visto al control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. La supranacionalidad en este caso no tiene nada que ver con la superioridad del antiguo *ius gentium* sobre los pueblos conquistados ni tampoco puede compararse con la subordinación que en el derecho colonial tenía la colonia frente al Estado principal.”

direito comunitário derivado, ainda que tal debate em torno de sua natureza jurídica apresente poucas consequências jurídicas relevantes²¹⁹.

Em termos estritamente jurídicos, o regionalismo no comércio internacional se apresenta hoje na forma de reduções ou extinções de barreiras ao fluxo mercantil realizadas entre e dentro de um grupo específico de sujeitos de direito internacional. Com base nessa rasa conceituação, as iniciativas regionais de cunho econômico poderiam ser analisadas sob três perspectivas fundamentais: em relação às motivações de sua constituição, à sua estrutura formal e quanto à maneira, mediante a qual seu marco normativo evolui²²⁰.

No que se refere às motivações iniciais desses acordos locais, consoante já salientado anteriormente, mesmo aqueles de cunho eminentemente econômico possuem em sua origem fortes componentes políticos impulsionadores e esses podem, por exemplo, influenciar na diversidade de matérias reguladas pela ordem legal regional. Já a análise estrutural tende, primeiramente, à identificação do grau de institucionalização atingido pela ordem normativa, ou seja, a favorecer a observação, por exemplo, da intergovernabilidade ou supranacionalidade do processo decisório, da dotação ou não de personalidade jurídica e da constituição de um sistema de solução de controvérsias.

O prisma evolutivo de estudo do regionalismo econômico acaba exigindo a aplicação do modelo de fases de integração, o qual possui na zona de livre comércio sua aproximação mais modesta e na união política seu nível integrativo mais complexo. Cumpre salientar, aqui, que a integração comercial como fenômeno cooperativo pode ocorrer, nesse sentido, tanto no plano regional, por meio da criação de uma organização preferencial local, ainda que superficialmente estruturada como uma zona de livre comércio, ou, como nos exemplos europeus do século XIX, pela constituição de uniões federativas, mas também no âmbito multilateral, quando observadas atualmente as conquistas aproximativas do sistema GATT/OMC²²¹.

²¹⁹ STREINZ, Op. cit., nota 212. p. 47. "In verbis": "Naheliegend ist die Frage, ob diese Einordnung auch von praktischer Bedeutung ist. Dies ist insofern zu verneinen, als aus einer Klassifikation allein rechtliche Folgerungen nicht abgeleitet werden können."

²²⁰ BLACKHURST, Op. cit., nota 117. p. 409. "In verbis": "The wider effects of a particular RIA depend on three interrelated factors: the original motives that gave rise to its formation, the form that it takes, and the way in which it changes over time."

²²¹ MESTRAL, Op. cit., nota 116. pp. 232-240. A classificação apresentada pelo autor parece não incluir, entretanto, as uniões aduaneiras – territórios aduaneiros - dentro dessa classificação.

Modelo – ou fase – de integração de extrema relevância para a conclusão de qualquer acordo mercantil regional seria, nesse contexto, aquele representado pelos territórios aduaneiros – as chamadas uniões aduaneiras. A unificação tarifária e obrigacional do comércio entre a economia regional e terceiros constitui a verdadeira essência das organizações regionais de integração comercial e das federações nacionais e, quando definitivamente sedimentadas, passam a ser, inclusive, admitidas como sujeitos de direito unos e, portanto, como habilitadas a ingressar como membros do sistema multilateral do GATT/OMC.

A concepção dos distintos graus de integração com base em um esquema fásico - estruturado como um processo - traz consigo a idéia de que esses distintos níveis cooperativos não competem necessariamente entre si. De fato, todos esses modelos, desde as rudimentares concessões em sede de zonas de livre comércio até a consolidação da integração política nas uniões confederativas, propõem a possibilidade de alcance de resultados específicos de aproximação²²² que, a partir das perspectivas de análise disponíveis, podem ter sido apontados como objetivos originários ou simplesmente caracterizar consequência de toda uma evolução estrutural.

Há que se salientar que a integração européia, com seu vanguardismo e profundidade, poderia, sim, servir de modelo às demais iniciativas regionais, desde que ressaltado restasse seu escopo originário de formação de um mercado comum, consolidado hoje em uma verdadeira união econômica entre grande parte de seus membros. A identificação desse objetivo inicial do referido processo aproximativo deve servir de filtro essencial para que equívocos sejam evitados na comparação com iniciativas menos ambiciosas²²³ e, nesse sentido, a integração em profundidade não serviria de parâmetro, portanto, a modelos de

²²² Ibid. p. 240. “In verbis”: “[...] it is my thesis that a number of distinct levels of international economic integration can be distinguished in contemporary international relations. Each level of integration has its own logic, its own potential and its own limits. What is possible at one level is not necessarily possible at another and the logic of one should not be confused with the others and cannot be easily transposed into them.”

²²³ CASELLA, Paulo Borba. Comunidade européia e seu ordenamento jurídico. São Paulo: Ltr, 1994. p. 264. “In verbis”: “Antes de mais nada, o direito comunitário pode servir de modelo concreto, além de inspiração, como já verificado, para outras empreitadas de integração, desde que colocada a condição precisa de que os esforços somente se justificam em vista dos objetivos perseguidos pelos Tratados de Paris e de Roma, de integração econômica, expressa para a criação de um mercado comum, atualmente em transformação para o patamar de união econômica. [...] Esta circunstância poderia ser invocada para justificar a comparação entre a Comunidade Européia e outras tentativas de integração, que jamais ultrapassaram o estágio de zona de livre comércio, tais como o EFTA e a ALALC, e sua sucessora ALADI, ou como se esboça ao menos em sua fase atual, o MERCOSUL [...]”

regionalismo que intencionassem simplesmente facilitar o comércio regional sem aprofundamento cooperativo²²⁴.

O término da guerra-fria e o conseqüente fim da polarização ideológica da comunidade internacional criou ambiente ideal ao surgimento de novos panoramas aproximativos na comunidade internacional. Agrupados sob o termo “novo regionalismo”, tais iniciativas surgiram como resultado direto das profundas alterações estruturais ocorridas nas relações internacionais no fim do século XX e apartaram-se, portanto, das questões políticas determinantes das iniciativas regionais imediatamente posteriores à segunda guerra mundial²²⁵.

Parte da doutrina especializada vislumbrou nessa alteração de paradigmas, ainda que superficialmente, uma verdadeira transição entre o antigo modelo impositivo e autocrático e um novo fenômeno associativo de características mais espontâneas e democráticas²²⁶. O novo regionalismo teria incorporado a sociedade e o mercado, na visão desses autores, ao debate integracionista e diminuído, conseqüentemente, a preponderância dos Estados-nacionais²²⁷ favorecendo a criação de um ambiente negocial, no qual tanto países desenvolvidos quanto em desenvolvimento encontrariam muito mais facilmente oportunidades²²⁸.

²²⁴ LINARES, Antonio. Aspectos jurídicos de los sistemas de integración económica. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Derecho, 1969. pp. 9-10. já na década de sessenta buscava classificar os processos de integração com base no grau de cooperação buscado pelas partes nos acordos, “in verbis”: “Conviene también destacar los conceptos más generalizados relativos a lo que se entiende por “integración” y por “comunidad económica”. Se ha definido que la integración es el status jurídico por el cual los Estados hacen entrega de algunos de sus atributos de soberanía a poderes supranacionales, para dejar constituida una zona dentro de la cual puedan circular libremente y obtengan igual tratamiento los servicios, las personas, los capitales y los bienes, mediante la armonización y práctica de una sola política. La comunidad económica consiste en la forma más completa de integración, por lograr que dentro de un solo marco se fundan regímenes fiscales, las políticas laborales y de seguridad social, los regímenes monetarios, se produzca la supresión de las barreras aduaneras, y el establecimiento de la tarifa única con respecto a terceros países.”

²²⁵ SCHULZ, Op. cit., nota 118. p. 03. “In verbis”: “The ‘new regionalism’ refers to a phenomenon, still in the making, that began to emerge in the mid-1980s, starting in Europe with the White Paper and the Single European Act, and gradually turning into a truly worldwide phenomenon. [...] the new regionalism is associated with or caused by a multitude of often interrelated structural changes of and in the global system.”

²²⁶ Ibid. p. 04. “In verbis”: “The content of the new regionalism has also changed. The old regionalism was often imposed, directly or indirectly, from outside and above, in accordance with the bipolar structure of the Cold War and mainly in the interests of the superpowers (hegemonic regionalism). The current trend towards regionalism is a more spontaneous process emerging from below and from within the region itself.”

²²⁷ Ibid. p. 05. “In verbis”: “[...] the renewed trend of regionalism is a complex process of change occurring as a result of global, regional, national and local interactions, simultaneously involving state as well non-state, market and society actors. It is not possible to decide which level is dominant, because actors and processes at various levels interact and relative importance differs in time and space.”

²²⁸ OLIVEIRA, Op. cit., nota 93. p. 319. “In verbis”: “Em suma, para o novo regionalismo há diversas razões na participação entre unidades desenvolvidas e em desenvolvimento: países desenvolvidos – a) participação em áreas de forte potencial de crescimento econômico; b) colaboração política em zonas de possíveis conflitos militares; c) preferência à liberalização

Com ou sem ter tido seus paradigmas de constituição e consolidação alterados, o regionalismo, em seu sentido amplo, é dizer, como acordo de vontades em torno de objetivos cooperativos, deve ser, ainda, devidamente destacado da regionalização, ou seja, do fenômeno espontâneo e, portanto, descoordenado de aproximação cultural, social, econômica e política em um espaço geográfico específico²²⁹.

Inseridas nesse novo contexto, as iniciativas de integração econômica que se consolidaram na década de 90, surgidas em meio às conquistas do multilateralismo, alteraram os conceitos tradicionais de regionalismo baseados no protecionismo e acabaram incorporando perspectivas econômicas eminentemente liberais - ou neoliberais - às suas estruturas normativas e administrativas. Essa dinâmica específica, caracterizadora do chamado “regionalismo aberto”, simplesmente reverbera a máxima multilateral de que os esforços para o fomento do comércio regional devem, acima de tudo, ajustar as iniciativas locais à economia globalizada por meio da remoção de obstáculos ao mercado específico sem que outros sejam criados para as trocas de mercadorias com o resto do planeta²³⁰.

As teorias do regionalismo aberto propõem, em síntese e portanto, que o local não ameace o global e funcione, na verdade, como ferramenta de promoção do multilateral²³¹ à

comercial unilateral frente ao sistema multilateral que impõe a cláusula da nação mais favorecida; países em desenvolvimento; - a) maior cooperação econômica e política com os países em desenvolvimento; b) manutenção de um elevado grau de liberação econômica frente as pressões protecionistas interiores; c) participação no mercado internacional dos países desenvolvidos frente a previsíveis correntes protecionistas destes países.”

²²⁹ SCHULZ, Op. cit., nota 118. p. 05. “In verbis”: “It is crucial to distinguish regionalism from regionalization. Often the distinction is not made at all or there is excessive emphasis on regionalism, defined as ‘a state-led or states-led project designed to reorganize a particular regional space along defined economic and political lines’ In our conceptual toolbox, regionalism refers in the first place to the general phenomenon, denoting formal project as well as processes in the broadest possible sense. In a more narrow and operational sense, regionalism represents the body of ideas, values and concrete objectives that are aimed at creating, maintaining or modifying the provision of security and wealth, peace and development within a region: the urge by any set of actors to reorganize along a particular regional space. Regionalization implies an activist element and denotes the (empirical) process which can be defined as a process of change from relative heterogeneity and lack of cooperation towards increased cooperation, integration, convergence, coherence and identity in a variety of fields such as culture, security, economic development and politics, within a given geographical space.”

²³⁰ Ibid. p. 11. “In verbis”: Open regionalism is the new and dominant form of mainstream economic thinking. It is basically an extension of the orthodox theory of regional economic integration, especially the trade integration aspects, adjusted to a globalizing world economy. It is based on neoliberal/neoclassical economics and emphasizes that the integration project should be market-driven and outwardlooking; should avoid high levels of protection; and should form part of the ongoing globalization and internationalization process of the world political economy.”

²³¹ CORRÊA, Op. cit., nota 144. p. 80. “In verbis”: “É em meio à discussão quanto aos temores oriundos dos blocos regionais e quanto aos efeitos causados pelos blocos regionais ao comércio multilateral, que nasce a expressão ‘regionalismo aberto’ para identificar os processos de integração regional que pretensamente não trariam obstáculos ao comércio multilateral mas, pelo contrário, colaborariam para a diminuição das barreiras comerciais entre os países partícipes da iniciativa regional, que por decorrência são partícipes da organização multilateral, sem prejudicar a situação dos países não inseridos naquela determinada iniciativa regional. Em tal espécie de iniciativa regional, o efeito do desvio de comércio seria atenuado pela diminuição das barreiras tarifárias impostas pelos blocos regionais em relação a terceiros países.”

luz, por exemplo, do princípio da subsidiariedade e da conformação de vocações pontuais com estruturas mais amplas e na assunção de que, ainda que determinadas questões possam e devam ser resolvidas regionalmente, a conformidade com o multilateral consubstancia pressuposto necessário de coerência sistêmica²³².

A exigida harmonização das iniciativas regionais com o sistema multilateral GATT/OMC não surge, entretanto, das consequências desses fenômenos contemporâneos, isto é, a partir da presunção de risco de fragmentação normativa ou de novos paradigmas supostamente estabelecidos pelo novo regionalismo ao estudo da relação do local com o geral. Isso se deve ao fato de o texto do acordo geral - assim como sua redação original de 1947 fazia - não apenas permitir a criação de zonas de livre comércio e uniões aduaneiras, mas também, inclusive, regulamentar o funcionamento desses sistemas regionais inseridos no sistema multilateral geral.

A importância dada à promoção da harmonia entre o sistema multilateral e o sistema regional no comércio internacional aumentou definitiva e significativamente a partir da segunda metade da década de 80 não apenas em razão da criação da OMC, mas, principalmente, pela proliferação desses acordos nas últimas décadas. De fato, a maior frequência do uso dos dispositivos que tratam das exceções à regra geral da nação mais favorecida fomentou a atração das atenções dos estudiosos do direito internacional que, até aquele momento, por desnecessidade, não buscavam de maneira sistemática interpretar e estabelecer claramente o que seria ou não permitido. Nesse sentido, a notificação do Tratado de Roma ao GATT em 1957 pode ser apontado, historicamente, como primeiro arauto da necessidade de estabelecimento de contornos, por exemplo, ao artigo XXIV do acordo geral²³³.

²³² LAFER, Op. cit., nota 39. pp. 49-50. "In verbis": "De outro lado, os países membros da União Européia e do MERCOSUL lembram que o regionalismo pode e deve ser visto como processo complementar do sistema multilateral de comércio. Expressões como building blocks ou regionalismo aberto, embora não unanimemente aceitas ou definidas, têm sido usadas para expressar essa visão de regionalismo como fator positivo para o desenvolvimento do comércio internacional. Conceitualmente, essas expressões correspondem a uma aplicação, no plano internacional, do princípio da subsidiariedade, vale dizer, a articulação da pluralidade de comunidades - a de vocação universal - a OMC - e as de escopo regional, mediante o reconhecimento da dualidade de regimes jurídicos, que devem ser compatíveis e congruentes, mas que não tendem, necessariamente, à convergência pela identidade. A razão de ser desta dualidade reside na idéia de que há matérias que, pela sua complexidade e sensibilidade política, podem ser melhor equacionadas num âmbito associativo menor, do que em escala universal - entre elas a deep integration do aprofundamento."

²³³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. El regionalismo y el sistema mundial de comercio. Ginebra: OMC, 1995. p. 14. "In verbis": "Durante la mayor parte de los diez primeros años de existencia del GATT, las normas del Acuerdo General sobre acuerdos regionales se utilizaron poco y, según habían previsto sus autores, constituyeron un

Qualquer abordagem que se faça dessa relação entre o local e o geral deve levar em conta que no cerne de ambos os sistemas de comércio internacional se encontra o objetivo de incremento das trocas comerciais e que exatamente dessa simetria pode surgir o suporte à compreensão do multilateral e o regional como complementares e não como conflitantes. Nesse sentido, é de se perceber a integração em determinada região como similar àquela que ocorre no interior de um único Estado soberano e, principalmente, que a liberalização de comércio resultante de qualquer dos dois modelos é absolutamente capaz de gerar benefícios e oportunidades para sujeitos de direito – Estados, por exemplo - que delas não façam parte²³⁴.

3.2 Regionalismo e o Brasil: ALADI e MERCOSUL

Transportada a questão para a América Latina, mais especificamente para o Brasil, tem-se, de maneira extremamente superficial e simplista, que em um nível mais amplo que o regional, ou seja, multilateralmente, as relações comerciais internacionais estão regidas pelas regras do GATT e da Organização Mundial do Comércio e que, no âmbito da OMC, inseridas se encontram as regras da Associação Latino-Americana de Integração - ALADI - e, em um círculo mais interno, as normas do MERCOSUL²³⁵.

elemento secundario en las relaciones comerciales mundiales. La situación cambió en 1957, al notificarse al GATT el Tratado de Roma por el que se creó la Comunidad Económica Europea (CEE). El establecimiento de la Comunidad, acontecimiento de máxima importancia política y económica, requirió que las partes contratantes del Acuerdo General interpretaran por primera vez algunas disposiciones del artículo XXIV, y también por primera vez supuso la presencia de importantes intereses comerciales y económicos por todos lados.”

²³⁴ BLACKHURST, Op. cit., nota 117. p. 410. “In verbis”: “Economic integration within an area comprising several countries is not a qualitatively different process from integration within a single sovereign state. In both instances, closer regional integration in itself does not cause the region to become less integrated with the rest of the world, while the benefits that are generated within the region by internal liberalization give rise to new opportunities for countries located outside it.”

²³⁵ O item 57 do título "Marco Jurídico Aplicável" do Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do MERCOSUL constituído para decidir a controvérsia entre a República Argentina e o Brasil sobre a existência de subsídios às exportações brasileiras de carne de porco apresenta interessante descrição da coexistência jurídica entre as regras do MERCOSUL, da ALADI e da OMC. “In verbis”: “57. Em um nível mais amplo que o regional, as relações comerciais internacionais são regidas pelas regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). Neste âmbito, as restrições à concessão de subsídios à exportação estão reguladas pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC). No seio da OMC estão contidas as regras da ALADI e, em um círculo mais interno, as normas do MERCOSUL. Todas essas normas pretendem assegurar condições de livre comércio que caracterizam e amparam um processo de integração.”

A evolução do regionalismo econômico latino-americano não ocorreu, entretanto, de forma linear. Apesar de iniciativas aproximativas entre as ex-colônias ibéricas possuírem origem remota, enfrentaram sérias instabilidades e nunca lograram ao longo dos séculos a plena consolidação. Nessa toada, multiplicaram-se exemplos recentes dos referidos entraves, tais como o fracasso da Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC, as dificuldades enfrentadas pela ALADI à manutenção da solidez de seu tratado marco e a estagnação do MERCOSUL, acordo que inicialmente parecia rapidamente prosperar e representar exceção ao desmotivante histórico regional²³⁶.

A participação do Brasil em iniciativas regionais e multilaterais, não apenas de cunho comercial, constitui hoje mandamento constitucional originário contido no artigo quarto da carta magna, o qual estabelece os princípios que regem a república Federativa do Brasil em suas relações internacionais. De fato, o inciso IX do mencionado dispositivo elenca como princípio regente do Estado a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”²³⁷ e pode ser considerado, sem grandes esforços hermenêuticos, hábil a fundamentar a participação em iniciativas multilaterais como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial do Comércio.

De forma ainda mais contundente, insere-se o regionalismo entre os mencionados princípios posto encontrar-se estabelecido no parágrafo único do artigo quarto do texto constitucional que 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.”²³⁸

Se, por um lado, pode parecer claro que a redação do parágrafo mencionado fundamenta juridicamente a recepção do Tratado de Montevideu pelo ordenamento jurídico brasileiro e justifica a adesão ao Tratado de Assunção e a conseqüente participação na iniciativa do MERCOSUL, o idealismo ali contido não fica, entretanto, isento de críticas

²³⁶ PABST, Op. cit., nota 125. p. 16. “In verbis”: “No tocante à América Latina, o processo de integração sofre de um processo marcado pela instabilidade: de um lado, o marasmo vivido à sombra da ALALC e da ALADI, e de outro, o vertiginoso ritmo de implantação do MERCOSUL, que, para surpresa de muitos, avançou de forma elogiável em apenas cinco anos.”

²³⁷ BRASIL. Constituição Federal, de 05.10.88. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas. Artigo 4º, IX..

²³⁸ BRASIL. Constituição Federal, de 05.10.88. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas. Artigo 4º, § único.

doutrinárias que apontam, inclusive, preconceito do legislador originário ao afastar com o uso da terminologia “latino-americana” países limítrofes ao Brasil como a Guiana e o Suriname²³⁹.

Outra questão bastante sensível quando da análise da vontade do legislador originário reside na impossibilidade de se extrair da menção à integração econômica permissão constitucional a restrições à soberania tais como, por exemplo, aquelas decorrentes de uma possível adesão a sistemas regionais ou multilaterais supranacionais²⁴⁰. Todavia, parece muito cedo ainda para que conclusões a esse respeito se tornem incontroversas o bastante para possibilitar a identificação do provável posicionamento hermenêutico do Supremo Tribunal Federal no caso de alegada lesão à ordem constitucional por meio da evolução do direito regional incipiente. De qualquer forma, parece haver hoje mais normas impeditivas que permissivas a esses fins²⁴¹.

3.2.1. ALADI

“Simon Bolívar lo ha expresado con filo de bisturí: ‘En América no hay fe entre los hombres y sus naciones. Los tratados son papeles; las constituciones, libros; elecciones son combate; libertad, anarquía. Y la vida un tormento’. En conclusión, predomina en

²³⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 164-165. “In verbis”: “A ‘comunidade latino-americana de nações’ é um ideal e não uma realidade. Parece-nos também que o texto constitucional não é muito preciso. Acresce que ele recorre também a um conceito jurídico indeterminado. A expressão ‘comunidade latino-americana’ parece-nos que se situa bastante fora da realidade. Ela lembra o período histórico em que os estados do Caribe e as Guianas não eram independentes. É um conceito restrito, vez que exclui a Guiana (antiga Guiana Inglesa), Suriname (antiga Guiana Holandesa), com quem o Brasil tem um relacionamento político especial nos últimos anos e que permanece até hoje (início de 1994), Belize (antiga Honduras Britânica), Jamaica, Trinidad-Tobago e uma série de outros estados nas Antilhas e Caribe. Por outro lado, não existe uma comunidade latina a não ser no nível do discurso e que jamais se concretizou. O próprio México com uma civilização latina, mas como uma população de ‘origem asteca’, cuja civilização ainda muito influencia a mentalidade da população, tem muito pouco a ver com o Brasil no plano cultural. No momento atual o México ingressa no ‘North-American Free Trade Association’, junto com os EUA e Canadá e não manifesta qualquer interesse especial pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).”

²⁴⁰ Ibid. pp. 131-132. “In verbis”: “Pode-se observar que a nossa Constituição consagra uma das antinomias da ordem internacional: a soberania e a cooperação internacional vez que esta só se realiza às expensas daquela. A tendência atual é a da soberania existir como um conceito meramente formal, isto é, estado soberano é aquele que se encontra direta e indiretamente subordinado ao DIP. O seu conteúdo é cada vez menos, tendo em vista a internacionalização da vida econômica, social e cultural. As organizações internacionais têm proliferado nos mais diferentes domínios. Os que visam a integração econômica são aqueles em que a noção de soberania sofre uma restrição mais profunda. A Constituição brasileira não estabelece a admissão de qualquer restrição à soberania e ao mesmo tempo no § único do art. 4º fala em integração econômica. [...] Como se pode concluir a Constituição do Brasil não leva em consideração as novas tendências da ordem jurídica internacional.”

²⁴¹ RANGEL, Vicente Marotta. Ordenamento jurídico internacional e direito interno: a recente constituição brasileira. In: A.A.V.V.. (Org.) Hacia un nuevo orden internacional e europeo: estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco. Madrid: Editorial Tecnos, 1993. p. 495-496. “In verbis”: “Embora a Constituição de 1988 prescreva, como vimos, que <<a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações>> (art. 4º, parágrafo único), esse diploma não contempla outras disposições conducentes a esse mesmo fim. Disposições existem, ao contrário, que concorrem para dificultá-lo”.

nuestra mentalidad un individualismo poco fecundo, porque estimula una incesante hostilidad que impide acercar hombros y reconocer en el otro un modelo, un colega o un auxiliar. Tenemos dificultades serias para trabajar asociados.”²⁴²

As semelhanças existentes entre os países da América Latina, as quais com maior ou menor intensidade se apresentam nos aspectos culturais, sociais, econômicos e políticos de suas sociedades, não facilitaram a consolidação de iniciativas regionais. Acordos de cooperação e de integração, ainda que numerosos e em alguns casos bastante antigos, não parecem se beneficiar na prática dessa peculiar característica da região.

A questão econômica protagoniza atualmente o debate regionalista, mas apenas ganhou importância definitiva no novo continente na segunda metade do século XX. Nesse sentido, ainda que os primeiros acordos aproximativos entre países da América ibérica remontem ao século XIX, suas motivações não foram comerciais, mas eminentemente políticas como, por exemplo, a necessidade de mútua proteção contra a ameaça de recolonização²⁴³.

Mesmo nos casos em que as motivações iniciais de integração são políticas e que sua evolução dependa de uma série de circunstâncias históricas específicas, deve-se reconhecer no direito importante ferramenta do processo. Sob tal perspectiva, é de se vislumbrar na forma codificada dos ordenamentos jurídicos dos países da região contundente vantagem no caso de necessidade de uniformização de legislações pela assinatura de acordos regionais²⁴⁴.

A primeira tentativa de se criar uma união aduaneira na América Latina remonta ao início do século XX quando, em 1909, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai negociaram, sem sucesso, um acordo nesse sentido. Apenas a partir do fim da segunda guerra mundial, entretanto, iniciativas de aproximação comercial lançaram as bases para que acordos de cooperação e integração nascessem e frutificassem²⁴⁵.

²⁴² AGUINIS, Marcos. *El atroz encanto de ser argentinos*. Buenos Aires: Planeta, 2003. pp. 44-45.

²⁴³ ETCHEVERRY, Op. cit., nota 189. p. 43. “In verbis”: “Los primeros intentos de crear algún tipo de entidad supranacional en América latina se remontan a los años de la independencia. Entre 1826 y 1865 se celebraron cuatro conferencias internacionales en busca de una suerte de federación o alianza, fundamentalmente para hacer frente a las amenazas extranjeras (España y la Santa Alianza, el expansionismo norteamericano, Inglaterra, Francia, etc.). No obstante, por entonces el nacionalismo de los distintos Estados hacía imposible que los acuerdos logrados (de mutua defensa, defensa del principio de no intervención, etc.) sobrevivieran a la desaparición de los peligros externos citados.”

²⁴⁴ CASELLA, Paulo Borba. *Cooperação interamericana e integração jurídica*. São Paulo: S.N., 1980. p. 02. “In verbis”: “A integração jurídica é ferramenta básica para a cooperação interamericana, considerada como processo permanente e dinâmico, de bases essencialmente políticas, inserido em contexto mutável segundo as circunstâncias históricas continentais, que não somente explicam a sua situação atual como permitem avaliação de sua possibilidade futuras.”

²⁴⁵ Entre os acordos firmados ressaltam-se o Tratado Interamericano de Ajuda Recíproca (TIAR) em 1947, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) em 1960, a Assistência Recíproca Petrolífera Estatal Latino-Americana em

A Associação Latino-Americana de Livre Comércio - ALALC -, instituída no Tratado de Montevidéu de 1960 celebrado na capital uruguaia, tinha como finalidade, a qual se pode extrair de seu próprio nome, a criação de uma zona de livre comércio na região. Quatro dos países envolvidos na iniciativa eram à época signatários do GATT e o acordo deveria se inserir, portanto, no sistema do GATT por intermédio das disposições do artigo XXIV do tratado multilateral.

É de se ressaltar a importante participação dos técnicos da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL - no processo de criação da ALALC. No âmbito da comissão elaborou-se um projeto para a criação de uma zona de livre comércio e de uma união aduaneira na América Latina e esse serviu de modelo e inspiração para o acordo regional.

Os resultados da ALALC foram, em seus primeiros anos, muito bons e expressivos²⁴⁶, mas a progressiva diminuição no número de concessões outorgadas e a redução do comércio inter-regional ao longo da década de 70 levou o acordo à estagnação que teve como consequência sua total reformulação em 1980. Grande parte do fracasso da iniciativa regional latino-americana com a ALALC se deveu, na verdade, ao modelo ali adotado, o qual se baseava em premissas equivocadas que guiavam a política econômica interna dos países-membros à época.

O marco legal regional da organização refletia a forte intervenção estatal nas economias da região e o amplo controle da atividade produtiva, modelos que redarguem os preceitos que encontram na base de um acordo de liberalização de comércio²⁴⁷. Também o excesso de ambição nos objetivos quando comparados à capacidade econômica da região, sua

1961, a Associação Latino-Americana de Instituições Financeiras para o Desenvolvimento em 1968, o Grupo Andino em 1969, o Sistema Econômico Latino-Americano (SELA) em 1975 e a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) em 1980 - Fonte: Sítio do Centro de Integração do MERCOSUL da UFPEL.

²⁴⁶ MERCADANTE, Op. cit., nota 187. p. 92. comentava com bastante otimismo as possibilidades representadas pelo Tratado de Montevidéu de 1960, mas já esboçava certa preocupação com seu futuro, "in verbis": "O Tratado de Montevidéu é suficientemente flexível para permitir que a 2ª etapa do processo de integração econômica seja atingida, isto é, a instituição do Mercado Comum Latino-Americano. Todavia, é necessária uma maior maturidade política dos governos para o progresso da ALALC, pois até agora os interesses nacionais têm prevalecido sobre os interesses da zona."

²⁴⁷ BLACKHURST, Op. cit., nota 117. p. 420. "In verbis": "The efforts at regional integration in Latin America in the 1960s and 1970s, for example failed because they were based on the same premises as the national policies of the participating countries, in particular a misguided confidence in the ability of high trade barriers and extensive direct controls on domestic economic activity to promote industrialization and economic growth."

precária organização institucional e as disparidades de desenvolvimento entre os membros do acordo impediram decisivamente o avanço do projeto regional da ALALC²⁴⁸.

A cidade de Montevidéu foi novamente palco das negociações que resultaram na assinatura do segundo Tratado de Montevidéu, em 1980, que criou a Associação Latino-Americana de Integração – ALADI. A nova organização pode ser considerada sucessora direta e substituta da ALALC, na qual os participantes renovaram suas intenções cooperativas e depositaram seus propósitos de corrigir os erros cometidos anteriormente por meio da convergência de interesses.

O acordo da ALADI, apesar de ter incorporado vários atos da ALALC representou verdadeira ruptura. Enquanto, por um lado, o objetivo de se constituir uma zona de livre comércio foi mantido e incluiu-se um projeto mais ousado de integração regional com a instituição de uma área de preferências mais ampla²⁴⁹ estruturada à formação de um mercado comum. Ainda que, assim como na ALALC, as metas iniciais não tenham sido alcançadas²⁵⁰, observa-se importante correção de rumo no não engessamento das propostas a prazos determinados, posto ter o tratado se concentrado, inicialmente e tão somente, na criação de uma área de preferências²⁵¹.

Diversamente do imposto pelo marco legal anterior sob a ALALC, a estrutura da ALADI permite que partes da organização regional celebrem acordos parciais como forma de

²⁴⁸ SOUZA, João Ricardo Carvalho de. Constituição brasileira e tribunal de justiça do mercosul. Curitiba: Juruá, 2001. pp. 114. “In verbis”: “A ALALC fracassou na consecução de seus objetivos, sendo apontadas como as causas desse fracasso, dentre outras: objetivos por demais ambiciosos, em face da real capacidade econômica da região; organização institucional primária e tradicional, típica dos Tratados internacionais clássicos, incompatível com os altos graus de programação econômica e de coordenação de políticas, exigidos pelos objetivos colimados; a diferenciação exacerbada de nível de desenvolvimento econômico entre os países-membros.”

²⁴⁹ SOARES, Op. cit., nota 145. p. 88. “In verbis”: “Em que pese ter ocorrido uma incorporação de vários atos elaborados pela ALALC no novo sistema da ALADI, conforme já mencionado, entre os Tratados de Montevidéu de 1960 e de 1980, houve uma evidente ruptura: - são claras as diferenças das modalidades de integração propostas. No caso da ALALC, a pretensão era de se criar uma zona de livre-comércio, através de concessões de caráter comercial, negociadas caso a caso, e posteriormente consolidadas e extensíveis aos demais Estados-Membros, por força da aplicação da cláusula da nação mais favorecida, caracterizando, portanto, um sistema de cunho marcadamente comercialista. Já na ALADI, o objetivo é a instituição de uma área de preferências mais amplas, a ser instituída através dos mecanismos do estabelecimento de uma preferência tarifária regional e da subscrição ou legitimação de acordos de alcances regional e parcial, cuja convergência possibilitará o avanço nas etapas posteriores de integração.”

²⁵⁰ PABST, Op. cit., nota 125. p. 16. “In verbis”: “As diferenças entre os dois processos são marcantes: a ALALC, Associação Latino-Americana de Livre Comércio, criada pelo Tratado de Montevidéu de 1960, tinha por objetivo a criação de uma zona de livre comércio, mas foi esvaziada pelo desinteresse político dos Estados-Partes; a ALADI, Associação Latino-Americana de Integração, resultado da transformação da ALALC em uma associação com o objetivo de criar um mercado comum e não mais uma simples zona de livre comércio, padece até hoje do mesmo mal.”

²⁵¹ A “Área de Preferências” criada pelo acordo da ALADI é formada pelas Preferências Aduaneiras Zonais, pelos Acordos de Alcance Regional e pelos Acordos de Alcance Parcial.

trazer mais dinamismo aos objetivos de liberalização econômica. Trata-se, em rasa análise, de um sistema regional de exceções consubstanciado na possibilidade de aplicação condicional ou mesmo no afastamento da regra da nação mais favorecida contida no tratado marco²⁵². Esses acordos preferenciais são permitidos, no entanto, na medida em que se conformem com regras estabelecidas pela estrutura regional maior como, por exemplo, aquela que exige a submissão das iniciativas locais à consideração dos outros membros da ALADI, os quais podem, inclusive, pleitear adesão.

Ainda no que se refere aos acordos parciais, nos quase trinta anos de existência da organização é de se perceber, internamente, a institucionalização de um mero mecanismo de registro em vista do baixo índice de adesão de outros membros às exceções preferenciais específicas firmadas. Externamente à ordem legal regional, especificamente na relação desses acordos parciais com o GATT e, posteriormente, com a OMC, sedimentou-se procedimento de notificação indireta. Assim, um tratado firmado por membros da ALADI a partir de seu marco legal não é, via de regra, notificado diretamente ao sistema de comércio multilateral, mas, na verdade, por meio do acordo regional²⁵³.

O modelo rígido e programático da ALALC foi, em síntese, substituído por uma estrutura mais pragmática e livre, estruturada de maneira a se atingir mais avanços com objetivos menores e de se superar o pouco que se atingiu antes com tantas pretensões²⁵⁴. Ainda

²⁵² DALLA VIA, Op. cit., nota 191. p. 640. “In verbis”: “La ALADI no excluye los entendimientos parciales, los cuales no eran previstos por ALALC; se considera que los acuerdos parciales constituyen un elemento que dará dinamismo al permitir que se avance por partes, sin la necesidad del consentimiento de todos los países. El principio de la nación más favorecida será de aplicación condicionada.”

²⁵³ PEÑA, Félix. Direito e instituições no MERCOSUL: um balanço de conquistas e insuficiências. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. MERCOSUL e união européia: perspectivas da integração regional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. pp. 103-104. “In verbis”: Concretamente, ao menos neste plano, a ALADI assegura um sistema de diretrizes coletivas acerca das condições a serem reunidas bem como sobre as modalidades e os procedimentos que um grupo de parceiros – ou dois ou mais, porém menos que o total – devem empregar caso busquem estabelecer preferências entre si que não se estendam aos demais parceiros, ou seja, se desejarem que haja alguma distinção com respeito ao restante dos parceiros. Uma regra chave é a que prescreve que tais acordos são submetidos à consideração do conjunto dos parceiros e que ficam abertos à sua adesão, com negociação prévia. Na prática, contudo, o efeitos das regras da ALADI nesse sentido foi o de desenvolver um registro (protocolação) de acordos preferenciais que estabelecem distinções entre os parceiros, respaldando-as legalmente no GATT através da aplicação da Cláusula de Habilitação. Pouco se avançou na extensão de tais preferências ao restante dos parceiros ou no desenvolvimento de um outro instrumento previsto no Tratado de Montevidéu de 1980, como o das preferências regionais, por meio de acordos de alcance regional, isto é, que abarquem todos os países membros. [...] O Tratado de Montevidéu de 1980, que cria a ALADI, foi notificado no GATT no contexto da Cláusula de Habilitação. Desde então a Secretaria informa periodicamente à OMC, através do seu Comitê de Comércio e Desenvolvimento, sobre os APR realizados em seu âmbito.”

²⁵⁴ J.H. Jackson apud SOARES, Op. cit., nota 145. p. 89. “In verbis”: “[...] à rigidez dos conceitos que embasavam as instituições da ALALC -, ou seja, a feição unívoca e unitária do programa de liberalização comercial, através da multilateralidade e reciprocidade (que pressupunham uma inexistente relativa homogeneidade entre os Estados-Membros)-,

assim, o sistema legal da ALADI se encontra, todavia, muito afastado daquele adotado, por exemplo, pelo regionalismo europeu, o qual tem na supranacionalidade importante característica que o diferencia das iniciativas regionais latino-americanas surgidas até o momento²⁵⁵.

A ALADI, bem como, via de regra, os acordos parciais formados em seu marco legal, foi notificada ao GATT com base na cláusula de habilitação. A distância existente entre a nova realidade jurídica da ALADI e a anteriormente existente sob a ALALC não permitiu que o exame de compatibilidade provocado aproveitasse o pouco que se avançou em relação à organização anterior²⁵⁶. Notificado o Tratado de Montevideu de 1980 em 1982, não se instituiu grupo de trabalho para seu exame de conformidade tendo bastado, portanto, o procedimento simplificado adotado geralmente para acordos firmados com base na exceção da cláusula de habilitação²⁵⁷.

Conforme ressaltado, vários são os fatores que dificultam o avanço das iniciativas aproximativas latino-americanas. Nesse sentido, é de se perceber a flexibilidade da ALADI como verdadeira vantagem comparativa em relação à ALALC hábil a preservar a estrutura simplificada do acordo. Além disso, modelos integracionistas mais agressivos, como o

contrapõem-se os cinco princípios básicos da ALADI: pluralismo, convergência, flexibilidade, tratamentos diferenciais e multiplicidade (mais respeitosa da heterogeneidade de fato existente na sub-região latino-americana, e mais consentâneos com um pragmatismo que poderá levar a etapas superiores de integração regional)."

²⁵⁵ CASELLA, Op. cit., nota 158. p. 423. "In verbis": "Em outras palavras, somente através da adoção de objetivo de integração em profundidade, cujos aspectos e implicações políticas são plenamente reconhecidas, é que se justifica o recurso aos métodos chamados de 'supranacionais'. Esta circunstância poderia ser invocada para justificar a comparação entre as Comunidades Européias e outras tentativas de integração, que jamais ultrapassaram o estágio de zona de livre comércio, tais como a EFTA e a ALALC, e sua sucessora, a ALADI, ou o MERCOSUL, para nada falar a respeito da OCDE, ou das tentativas africanas de integração, por terem omitido o que há de essencialmente inovador e fundamental para o funcionamento do modelo comunitário."

²⁵⁶ SOARES, Op. cit., nota 145. p. 89. "In verbis": "Instituído o novo sistema de integração sub-regional na América Latina, foi, portanto, necessário proceder ao exame de sua compatibilidade com as normas do GATT, num momento em que já estava em vigor no sistema do GATT como uma norma expressa, o tratamento aos países em vias de desenvolvimento, em especial, a cláusula de habilitação (portanto, em condições bem diferentes daquelas que presidiram ao exame da ALALC). Na verdade, o antecedente da ALALC em nada serviria ao GATT, na sua tarefa de examinar a ALADI, pois, no caso desta última, tratava-se de uma realidade jurídica 'ex novo'."

²⁵⁷ Ibid. p. 89. "In verbis": "Assim, dentro do procedimento instituído no GATT com a cláusula de habilitação, a Delegação do Uruguai, em representação dos Estados-Partes da ALADI, notificaria em 1º de julho de 1982, às PARTES CONTRATANTES, a adoção do Tratado da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), subscrito em Montevideu, em 18 de agosto de 1980 (Doc. L/5.342) [...] merece destaque o fato de que, no exame de compatibilidade entre as normas da ALADI e as do GATT, não se seguiu o procedimento da constituição de um Grupo de Trabalho, tendo bastado uma simples notificação de sua existência ao Comitê de Comércio e Desenvolvimento, que o apresentou às PARTES CONTRATANTES."

européu, apesar de conformarem inspiração ao regionalismo na América²⁵⁸, não devem, conforme anteriormente ressaltado, vincular formalmente as propostas cooperativas, ignorando e anulando as idiossincrasias locais em seu desenvolvimento.

3.2.2 MERCOSUL

Em um contexto regional mais reduzido, a cooperação política e econômica entre o Brasil e a Argentina foi levada a termo de forma bilateral a partir de 1985 por meio da assinatura de uma série de acordos e protocolos entre os dois países. Destaca-se, entre esses acordos, a chamada Ata da Integração de 1987, a qual previa a criação de um mercado comum até o ano 2000 e pode ser considerada a matriz inicial da iniciativa regional do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL²⁵⁹.

A superação das divergências pela consolidação da aproximação bilateral, além de representar verdadeiro traslado das relações entre as duas potências regionais da rivalidade militar à cooperação econômica²⁶⁰ e marco final da mútua desconfiança histórica²⁶¹, despertou

²⁵⁸ CASELLA, Op. cit., nota 192. p. 40. “In verbis”: “Parecendo-me inevitável abordar a integração em abstrato, como categoria apriorística ou simples anseio, a premissa comunitária européia afigura-se como possibilidade útil se não inevitável, para tentar compreensão criativa da integração, somada à insatisfação conceitual, lógica e também quanto aos resultados, em razão da circularidade do debate e de boa parte da doutrina latino-americana a respeito do tema e dos cíclicos fracassos de sucessivos projetos e esforços regionais ou sub-regionais de integração.”

²⁵⁹ A Ata para a Integração Brasileiro-Argentina foi assinada em 29 de julho de 1987 pelos então presidentes do Brasil, José Sarney, e da Argentina, Raul Alfonsín, sobre tal fase da integração regional no cone sul, LAFER, Celso. A OMC face à globalização e à regionalização. In: Política Externa. São Paulo v.6, n.2, p.83-93 out./nov.1997. p. 89. “In verbis”: “O MERCOSUL tem a sua origem num novo entendimento, em nível profundo entre a Argentina e o Brasil, cuja base foi o término dos regimes militares na década de 1980. Sua primeira etapa é o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento de 1988, obra dos presidentes Alfonsín e Sarney.”

²⁶⁰ CASELLA, Paulo Borba. MERCOSUL: situação e oposição política interna e a construção da integração regional. In: Diário Comércio & Indústria – São Paulo, 13 de agosto de 1998. “In verbis”: “Mudança substancial do histórico quadro de desconfiança recíproca e competição em tópicos tão estapafúrdios como variados, o MERCOSUL significou a passagem, para Argentina e Brasil da rivalidade militar e política para a cooperação econômica.”

²⁶¹ FAUSTO, Boris; DEVOTO, Fernando J. Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850-2002). São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23. “In verbis”: “Houve nesse terreno [das comparações recíprocas entre Argentina e Brasil], no nível das elites políticas e intelectuais, uma história de mútua desconfiança e de competição que, além de não ajudar a compreender desapassionadamente os processos históricos, incentivou leituras nacionalistas que só fizeram reforçar aquelas inclinações. O outro país muitas vezes era, ao mesmo tempo, um antitempo e um adversário.”

gradativamente o interesse natural de vizinhos como o Paraguai e o Uruguai²⁶². Juntos, os quatro países lançaram no início da última década do século XX negociações para a criação do MERCOSUL, iniciativa que se apresentava naquele momento como alternativa para a superação de sucessivas crises econômicas comuns e, principalmente, para viabilizar uma maior solidez na inserção da região no comércio internacional.

Ressalvadas as peculiaridades culturais e as diferenças de tamanho e de desenvolvimento de suas economias, é de se observar que os quatro Estados-membros da formação original do MERCOSUL apresentam condições sociais, econômicas e políticas bastante próximas e semelhantes²⁶³. Todos enfrentam e sempre enfrentaram graves problemas sociais, estiveram juntos, ou ao menos influenciados uns pelos outros, em sucessivas crises econômicas e compartilham de experiências democráticas ainda muito recentes.

Na análise das perspectivas do MERCOSUL, os interesses econômicos que o motivaram não devem ser relegados pelo superdimensionamento das raízes históricas antigas e profundas das aspirações integracionistas latino-americanas²⁶⁴. Nesse sentido, mesmo que se conclua que a aproximação geográfica tenha claramente favorecido o intercâmbio comercial e, ainda que discutivelmente, a complementaridade de suas economias²⁶⁵, não se deve cogitar, por exemplo, o necessário objetivo de formação de uma identidade cultural regional uniforme.

²⁶² VELASCO, Manuel Díez. *Las Organizaciones Internacionales*, 10ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 1997. p. 647. “In verbis”: Los antecedentes inmediatos del MERCOSUR se descubren, por una parte, en los diversos proyectos y compromisos de cooperación e integración económica, asumidos por Argentina y Brasil a partir de 1985; por otra, en las estrechas relaciones de cada uno de estos países con Paraguay y Uruguay, afirmadas en varios acuerdos y en diversos proyectos de complementación en materia de integración física (las obras hidroeléctricas en los ríos Uruguay y Alto Paraná).”

²⁶³ ETCHEVERRY, Op. cit., nota 189. p. 192. “In verbis”: “[...] las afinidades culturales y la vinculación geopolítica nos deben conducir a conformar una fuerte región económica que debe ser llevada adelante con una clara política internacional coordinada ante enormes presiones de los intereses mundiales. Además de la voluntad histórico-política convocante en torno de nuestras raíces históricas y culturales para hacerlo, se requiere una política de defensa militar armonizada con estos principios y sentimientos.”

²⁶⁴ MENEM, Carlos Saul. *¿Qué es el MERCOSUR?* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998. pp. 75-76. faz descrição um tanto quanto romântica do histórico da integração latino-americana, “in verbis”: “Los países de América tienen en común el origen, la historia, la cultura, y la geopolítica no sindicán que transitan un mismo camino y que compartirán asimismo el futuro. Ello ha llevado a pensar en una unión fraterna, de apoyo mutuo, de los pueblos de América, objetivo político ya perseguido por los fundadores de las nacionalidades americanas. Así, también la idea de integración continental resultaba una constante en la acción y en la reflexión de los libertadores. Esta comunidad que unía a América Latina se quiebra aparentemente con la emancipación política al dividirse Hispanoamérica en más de dieciséis nuevos Estados. Sin embargo, la aspiración de la unidad americana se manifiesta en forma reiterada no sólo en los deseos de caudillos, políticos y militares, sino también en el sentimiento de los pueblos y, de esta suerte, la voluntad integracionista de Hispanoamérica se ha manifestado en diversas iniciativas, produciendo una serie de tratados regionales.”

²⁶⁵ Ibid. p. 17. “In verbis”: “El regionalismo es una meta específica del MERCOSUR, no sólo cuanto a la concepción de las relaciones de comercio internacional, sino en cuanto a la determinación geográfica que hace que los países mismos compartan un territorio naturalmente propenso a los intercambios, a la complementación y a la utilización compartida de los recursos naturales.”

Fatores políticos podem ser igualmente identificados entre as motivações à adesão a estruturas preferenciais como aquela criada pelo MERCOSUL. Assim, especificamente no que se refere à experiência integrativa sul-americana, enquanto para as economias menores as oportunidades comerciais justificariam por si só o ingresso no acordo, a articulação regional brasileira tende a indicar forte presença de interesses geopolíticos na viabilização de sua participação no MERCOSUL²⁶⁶.

A partir dessas premissas é de se observar que o regionalismo, quando provocado e fomentado pela esfera econômica, não pressupõe a homogeneização cultural e social, ou seja, apesar de ensejar necessários desdobramentos jurídicos e políticos não se estrutura necessariamente como um movimento de uniformização cultural. Organizado para dinamizar um mercado promissor que cobre 12 milhões de quilômetros quadrados e onde vivem mais de 200 milhões de pessoas²⁶⁷, o MERCOSUL deve ser visto, portanto, como um projeto de integração para o desenvolvimento econômico e como oportunidade comercial, mas não como um movimento de integração cultural e ideológica²⁶⁸.

²⁶⁶ ETCHEVERRY, Op. cit., nota 189. p. 192. “In verbis”: “En general, podemos señalar que Brasil entra al MERCOSUR por razones diferentes a las de la Argentina. Mientras nuestro país busca una aplicación de su mercado y al aprovechamiento de la experiencia brasileña como *international trader*, el Brasil busca en Argentina un respaldo político para liderar una importante región del mundo como es la América del Sur. En definitiva, resulta claro que para Brasil las motivaciones de la integración son fundamentalmente políticas, en tanto que para la Argentina, Uruguay, y Paraguay, ellas revisten un carácter predominantemente económico.”

²⁶⁷ CÁRDENAS, Emilio J. MERCOSUR’s fragile dispute resolution system at work: first decision ever made by an “arbitral panel” in a dispute arising among sovereign parties. In: New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson. A Haia: Kluwer Law International, 2000. p. 281. em análise tendo por base dados da década em que se constituiu a organização regional, “in verbis”: “With a territory covering 12 million square kilometers, MERCOSUR is – in fact – 20% larger than the United States and five times the size of the European Union. Its population – of 205 million people – is equivalent to three-quarters of that of the United States and more than half of that of the European Union. Such population is, on the other hand, a highly urban one. The region contains nineteen cities with more than a million inhabitants each, of which fourteen are in Brazil, four in Argentina and one in Uruguay. Among them, Sao Paulo has almost 18 million inhabitants and Buenos Aires close to 13 million people. A rather large venture and an interesting market, obviously.”

²⁶⁸ GUSSI, Op. cit., nota 177. pp. 125-126. “In verbis”: “Ignora-se no MERCOSUL algo que já se vive de maneira pragmática na Europa. Acredita-se que consolidação do bloco comunitário do sul pressuponha a formação de uma identidade cultural sul-americana. Vai-se mais longe, em determinados momentos, vendo em projetos como o de Bolívar ou San Martín os gérmenes da supranacionalidade na América do Sul.. Supranacionalidade, como já procuramos deixar claro, não pressupõe nada disso. Ao contrário, possui como mola propulsora a economia e como desdobramentos a política e o direito. São esses os campos que precisam estar afinados. Indiferente se nos esportes ou assuntos de caráter eminentemente culturais apresentamos diferenças. Tais questões devem ser resolvidas no interior dos Estados. Pensando melhor, poderíamos dizer que são questões que, no mais das vezes, não deixem respeito sequer ao Estado; estão a cargo das sociedades menores, como a família ou associações intermediárias. Não se deve, portanto, projetar para o MERCOSUL desejos de uniformização cultural, principalmente, porque não temos aqui divergências culturais que inviabilizem – como ilustramos acima, pseudo culturas que, no fundo são movimentos políticos – o processo de integração.”

Na base jurídica do MERCOSUL encontra-se o tratado de sua criação, o Tratado de Assunção²⁶⁹, firmado na capital paraguaia em março de 1991. O texto do acordo sugere a observação do modelo tradicional de fases de integração e indica, no próprio nome dado à iniciativa regional - Mercado Comum do Sul, o grau de aproximação econômica objetivado pelos Estados-membros²⁷⁰.

O MERCOSUL representa, assim, a continuação da tradição regional das tentativas aproximativas, mas, ao mesmo tempo, significativa alteração das expectativas regionais de integração econômica. Estruturado como acordo sub-regional parcial da ALADI em formato liberal exemplificativo do regionalismo aberto²⁷¹, ainda que o Mercado Comum do Sul possa ser vislumbrado como ameaça ao acordo regional maior, surge, na verdade, buscando ocupar espaços que a iniciativa continental não logrou preencher²⁷².

Cumprе ressaltar, aqui, que a adoção de um modelo de características de regionalismo aberto²⁷³ no MERCOSUL apresentou-se como resultado direto da experiência liberal interna

²⁶⁹ Firmado em 26 de março de 1990, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 25 de setembro de 1991 e promulgado pelo Presidente da República - Decreto nº 350 - em 21 de novembro de 1991 com publicação no DOU datada do dia seguinte, 22 de novembro. O Tratado entrou em vigor no âmbito internacional em 29 de novembro de 1991.

²⁷⁰ BASSO, Op. cit., nota 214. p. 75. "In verbis": "Quando o Tratado de Assunção faz referência expressa à intenção dos signatários de criar um 'mercado comum', deixa claro que os estados, mais do que uma cooperação econômica, buscam uma integração, isto é, a livre circulação das pessoas, bens, serviços e capitais (artigos 1º e 5º do Tratado – fatores produtivos: pessoas e mão-de-obra)."

²⁷¹ SCHULZ, Op. cit., nota 118. p. 237. "In verbis": "The Mercosur agreement, in its present configuration, represents both continuity and change with regard to the previous integrationist efforts in South America. On the other hand, it seeks to build on the tradition of regionalism that has been such an important school of thought on the continent. As Economic Complementation Agreement No. 18 of the Latin American Integration Association (LAIA, the successor of LAFTA), Mercosur constitutes a subregional grouping within the larger association. On the other hand, and arguably more importantly, the Mercosur agreement represents a radical shift in the integration model in South America. Given the exhaustion of the import substitution model, and the restructuring and opening of local economies since the mid 1980s, the new regionalism in South America spells open regionalism."

²⁷² BAPTISTA, Luiz Olavo. O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: Ltr, 1998. p. 108. "In verbis": "Em um dos primeiros estudos sobre o MERCOSUL se assinalou que acordos sub-regionais como o do MERCOSUL seriam uma progressiva erosão da ALADI enquanto esquema de integração. Essa opinião, respeitável, entretanto é discutível sob o ângulo de que talvez esses acordos nasçam exatamente do vazio que a ALADI não pode ou não soube preencher. Por seu lado a estrutura da ALADI previu não só as ações multilaterais globais dos seus membros, como algumas em que apenas alguns participariam. Esses são, justamente, os acordos de complementação econômica (os ACE) e os de alcance parcial (AAP), dos quais um, o ACE 18, refere-se ao MERCOSUL."

²⁷³ LAFER, Op. cit., nota 259. p. 90. "In verbis": "Para o MERCOSUL, regionalismo aberto significa abertura para o comércio com outros membros da OMC. Não significa levantar barreiras para aumentar o comércio intra-regional mas, ao contrário, ampliar o mercado regional para os membros da OMC às oportunidades de comércio e investimento."

de seus países membros na década de 90, a qual teve condução e conseqüências claramente mais radicais na Argentina que nos outros três sócios da iniciativa²⁷⁴.

Em relação ao GATT, as preferências outorgadas em razão do Tratado de Assunção foram notificadas, já na vigência da cláusula de habilitação, de forma transversal por comunicação rotineira prestada pela secretaria da ALADI²⁷⁵. A possibilidade de notificação simplificada ao GATT foi viabilizada pela inserção do MERCOSUL na iniciativa regional maior, para a qual, na verdade, o tratado marco firmado em Assunção consubstancia mero acordo de alcance parcial, o Acordo Complementação Econômica nº 18 firmado dentro de seu marco legal.

O tratado-marco do MERCOSUL possui objetivos bastante amplos e sinaliza o intuito de aprofundar a cooperação regional apresentando disposições quanto à livre circulação de bens, serviços e fatores de produção, relacionadas à coordenação de políticas macroeconômicas, ao compromisso de harmonização legislativa e estabelecendo a possibilidade de outros Estados aderirem à iniciativa. Adotou-se para a consolidação do projeto regional, ainda que inicialmente de forma tímida, mas claramente inspirado nas conquistas do regionalismo europeu²⁷⁶, um modelo bastante pragmático, no qual se encontravam previstas uma fase inicial provisória, destinada a resolver os problemas ordinários do processo de integração, seguida por uma etapa definitiva, com estruturas organizacionais consolidadas.

Gize-se, nesse sentido, que, mesmo tendo a experiência regional européia servido de aprendizado à integração econômica do MERCOSUL, a intergovernabilidade inerente à

²⁷⁴ SCHULZ, Op. cit., nota 118, p. 242. "In verbis": "[...] Argentina and Brazil have adopted different economic reform strategies because of their different views about how to meet the challenges of globalization in the national context. [...] For Argentina regionalization is [was] principally an instrument to integrate itself into the global economy, whereas for the Brazilian government, regional integration is of a more political and defensive nature, which can enhance national development."

²⁷⁵ SOARES, Op. cit., nota 145, pp. 89-90. "In verbis": "Tal como no caso da ALADI, o exame do MERCOSUL, pelo GATT dar-se-ia já em plena vigência da cláusula de habilitação. Firmado o Tratado de Assunção, em 26/03/91, em regime transitório de instalação de um mercado comum entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, foi o GATT informado, pela primeira vez, de sua existência, no dia 17 de fevereiro de 1992. Tal comunicação, contudo, seria feita de maneira transversal, através de informação rotineira prestada pelo Secretariado da ALADI (Doc. L/6.985, Restricted, de 05/03/92) sobre várias de suas realizações, dentre as quais se incluía a celebração do Acordo de Complementação Econômica nº 18 (subespécie de acordo de alcance parcial), cujo objetivo tinha sido: 'incorporar ao quadro legal da ALADI aqueles dispositivos do Tratado de Assunção que basicamente dizem respeito à integração do comércio entre tais países (ACE 18)'."

²⁷⁶ Cumpre salientar que, apesar das semelhanças aparentes no que tange ao pragmatismo inicial adotado, as duas iniciativas regionais apresentam modelos institucional bastante diversos conforme apontado por BAPTISTA, Op. cit., nota 272, p. 44. "In verbis": "[...] apesar da semelhança inicial de trajetos, o modelo institucional do MERCOSUL, como dissemos, é e bom que se repita, não se parece com o da União, antiga Comunidade Européia, nem no objetivo final, nem na forma."

iniciativa sul-americana se contrapõe de maneira fundamental à supranacionalidade já vislumbrada atualmente na Europa. Tal característica diferencial marcante aproxima, consoante análise anteriormente feita, o estudo do MERCOSUL muito mais das orientações doutrinárias do Direito Internacional Público geral que do direito comunitário europeu²⁷⁷.

Subsistem, de fato, semelhanças na preponderância das questões econômicas tanto no regionalismo europeu quanto no MERCOSUL – ainda que a motivação inicial na Europa não tenha sido, como no MERCOSUL, predominantemente econômica²⁷⁸, mas a comparação do modelo europeu de integração com iniciativas regionais latino-americanas deve, de certo, ser feita com o cuidado necessário para que não se incorra no erro de importação de estruturas incompatíveis com a realidade local²⁷⁹ e, principalmente, para que o sucesso ou fracasso de uma iniciativa regional se determine meramente à luz dessas comparações²⁸⁰.

²⁷⁷ GOMES, Op. cit., nota 92. p. 323. “In verbis”: “Objetivamente, a diferença primordial entre o modelo integracionista da EU e do MERCOSUL está no instituto da supranacionalidade, que é condição para a existência da EU, pois permite que as políticas sejam fixadas segundo os interesses da Comunidade e que suas instituições atuem com autonomia na defesa desses interesses; enquanto no MERCOSUL vigora o sistema da intergovernabilidade, em que os procedimentos de funcionamento do bloco econômico são regidos pelos princípios do Direito Internacional Público.”

²⁷⁸ PEREIRA, Op. cit., nota 48. pp 195-197. “In verbis”: “Na Europa, os motivos que deram ensejo à integração foram tanto de ordem política, para evitar novas guerras na região, como econômica, visando à promoção das relações econômicas mediante o estabelecimento de um mercado único; motivo esse que, com o tempo, passou a ser o objetivo principal. [...] O MERCOSUL, por sua vez, teve na origem motivação preponderantemente econômica, tendo como premissa os acordos bilaterais entre Argentina e Brasil, que por sua vez tiveram início em momento de tensão entre os dois países na área nuclear. Em seguida, Paraguai e Uruguai vieram juntar-se a esses dois países, com a assinatura do Tratado de Assunção, em 1991, o qual cria as bases para o funcionamento do MERCOSUL. [...] A integração tanto na EU como no MERCOSUL, possui objetivos predominantemente econômicos, o que não impede que matérias relacionadas a outros setores também possam ser contempladas e merecedoras de políticas e normas específicas. Com efeito, a principal preocupação dessas áreas é a de promover, de modo geral, a economia nas respectivas regiões, através da criação de um mercado único, regulado por normas comuns e que, como o nome sugere, substituiria o mercado de cada Estado. Como dito anteriormente, EU e MERCOSUL possuem metas diferentes e utilizam-se de métodos próprios para alcançá-las. Enquanto a EU, uma vez ultrapassados outros estágios da integração, já vislumbra a união política, o MERCOSUL ainda caminha para o estágio de funcionamento pleno de um mercado comum.”

²⁷⁹ SOUZA, Op. cit., nota 248. pp. 169-170. “In verbis”: “As diferenças existentes entre as Comunidades Européias e o MERCOSUL, em nossa opinião, superam as similaridades que possam ser apontadas entre eles. [...] As diferenças essenciais entre as Comunidades Européias e o MERCOSUL são encontradas, em nosso entendimento, em quatro aspectos: a natureza da estrutura institucional, o sistema de tomada de decisões, o processo legislativo e a natureza do ordenamento jurídico.”

²⁸⁰ DALLA VIA, Op. cit., nota 191. p. 620-625. “In verbis”: “En la parte del mundo que nos toca habitar se recepcionó esa discusión jurídica [de la delegación de competencias y de la supranacionalidad], con la misma tendencia a ‘importar’ normas, modelos y tendencias que se visualizan en la mayoría de las ramas del Derecho, pero sin encontrarnos en la misma situación de los países europeos en cuanto al proceso de integración se refiere. [...] Es una verdad bien sabida que el proceso de integración europeo tiene un grado de avance y evolución mucho mayor que el existente en el como Sur de América Latina. En términos comparativos podría decir-se que aquél está desarrollado y que el nuestro es embrionario. También es bien sabido que el modelo de la Unión Europea es frecuentemente tomado como ejemplo a imitar desde esta parte del mundo sin tener en cuenta – muchas veces – las realidades que nos diferencian. Uno de los aspectos en que más se nota esta tendencia es en el apuro por crear ‘instituciones’ de derecho comunitario.”

Definitivamente, não há que se falar em direito comunitário para a iniciativa regional do MERCOSUL. Isso se deve, primeiramente, à própria impropriedade terminológica, posto que “comunitário” se referiria, mais propriamente, apenas ao direito constituído no âmbito das Comunidades Europeias. Formalismos à parte, nem mesmo de forma corriqueira e em referencia a um direito comum, supranacional, vinculativo aos Estados-partes poderia haver sua aplicação à normativa do MERCOSUL em vista da impossibilidade de se construir qualquer analogia lógica entre um contexto de “Direito dos Estados”, o sul-americano, e uma “Comunidade de Direito” como a europeia²⁸¹.

Graves preocupações sócio-políticas internas, agravadas por mazelas econômicas, fizeram com que os Estados-membros da organização deixassem de lado os interesses comuns²⁸², o que acabou por atrasar o cronograma de negociações e inviabilizou a criação, quando da assinatura do Protocolo de Ouro Preto²⁸³, de instituições regionais supranacionais, tão fundamentais à consolidação de fato de uma iniciativa regional²⁸⁴. O MERCOSUL, mesmo

²⁸¹ Ibid. p. 625. “In verbis”: “Nosotros pensamos que a nivel del MERCOSUR no cabe hablar con propiedad de ‘derecho comunitario’, toda vez que las fuentes jurídicas remiten al derecho nacional de cada uno de los Estados parte. En ese sentido, el comienzo de la etapa definitiva el 1º de enero de 1995 no modificó la regla del consenso o de la ‘unanimidad’ en las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común. Tampoco se encuentra en funcionamiento un tribunal judicial idóneo capaz de ir formando e interpretando un ‘derecho derivado’. En Europa, por el contrario, la formación de un verdadero ‘derecho comunitario’, diferente del Derecho de los Estados parte, constituye una realidad que permite visualizar en distintas manifestaciones el tránsito desde los distintos ‘Estados de Derecho’ hacia una única ‘comunidad de Derecho’ preservada por órganos comunitarios, entre los que ha tenido especial relevancia el Tribunal de Luxemburgo.”

²⁸² FAUSTO, Op. cit., nota 261. pp. 508-509. “In verbis”: “Bouzas denomina o terceiro período de ‘tempos de turbulência’, que se abrem em 1998 e se prolongam ao início do século XXI. Em primeiro lugar, houve uma reversão da interdependência econômica. De fato, em 1999, o valor do comércio intra-regional contraiu-se em 25%, enquanto o índice de ‘regionalização do comércio’ retrocedeu aos níveis de 1995. Uma relativa retomada em 2000 não logrou sustentar-se diante da crise de grandes proporções que atingiu a Argentina e da retração do comércio internacional. O retrocesso foi provocado por várias razões, como a desvalorização do real (janeiro de 1999), afetando as importações argentinas e a recessão que se instalou na Argentina, a partir de 1998. Uma série de medidas minou o raio de ação da TEC, que acabou por entrar praticamente em colapso, no primeiro semestre de 2001. Os traços negativos da politização ganharam intensidade, seja porque o governo brasileiro passara a encarar com restrições as virtualidades do MERCOSUL, seja porque os dirigentes argentinos, especialmente o então todo-poderoso ministro Domingo Cavallo, revelaram preferências pela constituição da ALCA e pelo abandono, na prática, do acordo com o Brasil. Para isso contribuiu, também, a cada vez mais difícil situação econômica argentina, que levou o governo a buscar a flexibilização ampla nas transações externas. O tema específico do destino do MERCOSUL transcende os limites cronológicos deste texto. Suas dificuldades são claras e levaram a um impasse da agenda comercial, agravada com o colapso da economia argentina.”

²⁸³ Firmado em 17 de dezembro de 1994, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 15 de dezembro de 1995 e promulgado pelo Presidente da República - Decreto nº 1901 - em 09 de maio de 1996 com publicação no DOU datada do dia seguinte, 10 de maio. O Tratado entrou em vigor no âmbito internacional em 15 de dezembro de 1995.

²⁸⁴ CASELLA, Paulo Borba. Integração e supranacionalidade. In: Diário Comércio & Indústria – São Paulo, 16 de outubro de 1998, “in verbis”: “O binômio integração e supranacionalidade descreve estado da matéria e programa de ação. Os dois fenômenos concomitantemente colocados impõem direcionar a escolha com relação aos rumos que deverão ser tomados. A integração, enquanto transformação de conceitos institucionais e jurídicos em razão dos objetivos e necessidades colocados pelo processo de integração, em curso no mundo, e especificamente na Europa, desde o início dos anos 50, adota como perspectiva de análise sobretudo seus desdobramentos legais e institucionais. A supranacionalidade suscita o ponto crucial

constituindo importante exemplo de regionalismo econômico²⁸⁵, mantém até hoje seu caráter intergovernamental inicial.

Os mencionados entraves deram espaço ao surgimento de controvérsias doutrinárias acerca do modelo institucional que seria adotado pelo MERCOSUL. As dúvidas se concentravam principalmente na possibilidade, por um lado, de estruturação de uma organização internacional ou, por outro, de manutenção do modelo informal como um mero acordo de integração econômica. Tais incertezas foram, aos poucos, se dissipando e acabaram por se esgotar praticamente com a conclusão do Protocolo de Ouro Preto em 1994²⁸⁶.

O mencionado protocolo representou, na verdade, alteração fundamental na estrutura de integração incipiente e constitui o marco inicial da fase definitiva da iniciativa regional. A organização de integração se consolidou, naquele momento e finalmente, como uma estrutura institucional composta pelo Conselho do Mercado Comum (CMC), pelo Grupo do Mercado Comum (GMC), pela Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), pela Comissão Parlamentar Conjunta, pelo Foro Consultivo Econômico e Social e pela Secretaria Administrativa da organização. A falta, entretanto, de uma estruturação mais consistente e da dotação de caráter supranacional às normas emanadas pelas instituições que compõem a organização colocam em risco até hoje a integração regional e assombram o MERCOSUL com a possibilidade de repetição do mesmo fim melancólico de outras iniciativas latino-americanas²⁸⁷.

do abrangente fenômeno da integração, com amplo espectro de desdobramentos, políticos, econômicos, legais, bem como sociais e culturais. De universo em franca expansão seria este, justamente, o tópico mais relevante ou mais especificamente inovador, do ponto de vista jurídico, mostrando as características dessa configuração política e ordenamento legal ao mesmo tempo interno e supranacional, em toda a gama de evolução conceitual e sistemática que traz aos ramos do direito tradicional, sejam estes o direito internacional como o direito administrativo, o direito econômico como o direito público, em vista das necessidades e condicionantes impostas pelo processo de integração, tal como paradigmaticamente ilustra a experiência em curso na Europa, e em maior ou menos grau vão experimentando outras configurações regionais de construção de espaços de integração.”

²⁸⁵ SCHULZ, Op. cit., nota 118. p. 255. em afirmação do ano 2000, mas ainda atualmente bastante contextualizada, “in verbis”: “After the European Union, South America is perhaps the region which has reached furthest in the institutionalization of functioning economic sectors. Yet even Mercosur has not yet established supranational political-judicial institutions.”

²⁸⁶ VELASCO, Op. cit., nota 262. p. 645. “In verbis”: “Muchos son los debates que se han generado en torno a este nuevo proceso integracionista, pero tal vez una de las incertidumbres básicas es la de si estamos en presencia de un acuerdo de cooperación económica internacional o de una nueva organización internacional.”

²⁸⁷ CASELLA, Op. cit., nota 192. p. 44. “In verbis”: “Enfatizar os resultados alcançados pelo MERCOSUL, ao término do período de transição, em lugar de aparelhá-lo adequadamente para o futuro, é tão falacioso como pernicioso: o sucesso está ocorrendo, mas sem o dado estrutural que viabilize seu funcionamento, além do momento atual de comprometimento dos governos nacionais e interesse dos operadores privados, pode vir a repetir-se a esclerose precoce que acometeu esforços anteriores de integração na América Latina, condenando-os à inação futura.”

Uma das maiores conquistas de Ouro Preto se deu, ressalte-se ainda, na outorga, em seu artigo 34, de personalidade jurídica ao acordo regional, o qual foi elevado, desta forma, à condição de organismo internacional dotado das prerrogativas conferidas a sujeitos de direitos e deveres nas relações com outras pessoas de direito internacional público.

Diversos outros acordos foram firmados no âmbito da organização de integração, por seus Estados-membros, após a entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto, dos quais se destacam os acordos "quatro mais um" firmados com o Chile e com a Bolívia, primeiros parceiros comerciais e membros associados da organização, o Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços no MERCOSUL, o Protocolo de Fortaleza de Defesa da Concorrência do MERCOSUL e o Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile.

A caracterização do MERCOSUL como uma organização de integração não decorre, entretanto, tão somente do reconhecimento de sua personalidade jurídica ou da multiplicação e do aprofundamento das matérias reguladas em sua normativa, mas, na verdade, de seu aperfeiçoamento institucional aferível, por exemplo, na consolidação do Tribunal Permanente de Revisão como órgão representativo da organização e não apenas seus Estados-membros²⁸⁸.

A integração regional sul-americana vivencia, atualmente, experiências um tanto contraditórias. Se por um lado, as negociações entre os países-membros do MERCOSUL encontram-se estagnadas e há espaço para verdadeiros retrocessos como aquele representado por acordos baseados em regras da ALADI²⁸⁹ que prevêem medidas de salvaguarda firmados entre o Brasil e a Argentina²⁹⁰, por outro, a conclusão das negociações para a adesão da

²⁸⁸ LIQUIDATO, Op. cit., nota 193. pp. 75-76. "In verbis": "Já as Organizações de Internacionais de Integração têm alguns de seus órgãos decisórios compostos por integrantes que não representam os interesses dos Estados membros individualmente, mas sim os interesses da Organização." A autora vai mais além apontando a exigência – com a qual não se concorda – de ter havido delegação de competências tendentes à dotação desse órgão de supranacionalidade, "in verbis": "Para tanto, há que ter havido a delegação de competência para esse órgão, sendo tal órgão, portanto, supranacional."

²⁸⁹ Quanto à vigência das regras da ALADI após a assinatura do Tratado de Assunção e a criação do MERCOSUL, BAPTISTA, Luiz Olavo. O Brasil e suas várias encruzilhadas. In: Panorama da conjuntura internacional. São Paulo, v. 3, n. 9/10, p. 8-9, jul./ago. 2001. "O MERCOSUL se constituiu dentro do respeito a esses três princípios basilares. Nele ficaram resguardadas as obrigações de seus membros em relação ao GATT. A cláusula da nação mais favorecida, é aplicada de modo uniforme por todos os seus membros, segundo o disposto nos tratados constitutivos, e criando-se, ali, mecanismo de preferências para os Estados-Partes com menor desenvolvimento. As situações anteriores - notadamente em relação a acordos no seio da ALADI - foram devidamente resguardadas."

²⁹⁰ Mecanismo de Adaptação Competitiva - MAC, estabelecido em 01 de fevereiro de 2005 e lastreado nas disposições do protocolo adicional ao Acordo de Complementação Econômica nº14 de 20 de dezembro de 1990 no âmbito da ALADI.

Venezuela ao MERCOSUL²⁹¹ aponta no sentido inverso, isto é, para a franca expansão da iniciativa regional.

Dificuldades econômicas e estruturais pontuam claramente os entraves à integração surgidos ao longo dos quase 20 anos de existência do MERCOSUL. Exemplos desses desafios variam desde a disparidade entre os tamanhos das economias brasileira e argentina e as dos outros dois sócios da organização até fatores sociais internos dos países membros como a má distribuição de renda e os baixos índices de desenvolvimento humano²⁹².

As diferenças de tamanho das economias e as discrepâncias socioeconômicas impedem de maneira bastante cristalina a harmonização macroeconômica do MERCOSUL e o avanço das etapas de integração para a consolidação de um mercado comum ou, mais além, por exemplo, para a adoção de uma moeda comum gerida por um banco central regional. Os membros menores da organização sentem-se, na verdade, subjugados aos interesses e à política macroeconômica dos sócios maiores e resistem, assim, a avanços estruturais mais profundos²⁹³.

Associadas a tais questões econômicas e sociais apresentam-se também as incertezas e a negligência política percebidas ao longo das últimas quase duas décadas na construção da

²⁹¹ As negociações foram iniciadas em dezembro de 2005 durante a XXIX Cúpula do MERCOSUL em Montevideu e a formalização da adesão ocorreu pela assinatura de um protocolo neste sentido pelos presidentes dos quatro países-membros e da Venezuela em Caracas no dia 4 de julho de 2006. Até a conclusão deste trabalho, a adesão do quinto membro havia sido aprovada pelas casas legislativas da Argentina, do Uruguai e do Brasil – pelo Senado Federal em 15 de dezembro de 2009 – restando apenas o procedimento previsto na legislação interna da República do Paraguai.

²⁹² GUSSI, Op. cit., nota 177. p. 126. “In verbis”: “[...] temos as dificuldades econômicas. Parece-nos que elas são de duas ordens. Em primeiro lugar uma disparidade macroeconômica em relação aos demais países do bloco. O Brasil, seguido da Argentina, destoa sobremaneira das demais economias regionais. Temos um potencial econômico – em parte já efetivado – que, em determinadas questões, torna impossível uma real competição entre os países membros. Em segundo lugar, o fato de as economias, inclusive a do Brasil, sofrerem de enormes patologias em sua ordem interna, como problemas de distribuição de renda, bem como os reflexos nos Índice de Desenvolvimento Humano. São países que ainda têm margens de pobreza acentuadas e carências bastante rudimentares se comparados os índices europeus.”

²⁹³ CONESA, Eduardo R. Macroeconomía y política macroeconómica. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2002. p. 547. “In verbis”: “El comercio entre nuestros países [Argentina y Brasil] es todavía escaso. [...] sería probable que cuando Brasil esté en una expansión económica y por lo tanto necesite de una política monetaria restrictiva y de altas tasas de interés, la Argentina esté en recesión y necesite de moneda fácil y bajas tasas de interés. Si tuviéramos un Banco Central común, el dilema sería terrible. Por una parte, astringencia monetaria para evitar la inflación en Brasil, y profundizar la recesión y la desocupación en Argentina. O alternativamente, por la otra parte, política monetaria fácil para combatir la recesión en Argentina, a costa de echar leña al fuego inflacionario brasileño. De más está decir que Brasil, como tiene una economía que es tres veces más grande que la nuestra, exigiría la mayoría de las sillas del directorio del eventual Banco Central conjunto, e incluso la presidencia del mismo. Por lo cual, la idea de una moneda común del MERCOSUR, con un Banco Central común, nos subordinaría a los intereses nacionales del Brasil, y nos condenaría a ser una provincia subdesarrollada de nuestro vecino.”

coerência de seu arcabouço jurídico²⁹⁴, requisito essencial de qualquer experiência cooperativa internacional²⁹⁵. A inexistência desses esforços normativos impede o sucesso na consolidação de uma união aduaneira no MERCOSUL tanto jurídica quanto faticamente²⁹⁶.

Nessa toada e, portanto, em razão das diversas causas da lenta evolução da integração regional, objetivos basilares como o de constituição de um mercado comum - tal qual apontado até mesmo no nome da organização e para o qual havia, inclusive, data limite para a criação – não foram atingidos e o MERCOSUL encontra-se, hoje, ainda em estágio intermediário entre uma zona de livre comércio e uma união aduaneira²⁹⁷.

A mencionada recente admissão da Venezuela no MERCOSUL, quando devidamente concluída, consubstanciará exemplo direto da abertura da iniciativa regional à adesão de novos membros que, em relação ao ingresso de países que compõem a ALADI, encontra-se expressamente mencionada no Tratado de Assunção. Analisado em perspectiva conjunta com a ALADI, ou seja, como Acordo de Complementação Econômica nº 18, o tratado-marco do

²⁹⁴ CASELLA, Paulo Borba. Globalização imperativa. In: Diário Comércio & Indústria – São Paulo, 28 de maio de 1998, “in verbis”: “No nosso MERCOSUL, por mais espetaculares sejam os resultados econômicos, desde o início da década, por maiores sejam as mudanças políticas, nos últimos dez anos, onde a desconfiança recíproca e mais de seculares rivalidades históricas, por exemplo entre Brasil e Argentina, cujo papel e reflexos nenhuma análise honesta deveria negligenciar, por mais promissoras sejam as perspectivas de mudanças culturais e sociais, aceitando como dado da realidade a integração e a convivência, não se pode menosprezar o papel do direito na integração, como até aqui soberanamente se tem feito, ao permitir persistam lacunas e indefinições de ordenamento jurídico harmonizado, seja na fase de criação (legislativa), como no controle de uniformidade de interpretação e aplicação da norma (jurisdição). O preço dessa omissão pode ser caro demais para ser enfrentado em futuro muito próximo.”

²⁹⁵ CASELLA, Paulo Borba. Harmonização do direito do MERCOSUL. In: Diário Comércio & Indústria – São Paulo, 12, 13 e 15 de junho de 1998. “In verbis”: “O MERCOSUL, enquanto espaço econômico, tem no direito ferramenta acessória porém relevante, cujo papel e dimensão, foram, por falta de preparo técnico e/ou visão política, negligenciados. A partir de agora, mais essa necessidade vai ficando evidente. Resta trabalhar para suprir a lacuna existente, permitindo a continuidade da integração.”

²⁹⁶ CASELLA, Paulo Borba. Integração e confusão aduaneira. In: Diário Comércio & Indústria – São Paulo, 13 de novembro de 1997, há mais de 12 anos já comentava, “in verbis”: “No patamar de união aduaneira, todavia imperfeita, em que nos encontramos, a tarifa externa comum (TEC) e a certificação de origem são dados chave de sua operação. Sem isso, não existe união aduaneira. Contudo, não basta Ter regras comuns, porquanto estas tem de ser comum e uniformemente observadas e aplicadas em consonância com padrão equivalente de atuação para manter em pé e operando o processo de integração.”

²⁹⁷ CORRÊA, Op. cit., nota 144. p. 45. “In verbis”: “Verifica-se, por conseguinte, que o Mercado Comum do Sul, como a própria denominação sugere, foi idealizado para ser um Mercado Comum, tendo sido estipulado o prazo de 31 de dezembro de 1994 para que tal implementação ocorresse, nos termos do Tratado de Assunção. No entanto, como era previsível, em face da exigüidade de tempo para a implantação de um Mercado Comum, não foi possível atingir tal grau de integração no período estipulado, sendo que presentemente o MERCOSUL encontra-se ainda na situação de uma ‘União Aduaneira Imperfeita’ [...]”

MERCOSUL cumpre, portanto, a exigência de abertura à participação dos outros membros da ALADI mediante simples negociação prévia²⁹⁸.

As partes da ALADI estabeleceram por meio de uma resolução do Conselho de Ministros os requisitos para a conclusão de acordos entre alguns de seus membros, os quais devem ser cumpridos para que haja conformidade entre tais preferências e a organização. Além de cumprir a necessária abertura à adesão de outros membros, conforme salientado acima, acordos preferenciais devem, para ser considerados compatíveis, ter por objetivo o intuito de proporcionar tratamento diferenciado a países menos desenvolvidos, ter prazo de duração mínimo de um ano e, principalmente, harmonizar-se com os objetivos da ALADI²⁹⁹. Não resta claro, entretanto, na doutrina se o mero cumprimento de tais requisitos basta à compatibilização do regionalismo mais amplo com os acordos parciais permitidos e, menos ainda, se o MERCOSUL especificamente atenderia a tais exigências.

3.3 Multilateralismo e regionalismo no comércio internacional

Consideradas muitas vezes um risco para o sistema multilateral de comércio, as iniciativas regionais podem muito bem, contrariamente e na verdade, servir ao incremento do intercâmbio comercial e de aprendizado, de prévia ao multilateralismo hábil a contribuir, somando resultados locais aos objetivos gerais.³⁰⁰ Essa interação entre o regional e o global

²⁹⁸ VELASCO, Op. cit., nota 262. p. 641. “In verbis”: Se contempla la posible incorporación de otros Estados al MERCOSUR. En primer lugar, el tratado de Asunción se refiere a la posibilidad de nuevas adhesiones de los demás países miembros de la ALADI [...] En la segunda hipótesis, en el acuerdo de complementación número 18 se prevé otro sistema que sólo subordina la adhesión de los otros países miembros de la ALADI a la negociación previa, tal y como dispone el Tratado de Montevideo de 1980 para los acuerdos de alcance parcial.”

²⁹⁹ BAPTISTA, Op. cit., nota 272. p. 109. “In verbis”: “Uma resolução do Conselho de Ministros da ALADI, número 2, em seu artigo 4 prescreve o que deverão conter tratados entre membros da Aliança para que se considerem AAP e são: a possibilidade de outros membros aderirem, mediante prévia negociação; tratamentos diferenciados em favor de países menos desenvolvidos ou de desenvolvimento intermediário; prazo de duração mínimo de um ano; e, finalmente, a convergência de objetivos com os da ALADI, isto é que tendam à integração dos demais países da Aliança.”

³⁰⁰ JACKSON, Op. cit., nota 94. p.26. “In verbis”: “Regional approaches can constructively contribute to international economic relations by allowing smaller groupings of economies to establish deeper cooperation than that likely to gain broad multilateral agreement among over one hundred nations. Regional approaches can also be used to tailor rules more specifically to regional needs. Additionally, they can provide some experimentation which can influence later multilateral efforts of cooperation. For example, the relative deep cooperation and harmonization of hundreds of economic problems within the European Union is a rich lode of experience that can often be instructive for broader multilateral negotiations.”

traz consigo, entretanto, uma série de exigências a serem cumpridas pelas partes envolvidas para que se mantenha a coerência sistêmica, isto é, a unidade jurídica da esfera comercial no plano internacional³⁰¹.

Observado o regionalismo econômico sob o prisma exógeno, isto é, em relação ao sistema multilateral de comércio, seu ponto sensível se desloca da concessão de preferências aos membros da iniciativa local para a não extensão automática desses benefícios aos demais signatários do GATT. Nesse contexto, o regionalismo, ao contribuir para a liberalização das trocas comerciais, pode se apresentar como complementar ao multilateralismo e harmonizar-se a ele à luz do princípio da subsidiariedade e desde que devidamente respeitada a primazia da iniciativa geral³⁰².

Cumprido tal requisito de conformação, um processo de integração localizado, entendido como “um conjunto de medidas de caráter econômico que tem por objetivo promover a aproximação e a união entre as economias de dois ou mais países”, se inseriria, portanto, em um âmbito maior de liberalização mercantil, coordenado e estruturado pelo sistema GATT/OMC.³⁰³ Nesse sentido, a relação entre o geral e o específico no sistema global de comércio pressupõe o entendimento do funcionamento dos requisitos à admissão de sujeitos internacionais como partes do GATT e, conseqüentemente, da OMC.

Consoante estabelecido no tratado-marco multilateral, a adesão ao acordo geral dependeria exclusivamente do cumprimento dos critérios nele estabelecidos e inexistiria, portanto, a necessidade, por exemplo, de participação em alguma iniciativa regional e, nem

³⁰¹ CASELLA, Paulo Borba. Resultados da rodada uruguaí – aspectos legais e constitucionais de sua implementação no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coord.) Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil. São Paulo: Ltr, 1998. pp. 213-214. “In verbis”: “[...] a implementação, muito embora permanecendo em aberto, por muitas e relevantes razões, tanto de ordem interna como externa, legais como econômicas, estruturais e também em razão de circunstâncias vinculadas aos acordos econômicos regionais, como também é o caso para o Brasil e seus parceiros, no âmbito do Mercado Comum do Sul, o MERCOSUL, vinculando-nos, desde o primeiro momento, com a Argentina, o Paraguai e o Uruguai, posteriormente também com o Chile e a Bolívia. A concomitância de processos internos, integração regional e inserção no comércio mundial traz extensa e complexa gama de exigências interativas.”

³⁰² LAFER, Op. cit., nota 259. p. 92. “In verbis”: “O regionalismo pode e deve ser visto como processo complementar do sistema multilateral de comércio. Conceitualmente, essa visão de complementaridade corresponde a uma aplicação, no plano internacional, do ‘princípio da subsidiariedade’ [...]”

³⁰³ LOBO, Op. cit., nota 208. p. 203. “ipsis literis” e aprofundado “in verbis”: “Deve ser analisado no contexto da globalização, concebida como ‘a interpenetração profunda da produção de mercadorias e serviços, organizada à escala internacional, baseada em inovações e progressos técnicos, apoiada num mercado financeiro internacional que torna possível realizar transações financeiras numa questão de segundos e flanqueada por um desarmamento mundial de barreiras comerciais por organizações de âmbito mundial, como a OMC – Organização Mundial do Comércio, e por pactos de âmbito regional, determinando uma diversificação internacional da produção de mercadorias e serviços”

mesmo, que o aspirante exista para o direito internacional geral como um Estado-nacional, isto é, como um país.

Uma região aduaneira devidamente consolidada cumpriria, assim, todos os requisitos necessários a sua admissão no sistema GATT/OMC como membro, desde que sua ordem jurídica, considerada como um todo, possuísse condições de se adaptar aos dispositivos do tratado geral³⁰⁴. Importante pontuar, ainda, que a admissão ao organismo multilateral importa necessariamente a aceitação de toda a normativa até então produzida e consolidada, é dizer, não se pode tomar parte na OMC incorporando apenas parcialmente os acordos firmados anteriormente³⁰⁵.

O reconhecimento de regiões aduaneiras e a conseqüente desnecessidade de que seus membros constituam Estados consubstancia a principal semelhança entre o regionalismo admitido no âmbito da OMC e os processos internos de integração que culminaram no surgimento de Estados-nacionais. Tal semelhança pode servir, ainda, como justificativa às exceções preferenciais permitidas mediante a conformação das ordens regionais com os princípios multilaterais de comércio, mas não consegue afastar, entretanto, os riscos para o multilateralismo representados por práticas regionais restritivas à liberdade mercantil geral³⁰⁶.

Conforme ressaltado, no modelo multilateral do GATT o regionalismo iria, em rasa análise, de encontro ao princípio da não-discriminação que se encontra no cerne de todo o sistema geral. Assim, quando um dos membros da OMC firma um acordo regional e garante aos seus signatários condições de comércio mais favoráveis que aquelas concedidas aos outros

³⁰⁴ MCRAE, Op. cit., nota 101. p. 179. “In verbis”: “Membership in the WTO involves commitments on market access, and it imposes obligations that may require the enactment of laws that will provide a reasonable assurance that these obligations will be met. In this regard, admission to membership in the WTO resembles admission to membership in the European Union (EU). The EU is of course limited to European States; the WTO is, as its name implies, a world trading régime. Yet access is dependent on meeting conditions that the existing members set. There is no inherent right to participate in this régime. Statehood is not a virtual guarantee of admission.”

³⁰⁵ LEHFELD, Lucas de Souza. Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação. In: FIORATI, Jete Jane. Novas vertentes do direito do comércio internacional. Barueri: Manole, 2003. pp. 86-87. “In verbis”: “Somente é possível o ingresso do país interessado na OMC se esse aceitar todos os acordos formalizados pela organização, como um conjunto indissociável. Trata-se do *Single Undertaking*, característica fundamental para a universalização das práticas comerciais realizadas na ordem internacional. A título de exemplificação, a China, país que recentemente ingressou na OMC, teve de aceitar todos os acordos já formalizados nesse fórum de negociações multilaterais.”

³⁰⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Op. cit., nota 233. p. 65. “In verbis”: “Las razones que justifican la integración económica entre diversos países son análogas a las que justifican el proceso de integración dentro de un mismo Estado soberano, y ello constituye un argumento de peso en el sentido de que las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio auténticas no plantean en si mismas una amenaza a los esfuerzos por promover una integración continua en el sistema de comercio mundial. Si bien pueden descartarse los juicios a priori con respecto al riesgo que representa la integración regional para el sistema mundial de comercio, ello no significa que en la practica esos riesgos no existan.”

membros da organização multilateral surge um conflito imediato com o princípio da não-discriminação, um dos fundamentos da OMC, descrito no artigo primeiro do GATT, isto é, na chamada cláusula da nação mais favorecida.

O aparente conflito se resolve, nesse caso, por meio da previsão, no próprio sistema do GATT, de exceções à regra geral da não-discriminação, as quais consistem, em síntese, no artigo XXIV do GATT - inclusive o entendimento sobre sua interpretação de 1994 -, na decisão de 1979 do GATT conhecida como Cláusula de Habilitação e no artigo V do GATS, o qual regula os acordos de comércio regionais sobre serviços.

As três exceções mencionadas dispõem sobre acordos regionais de escopos distintos. Se justificados com base no artigo XXIV do GATT, tratam-se de acordos para a constituição de zonas de livre comércio e uniões aduaneiras relacionadas ao comércio de bens. Os países em desenvolvimento podem se utilizar da Cláusula de Habilitação para justificar a celebração de acordos com o objetivo de redução de tarifas e o artigo V do GATS refere-se aos acordos regionais relacionados ao comércio de serviços.

Ainda que se analisem os acordos preferenciais à luz de todas essas condições comerciais que conduzem a normativa geral, há que se admitir no regionalismo econômico o enorme peso de questões políticas em grande parte das iniciativas posto funcionar muitas vezes a integração econômica como instrumento de integração política. Julgar um acordo regional por critérios meramente econômicos pode ser, desse modo, bastante temerário e essa dificilmente se transformará na única regra de conformação a ser seguida na condução da liberalização do comércio internacional³⁰⁷.

³⁰⁷ ROESSLER, Op. cit., nota 160. p. 312-313. "In verbis": "The partners to these agreements generally wish to create closer economic ties in order to create greater political cohesion between them. [...] The proposal to judge RIAs in the light of economic efficiency considerations [...] cannot easily be transformed into a rule of conduct capable of influencing the behavior of governments negotiating a regional agreement. [...] the idea that RIAs should be permitted by the GATT only if they create trade or if they create more trade than they divert cannot be transformed into a rule of conduct capable of guiding the behavior of governments negotiating RIAs."

4 COMÉRCIO INTERNACIONAL: REGIONALISMO, MULTILATERALISMO E COMPATIBILIDADE

A multiplicação de acordos regionais firmados nas últimas décadas e a consolidação do sistema multilateral de comércio na estrutura GATT/OMC colocaram a relação do local com o global, ou seja, a compatibilidade entre as iniciativas localizadas e as normas gerais, no centro das atenções do direito do comércio internacional da atualidade. Muito se afirma a necessidade de compatibilização, de conformação dos sistemas menores com o acordo geral, mas pouco se discute o conteúdo e os reais limites dessa harmonização exigida.

O número reduzido de participantes e as recorrentes motivações não econômicas do regionalismo fazem com que tais processos de cooperação desenvolvam-se em ritmo mais acelerado que a iniciativa multilateral e incluam em sua normativa temas ainda não negociados no âmbito da OMC. Uma das preocupações sistêmicas que justificam a necessidade de compatibilização se concentra exatamente na dúvida existente entre o fortalecimento ou enfraquecimento dos avanços multilaterais pelas experiências preferenciais locais³⁰⁸.

Para evitar o desmonte do sistema geral do GATT pelos acordos regionais, criaram-se ao longo dos anos critérios para a legitimação dessas iniciativas baseados, principalmente, na aferição de prejuízos a terceiros não participantes³⁰⁹. Assim, a perspectiva do prejuízo surge como um dos referenciais adotados para a verificação da harmonização do local com o global em leitura tendente a vincular as exceções permitidas à vedação de que os demais membros da

³⁰⁸ THORSTENSEN, Vera. Os acordos regionais e as regras da OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. OMC e o comércio internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 161. "In verbis": "A questão da multiplicação dos acordos regionais de comércio no mundo atual vem despertando crescente interesse. A discussão se centra no entendimento, de um lado, de que os acordos regionais, por liberalizarem o comércio entre as partes e incluírem temas ainda não negociados no âmbito da OMC, estariam fortalecendo o sistema multilateral de comércio. De outro lado, o argumento é de que os acordos regionais estariam criando suas próprias regras e essas estariam minando o sistema multilateral. Diante desse conflito, o papel a ser desempenhado pela OMC torna-se ainda mais relevante, não só para o estabelecimento de regras sobre a compatibilidade dos acordos regionais com as regras sobre a compatibilidade dos acordos regionais com as regras multilaterais, como também para a supervisão da aplicação de tais regras na formação e na evolução desses acordos."

³⁰⁹ BLACKHURST, Op. cit., nota 117. p. 421. "In verbis": "[...] GATT facilitates RIAs by providing na internationally sanctioned framework within which countries can pursue regional integration without fear of jeopardizing relations with third countries."

OMC sejam prejudicados³¹⁰. A simplicidade desse critério mostra-se, entretanto, apenas aparente em vista da grande dificuldade em se determinar, por exemplo, as situações que constituiriam prejuízos a terceiros.

A falta de critérios confiáveis, conforme apontado, reforça a fragilidade da linguagem da doutrina internacionalista que, ao exigir a compatibilidade, não busca determinar de forma concreta seu conteúdo e, quando o faz, adota perspectivas simplistas que associam conformação com a proibição ao desvio de comércio e indicando a necessidade de constante verificação fática³¹¹. Uma série de conclusões jurídicas podem, entretanto, ser extraídas dos pressupostos incorporados à ordem legal do comércio internacional e adotadas pela doutrina hoje quando do estudo da conformação entre o regional e o multilateral.

A primeira premissa vislumbrável nesse debate acerca da compatibilização seria aquela da coerência sistêmica existente entre os regimes local e geral. Ora, havendo a exigência de compatibilidade, subsiste unidade sistêmica e, em decorrência lógica, surge a perspectiva positivista como paradigma de análise mais habilitado à sua aferição.

A adoção de parâmetros positivistas kelsenianos, entretanto, baseados na viabilização da coerência jurídica por meio da instituição de mecanismos de sanção para o descumprimento das regras, traz novos desafios ao debate em razão de o direito internacional – e especificamente o GATT – não dispor de mecanismos eficientes de coerção que tenham o condão de coibir eventuais transgressões. Assim, em razão da frágil estruturação da coerência sistêmica, não se torna difícil imaginar a outorga de preferências recíprocas entre membros de uma iniciativa regional que vão de encontro às normas gerais exatamente em razão das dificuldades de se fazerem as regras em abstrato respeitáveis no contexto do direito internacional³¹².

³¹⁰ LAFER, Op. cit., nota 259. p. 84. “In verbis”: “Essa verificação consiste basicamente em determinar se o esquema de integração criado, ao estabelecer preferências regionais, não prejudicou os demais membros da OMC.”

³¹¹ CORRÊA, Op. cit., nota 144. p. 84. “In verbis”: “Parece, no entanto, que a avaliação, quanto à complementaridade ou não entre regionalismo e multilateralismo, deve ser realizada permanentemente através da verificação dos efeitos de criação e desvio de comércio, ocasionados por cada uma das iniciativas regionais, isto devido ao próprio caráter dinâmico dos efeitos de criação e desvio de comércio.”

³¹² KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 41. p. 65. “In verbis”: “We often allow the reason for the rule to override the rule. We do this because we believe the rule itself has no intrinsic worth. If it fails to support the purpose for which it was enacted – or worst, prevents its attainment – why should it be honored? In domestic society, abstract law-obedience can be defended in view of the routine nature of the cases that arise, and the dangers attached to entitling citizens to think for themselves. Such arguments are weak in the international realm where situations of law-application are few, and disadvantages of obedience often significant. [...] The European Union is not going to give up the prohibition of importation of hormone meat merely because a WTO dispute settlement organ may have decided it should do so. The importance of the interest in living

Os dispositivos do artigo XXIV do GATT impõem, por exemplo, controle muito mais formal do que efetivo à permissão de concessão de tratamento mais favorável entre participantes de iniciativas que objetivem a criação de zonas de livre comércio e uniões aduaneiras. Essa prevalência do formalismo à substância, caso fosse assumida em definitivo como opção institucional, poderia sinalizar, por exemplo, o abandono da análise material de consistência em favor da simples exigência de transparência procedimental³¹³, mas potencializaria, por outro lado, o risco de perpetuação das incongruências prejudiciais à unidade.

À medida que se aprofunda o diagnóstico teórico da referida compatibilidade, mais latente se apresenta a questão unitarista. De fato, a assunção de que determinado sistema mercantil regional poderia ser incompatível com o acordo comercial geral sugere a possibilidade de existência de antinomias entre o local e o global e, portanto, sua identificação como integrantes de um sistema jurídico uno regulamentador do comércio internacional.

A unidade sistêmica não significa identidade temática e normativa e não impede, inclusive, que o regional e o multilateral sejam reconhecidos como regimes legais autônomos, desde que, conforme ressaltado, compatíveis e congruentes. As peculiaridades das lógicas internas das ordens normativas locais, ainda que estabeleçam uma dualidade de regimes jurídicos, impedem que argumentos fragmentários se sustentem exatamente quando cumprem a exigência de congruência com o ordenamento multilateral³¹⁴

A compatibilização não parece ser, entretanto, considerada com atenção no momento da celebração de tratados. Isso se deve, principalmente ao fato de a conclusão de tratados entre membros da comunidade internacional ocorrer de maneira extremamente desordenada e de

peacefully with a powerful neighbor and of deciding on national health standards vastly outweighs any consideration about the importance of abstract law-obedience.”

³¹³ PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Direito institucional e material do MERCOSUL. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 27. “In verbis”: “[...] o economista [Sam Laid] sugere que, em vez de analisar a consistência dos acordos regionais de comércio com as regras da OMC, deveria ser exigida transparência nesses pactos. Em realidade, pode-se dizer, o Art. XXIV do GATT impõe um controle mais formal do que efetivo sobre todos esses acordos comerciais, tentando evitar, assim, que sua proliferação não venha a colocar em risco todo o sistema multilateral de comércio, cuja pedra angular é justamente o tratamento da nação mais favorecida.”

³¹⁴ LAFER, Op. cit., nota 259. p. 92., explicando o princípio da subsidiariedade “in verbis”: “vale dizer, a articulação da pluralidade das comunidades – a de vocação universal, representada pela OMC, e as de escopo regional –, mediante o reconhecimento da dualidade de regimes jurídicos, que devem ser compatíveis e congruentes mas que não tendem, necessariamente, à convergência pela identidade. A razão de ser dessa dualidade reside na idéia de que há matérias que, por sua complexidade e sensibilidade política, podem ser melhor equacionadas num âmbito associativo menor do que em escala universal.”

não haver ainda um sistema rígido que coordene a harmonização entre os compromissos assumidos. Nesse cenário, uma série de tratados não formam um conjunto, mas, na verdade, uma acumulação de normas internacionais e nem mesmo a institucionalização do direito internacional de maneira consistente a partir da segunda metade do século XX logrou modificar tal característica³¹⁵.

Ainda que a acumulação de normas fosse admitida como característica sistêmica do direito internacional, quando tratados se referissem ao mesmo assunto ou possuíssem as mesmas partes haveria que se identificar a espécie de relação existente entre eles. A partir de tal premissa, tratados podem ser classificados como complementários, executórios ou esclarecedores em relação a sua referência normativa básica e original anterior, mesmo sem que se admita no direito internacional atual a subordinação tácita, ou seja, identificável sem prévio acordo expresso nesse sentido³¹⁶.

Admitidas tais regras gerais, é de se apontar a existência de determinados grupos excepcionais de tratados que não se encontram em relação de subordinação, mas de interdependência, condicionando-se reciprocamente ao regerem situações jurídicas específicas³¹⁷. Nessa espécie singular de tratados poder-se-iam agrupar os acordos multilateral e regionais que compõem o sistema normativo internacional do comércio. Assim, ainda que não sejam admitidas relações hierárquicas entre a OMC, a ALADI e o MERCOSUL, tais iniciativas podem ser consideradas partes de um único sistema de normas e condicionadas, portanto, à preservação de sua coerência.

³¹⁵ REUTER, Paul. Introducción al derecho de los tratados. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 165. “In verbis”: “Desde un punto de vista puramente formal, todos los tratados aparecen en su relación recíproca como entidades independientes y autosuficientes, como otras tantas mónadas basadas en la norma *pacta sunt servanda*. En términos matemáticos, una serie de tratados no constituye un ‘conjunto’ ordenado sino una mera ‘acumulación’; esta es una consecuencia de la naturaleza de la sociedad internacional; ni la creación de organizaciones internacionales, por universales que estas sean, cambió esta característica fundamental.”

³¹⁶ Ibid. pp. 165-166. “In verbis”: “En otros sentidos, sin embargo, hay muchos puntos de contacto entre los tratados; una cantidad considerable de ellos tienen, en todo o en parte, a las mismas partes, y muchos se refieren al mismo asunto. Esto da lugar a relaciones complejas entre cierto tratados, que varían de acuerdo con las intenciones de las partes. En efecto, muchos tratados deben principalmente su existencia a otro tratado respecto del cual tienen un carácter auxiliar o complementario; así ocurre con los acuerdos que aclaran, complementan o ejecutan un tratado básico, o que lo ‘enmiendan’ o modifican: en principio, estos acuerdos se subordinan al acuerdo básico, a menos que las partes los conciben como autónomos.”

³¹⁷ Ibid. p. 166. “In verbis”: “Sin embargo, debe señalarse que puede existir una interdependencia igualmente estrecha entre los tratados que no se subordinan a otros, sino que simplemente están condicionados por ellos. Desde un punto de vista puramente jurídico, hay dos soluciones que deben considerarse equivalentes, aunque sean formalmente diferentes. Primera, cuando se concluye un tratado singular; y segunda, cuando varios tratados formalmente distintos, pero interdependientes, rigen una situación específica. Además, pueden concebirse soluciones intermedias, dependiendo de las necesidades prácticas.”

Nessa classificação pode-se vislumbrar, entretanto, um nó teórico quando aplicada a falta de hierarquia entre os tratados à normativa comercial internacional. Isto se deve, principalmente, à falta de exigência de reciprocidade conformativa do acordo geral com as iniciativas regionais, é dizer, enquanto, por exemplo, o MERCOSUL e a ALADI se referem expressamente ao sistema GATT/OMC, este ignora as normativas regionais quando em sua produção legislativa.

Os acordos regionais de comércio consubstanciarão, assim, espécies híbridas da classificação aduzida posto que, além de complementários ao acordo geral multilateral, estariam diretamente condicionados a ele e seriam, portanto, de alguma forma subordinados. Ressalte-se, nessa assertiva, que uma subordinação hierárquica efetiva não poderia, entretanto, ser caracterizada em razão de tratarem, ao menos em tese, de esferas substanciais distintas do direito do comércio internacional.

De volta às antinomias, para que efetivamente haja possibilidade de conflitos de regras de direito internacional, necessário se faz que as normas envolvidas pertençam ao mesmo âmbito de validade. Especificamente no plano da relação entre o regionalismo e o multilateralismo do comércio internacional, subsiste ainda a premissa subjetiva de os sujeitos envolvidos participem de ambas as iniciativas internacionais. Objetivamente, as antinomias podem se apresentar, assim, desde que – como no caso da relação entre o geral e o local que aqui se estuda – as normativas pertençam a um mesmo sistema legal, ou seja, tratem da mesma matéria e que também, logicamente, encontrem-se em pleno vigor³¹⁸.

Incompatibilidades de regras de direito internacional podem ocorrer não apenas entre um sistema particular³¹⁹ e um geral, destacadas no presente estudo, mas também entre duas

³¹⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A solução de controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 220. “In verbis”: “Os conflitos entre as normas internacionais não ocorrem se antes não estiverem preenchidas algumas condições. Como já visto anteriormente, as normas em colisão necessitam ter o mesmo âmbito de validade. Do ponto de vista subjetivo, pelo menos um Estado deve ser parte de ambos os acordos. Aqui duas possibilidades se delineiam: o Estado poderá ser parte dos dois compromissos ou integrar apenas um deles, sem que isso impeça a ocorrência de antinomia. Sob o ângulo objetivo, os dois tratados deverão ter por escopo lidar com a mesma matéria ou com matérias correlatas. Instrumentos que disciplinam assuntos estranhos entre si complementam-se mutuamente pela previsão de obrigações que se acumulam para os seus signatários. Finalmente, o conflito só se consubstancia se as normas tiverem âmbitos de validade temporal idênticos.”

³¹⁹ Interessante ressaltar a reticência de MELLO, Op. cit., nota 180. p. 16., quanto ao uso do termo “particular” como sinônimo de “regional”, “in verbis”: “A própria denominação ‘regional’ ou ‘particular’ não tem um rigor técnico. A doutrina não tem formulado uma distinção clara entre as duas palavras. Dentro de uma maior exatidão poderíamos assinalar que o DI Regional regula a relação entre os Estados no interior de uma região (contigüidade geográfica e identidades de interesses) e o DI Particular seria o que regula as relações entre alguns estados. Entretanto, nós vimos acima que ainda não é possível se fixar o conceito de região a não ser que nos fixássemos no simples critério de contigüidade geográfica que não

ordens multilaterais ou dois sistemas regionais³²⁰. Sob tal aspecto, torna-se importante estabelecer também a perspectiva a ser adotada em relação às relações existentes entre os sujeitos membros simultaneamente dos acordos global e específico, as quais deverão ser regidas pela vinculante a todas as partes envolvidas, ou seja, pela normativa multilateral geral.

Desse argumento decorrem, por exemplo, explicações para a impossibilidade de disposições constantes em acordos regionais serem apreciadas no âmbito da OMC e fortalece o consenso doutrinário acerca da inexistência de relação hierárquica entre o sistema do GATT e as diversas ordens jurídicas regionais que existem atualmente³²¹. No caso específico do MERCOSUL, devidamente inserido entre as exceções do sistema multilateral de comércio, observa-se que seu corpo normativo se encontra submetido, ainda, tanto ao direito internacional geral, a exemplo das regras sobre direito dos tratados, quanto ao direito internacional regional latino-americano, é dizer, às normas da ALADI³²².

O direito internacional geral não impede, portanto, a formação de ordens jurídicas regionais específicas e tal circunstância se vê hoje definitivamente consagrada no surgimento e na consolidação de diversas organizações internacionais de caráter local produtoras de regras de direito das gentes. No conflito entre o geral e o específico, há que se perceber, mesmo na inexistência de relação hierárquica, a tendência de relativização da prevalência da normativa

é válido. Apesar desta ressalva podemos dizer que o DI Regional é um DI Particular, mas que nem todo DI Particular é Regional.”

³²⁰ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. p. 219. “In verbis”: “A incompatibilidade surge, na esfera internacional, entre duas regras convencionais particulares, entre duas regras convencionais gerais ou entre uma regra convencional geral e uma regra convencional particular.”

³²¹ REUTER, Op. cit., nota 315. pp. 168-169. “In verbis”: “[...] se puede establecer una distinción entre dos conjuntos de relaciones jurídicas: el de las relaciones existentes entre las partes de ambos tratados, y el de las relaciones existentes entre una parte de un tratado y una parte de ambos tratados. Si se acepta esta distinción, deberán determinarse las relaciones existentes dentro del primer grupo, como antes lo vimos, simplemente interpretando la intención de las partes; las relaciones existentes dentro del segundo grupo se rigen por los tratados firmados por ambas partes.”

³²² BASSO, Maristela. As fontes do Direito do MERCOSUL. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1624>>. Acesso em: 14 nov. 2009. “In verbis”: “A Organização Internacional MERCOSUL se submete às regras do direito internacional geral, isto é, ao direito dos tratados, às regras sobre imunidades e privilégios, etc. [...] Também se submete às regras do direito internacional regional latino-americano, em especial aos acordos concluídos pelos Estados-membros entre si, ou seja, os acordos anteriores à vigência do Tratado de Assunção, ou que lhe sejam posteriores mas vinculam a alguns dos membros dos MERCOSUL entre si ou com terceiros países. Têm grande importância os Tratados de Montevidéu da ALALC (1960), da ALADI (1980), assim como os acordos chamados 4+1, que celebrados antes do Protocolo de Ouro Preto, vinculavam os quatro Estados-partes do Tratado de Assunção a outros países.”

especial em vista de uma tendência observável à sobreposição do direito geral ao regional especializado³²³.

Diante da complexidade da ordem internacional atual, é de se observar, finalmente, que os múltiplos sistemas normativos multilaterais, regionais, gerais, específicos, e os rígidos esquemas de validade tradicionalmente aplicáveis tendem a ser gradualmente substituídos pelo diálogo e pela fluidez normativa, num esforço de facilitação da comunicação entre as diversas esferas e, ao mesmo tempo, de preservação do direito internacional e de sua coerência³²⁴.

4.1 Na linguagem dos tratados

Conforme já mencionado anteriormente, a compatibilidade dos acordos regionais de comércio com o sistema GATT/OMC se encontra regida a partir e com base, principalmente, nas exceções permitidas ao princípio da não discriminação positivado na regra da nação mais favorecida. Dentre os dispositivos envolvidos destacam-se o artigo XXIV do acordo geral, parte da ordem legal multilateral desde sua formação, a cláusula de habilitação de 1979 e o artigo V do GATS de 1994.

Além desses três dispositivos apontados, a análise de compatibilidade entre as experiências regionais e as regras da OMC conta ainda com o Entendimento Relativo à Interpretação do Artigo XXIV do GATT - descrito capítulo 2.1.4.1, o qual estipula em detalhes o procedimento a ser seguido tanto no exame de compatibilidade quanto no que se refere às recomendações a serem feitas às partes envolvidas³²⁵. Todo esse conjunto normativo

³²³ MELLO, Op. cit., nota 180. p. 20. “In verbis”: “A conclusão que podemos apresentar é que o sistema jurídico universal não impede a formação de um DI Regional e, pelo contrário, é quase um estímulo a sua formação tendo em vista a quase inexistência de normas imperativas no plano universal. Por outro lado, o regionalismo existe como uma força, que foi consagrada nas organizações internacionais. As organizações regionais atuam como uma primeira instância na solução de conflitos e respeitam a Carta da ONU. O regionalismo pode conduzir a formação de um DI Regional que tem assim o seu ‘status’ consagrado na ordem jurídica internacional. É bom deixar claro, que em caso de conflito entre o D. Universal e o D. Regional é aquele que deve prevalecer.”

³²⁴ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. pp. 239-240. “In verbis”: “A pluralidade, a complexidade, a fluidez e o dinamismo se tornaram características das normas internacionais. Nesse ambiente, o ‘diálogo’ das fontes é instrumento de grande valia porque facilita a comunicação dos subsistemas entre si e com as regras gerais do direito internacional.”

³²⁵ LAFER, Op. cit., nota 259. p. 84. “In verbis”: “Após reconhecer que os acordos regionais de comércio aumentaram em número e em importância, o Entendimento estipulou o procedimento a ser seguido tanto no exame quanto na elaboração de recomendações.”

cria, de fato, regras de compatibilidade, mas se pauta em termos jurídicos excessivamente abertos e não fornecem, portanto, critérios objetivos, claros à aferição da compatibilidade entre o geral e o particular no âmbito das normas reguladoras do comércio internacional.

No que se refere especificamente ao artigo XXIV, não se discutiu em profundidade nos anos iniciais da vigência do GATT 1947 o significado dos termos da exceção permitida. Essa omissão se deveu, principalmente, à ausência de paradigmas, ou seja, à falta de acordos regionais notificados que demandassem a exegese do texto multilateral quanto à referida exceção.

A situação começou a mudar quando da notificação do Tratado de Roma³²⁶ em 1957, mas a temática apenas foi definitivamente retomada na Rodada Uruguai principalmente em decorrência da proliferação de acordos regionais e em razão do risco que a falta de exatidão hermenêutica representava – e ainda representa – ao sistema multilateral³²⁷.

Torna-se importante salientar, uma vez mais, a polêmica relacionada à abrangência dessa exceção. Parte da doutrina insiste em entender a permissividade ali contida como mitigação apenas do artigo I do tratado, ou seja, do princípio da não discriminação tão basilar ao sistema multilateral. Dessa forma, os acordos regionais se compatibilizariam com as regras do GATT se cumprissem os requisitos contidos no artigo XXIV à luz do artigo I do tratado.

Outra corrente defende, por outro lado, que o artigo XXIV representaria, na verdade, uma permissão de mitigação de todo o sistema GATT/OMC em favor de iniciativas regionais econômicas e, assim, que o acordo local poderia desconsiderar, segundo o prescrito no artigo XXIV, toda a normativa geral estabelecida³²⁸. A partir de qualquer das duas perspectivas,

³²⁶ OLIVEIRA, Op. cit., nota 93. pp. 320-321. “In verbis”: “As normas do Artigo XXIV do GATT sobre acordos regionais de integração, durante os dez primeiros anos de sua existência, foram pouco usadas, constituindo-se, até então, elemento secundário junto às relações comerciais mundiais. A situação mudou em 1957, quando notificado ao GATT a criação do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Européia (CEE) e, quando também, pela primeira vez, foram interpretados alguns dispositivos do artigo XXIV.”

³²⁷ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. p. 210. “In verbis”: “[...] o artigo I do GATT (1947) ao tratar das exceções ao princípio da NMF era suficientemente vago para permitir interpretações muito distintas. Da mesma forma, o artigo XXIV do GATT (1947), que tratava dos acordos regionais de comércio, também era pouco preciso. Em face do crescimento acelerado dos acordos preferenciais a partir do final dos anos setenta e a pouca clareza dos artigos que tratavam desse assunto no GATT (1947), muitos consideravam que estava ocorrendo uma série de abusos por parte dos Países-Membros. Por essa razão, já na Rodada do Uruguai procurou-se disciplinar a matéria. Contudo, os esforços nesse sentido foram infrutíferos. Como a questão da proliferação dos acordos regionais de comércio só se tornou mais complexa nos últimos anos esse tema foi incluído novamente na atual Rodada Doha.”

³²⁸ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308. p. 176. “In verbis”: “As discussões sobre o tema apresentam duas posições. A primeira defende que o Artigo XXIV deve ser considerado como uma derrogação apenas do Artigo I do GATT, sobre a cláusula NMF (nação mais favorecida) de não-discriminação entre nações, e que se refere a direitos aduaneiros e taxas, bem

verificam-se no corpo do artigo XXIV do GATT preceitos – principalmente elencados entre os parágrafos 4 e 10 - que sugerem os contornos necessários à conformação dos tratados locais com o acordo geral.

Nesse sentido, o parágrafo 4 do artigo exige, como prerrogativa de enquadramento no regime geral, que os acordos regionais de comércio tenham a finalidade de facilitar o comércio e não levantem barreiras para terceiros nem mesmo em razão desse objetivo maior. Subsistem controvérsias, entretanto, quanto à função do referido parágrafo na sistemática do tratado, posto existirem posicionamentos que o enquadram como uma mera introdução, um preâmbulo para os parágrafos 5 a 8, e outros que observam estarem ali contidas obrigações adicionais relevantes³²⁹. De uma forma ou de outra, a redação aberta do dispositivo permite, cumpre ressaltar, que se interpretem seus preceitos como permissivos à criação ou ao desvio de comércio, desde que não sejam criadas barreiras a terceiros membros³³⁰.

O parágrafo 5 do mesmo artigo XXIV traz à discussão da harmonização um parâmetro apenas aparentemente objetivo à aferição da compatibilidade das uniões aduaneiras com o acordo geral. Trata-se da necessidade de que a unificação tarifária não provoque aumento na incidência geral das obrigações aplicáveis a terceiros não participantes da iniciativa regional, cujo cálculo não se encontra definido de maneira clara e não esclarece, por exemplo, se deveria ser feito a partir de um cálculo geral ou por setores³³¹.

como métodos de aplicação, regras e formalidades sobre direitos e taxas. Isso implica que as partes de um ARC devem cumprir todos os outros dispositivos da OMC. Assim, o Artigo XXIV não permite direitos adicionais para as partes do acordo, e não deve ser usado como cobertura legal para medidas incompatíveis com o GATT. Em outras palavras, só se aplica a direitos e taxas relacionadas a importações e exportações. A segunda posição defende que o Artigo XXIV deve ser considerado uma derrogação de todos os dispositivos do GATT e não apenas do Artigo I. Assim, as partes de um ARC não devem ser restringidas para utilizar outras medidas de comércio, ao cumprir o Artigo XXIV. Por exemplo, salvaguardas estabelecidas dentro de um ARC podem ter dispositivos diferentes dos dispositivos da OMC, desde que não afetem os direitos das terceiras partes.”

³²⁹ Ibid. p. 174. “In verbis”: “O parágrafo estabelece que a finalidade de um acordo regional deve ser a de facilitar o comércio entre as partes e não a de aumentar as barreiras ao comércio com as terceiras partes. A primeira questão levantada está relacionada com a interpretação do Parágrafo, se ele é apenas uma introdução às exigências contidas nos parágrafos 5 a 8, ou contém exigências adicionais. Alguns membros defendem a idéia de que existem exigências adicionais, relacionadas à cobertura dos acordos. Assim, quando lido em conjunto com o Preâmbulo do Parágrafo 1, do Entendimento de 1994, tais Membros lêem as palavras ‘os ARCs devem satisfazer, dentre outras, as disposições dos Parágrafos 5 a 8’, como indicando que existem outros critérios além dos estabelecidos pelos Parágrafos 5 a 8, para se determinar a compatibilidade dos ARCs com as regras do GATT.”

³³⁰ Ibid. p. 174. “In verbis”: “[...] o Parágrafo 4 poderia, inclusive, permitir um teste de criação ou desvio de comércio, ao afirmar que os ARCs não devem levantar barreiras ao comércio com terceiras partes.”

³³¹ Ibid. p. 178. “In verbis”: “Cálculo da ‘incidência geral’, no caso das uniões aduaneiras – Entendimento sobre o Artigo XXIV, Par. 5. O Entendimento estabelece que o cálculo deve computar médias ponderadas das taxas tarifárias e menciona uma estimativa global (overall assesment). Algumas questões que se colocam são: se a avaliação deve ser feita de forma

Outra questão bastante relevante na redação do parágrafo reside no estabelecimento de regras distintas para uniões aduaneiras e áreas de livre comércio. O preceito geral estabelece que nenhuma das duas pode aumentar as restrições ao comércio, mas enquanto nas uniões aduaneiras a comparação para verificação deve ser feita entre direitos e regulamentos impostos pela união com os aplicados pelos membros antes, nas áreas de livre comércio ela deve se dar entre direitos e regulamentos mantidos pela área e os existentes em cada um dos membros do acordo regional anteriormente³³².

O mesmo parágrafo determina que no caso de acordos provisórios, os mesmos deverão necessariamente apresentar um plano e um programa para a consolidação da união aduaneira ou da zona de livre comércio a que se referem em um prazo máximo de dez anos³³³. Importante ressaltar, ainda, que o próximo parágrafo do artigo XXIV do GATT, o de número 6, permite que membros de acordos regionais proponham aumentos tarifários inconsistentes com a regra do parágrafo 5 desde que promovam uma negociação prévia com as partes diretamente afetadas pela medida a ser adotada³³⁴.

Já o parágrafo sétimo consubstancia exemplo de incorporação à ordem legal criada pelo acordo geral de obrigações baseadas no princípio da transparência ao estabelecer a exigência de pronta notificação ao sistema GATT/OMC de toda e qualquer iniciativa regional concluída entre membros do acordo geral³³⁵. Tal dispositivo deve ser entendido como

total, ou por setores, ou ainda país a país, uma vez que as exportações das terceiras partes podem estar concentradas em alguns poucos setores ou países [...]"

³³² Ibid. p. 179. "In verbis": "A questão é que o Parágrafo [5] determina a comparação de direitos e outros regulamentos 'impostos' por uma união e aqueles 'aplicados' por cada uma de suas partes antes da formação do acordo. No caso das áreas de livre comércio o Parágrafo determina a comparação entre direitos e regulamentos 'mantidos' pela área e os 'existentes' em cada uma das partes do acordo. Temos assim dois pares de regras: as 'impostas e as aplicáveis' e as 'mantidas e as existentes'."

³³³ A redação do item c do parágrafo quinto do Artigo XXIV se refere a "um prazo razoável", termo definido pelo artigo terceiro do Entendimento Relativo à Interpretação do Artigo XXIV do GATT como não "superior a 10 anos salvo em casos excepcionais."

³³⁴ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308. p. 170. "In verbis": "No caso de uma união aduaneira, se uma parte propõe um aumento de alguma tarifa de forma inconsistente com suas obrigações registradas em sua lista de concessões (aumento de tarifa acima dos níveis consolidados pelo Artigo II), tal parte deve entrar em negociação com as partes diretamente afetadas. Ao oferecer ajustes compensatórios, devida conta deve ser dada para as compensações já realizadas pelas reduções fornecidas por outras partes da união (Artigo XXIV.6)."

³³⁵ Ibid. p. 170. "In verbis": "As partes contratantes que decidirem criar uma união aduaneira ou área de livre comércio devem prontamente (promptly) notificar o GATT, fornecendo todas as informações relevantes. Tais informações permitirão ao GATT elaborar relatórios e recomendações que se considerem apropriados, sobre a compatibilidade do acordo às regras do GATT (Artigo XXIV.7)."

obrigação basilar, fundamental à manutenção da coerência do sistema internacional de comércio.

O parágrafo 8 do artigo repete a sistemática do parágrafo 5 ao trazer à análise de compatibilidade aqui analisada critério apenas aparentemente objetivo de aferição ao não definir concretamente seus parâmetros de aplicação. As críticas doutrinárias concentram-se, aqui, principalmente, na exigência de que o acordo firmado tenha abrangência de “parte substancial do comércio”, sem delimitar os limites de tal expressão, e na questão do não aumento na proteção do comércio local pelo estabelecimento da iniciativa regional. Mais uma vez não se trata de críticas que alertem sobre a necessidade de alteração da letra do tratado, mas tão somente da forma como se interpretam suas premissas³³⁶.

A falta de solução para o impasse relacionado ao termo mencionado tende a favorecer atualmente alguns membros da OMC, mormente aqueles que fazem parte de acordos regionais incompletos ou deficientes, mas tal falta de consenso acaba deixando, na verdade, sua definição a cargo da discricionariedade do comitê de acordos regionais e do órgão de solução de controvérsias³³⁷ e dando a esses órgãos maior liberdade de ação em seus procedimentos de exame de conformidade.

Outra questão importante no parágrafo 8 seria o conceito de “direitos e outros regulamentos restritivos de comércio”. Não existe, ainda, uma definição precisa desse termo e há dúvidas a respeito do enquadramento de práticas tais como salvaguardas e medidas antidumping em seu conceito³³⁸. Alguns autores apontam que o rol seria taxativo e abrangeria o sentido regular do termo, mas o órgão de solução de controvérsias parece tender atualmente

³³⁶ BLACKHURST, Op. cit., nota 117. p. 423. “In verbis”: “A number of analysts believe that the criteria in Article XXIV are not the best available for ensuring that a particular agreement will not create problems, either for third countries or for the global trading system. The focus of the criticism is not on the ‘substantially-all-trade’ requirement, which virtually all impartial trade specialists accept as the key to avoiding a mass of protectionist-oriented agreements that exclude broad ranges of ‘sensitive’ sectors. Rather, the focus is on alternatives to the ‘no-increase-in-protection’ requirement.”

³³⁷ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. p. 360. “In verbis”: “Non-action on this issue may in fact accord with the wishes of most WTO Members. Clarification of this term would inevitably limit the discretion of both the CRTA and WTO adjudication bodies, which may not be welcome.”

³³⁸ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308. p. 180. “In verbis”: “O Artigo XXIV não dá uma definição para ‘ORRC’, mas apresenta uma lista limitada de exceções relacionadas a restrições quantitativas e às exceções gerais do GATT (Artigos XI, XII, XIII, XIV, XV e XX). A questão é se as salvaguardas, as medidas Anti-dumping e anti-subsídios aplicadas entre as partes, ou por uma parte contra terceiros, podem ser consideradas ‘ORRCs’.”

a estender seu conteúdo e isso pode significar incremento da tolerância na apreciação dos acordos regionais e de suas práticas³³⁹.

Saída à interpretação de termos com sentido aberto como os mencionados pode estar contida nas regras hermenêuticas estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Nesse sentido, consoante pronunciamento do próprio órgão de solução de controvérsias da OMC, o conteúdo dessas expressões indefinidas deve ser buscado na prática e na jurisprudência – artigo 31 da referida convenção - e também no que se possa extrair dos trabalhos de negociação e elaboração dos tratados – artigo 32³⁴⁰.

De uma forma ou de outra, o mandamento do parágrafo 8 a do artigo XXIV estabelece de maneira bastante clara que uma união aduaneira consubstancia a substituição de mais de um território aduaneiro por um único, no qual os direitos e regulamentos restritivos ao comércio são eliminados em relação à parte substancial do comércio³⁴¹. Urge salientar, finalmente, a possibilidade dada pelo artigo 10 para que acordos preferenciais sejam estabelecidos entre partes sem que configurem uma zona de livre comércio mediante aprovação de 2/3 dos membros do GATT³⁴².

Muito se discute hoje a necessidade de reformulação do texto do tratado do GATT especificamente no que se refere às exceções regionais permitidas. Dentre os argumentos apresentados, encontram-se a necessidade de maior segurança e previsibilidade na análise da

³³⁹ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. p. 361-164. “In verbis”: “The term ‘other restrictive regulations of commerce’ is not further defined. The ordinary meaning of the term, however, seems to prohibit any regulation that restricts commerce other than those mentioned in the parenthesis. [...] By extending the list of the terms in the parenthesis of Article XXIV:8, WTO adjudicating bodies show a ‘conciliatory attitude’ vis-à-vis reality and a willingness to keep up with modern times. The impact, of course, will be an easier standard for aspiring PTAs”

³⁴⁰ Ibid. p. 356. “In verbis”: “Thus, 50 years of GATT practice later, the term ‘substantially all the trade’ remains unclear. To interpret this term, we observe the constraint imposed by Article 3.2 of the Dispute Settlement Understanding (DSU) that any interpretation advanced has to be in conformity with the customary rule of interpretation in Article 31 of the Vienna Convention. [...] If the interpreter still finds the meaning of the term to be manifestly ambiguous or unreasonable, recourse may be made to supplementary means of interpretation (Article 32 of the Vienna Convention), the preparatory work (travaux préparatoires) of an international treaty (in our case, the GATT).”

³⁴¹ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308. p. 171. “In verbis”: “Uma união aduaneira deve ser entendida como a substituição de dois ou mais territórios aduaneiros por um único território aduaneiro, de forma que os direitos e outros regulamentos restritivos ao comércio sejam eliminados com relação a substancialmente todo o comércio (substantially all the trade) entre as partes da união, ou pelo menos em relação aos produtos originários nas partes dessa união. Parcela substancial de direitos e outros regulamentos do comércio aplicados por cada parte da união ao comércio com as terceiras partes também deve ser a mesma (substantially the same) (Artigo XXIV.8.a).”

³⁴² THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. p. 212. “In verbis”: “Adicionalmente, o §10 do artigo XXIV possibilita a aprovação de propostas de acordos preferenciais que signifiquem uma liberalização parcial, sem configurar uma área de livre comércio, ainda que não cumpram com os requisitos dos parágrafos 5º a 9º. Para tanto é necessária a aprovação de 2/3 dos membros do GATT/WTO.”

compatibilidade, ainda que não se possa definir com precisão se o atual sistema de exame de compatibilidade preserva as regras multilaterais estabelecidas no acordo geral ou deixa que iniciativas regionais violem suas premissas.

Nesse sentido, é de se reafirmar que, caso o atual sistema realmente permita violações, subsiste a possibilidade de não se tratar de deficiências na redação do tratado, mas, na verdade, da eficácia da imposição de limites às preferências locais permitidas. Alterar o texto do tratado poderia ser, na verdade, desastroso, pois tenderia a colocar luz sobre a ineficácia do sistema multilateral de exame de conformidade e dificultar ainda mais a harmonização do sistema de comércio internacional³⁴³.

4.2 Doutrina e a compatibilidade

Positivamente, a cláusula da nação mais favorecida existente no sistema jurídico geral de comércio não expressaria princípios cogentes inerentes ao direito internacional geral, ou seja, não consubstanciaria regra costumeira e necessitaria de uma previsão pactícia que a previsse. O estudo da compatibilidade à luz dessa perspectiva não trataria, portanto, de um conflito de valores, mas de exceções a uma previsão positiva, legalmente estabelecida, e cuja inexistência autorizaria a criação indiscriminada de barreiras mercantis³⁴⁴.

A premissa básica, da qual parte a maioria das técnicas propostas à aferição da compatibilidade, estabelece que o regionalismo apenas se justificaria como exceção ao multilateralismo econômico quando vantagens locais forem criadas sem que os outros membros do contexto global sejam prejudicados³⁴⁵. Cumprido tal requisito, poder-se-ia

³⁴³ BLACKHURST, Op. cit., nota 117. p. 423. “In verbis”: “When considering reforms, it is important to distinguish between the issue of rules, and the issue of compliance with the rules. If compliance is a problem, and many would argue that it is, then strengthening of the rules without any change in the incentives for compliance would risk creating an even larger gap between obligations and performance.”

³⁴⁴ JACKSON, Op. cit., nota 126. p. 158. “In verbis”: “One question that has been debated is whether any sort of MFN or economic nondiscrimination obligation independent of any treaty clause exists under customary international law. The prevailing view of scholars is that such an obligation exists only when a treaty clause creates it.. Lacking a treaty, nations presumably have the sovereign right to discriminate against foreign nations in economic affairs as much as they wish.”

³⁴⁵ MCMILLAN, John. Does regional integration foster open trade? Economic theory and GATT’s article XXIV. In: ANDRESON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatscheaf, 1994. p. 293. “In verbis”: “It is always possible for a regional integration agreement, formed among an

vislumbrar a plena convergência das iniciativas regionais e multilateral no objetivo de redução dos obstáculos ao mercado internacional³⁴⁶ e compatibilidade poderia ser, assim, encarada como o compartilhamento da meta de formação de um sistema global de comércio mais aberto e livre³⁴⁷.

Nesse sentido, há que se considerar de maneira bastante genérica que, pelo menos em tese e ainda que incompatíveis com o acordo geral, os acordos regionais de comércio e, portanto, a integração econômica, contribuem ao alcance dos principais objetivos multilaterais, ou seja, a liberalização e o incremento do comércio internacional³⁴⁸.

A profundidade das iniciativas regionais surgidas após a segunda guerra mundial, tais como a Comunidade Econômica Européia, ainda que favoreçam ao incremento do fluxo mercantil global, podem representar verdadeiros riscos ao sistema multilateral e não contribuir ao alcance dos objetivos gerais³⁴⁹. Observa-se, nos últimos anos, certo deslocamento dos esforços políticos do multilateralismo ao regionalismo, mas, de uma forma ou de outra, os acordos geral e particulares devem, sempre e na verdade, reforçar-se uns aos outros e não apenas complementar-se³⁵⁰.

No que se refere às condições estabelecidas no artigo XXIV do GATT para que uma iniciativa regional seja considerada compatível com o sistema multilateral, a doutrina tem

arbitrary group of countries, to structure itself in such a way as to make the member countries better off without making any of the non-member countries worst off.”

³⁴⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Op. cit., nota 233. p. 02. “In verbis”: “Las iniciativas regionales y multilaterales tienen en común el objetivo general de obtener, dentro de sus esferas de aplicación respectivas, “la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio”, a que se refieren el Preámbulo del GATT de 1947 y del Acuerdo sobre la OMC.”

³⁴⁷ BLACKHURST, Op. cit., nota 117. p. 420. “In verbis”: “The result is an institutional framework and set of rules through which GATT’s contracting parties can influence RIAs (in particular those covered by Article XXIV) to help ensure that they are compatible with – indeed, contribute to – a progressively more open trading system.”

³⁴⁸ Ibid. p. 421. “In verbis”: “To the extent that they make a new positive contribution to freer trade and increased predictability of boarder and trade-related ‘domestic’ policies – that is, increased predictability of future market access – RIAs support the GATT system by contributing to the achievement of GATT’s primary goal.”

³⁴⁹ Ibid. p. 421. “In verbis”: “When it comes to the question of whether post-war RIAs have supported the multilateral trading system by conforming to the rules and procedures laid down in the GATT, the record is less favorable. This is cause for concern, first because it increases the risk that particular RIAs will contain features that work directly against the goal of increased international integration, and second because the disregard of multilateral rules in one area affects the credibility of the entire system of rules thus its ability to promote international integration.”

³⁵⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Op. cit., nota 173. p. 166. “In verbis”: “Cabe destacar dos preocupaciones principales: la fragmentación que está experimentando el sistema multilateral de comercio y el hecho de que el impulso político se esté desplazando del multilateralismo al regionalismo. Por ello, uno de los principales desafíos de los Miembros de la OMC es cómo lograr que el regionalismo y el multilateralismo se complementen y refuercen el uno al otro.”

dividido os requisitos entre critérios internos e externos. De um lado, a obrigação de que a iniciativa regional abranja parte substancial do comércio e que a implementação do projeto ocorra em um prazo razoável, estariam elencadas entre as obrigações internas das uniões aduaneiras e zonas de livre-comércio.

Como obrigações de caráter externo, ou seja, em relação a terceiros países, poderiam elencar-se a vedação ao desvio de comércio e à imposição de medidas restritivas mais duras que aquelas anteriores à formação da iniciativa regional³⁵¹. Faz-se necessário, nesse momento, estabelecer uma divisão emergente entre a visão tradicional, fundada em uma perspectiva matemática de desvio de comércio, e a nova teoria de comércio, que acrescenta outros fatores a essa análise.

Para a corrente tradicional, caso após a eliminação das tarifas entre os membros do acordo regional, haja substituição de fornecedores internos ineficientes por mais eficientes no intercâmbio comercial entre os membros da organização, poder-se-ia entender a ocorrência de criação de comércio. Por outro lado, haveria desvio de comércio quando a eficiência externa ao acordo fosse substituída por ineficiência regional. A contraposição das análises de tais efeitos estabeleceria os critérios para determinar se uma iniciativa seria benéfica para o comércio multilateral segundo o que se entende por vantagem comparativa na teoria clássica de comércio³⁵².

Contemporaneamente tem se reforçado, ainda, uma nova perspectiva de análise, baseada nos resultados a longo prazo da criação da zona preferencial. Segundo tal corrente, os

³⁵¹ J.H. Jackson apud SOARES, Op. cit., nota 145. p. 83. "In verbis": "[...] o Artigo XXIV elenca as condições que legitimam sua inclusão nas exceções às regras do GATT, expressamente permitidas pela prática diuturna dos exames efetuados pelo GATT. Tais condições, na verdade autênticos requisitos que legitimariam as uniões aduaneiras e as zonas de livre comércio [...] são classificadas, pelos professores Dominique Carreau, Thiébaud Flory e Patrick Juillard (1990), em obrigações de ordens interna e externa. Dentre as primeiras, elencam-se: - a obrigação de que os arranjos integrativos cubram o 'essencial das trocas comerciais' [...] - a existência de um plano ou programa que contenha previsões precisas sobre o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio, bem como a existência de um 'prazo razoável' [...] Dentre as obrigações de ordem externa há duas regras, sendo a primeira de difícil aplicação: 'o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio deve ter por objetivo o comércio entre os territórios constitutivos e não opor obstáculos ao comércio de outras Partes Contratantes com tais território. [...] A segunda regra é aplicável unicamente às uniões aduaneiras [...] os direitos aduaneiros, estabelecidos no momento de formação dessa união [...] não serão [...] de uma incidência geral mais elevada [...] que os direitos e as regulamentações aplicáveis [...] antes da formação de tal união."

³⁵² THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. pp. 215-216. "In verbis": "O conceito de vantagem comparativa, da teoria clássica de comércio, fundamenta o método mais tradicional para a avaliação se o objetivo de aumento de bem-estar está sendo alcançado em determinado acordo preferencial. Assim, após a eliminação de tarifas, haverá criação de comércio se ocorrer uma substituição da produção doméstica, realizada por fornecedores ineficientes, pela importação de provedores mais eficientes intrabloco. Por outro lado, ocorrerá desvio de comércio caso o acordo preferencial induza a uma troca de importação de produtores menos eficientes intrabloco. O resultado líquido dos efeitos de criação e desvio de comércio do conjunto de bens e serviços comercializáveis indicará se o acordo preferencial é benéfico ou não."

critérios tradicionais, eminentemente estáticos, não seriam suficientes para analisar os impactos do acordo e determinar seus efeitos positivos ou negativos para o comércio regional e multilateral³⁵³.

Outra questão essencial ao estudo da compatibilidade entre sistemas regionais e aquele do GATT/OMC diz respeito à necessidade de se definir com exatidão que características serviriam à identificação de uma união aduaneira³⁵⁴. Assim, tal modelo aproximativo se caracterizaria pela uniformização dos direitos e obrigações impostos a produtos oriundos de fornecedores externos ao acordo localmente concluído.

As peculiaridades dessa uniformização fizeram com que houvesse historicamente uma tolerância quase irrestrita com as uniões aduaneiras, mesmo muito antes da criação de regras multilaterais de comércio. A ampla aceitação de tais iniciativas se deve, entretanto, apenas em parte à uniformidade da jurisdição aduaneira, mas, principalmente, às várias implicações políticas sempre envolvidas³⁵⁵. No âmbito restrito do sistema do GATT, a validade da exceção ao artigo I em favor de uniões aduaneiras, apenas se faz razoável e verdadeiramente inofensiva quando definitivamente completa e irrestrita³⁵⁶.

As características das uniões aduaneiras, isto é, a criação de um território de livre circulação doméstica e uniformes barreiras externas ao comércio, enseja maior facilidade de se enquadrar juridicamente sua excepcionalidade a não discriminação e permite que se entendam

³⁵³ Ibid. pp. 216-217. "In verbis": "[...] a chamada Nova Teoria de Comércio argumenta que a forma convencional de se avaliar os impactos econômicos dos acordos preferenciais parte de pressupostos pouco realistas e considera apenas os efeitos estáticos das alterações promovidas por esses acordos. As possíveis implicações econômicas de acordos regionais de comércio deveriam ser analisadas por outra perspectiva, ou seja, mediante a avaliação ao longo do tempo dos resultados econômicos de um acordo preferencial em termos de aumento cumulativo das taxas de crescimento das economias envolvidas. Esse aumento seria decorrente de ganhos de escala, maior concorrência e estímulo ao investimento. Dessa forma, enquanto o efeito de criação e de desvio de comércio parte de uma visão estática e baseada em pressupostos pouco realistas, a avaliação de longo prazo prende-se à análise dos efeitos dinâmicos resultantes do acordo preferencial em um ambiente econômico considerado mais próximo do existente na realidade. Uma perspectiva adicional considera que a análise dos impactos dos acordos preferenciais deve avaliar outros efeitos do processo de integração, tais como: a melhora na posição estratégica nas negociações multilaterais dos países participantes; a reformulação e atualização das instituições econômicas locais e a consolidação de reformas econômicas domésticas."

³⁵⁴ SNAPE, Op. cit., nota 95. p. 280. "In verbis": "The conditions [...] necessary for a perfect or complete customs union [are] complete elimination of tariffs between partners, a common external tariff schedule, and the sharing of customs revenue according to an agreed formula."

³⁵⁵ Ibid. p. 280. "In verbis": "Customs unions were acceptable because a unified customs jurisdiction was being formed; such unions always had political implications and on some occasions (for example, the Zollverein) led to political union."

³⁵⁶ Ibid. p. 280. "In verbis": "But we should note the importance of the customs union being 'complete': without this the systemic effect of losing one or more customs territories essentially does not apply."

os motivos que tornaram – e ainda tornam – controvertida a inserção das zonas de livre comércio³⁵⁷ no rol de exceções.

Inseridas nos momentos finais das negociações do GATT 47³⁵⁸, as zonas de livre comércio golpearam o conceito tradicional de excepcionalidade à cláusula da nação mais favorecida incondicional³⁵⁹. De fato, o sistema de exceções insculpido no artigo XXIV do acordo geral não foi desenvolvido para facilitar a conformação da outorga de preferências particulares com o regime geral, mas para permitir o surgimento de uniões aduaneiras.

Nessa toada, faz-se essencial compreender que o GATT se construiu e estruturou como um tratado de comércio entre territórios aduaneiros e que o surgimento de parcerias entre seus membros para a unificação de direitos de aduana foi vislumbrado como possibilidade de substituição de uniões aduaneiras menores - mormente Estados - por uniões aduaneiras maiores - acordos regionais de comércio. As verdadeiras exceções ao princípio da não discriminação não seriam, assim, as uniões aduaneiras completas, mas, em realidade, seus pares incompletos e, principalmente, as zonas de livre comércio³⁶⁰.

³⁵⁷ Ibid. p. 281. aduz curiosamente que o termo “zona de livre comércio” teria sido inventado nas negociações de Havana e que o artigo XXIV foi estendido para atender, curiosamente, demanda do Líbano e da Síria, “in verbis”: “It was only at Havana that the Article was extended to embrace free trade áreas, curiously on the motion of Lebanon and Syria. It appears that the title ‘free trade area’ as a thecnical name for the trade agreement with which we associate the term may have been invented in the Havanna negotiations.”

³⁵⁸ Ibid. p. 280-281. “In verbis”: “With this background one can readily see why in multilateralizing unconditional MFN in the GATT, customs unions were proposed as exceptions and why, until the last moment, free trade areas were not.”

³⁵⁹ Ibid. p. 281. “In verbis”: “[...] the inclusion of free trade areas indicate that the traditional concept and basis for excepting customs unions were significantly bent by the time the form of the GATT was agrees. That is, the formation of a single customs territory was no longer the major criterion for exception from unconditional MFN.”

³⁶⁰ Ibid. p. 284. “In verbis”: “[...] GATT club membership is defined in terms of custom territories rather than countries, so complete customs unions are not to be considered ‘exceptions’ from equality of treatment. The main relevant exceptions to the basic non-discrimination rule of the club then are incomplete customs unions, all free trade areas, and interim arrangements leading to customs unions and fee trade areas.”

5 COMPATIBILIDADE SEGUNDO A OMC

A letra fria dos dispositivos dos tratados que tratam das exceções permitidas ao princípio da não discriminação tem sido objeto, conforme já mencionado, de várias iniciativas hermenêuticas voltadas ao estabelecimento de seus limites e ao preenchimento de seu conteúdo. Nesse sentido, o Entendimento Relativo à Interpretação do Artigo XXIV do GATT 1994 e a própria Cláusula de Habilitação de 1979 podem ser considerados exemplos desses esforços ao esclarecimento de dúvidas quanto à conformação do local com o geral no âmbito do direito do comércio internacional.

Não apenas no direito originário do GATT, ou seja, nos tratados-marco, encontram-se, entretanto, indicativos que possibilitam a determinação dos requisitos necessários à harmonização dos acordos regionais com as regras multilaterais de comércio. Mesmo antes da criação da OMC e sem constituir, portanto, formalmente uma organização internacional, o acordo geral já apresentava uma estrutura institucional substancial capaz de produzir, por uma série de mecanismos, documentos que em maior ou menor medida contribuíam à interpretação e à sedimentação da normativa comercial internacional³⁶¹.

Especificamente no que se refere ao exame da conformação do regional com o global, os pareceres proferidos pelos grupos de trabalho instituídos até 1995 para a análise de acordos preferenciais e, após 1996, os relatórios do Comitê de Acordos Regionais buscam estabelecer na análise de situações concretas os pressupostos necessários à harmonização do local com o geral e, ainda que não vinculem a hermenêutica posterior quando estabelecem seus parâmetros, podem servir, inegavelmente, de orientação³⁶².

³⁶¹ WTO WT/REG/7, 30 November 1998. p. 03. “In verbis”: “[...] the Committee considered some of the issues identified as requiring consideration from a systemic viewpoint through legal and economic analyses, as well as horizontal comparisons of RTAs: Discussions on ‘substantially all the trade’ (SAT), in particular, whether SAT should be interpreted in a quantitative or qualitative manner, continued in 1998; [...] The Committee discussed the scope of the term ‘other regulations of commerce’ (ORCs) as contained in GATT Article XXIV provisions;”

³⁶² WTO WT/REG/3, 28 November 1997. p. 01. “In verbis”: “Procedures to facilitate and improve examination process 4. For item [c] of its terms of reference, the Committee worked to facilitate and standardize the provision of information for the examination of RTAs liberalizing trade in services. At its Tenth Session the Committee took note of the non-binding, voluntary Chairman’s Guidelines as set out in the ‘Standard Format for Information on Economic Integration Agreements’. This document closely mirrors the ‘Standard Format for Information on Regional Trade Agreements’, which the Committee has taken note of in 1996. Ever since the Committee took note of the Standard Formats, parties to most RTAs under examination have opted to present information in this form, allowing a more structured and streamlined examination process.”

Também o atual sistema de solução de controvérsias do GATT/OMC, o qual não foi originariamente dotado de competência para sistematizar a análise de compatibilidade, tem se pronunciado acerca da necessidade de harmonização dos subsistemas com a ordem multilateral e buscado esclarecer os limites das exceções à cláusula da nação mais favorecida. Cumpre frisar, entretanto, que esse posicionamento ativo do órgão de solução de litígios da estrutura geral constitui inovação recente e permanece, portanto, eivada de incertezas³⁶³.

5.1 O sistema de Exame de Compatibilidade

Ainda que existam experiências regionais para a formação de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio anteriores à iniciativa europeia da década de 50, o regionalismo comercial internacional entrou definitivamente na pauta multilateral apenas a partir da notificação da Comunidade Econômica Europeia e da instauração dos procedimentos de análise de sua compatibilidade com o GATT. O formato adotado para a verificação da conformidade do Tratado de Roma passou a ser encarado como um modelo a ser seguido no exame de preferências locais posteriormente notificadas ao acordo geral e se pautava, principalmente, na aferição de incremento ou de risco de desvio de comércio e, na ocorrência de ambos, na averiguação de compensação do desvio causado pelo incremento criado³⁶⁴.

³⁶³ Nesse sentido, CORRÊA, Op. cit., nota 144. pp. 110-111. se pronunciava em 2001, “in verbis”: “Apesar do insucesso da grande maioria dos Grupos de Trabalho quanto à conclusão dos seus exames, apenas por três vezes o sistema de solução de controvérsias do GATT foi utilizado para dirimir um litígio ocasionado por determinada preferência regional concedida por um país, entendida por um terceiro país como em desacordo com as normas do GATT. Nos três casos a parte demandada foi a Comunidade Econômica Europeia e, em todos eles, o Conselho não chegou a um consenso sobre a adoção dos relatórios apresentados pelos Grupos Especiais [...]” Cumpre ressaltar que o autor se referia aos casos Eua x CEE: Tratamento tarifário dos produtos procedentes de determinados países do Mediterrâneo e a dois litígios envolvendo acordos preferenciais firmados pela CEE para a exportação de bananas de países ACP.

³⁶⁴ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE – GATT. Trends in international trade: report by a panel of experts. Geneva: GATT, 1958. p. 122. “In verbis”: “It is of particular importance for the expansion of world trade that the European Economic Community should develop on lines on which its trade-creating effects will be sure to outweigh its trade-diverting effects. For it goes without saying that other regional economic arrangements must be judged on the same principles as those which are applied to the ECC. If the GATT principles are applied in this leading case, so that the effect is to increase rather than to decrease the European demand for imported primary products, then the same principles may be applied to other existing or contemplated regional schemes for economic integration.”

Para cada acordo regional notificado era criada na sistemática anterior à criação da OMC um grupo de trabalho específico para analisar sua compatibilidade com as regras multilaterais. Com a multiplicação das experiências regionais esse sistema se mostrou bastante ineficiente ao permitir o surgimento de distintos critérios de aferição de conformidade³⁶⁵, os quais são freqüentemente apontados como fundamentais à falta de pareceres conclusivos desses grupos de trabalho e das dificuldades de racionalização do sistema de análise³⁶⁶. Essa situação perdurou mesmo após o GATT 1994 e a criação da OMC e o Conselho para o Comércio de Bens seguiu lançando mão de sua prerrogativa estabelecida no Artigo IV e no parágrafo sétimo do Entendimento sobre o Artigo XXIV para criar grupos de trabalho específicos para analisar os acordos notificados³⁶⁷.

Em clara iniciativa para solucionar tais questões que se mostravam já tão cruciais e ameaçadoras na década de 90, instituiu-se em reunião do Conselho Geral de 06 de fevereiro de 1996³⁶⁸, por iniciativa do governo do Canadá³⁶⁹, o chamado Comitê de Acordos Regionais de Comércio - CARC, órgão investido da competência de examinar as iniciativas regionais sob os termos de referência adotados pelo Conselho para o Comércio de Bens, pelo Conselho para o Comércio de Serviços e pelo Comitê Sobre Comércio e Desenvolvimento³⁷⁰. Antes da criação

³⁶⁵ WTO WT/REG/2, 6 November 1996, p. 01. "In verbis": "Nearly all Members of the World Trade Organization (WTO) are Parties to at least one regional trade agreement notified to the GATT or the WTO; some Members participate in other regional initiatives. The number of such agreements has increased in recent years".

³⁶⁶ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308, pp. 164-165. "In verbis": "O exame de cada acordo notificado ao antigo GATT era feito por um grupo de trabalho especialmente criado para tal função, e com um mandato específico. Com o aumento do número de acordos regionais criados, o trabalho desses grupos passou a exigir maior coordenação. Antes da criação do Comitê sobre Acordos Regionais, todo o processo de exame dos diversos acordos comerciais notificados estava em crise. Tal crise foi gerada porque os grupos de trabalho criados para examiná-los não tinham um critério único para orientá-los, nem respostas a questões extremamente sensíveis, conhecidas como questões sistêmicas, que não estavam definidas no corpo de legislação do GATT, e que os próprios grupos de trabalho não conseguiam consenso para definir. Por essas razões, a grande maioria dos acordos era examinada e os relatórios finais eram adotados sem que se pudesse concluir da sua compatibilidade ou não com as regras do GATT. O exemplo mais marcante desse problema foi a adoção de um relatório sobre a criação da CE sem que se pudesse concluir sobre a compatibilidade da CE com as regras do GATT, dado o impacto político que tais conclusões poderiam ter na própria CE e no sistema do GATT. O único caso onde o consenso sobre a compatibilidade foi alcançado se referiu ao exame da então união aduaneira checo - eslovaca."

³⁶⁷ PUPO, Rodrigo Luís. Regionalismo e multilateralismo. In: CASELLA, Paulo Borba. (Coord.). Direito de integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 165. "In verbis": "Utilizando-se de sua prerrogativa para criar órgãos subsidiários em consonância com o parágrafo sexto do Artigo IV do Acordo Constitutivo da OMC e com o parágrafo sétimo do Entendimento Sobre o Artigo XXIV do GATT 1994, o Conselho para o Comércio de Bens da OMC criou Grupos de Trabalho para analisar Acordos Regionais específicos."

³⁶⁸ Decision of the General Council on 6 February 1996 [WT/L/127].

³⁶⁹ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308, p. 166. "In verbis": "No final de 1995, por iniciativa do Canadá, o Conselho Geral iniciou consultas com o objetivo de criar um comitê dedicado ao tema dos acordos regionais [...]"

do Comitê não havia um critério uniforme de análise de compatibilidade e cada grupo de trabalho formado para analisar um acordo estabelecia seus próprios requisitos³⁷¹. Com sua instalação, o sistema de exame iniciou – ou parecia inaugurar – um processo de especialização tendente a trazer mais segurança e previsibilidade ao ordenamento mercantil internacional³⁷².

As notificações de acordos regionais baseadas no artigo XXIV do GATT possuem uma sistemática de análise mais complexa que aquelas feitas sob a Cláusula de Habilitação e o Artigo V do GATS³⁷³. Nos casos do artigo XXIV, após a apresentação formal da notificação ao Conselho para o Comércio de Bens, o caso é encaminhado para exame do CARC, o qual recolhe informações básicas e inicia procedimentos de consultas dos não membros que aguardam respostas dos participantes da iniciativa local³⁷⁴. A aprovação final do relatório pelo Comitê de Acordos Regionais de Comércio não significa, entretanto, o término do procedimento de exame. Ainda faz-se necessária a adoção do relatório, no caso de acordos notificados pelo artigo XXIV, pelo Conselho de Comércio de Bens que poderá fazer recomendações aos membros do acordo analisado.

³⁷⁰ PUPO, Op. cit., nota 367. pp. 165-166. “In verbis”: “[...] em reunião de 06 de fevereiro de 1996 e tendo como base o parágrafo segundo do Artigo IV do Acordo Constitutivo da OMC, o Conselho Geral criou o Comitê de Acordos Regionais de Comércio, que substituiu os Grupos de Trabalho então criados pelo Conselho para o Comércio de Bens.”

³⁷¹ DOMINGUES, Juliana Oliveira. O regionalismo na organização mundial do comércio. In: Wagner Menezes. (Org.). Estudos de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2004, v. 2, pp. 61-62. “In verbis”: “Antes da criação do CARC, todos os processos de exame dos diversos ARCs estavam comprometidos. Esta crise foi gerada porque os cerca de 20 grupos de trabalho criados para examiná-los não tinham um critério único e nem respostas para as questões mais sensíveis, conhecidas como questões sistêmicas, que não estão definidas no GATT.”

³⁷² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Op. cit., nota 173. p. 166. “In verbis”: “Habida cuenta de que la tendencia al regionalismo es irreversible, prevalece la opinión de que la OMC debería reforzar su capacidad para examinar la compatibilidad de todos los acuerdos comerciales preferenciales con las normas multilaterales. El reciente establecimiento del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales constituye un paso en la dirección adecuada. Al Comité se le ha encomendado la tarea de examinar, entre otras cosas, <<las consecuencias sistémicas de esos acuerdos e iniciativas regionales sobre el sistema multilateral de comercio y la relación que existe entre ellos...>>”

³⁷³ PUPO, Op. cit., nota 367. pp. 167-168. “In verbis”: “Com relação ao exame feito nos casos de Acordos Regionais notificados com base na Cláusula de Habilitação ou Artigo V do GATS, os procedimentos são mais simples. No primeiro caso, a notificação é encaminhada ao Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento e acompanha uma breve descrição do Acordo Regional, e os membros devem informar as mudanças em relatórios periódicos mais simples que os envolvidos na análise com base no Artigo XXIV do GATT 1994.”

³⁷⁴ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. pp. 218. “In verbis”: “O processo de exame se inicia com a notificação do acordo junto à OMC. O Secretariado do CARC recolhe informações básicas que são distribuídas aos membros, os quais dirigem questões escritas às partes do acordo. As partes também respondem às questões por escrito e a consolidação dessas perguntas e respostas é examinada em diversas reuniões do CARC. Uma vez concluído o exame, o Secretariado redige um relatório final sobre o acordo examinado e o encaminha para o respectivo órgão superior: Conselho sobre o Comércio de Bens, Conselho sobre o Comércio de Serviços ou Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento. No relatório final, o CARC faz apenas recomendações de eventuais modificações a serem realizadas pelas partes, e os Conselhos ou o Comitê apropriado pode adotar as medidas necessárias para a sua implementação.”

No caso de notificação de Acordo Regional relacionado ao comércio de serviços, o procedimento estará a cargo da análise do Conselho para o Comércio de Serviços, o qual, tendo por base o artigo V do GATS, observa a existência da necessidade de exame de sua compatibilidade e a notificação pode, então, ser encaminhada à análise detalhada do Comitê de Acordos Regionais de Comércio³⁷⁵. Notificado por base no artigo XXIV do GATT e no artigo V do GATS³⁷⁶, o North American Free Trade Agreement - NAFTA -, acordo de livre comércio celebrado entre Canadá, Estados Unidos da América e México, é exemplo de acordo regional dessa espécie submetido à análise pormenorizada do Comitê de Acordos Regionais da OMC.

Nos casos dos Acordos Regionais examinados nos termos da Cláusula de Habilitação, a notificação deve ser feita ao Comitê de Comércio e Desenvolvimento³⁷⁷ e não há, em princípio, previsão expressa de análise a ser feita pelo CARC³⁷⁸. A notificação do Mercado Comum do Sul foi feita ao então GATT sob a Cláusula de Habilitação, levando em conta, portanto, a condição econômica de seus países-membros e não no artigo XXIV do GATT, o qual é o meio considerado por muitos doutrinadores como sendo o mais adequado para a análise de acordos regionais com as características do MERCOSUL³⁷⁹.

Em razão dos conflitos surgidos quanto ao procedimento a ser adotado e, posteriormente, da oposição de alguns membros da recém-criada OMC à análise puramente baseada nos procedimentos da Cláusula de Habilitação, como aquela feita no exame da ALADI, chegou-se a um consenso, o qual representou precedente bastante interessante. Constituiu-se, primeiramente, um grupo de trabalho e hoje o MERCOSUL se encontra sob

³⁷⁵ Ibid. pp. 218. “In verbis”: “Os ARCs que cobrem o comércio em serviços são notificados ao Conselho sobre Comércio em Serviços (Council for Trade in Services – CTS). O Conselho encaminha o acordo para o CARC para que seja examinado.”

³⁷⁶ Documento [95-0418] da Organização Mundial do Comércio, notificação endereçada ao Conselho para o Comércio de Serviços da organização.

³⁷⁷ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. pp. 218. “In verbis”: “As notificações dos acordos relacionados à Cláusula de Habilitação são feitas no Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento (Committee on Trade and Development – CTD).

³⁷⁸ Ibid. pp. 221. “In verbis”: “Os ARCs celebrados entre países em desenvolvimento, geralmente, são notificados sob a Cláusula de Habilitação e, mesmo quando constituem áreas de livre comércio, uniões aduaneiras ou acordos de transição, não precisam ser notificados ao CARC, uma vez que a Cláusula não prevê tal exame.”

³⁷⁹ PEREIRA, Op. cit., nota 313. p. 22. descreve a resistência dos países desenvolvidos, principalmente dos Estados Unidos, à notificação do MERCOSUL ter sido feita com base na Cláusula de Habilitação e não no artigo XXIV do GATT.

exame material a cargo do Comitê de Acordos Regionais baseado na Cláusula de Habilitação e submetido aos aspectos procedimentais reservados ao artigo XXIV do GATT³⁸⁰.

Tal solução, apesar de não consubstanciar uma regra procedimental formal a ser utilizada em notificações futuras, estabeleceu determinados parâmetros que indicam os limites do procedimento simplificado da cláusula de habilitação, mormente a profundidade dos objetivos do acordo regional notificado³⁸¹.

O Mercado Comum do Sul foi inicialmente analisado por um grupo de trabalho especial *ad hoc*, mas em 1996, com a criação do Comitê de Acordos Regional, houve o traslado dos procedimentos para esse novo órgão especializado. A oposição de países desenvolvidos, mormente dos Estados Unidos, à aferição de conformidade com base na Cláusula de Habilitação se deu em razão de sua quase inexistência e, na prática, a notificação feita com base nesta cláusula não teve nenhum efeito, posto que a análise sob o XXIV é hoje feita de maneira análoga, por exemplo, àquela reservada à União Européia³⁸².

Mesmo não sendo oficialmente reconhecida tal função, é de se observar que a criação do comitê contribui definitivamente para a consolidação de uma interpretação do que seria a compatibilidade do regional com o multilateral, ainda que subsista em sua estrutura o critério

³⁸⁰ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. p. 221. “In verbis”: “Excepcionalmente, no caso do acordo de criação do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, foi considerado que, graças à sua relevância, este deveria ser examinado também de acordo com os critérios estabelecidos no artigo XXIV.”

³⁸¹ SOARES, Op. cit., nota 145. p. 90. “In verbis”: “[...] contrariamente ao caso da ALADI (cujo exame de compatibilidade, conforme visto, não foi sujeito ao procedimento do Grupo de Trabalho), o exame da compatibilização do GATT com as regras do MERCOSUL passaria pelo procedimento da constituição de um Working Group, [...] a gênese da constituição do Grupo de Trabalho para o MERCOSUL mostra, inclusive, as possíveis razões que têm levado o GATT a adotar seu procedimento ou dispensá-lo. [...] uma vez que se tratava de um acordo provisório para o estabelecimento de uma união aduaneira e que o mero procedimento de revisão da cláusula de habilitação não seria suficiente, dado que o MERCOSUL envolvia uma ampla gama de aspectos da integração econômica [...] desde produtos, serviços até investimentos, com implicações importantes para terceiros países.”

³⁸² PEREIRA, Op. cit., nota 313. pp. 22-23. “In verbis”: “[...] em 1992, o MERCOSUL foi apresentado ao GATT com base na Cláusula de Habilitação (Enabling Clause), e não n Art. XXIV do GATT, como esperavam alguns países desenvolvidos, notadamente os Estados Unidos. Referida cláusula implica um procedimento especial e uma análise menos rígida pelo Comitê de Comércio e Desenvolvimento, órgão que se ocupa dos países em desenvolvimento na OMC, sempre que se tratar de acordos comerciais preferenciais estabelecidos exclusivamente entre países em desenvolvimento. Na prática, pode-se dizer, a apresentação à OMC com base na Cláusula de Habilitação acarreta uma análise que se que inexistente, ou bastante superficial. Diante do impasse, um compromisso foi alcançado no sentido de permitir que o MERCOSUL fosse apresentado com fundamento na Cláusula de Habilitação, mas sua apreciação seria feita segundo as regras do GATT, por um Grupo de Trabalho *ad hoc* ligado ao Comitê de Comércio e Desenvolvimento da OMC. Em 1996, essa tarefa passou para o Comitê de Acordos Comerciais Regionais da OMC, criado por Decisão do Conselho Geral da OMC de 6 de dezembro de 1996. Entendemos que o referido compromisso, apesar de ter reconhecido que se tratava de um bloco composto exclusivamente de países em desenvolvimento, não teve nenhum efeito prático, já que, em princípio, serão exigidas do MERCOSUL as mesmas obrigações impostas, por exemplo, à União Européia.”

consensual de decisão³⁸³. Nesse sentido, percebe-se na recorrente tolerância com notificações em atraso, leniência que parece, na verdade, fazer parte do sistema de aferição de conformidade na sistemática do CARC³⁸⁴. De qualquer maneira, ainda que o GATT não permita o estabelecimento de sanções retroativas e o órgão de análise não seja firme quanto essa exigência, lesões à liberdade comercial geral ocorridas antes da efetivação de notificações podem vir a ser um problema em razão da impossibilidade de atuação coercitiva no âmbito multilateral³⁸⁵.

A participação dos membros do acordo geral faz-se extremamente necessária no procedimento em vista de a quesitação submetida às iniciativas regionais terem por base questionamentos feitos por integrantes do sistema multilateral³⁸⁶. O interesse que a harmonização desperta no sistema multilateral de comércio reside, por envolverem um número reduzido de participantes, na maior facilidade de convergência de objetivos, podendo funcionar tanto como instrumento indutor da liberalização quanto criar obstáculos para a cooperação global³⁸⁷.

³⁸³ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. p. 348. "In verbis": "The fact that the CRTA decides by consensus does not mean that the change from GATT working parties to the CRTA is without effect. The establishment of a permanent committee in lieu of ad hoc working parties provides a focus and 'crystallization' that contributes to greater expertise and consistency."

³⁸⁴ WTO WT/REG/2, 6 November 1996. p. 05. "In verbis": "Some Members stressed the need to address the relationship between regional trade agreements and the WTO rules. Others were equally clear that conclusions could not be drawn ahead of the necessary examination of the issues. The need for Members to comply with their notification obligations with respect to preferential agreements was also noted"

³⁸⁵ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. p. 350. "In verbis": "Consequently, GATT practice shows remarkable tolerance when it comes to sanctioning belated notifications. This is a very important point: taking into account that the WTO system does not in practice allow retroactive remedies, belated notification essentially amounts to tolerance of GATT/WTO-incompatible PTAs"

³⁸⁶ WTO WT/REG/3, 28 November 1997. p. 02. "In verbis": "5. Also at the Tenth Session, the Committee took note of a non-binding, voluntary Chairman's document on 'Guidelines on Procedures to Facilitate and Improve the Examination Process'. The Guidelines stresses the importance of an early and continued flow of information on RTAs to the Committee and set out a number of yardsticks to guide the process."

³⁸⁷ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. pp. 2226-227. "In verbis": "As questões suscitadas a partir do confronto entre regionalismo e multilateralismo estão baseadas na discussão do papel soa ARCs como catalisadores ou bloqueadores do sistema multilateral de comércio. Pode-se constatar que os acordos regionais de comércio, por envolverem um número menor de participantes e, por tratarem de interesses econômicos mais convergentes, teriam uma maior facilidade e rapidez em serem realizados do que os acordos no âmbito multilateral. Partindo-se dessa observação, há quem argumente que os ARCs seriam importantes indutores de uma maior liberalização do comércio, objetivo ultimo do sistema multilateral de comercio. O caso emblemático e da União Européia. Considera-se que a formação, consolidação e expansão da EU tem representado um importante estímulo ao avanço dos acordos multilaterais. Desse ponto de vista, portanto, haveria uma grande sinergia entre os acordos regionais de comércio e o sistema multilateral de comércio. [...] No entanto, há autores que argumentam que os acordos preferenciais ao contrário de estimular o processo de liberalização comercial e, conseqüentemente, aumentar o fluxo de comércio, representam um verdadeiro obstáculo. A razão econômica tradicional está baseada no fato de que a criação de regras preferenciais pode contrariar a racionalidade do mercado provocando ineficiência."

Cumpra ressaltar que a análise de compatibilidade promovida pela OMC se restringe aos aspectos mercantis da relação entre os sistemas regionais e o multilateral do comércio³⁸⁸ e mesmo quando organizações de integração ultrapassem as questões de mercado em sua normatização, a aferição de harmonia será limitada³⁸⁹. No que se refere à abrangência desse exame, a quesitação se concentra não apenas na conformação do geral com o local, mas também na compatibilidade entre iniciativas regionais como, por exemplo, entre a ALADI e o MERCOSUL³⁹⁰.

A questão do desvio de comércio encontrava-se no centro da pauta do exame do regionalismo desde a década de 50³⁹¹, mas não se percebe, entretanto e quase meio século depois, consistente aprofundamento de tal questão e, conseqüentemente, do impacto da formação dos territórios preferenciais no comércio internacional³⁹². Esse lento desenvolvimento tem como causa principal as dificuldades em se mensurar o impacto no comércio global da formação de um sistema regional, as quais são representadas, em grande medida, pela superficialidade da fórmula tradicional baseada no aumento ou na diminuição de volumes de comércio. Esse critério, aparentemente objetivo, parece, em tese, muito bom, mas tende a excluir uma série de fatores que também influenciam o aumento ou a diminuição dos

³⁸⁸ LAFER, Op. cit., nota 259. p. 83. “In verbis”: “A Organização Mundial do Comércio dispõe de arcabouço jurídico para o exame das relações entre o multilateralismo e a integração regional, mas limita-se basicamente à análise dos aspectos comerciais dessa realidade econômica e política complexa.”

³⁸⁹ WTO WT/REG/2, 6 November 1996. p. 05. “In verbis”: “In discussing the Committee’s report to the Ministerial Conference, Members emphasized the importance of the compatibility of regional trade agreements with the multilateral trading system.”

³⁹⁰ Por exemplo, quando questionado acerca do regime de origem aplicado no MERCOSUL, o acordo regional assim se pronunciou no WTO WT/COMTD/1, 02 Mayo 1995. p. 12. “In verbis”: “La definición de todos los instrumentos de la política comercial del MERCOSUR, y en particular las reglas de origen, tienen como base fundamental las disposiciones del GATT y de la Organización Mundial de Aduanas en la materia. Debe destacarse, asimismo, que el régimen hoy vigente en el MERCOSUR, fue previsto por el Tratado de Asunción sobre la base del aplicable en la Asociación Latinoamericana de Integración – ALADI -.”

³⁹¹ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE – GATT. Op. cit., nota 364. p. 123. “In verbis”: “In this chapter of our Report we have discussed at some length a number of important measures which might be taken to improve the prospects in international trade of the primary producing countries. Our main recommendations are: [...] the avoidance of trade-diverting measures in regional economic arrangements such as the European Economic Community.”

³⁹² LAFER, Op. cit., nota 259. p. 84. “In verbis”: “[...] os exames de acordos feitos na OMC não se têm aprofundado em questões tais como desvio ou criação de comércio, o efeitos da formação de blocos para a economia internacional ou seu eventual impacto para uma macrogovernança econômica mais coerente em escala planetária.”

fluxos de comércio e a consideram as preferências regionalmente outorgadas o único e não meramente como apenas um deles³⁹³.

Os relatórios dos exames de compatibilidade não tem se limitado à menção, quando da análise de um acordo específico, de outras iniciativas diretamente a ele vinculados. A multiplicação dessas referências exógenas em aferições particulares auxilia, na verdade, a manutenção do caráter sistêmico do sistema internacional de comércio e pode ser reconhecida como consequência da criação do Comitê de Acordos Regionais³⁹⁴.

De uma forma ou de outra, encarando-se a permissão contida no artigo XXIV como uma exceção, a investigação de compatibilidade deve constituir análise restrita, é dizer, nunca como exame do cumprimento de dispositivos extraídos de normas tipificadoras de condutas, mas como um standard jurídico a ser seguido. A compatibilidade teria por conteúdo, nesse sentido, exigência de conduta razoável, zelosa e honesta - “*fairness*” – entre os membros do acordo geral quando partes de experiências regionais³⁹⁵.

Essa conduta harmônica com o standard jurídico basilar do sistema GATT/OMC teria, ao menos, dois referenciais importantes consubstanciados, por um lado, na exigência de que o acordo regional abranja parcela substancial do comércio local e, de forma mais geral, que haja respeito ao arcabouço normativo multilateral³⁹⁶. O respeito formal à ordem legal do acordo geral não se apresenta, entretanto, de maneira rígida e os relatórios de compatibilidade

³⁹³ MCMILLAN, Op. cit., nota 345. p. 302. “In verbis”: “In a static world, it would be easy to check whether a given RIA passes the test of admissibility: it would simply be a matter of comparing trade volumes before and after integration. In the real world, things are obviously not so simple. A vast multiplicity of factors can and do cause trade volumes to change: long-term economic growth, short-term macro-economic fluctuations, changes in technology, in input prices, in consumers’ tastes and so on. In testing whether a RIA is admissible, these extraneous sources of change must somehow be filtered out of the data.”

³⁹⁴ A exemplo da questão colocada ao MERCOSUL no WTO WT/COMTD/1/Add.2, 9 Outubro 1995. p. 05. “In verbis”: “¿Qué significa armonización? ¿Significa que todas las Partes adoptarían una norma o reglamentación única, como ocurre en la Unión Europea?”

³⁹⁵ LAFER, Op. cit., nota 259. p. 84. “In verbis”: “Essas dúvidas quanto aos efeitos dos acordos regionais fazem com que, a meu ver, o artigo XXIV deva ser considerado, como é usual em direito internacional econômico, não como uma norma rigidamente tipificadora de condutas, mas sim como um standard jurídico a ser seguido. Enquanto standard, o dispositivo visa avaliar, em circunstâncias de especificidade variável, se os membros estão se conduzindo, num acordo regional, segundo critérios multilateralmente controlados pelo teste de razoabilidade e do zelo devido em relação aos seus demais parceiros comerciais, num contexto de *fairness*.”

³⁹⁶ ROESSLER, Op. cit., nota 160. p. 321. “In verbis”: “[...] the GATT should focus on two issues when examining the RIAs. The first is the traditional question of whether the preferences accorded under the RIA apply to substantially all trade. The second is the question of whether the RIA preserves the legal acquis of the GATT either by incorporating the preferences into a legal framework equivalent in depth and scope to that of the GATT or by expressly preserving the regional partners’ rights under the GATT.”

sugerem, na verdade, certa permissividade com antinomias, desde que tenham baixo impacto sobre o comércio internacional.

Nesse sentido, percebe-se que a análise de acordos preferenciais envolvendo países em desenvolvimento era feita de maneira superficial e sem rigor antes mesmo da adoção da cláusula de habilitação em 1979. A falta de minuciosidade na identificação de antinomias³⁹⁷ se deve ao objetivo multilateral central de incremento das correntes de comércio e da idéia de que todas e quaisquer iniciativas que envolvessem países em desenvolvimento com tal finalidade seriam válidas e louváveis³⁹⁸.

Não se pode falar, assim, em legitimação da iniciativa regional pelo sistema multilateral, mas apenas de verificação de compatibilidade. Não se trata de procedimento contencioso, mas de negociações diplomáticas motivadas pela necessidade de controle, o qual, ao realizar-se, não teria o condão de aprovar ou reprovar as preferências outorgadas, mas tão somente de concluir a favor ou contrariamente à compatibilidade e de fazer, no segundo caso, as recomendações necessárias.

Gize-se, finalmente, que tais recomendações se impõem de maneira coercitiva em vista de a OMC não ser dotada de poderes para estabelecer sanções às partes nos acordos regionais além daquelas decorrentes de requerimentos relacionados a lesões sofridas por partes do GATT no âmbito do sistema de solução de controvérsias multilateral³⁹⁹.

³⁹⁷ WTO WT/REG/2, 6 November 1996. p. 04. “In verbis”: “The Committee also had a preliminary discussion on the possibility of establishing a simplified examination procedure for regional trade agreements having minimal effects on international trade.”

³⁹⁸ SOARES, Op. cit., nota 145. p. 84. “In verbis”: “É necessário notar que, antes mesmo da instauração da cláusula de habilitação, ou seja, antes que o tratamento preferencial aos países em vias de desenvolvimento se tivesse tornado uma regra escrita do GATT, havia o que o professor Long denominou de ‘um certo laxismo’ na aplicação do sistema do GATT, em relação ao reconhecimento de organizações de integração regional de qualquer natureza, seja daquelas instituídas entre países em vias de desenvolvimento, seja daqueles acordos preferenciais celebrados entre países industrializados e países em vias de desenvolvimento [...] Tal fato se explica em razão de o GATT propugnar por um aumento das correntes de comércio internacional, sendo que aquelas organizações de integração econômica regionais, por mais desrespeitosas que sejam dos condicionamentos formais do GATT, propiciam a liberalização do comércio mundial em nível regional e acabam por promover uma expansão econômica dos países em vias de desenvolvimento.”

³⁹⁹ Ibid. p. 84. “In verbis”: “Deve-se notar que todo o procedimento não é contencioso e se desenvolve por canais diplomáticos (em algo assimilável a um procedimento administrativo de controle de legalidade na aprovação de estatutos de uma sociedade comercial, por uma instância administrativa interna dos Estados, excluídos os aspectos de esta exercer seus poderes aprobatórios finais, pois, no caso do GATT, não se trata de aprovação com finalidades de legalização de atos privados). Em tais procedimentos, as autoridades, seja na fase informativa, seja na decisória, não têm qualquer poder de modificar a vontade das partes, sendo vedada qualquer alteração dos documentos apresentados. Seus poderes de exame e de controle restringem-se a recomendar aos Estados a adoção de determinadas medidas, a fim de tornar as organizações de integração regional propostas, de conformidade com as normas do GATT (sem qualquer possibilidade de outras sanções que aquelas decorrentes de legitimação de medidas reparatórias por partes de terceiros Estados eventualmente prejudicados). Portanto, não se pode falar em procedimento de ‘legitimação’, mas meramente de ‘verificação de compatibilidade’.”

Quando da criação do CARC estimou-se que as controvérsias seriam resolvidas e que finalmente se concluiriam relatórios acerca da compatibilidade das iniciativas regionais. Nenhum avanço perceptível ocorreu, entretanto, desde então e a análise segue inviabilizada pelas dificuldades em se obter o consenso das partes do GATT⁴⁰⁰ e pela utilização do procedimento de exame como meio indireto de solução de controvérsias⁴⁰¹.

A falta de conclusões definitivas sobre a compatibilidade coloca em risco o sistema multilateral, deixa os participantes de acordos regionais livres para até mesmo relativizar as regras multilaterais⁴⁰² e sugere que se questione a própria utilidade de se proceder à análise de conformidade⁴⁰³. De fato, é de se perceber que membros de acordos regionais tendem, nesse contexto, a interpretar a falta de conclusões das análises e de recomendações como um aval, um pronunciamento positivo acerca da compatibilidade do acordo regional com o sistema multilateral⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ ROESSLER, Op. cit., nota 160. p. 321. “In verbis”: “The legal status of these agreements has therefore remained undetermined. This is essentially due to the fact that GATT working parties take their decisions by consensus. In the absence of unanimous views, they can therefore only report on the opinions expressed and not propose a decision.”

⁴⁰¹ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. p. 218. “In verbis”: “[...] nenhum relatório foi finalizado desde 1996 em razão da falta de consenso entre os membros do CARC. As principais dificuldades em se obter um consenso em relação ao exame dos acordos são as seguintes: 1ª) utilização da análise do CARC com o processo de solução de disputas; 2ª) dificuldade de interpretação das disposições da OMC em relação aos ARCs; 3ª) problema de entendimento de algumas regras do GATT como é o caso, por exemplo, das regras de origem, salvaguardas, antidumping e anti-subsídios.”

⁴⁰² MCMILLAN, Op. cit., nota 345. p. 298. “In verbis”: “A 1991 report on the Canada – United States Free Trade Agreement by a GATT working party was unable to reach a conclusion as to whether the agreement was consistent with GATT rules. The chairman of the working party, Ambassador David Hawes, said the inconclusiveness was to be expected: ‘Over fifty previous working parties on individual customs unions or free-trade areas had been unable to reach unanimous conclusions as to the GATT consistency of these agreements. On the other hand, no such agreement has been disapproved explicitly.’ Commenting on this report, the Indian delegate said that ‘the lack of definitive conclusions in reports of Article XXIV working parties posed the danger of giving carte blanche to participants in regional trade arrangements.’”

⁴⁰³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Op. cit., nota 233. pp. 14-15. “In verbis”: “El hecho de no haber llegado a ninguna conclusión en el examen del Tratado de Roma en el GATT estableció el modelo seguido en todos los futuros exámenes de acuerdos notificados en virtud del artículo XXIV. Resumiendo esta experiencia, el Presidente del Grupo de Trabajo sobre el Tratado de Libre Comercio entre el Canadá y los Estados Unidos terminó como sigue su informe de 1991 al Consejo del GATT: ‘En el pasado, más de 50 grupos de trabajo creados para examinar acuerdos de uniones aduaneras o zonas de libre comercio pudieron alcanzar conclusiones unánimes en cuanto a la compatibilidad de esos instrumentos con el Acuerdo General. Por otra parte, no se ha reprobado explícitamente ninguna de esos acuerdos...Cabe preguntarse qué sentido tiene establecer un grupo de trabajo si nadie piensa que podrá alcanzar conclusiones por consenso sobre disposiciones concretas de dichos acuerdos, ni recomendar a los participantes cómo reservar ciertos criterios de referencia. Puede ser significativo el hecho de que el Grupo de Trabajo sobre el Acuerdo que se examina ha comenzado sus trabajos con una demora de más de dos años. A medida que se presenten nuevos acuerdos, puede correrse el riesgo de tratarlos cada vez con mayor superficialidad y que las partes contratantes ya no puedan – si es que todavía pueden – distinguir entre acuerdos más o menos compatibles con el Acuerdo General...’”

⁴⁰⁴ Ibid. p. 21. “In verbis”: “[...] aunque ha habido pocas conclusiones unánimes o apoyos concretos a la tesis de que se han cumplido todos los requisitos jurídicos del artículo XXIV, tampoco los grupos de trabajo han llegado nunca a la conclusión de que tales requisitos no se hayan cumplido. Dicho de otro modo, y este es un aspecto que hay que poner en relieve, lo normal es que los grupos de trabajo constituidos en el marco del artículo XXIV no se hayan pronunciado sobre las

5.1.1 Questões sistêmicas

Um dos temas mais relevantes na pauta atual dos debates em torno do exame de compatibilidade dos acordos regionais de comércio tem sido as implicações das chamadas questões sistêmicas na relação entre as iniciativas regionais e o sistema multilateral. Tais questões incluem temas sensíveis à liberdade comercial não mencionados de maneira expressa no texto do artigo XXIV⁴⁰⁵ e foram agrupadas em 2002 pelo Grupo de Negociação de Regras da OMC em um documento que apontava a necessidade de sua sistematização⁴⁰⁶.

Integram o rol de assuntos considerados sensíveis a necessidade de transparência, os mecanismos de supervisão multilateral, a relação entre regras dos acordos regionais com as da OMC, a interdependência das regras específicas das iniciativas locais, a interpretação das expressões específicas dos artigos XXIV do GATT e do artigo V do GATS e a questão do regionalismo e multilateralismo⁴⁰⁷. No que tange ao sistema de exame de compatibilidade, dentre as mencionadas questões fazem-se relevantes a transparência, nas discussões acerca do prazo para as notificações, e a possibilidade de criação de barreiras entre o território abrangido por uma iniciativa regional e o restante dos membros da OMC.

cuestiones fundamentales que estaban encargados de examinar. Algunas partes contratantes han interpretado la ausencia de recomendaciones al respecto en el sentido de que hay que suponer que el acuerdo en cuestión está en conformidad con el artículo XXIV, en tanto que otras han considerado que, al no haber una decisión final de las partes contratantes obrando colectivamente acerca de la conformidad de un determinado acuerdo con las disposiciones del artículo XXIV, aún no se ha establecido la condición jurídica de dicho acuerdo.”

⁴⁰⁵ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308. p. 172. “In verbis”: “Uma das discussões mais importantes desenvolvidas pelo Comitê sobre ARCs diz respeito às implicações das questões sistêmicas dos ARCs para o comércio internacional. Tais questões foram surgindo ao longo dos anos, como resultado dos exames sobre os acordos preferenciais, e incluem pontos que não estão definidos no Artigo XXIV, nem no seu Entendimento, e que são de difícil conceituação, por envolverem interesses conflitantes.”

⁴⁰⁶ WTO TN/RL/W/2 - Negotiations on Regional Trade Agreements: Key Issues for Consideration.

⁴⁰⁷ THORSTENSEN, Op. cit., nota 112. pp. 218. “In verbis”: “Em 2002, o Grupo de Negociações de Regras da OMC propôs uma sistematização dos principais aspectos envolvidos nas discussões sobre os Acordos Regionais de Comércio. A necessidade de sistematização das questões mais recorrentes adveio dos problemas enfrentados pelo CARC ao analisar os acordos preferenciais. Como resultado foi elaborado um documento que ordena a discussão sobre as questões sistêmicas, agrupando-as da seguinte forma: Transparência; Mecanismos de Supervisão Multilateral; Relação entre Regras dos ARCs com as da OMC; Interdependência das regras específicas dos ARCs; Interpretação das expressões específicas do artigo XXIV do GATT; Interpretação das expressões específicas do artigo V do GATS; Regionalismo e Multilateralismo.”

Nesse sentido, o texto do GATT mostra-se extremamente impreciso quanto à obrigação de notificar e, especificamente quanto ao artigo XXIV, o entendimento de 1994 não resolveu a questão de maneira satisfatória. A falta de consenso sobre a tempestividade das notificações pode colocar em risco, por exemplo, a eficácia das recomendações, quando necessárias, impedindo a correção imediata de eventuais desvios e perpetuando práticas que contradigam os princípios gerais⁴⁰⁸.

Gize-se, neste momento, que a obrigatoriedade da pronta notificação decorre diretamente do princípio da transparência e que a própria abertura conceitual desse preceito se encontra, portanto, no cerne das dificuldades em se estabelecerem prazos e critérios precisos suficientes à garantia da publicidade exigida. Dúvidas restam, por exemplo, na determinação do volume e do tipo de informações hábeis a permitir que se proceda análise responsável da coerência sistêmica entre o local e o geral⁴⁰⁹.

Outra questão sensível de extrema relevância se refere ao parágrafo 4 do artigo XXIV, que já por si só gera polêmicas quanto seu caráter explicativo, preambular aos parágrafos 5 a 8, ou de verdadeiro requisito à compatibilidade dos acordos regionais com o GATT. De uma forma ou de outra, seu texto parece indicar a possibilidade de existência de barreiras ao comércio extra-regional, desde que, como um todo e com base no resultado líquido final apurado, novas barreiras não sejam criadas e apenas sendo mantidas, portanto, as já existentes⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ THORSTENSEN, Op. cit., nota 308. p. 173. "In verbis": "A questão do debate diz respeito ao prazo para a notificação, uma vez que a formulação do Parágrafo é pouco precisa. Alguns Membros defendem o pragmatismo necessário para finalizar as negociações dos acordos. Outros argumentam que o atraso nas notificações acaba por prejudicar o processo, uma vez que o exame dos acordos só começa após a notificação, quando as regras já estão estabelecidas, o que não permite que o Comitê possa fazer as recomendações apropriadas. Esses Membros defendem que tal notificação deve ser feita antes da entrada em vigor dos acordos para permitir, inclusive, as negociações sobre compensações sobre concessões tarifárias modificadas. Apesar de toda a flexibilidade permitida, ainda existem ARCs que não foram notificados, o que torna a avaliação do impacto dos ARCs sobre o sistema multilateral ainda mais complexa."

⁴⁰⁹ Ibid. p. 173. "In verbis": "Outra questão é a obrigatoriedade de se submeter informações sobre os ARCs, de acordo com o princípio da transparência, e de modo a permitir ao Comitê a elaboração de recomendações, quando apropriado. O problema levantado diz respeito à quantidade e à qualidade dessas informações. Alguns Membros defendem um volume razoável de dados, para permitir uma análise baseada em um período representativo. Outros argumentam que, muitas vezes, informações detalhadas são difíceis de serem obtidas, quando não são inexistentes. Ainda, dado o dinamismo dos processos de integração, muitas vezes, quando chegam a ser examinadas, tais informações já estão desatualizadas."

⁴¹⁰ Ibid. p. 175. "In verbis": "Uma segunda questão relativa às uniões aduaneiras está relacionada à interpretação de que somente o efeito líquido final das barreiras criadas sobre as terceiras partes deveria ser considerado, o que significa que algumas barreiras poderiam existir, desde que, como um todo, novas barreiras não fossem estabelecidas. Outra interpretação é de que o Parágrafo [4], na verdade, determina um limite para a criação de barreiras, e que nenhuma nova barreira deverá ser criada."

Nesse contexto, percebe-se a fundamental importância de se encontrarem critérios precisos e objetivos à aferição da criação, ou seja, do aumento do comércio intra-regional em detrimento do comércio com terceiras partes. Dúvida resta, dessa forma, quanto à existência de preferência dos parágrafos 4 e 5 do referido artigo em razão de sua precedência no texto do dispositivo. De maneira mais clara, discute-se, por um lado, se não haveria justificativa possível à barreira com base em argumentos de incremento do fluxo comercial interno da união aduaneira ou, contrariamente, se tal aumento funcionaria como argumento de permissividade⁴¹¹.

Ainda no que tange às questões sistêmicas, observa-se que resta ao Comitê sobre Acordos Regionais a importante função de seguir buscando soluções que tragam maior segurança e previsibilidade ao sistema de exame e, no atual estágio de incertezas, à análise de compatibilidade apresentam-se as opções de aguardar a consolidação desses parâmetros, de concluir os exames imediatamente de maneira bastante flexível ou de concluir que tais dúvidas impedem que se chegue a qualquer resultado na aferição de conformidade⁴¹².

5.2 Sistemas regionais e multilaterais de solução de controvérsias

Um dos principais argumentos da doutrina fragmentária do direito internacional reside na constatação fática da existência atualmente de um número expressivo de tribunais, instituídos e estruturados no âmbito de sistemas normativos específicos e, em grande parte dos casos, aparentemente autônomos, os quais, em tese, poderiam prolatar decisões contraditórias acerca da mesma contenda ou em contendas análogas. Os poucos estudos sérios feitos a esse

⁴¹¹ Ibid. p. 175. “In verbis”: “A terceira questão está relacionada à precedência entre os dispositivos do Parágrafo 4 e 5 (comércio externo e ARC) com relação aos do Parágrafo 8 (comércio interno do ARC), nos casos em que medidas tomadas nos ARCs para facilitar o comércio dentre as partes acabam tendo um efeito de restrição para as terceiras partes. Outra interpretação defende que os objetivos de facilitar o comércio entre as partes do acordo seria mais importante, e que a criação de algumas barreiras seria inevitável, com os efeitos colaterais sobre as terceiras partes.”

⁴¹² Ibid. p. 183. “In verbis”: “Existem três alternativas para o Comitê. A primeira é prosseguir nas discussões sobre as questões, até que um entendimento seja possível e só então concluir os exames dos acordos notificados. A segunda alternativa é concluir os exames de compatibilidade dos acordos com base no entendimento atual das questões sistêmicas, o que permite uma maior flexibilidade de avaliação. A terceira alternativa é de apenas concluir que nada pode ser concluído, ou seja, que nenhum exame pode ser finalizado no estágio atual das discussões sobre as questões sistêmicas. Tal é o impasse em que se encontra, atualmente [em 2002], o Comitê de Acordos Regionais.”

respeito indicam, ao menos por enquanto, certa coerência sistêmica e muita prudência nos pronunciamentos relacionados a pleitos submetidos ou passíveis de serem submetidos a mais de um órgão jurisdicional internacional⁴¹³.

A coerência, é dizer, o esforço em se evitar contradições entre as decisões dos tribunais constitui hoje pilar necessário da consistência do direito internacional e pode muito bem ser entendida como uma das chaves para a determinação da compatibilidade entre sistemas de direito internacional. Decisões contraditórias baseadas em dispositivos de tratados válidos, ainda que aparentemente corretas, podem escamotear, na verdade, a desconsideração de algum princípio geral do direito internacional, por exemplo, que indique a preferência de uma delas como correta.⁴¹⁴ Esses princípios gerais inerentes ao direito das gentes, ao serem considerados cogentes, podem funcionar como vetores da unidade sistêmica dessas ordens aparentemente fragmentadas e resolver, portanto, eventuais contradições entre órgãos jurisdicionais.

A uniformidade das decisões em uma trama tão complexa de jurisdições mostra-se, de fato, atualmente praticamente inviável. Nesse sentido, ainda que órgãos jurisdicionais internacionais não levem em consideração, em regra, a jurisprudência de outros sistemas, eles tendem a seguir, assim como na jurisdição interna de um Estado, seus pronunciamentos anteriores e garante-se, nos dias atuais, assim e ao menos, a coerência interna dos múltiplos sistemas existentes⁴¹⁵. De uma forma ou de outra, observa-se, de maneira bastante sintética, no

⁴¹³ CHARNEY, J.I. International law and multiple international tribunals. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, tomo 271, 1998. p. 347. “In verbis”: “[...] in several core areas of international law the different international tribunals of the late twentieth century do share a coherent understanding of that law. Although differences exist, these tribunals are clearly engaged in the same dialectic. The fundamentals of general international law remains the same regardless of which tribunal is deciding the issue.”

⁴¹⁴ Ibid. p. 360. “In verbis”: “Obviously, in all legal systems the values of consistency and uniformity are balanced against other values. In the international legal system, as well as other legal systems, the treatment of like cases alike through the consistent application of the law enhances the legitimacy of the legal system as well as the organ applying the law. If courts reached different results in similar factual situations the subjects of the law would question whether the law and its institutions were serving interests other than justice, the underlying objective of all legal systems. That is why the common law systems adhere to the doctrine of stare decisis, civil law systems follow the idea of la jurisprudence constante, and, regardless of the legal system or doctrine, court pronouncements on the law are given persuasive effect in subsequent cases. The consistency ultimately gives coherence to international law.”

⁴¹⁵ Ibid. p. 347. “In verbis”: “The increasing number of international law tribunals without a fully effective hierarchical system makes complete uniformity of decisions impossible. On the other hand, it is clear that the continuing specialized international tribunals tend to follow the reasoning of their prior decisions”

atual desenho jurisdicional do direito internacional, ensaios de coerência em meio ao recorrente risco de surgimento de sérias contradições com graves consequências⁴¹⁶.

No campo específico do direito internacional econômico, as dificuldades de determinação da exata extensão dos ilícitos surgem como elemento adicional à possibilidade de contradições entre os diversos órgãos jurisdicionais existentes. Tais dificuldades decorrem, principalmente, da característica especial dos litígios econômicos, os quais tendem à minimização da importância dos ilícitos e à concentração na análise fática, ou seja, na determinação dos danos causados pelas práticas questionadas. Há quem afirme, na verdade, não haver responsabilidade no âmbito econômico sem dano, mesmo potencial e desde que de certa gravidade⁴¹⁷.

5.2.1 Sistema de solução de controvérsias da OMC

O sistema de solução de controvérsias do GATT surgiu estruturado de maneira extremamente simples e não se estabeleceu de uma só vez, construindo-se e desenvolvendo-se, portanto, ao longo dos anos⁴¹⁸. Assim, em sua conformação inicial baseava-se, principalmente, na atuação do Conselho e orientava-se pela legalidade superficialmente posta, não vinculado

⁴¹⁶ Ibid. p. 371. “In verbis”: “[...] at present, the variations among tribunals deciding questions of international law are not so significant that they challenge its coherence and legitimacy as a system of law, the possibility that problems might develop in the future ought not be ignored.”

⁴¹⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público – vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1510. “In verbis”: “O dano no DI Econômico é mais importante do que o ilícito. Assim a violação de uma norma não acarreta a responsabilidade se não houver um dano, e este deve ter uma certa gravidade. Os procedimentos de solução de litígios econômicos são, muitas vezes, desencadeados quando o prejuízo ainda é potencial porque este pode se tornar irreversível. Os Estados podem apresentar uma reclamação quando são lesados em seu interesse, ou quando os fins da organização são atingidos pela atitude do outro Estado.”

⁴¹⁸ JACKSON, Op. cit., nota 94. p.13. “In verbis”: “One of the many achievements of the GATT, despite its ‘birth defects’, has been the development of a reasonably sophisticated dispute settlement process. The original GATT treaty contained very little on this, although it did specifically provide (in Article 22 and 23) for consultation, and then submittal of issues to the GATT Contracting Parties. As time went on, however, the practice began to involve more towards a ‘rule oriented’ system. For example in the late 1950’s the practice introduced a ‘panel’ of individuals to make determinations and findings and recommend them to the Contracting Parties. Before that, disputes had been considered in much broader working parties comprised of representatives of governments. During the next several decades, the Contracting Parties utilized the panel process more and more. Increasingly, the reports began to focus on more precise and concrete questions of ‘violation’ of treaty obligations. At the end of the Tokyo Round in 1979, the GATT Contracting Parties adopted an understanding on dispute settlement which embraced some of these concepts, and embodied the practice convening dispute settlement procedures which had developed during the previous decades. In the 1980s, the dispute settlement panels were for the first time assisted by a legal section of the GATT. The panels began to write reports that were precised and better reasoned.”

de maneira profunda e estática a um sistema fechado de regras⁴¹⁹. As lides que surgiam foram sendo resolvidas, portanto, a partir de meios eminentemente diplomáticos de solução de disputas, como, por exemplo, a negociação, e judicizou-se de forma lenta e gradual com base nas práticas reiteradas dos membros do GATT⁴²⁰.

A necessidade de reestruturação do mecanismo de solução de disputas tornou-se mais clara a partir da Rodada Tóquio. Com a criação da OMC na Rodada Uruguai, o sistema de solução de controvérsias do GATT passou por ampla reformulação e foi definitivamente institucionalizado, estruturando-se em dois distintos órgãos, um específico para a solução de controvérsias e outro de apelação⁴²¹. Cumpre ressaltar, neste momento e ainda, que o sistema jurisdicional da organização pode ser considerado hoje sua peça central, sua verdadeira “jóia da coroa”⁴²².

As diferenças estruturais entre o sistema de solução de disputas anterior e o atualmente observável na OMC mostram-se extremamente profundas. Os procedimentos do GATT fundavam-se nas práticas e na interpretação dos tratados, enquanto o existente hoje resulta de

⁴¹⁹ JACKSON, Op. cit., nota 107. p. 89. “In verbis”: “The phrase ‘rule orientation’ is used here to contrast with phrases such a ‘rule of law’, and ‘rule-based system’. Rule orientation implies a less rigid adherence to ‘rule’ and connotes some fluidity in rule approaches which seems to accord with reality (especially since it accommodates some bargaining or negotiation).”

⁴²⁰ LAFER, Celso. O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coord.) Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil. São Paulo: Ltr, 1998. p. 740. “In verbis”: “[...] codificação e desenvolvimento progressivo do sistema de solução de controvérsias foi o resultado, no GATT, de uma interpretação formalizada pelas partes contratantes, baseado na prática e no seu aprimoramento, que não tinha base legal explícita no Acordo Geral. A criativa evolução dessa prática, num sentido amplo, indica a passagem – com marchas e contramarchas – de um sistema mais voltado para a conciliação, como era usual nos acordos de produtos primários, por exemplo, café (o que Hudek denominou ‘jurisprudência diplomática’, ou seja, um blend of legal and diplomatic strategies), para um sistema que foi abrindo a possibilidade de um adensamento crescente da ‘juridicidade’ na solução de controvérsias, sem nunca excluir a conciliação negociada dos interesses.”

⁴²¹ MCRAE, Op. cit., nota 101. p. 181-185. “In verbis”: “The GATT dispute settlement process was not created; it evolved. Article XXIII of GATT provided only for contracting parties to make representations to other contracting parties where they considered that benefits were being nullified or impaired or the attainment of the objectives of the Agreement were being impeded. [...] The process for handling disputes brought under Article XXIII was very informal. [...] But there were problems, which increased in the period following the Tokyo Round. [...] The new WTO rules on dispute settlement attempt to change all this. The role played by the Council is now taken over by the Dispute Settlement Body (DSB), a plenary body with responsibility solely for the functioning of the dispute settlement process. [...] These procedures represent an attempt to make the GATT process more efficient, to ensure the highest quality in decision-making, and thereby to make resort to panels an attractive proposition for Governments wishing to have a speedy resolution to their trade disputes. [...] A more significant approach to dealing with the problem of ‘wrong’ panel decisions under the WTO is through the creation of an appeal process. The appellate procedure is in many respects quite novel.”

⁴²² JACKSON, Op. cit., nota 107. p. 82. “In verbis”: “[...] as the ‘centerpiece’ or ‘jewel in the crown’ of the WTO, namely its dispute settlement system.”

uma codificação, posto terem sido a sua criação e seus regramentos inseridos no texto do tratado que criou a OMC – Anexo 2 – Dispute Settlement Understanding – DSU⁴²³.

Apesar de a jurisprudência ter sido instituída como fonte do direito internacional no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, subsistem dúvidas quanto ao papel das próprias decisões do órgão da OMC na formação do direito do comércio internacional⁴²⁴. Ainda que a normativa da OMC não faça previsão à vinculação dos pronunciamentos a precedentes anteriores prolatados pelo órgão multilateral de solução de litígios, é de se supor que a jurisprudência anterior deve servir como orientação, mesmo não havendo no sistema do GATT a vinculação inerente aos sistemas de *common law*⁴²⁵.

A institucionalização jurisdicional não resolveu tampouco as dúvidas relacionadas à interação do sistema de solução de controvérsias multilateral de comércio com obrigações decorrentes de outros tratados. Independentemente de tal omissão, fato consumado e devidamente reconhecido pelo órgão jurisdicional da OMC é a submissão de suas decisões ao direito internacional geral. Tal posicionamento institucional acaba transformando essa

⁴²³ LAFER, Op. cit., nota 420. p. 744. “In verbis”: “A primeira observação a ser feita sobre o sistema de solução de controvérsias da OMC é a de que, enquanto expressão de codificação e desenvolvimento progressivo e em contraste com o sistema do GATT, não é mero fruto de prática e interpretação. É uma obrigação, de outra hierarquia jurídica, uma vez que contemplada pelo próprio tratado constitutivo da OMC, e , enquanto tal, obriga a todos os Estados-membros e deve ser cumprida de boa-fé (cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – art. 26). Em outras palavras, é parte do quadro constitutivo de uma nova organização – ela própria dotada de subjetividade internacional especializada, distinta da de seus membros 0, o que não acontecia com o GATT, que era de natureza contratual. Com efeito, ex vi do art. II do Acordo de Marrakesh, que trata do objeto e alcance da OMC – o Anexo 2, que é o ‘Dispute Settlement Understanding’ é parte integrante dos compromissos dos Estados-membros.”

⁴²⁴ HIGGINS, Rosalyn. The ICJ, the ECJ, and the integrity of international law. In: International and Comparative Law Quarterly. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. vol 52, p. 16-17. “In verbis”: “It is evident that the panels, and the Appellate Body, have found great difficulty, in particular, in dealing with competing obligations in other treaties – whether those on energy law, environmental law, the IMF, or the WIPO Conventions. They have been uncertain whether general international law requires that lex posterior applies, or whether intentions of the parties govern. Fierce debates about the WTO Rules and the Maastricht and Amsterdam Treaties have been the order of the day. WTO Panels have noted that the Statute of the International Court of Justice mentions writings and jurisprudence as a subsidiary source of international law. That WTO jurisprudence itself may have a role to play as an international law source seems only to provide a circularity and to add to the difficulties.”

⁴²⁵ JACKSON, Op. cit., nota 94. p. 15. “In verbis”: “It should also be understood that the international legal system does not embrace the common law jurisprudence that prevails in the United States which calls for courts to operate under a stricter ‘precedent’ or ‘stare decisis’ rule. Most nations in the world do not have stare decisis as part of their legal system, and the international law also does not. This means that technically a GATT panel reportd is not strict precedent, although there is certainly some tendency for subsequent GATT panels to follow what they deem to be the ‘wisdom’ of prior panel reports. Nevertheless, a GATT panel has the option to not follow a previous panel report, as has occurred in several cases.”

jurisdição particular em instrumento de unidade do direito internacional, posto que, ao interpretar suas regras à luz do direito das gentes, a organização evita sua fragmentação⁴²⁶.

Importante ressaltar que na possibilidade de um litígio poder ser levado a mais de um sistema de solução de controvérsias, o sistema da OMC, além de determinar a exclusividade de jurisdição, nunca levou e muito improvaavelmente levará em consideração o fato de a lide já ter sido apreciada por outro mecanismo jurisdicional⁴²⁷. A observância necessária do direito internacional geral não sugere a exigência de consideração, por exemplo, da normativa dos sistemas regionais de comércio e nem a jurisdição regional no momento da prolação de suas decisões. Contrariamente, as jurisdições regionais tendem hoje claramente a levar em consideração as normas do GATT em seus pronunciamentos, conforme extraível, por exemplo, expressamente dos tratados da experiência regional européia⁴²⁸.

Essa recusa em apreciar as normativas locais traz a tona a problemática referente à determinação de validade das regras de tratados e acaba interferindo, por exemplo, na interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. De fato, o artigo 30 desse diploma internacional estabelece a regra geral da validade temporal, mas o sistema da OMC parece exigir exclusivamente o critério da especialidade e não considerar, portanto, as ordens normativas regionais criadas posteriormente a sua constituição⁴²⁹.

⁴²⁶ DUPUY, Op. cit., nota 52. p. 455. “In verbis”: “Or, pour faire face à un tel défi, l’Organe d’appel a constaté qu’il disposait d’instruments adéquats : certains principes généraux consacrés par le droit international général et les règles coutumières consignés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités”.

⁴²⁷ PUPO, Op. cit., nota 367. pp. 170-171. “In verbis”: “Entende-se como fórum shopping a possibilidade de, diante de uma situação que um país entenda ser passível de questionamento, submetê-la a mais de um foro de solução de controvérsias. Logicamente, para que uma controvérsia possa ser examinada por determinado foro deve haver regras substantivas e processuais que legitimem a propositura da controvérsia naquele foro específico. O que temos observado são vários Acordos Regionais com direitos e obrigações substantivos paralelos aos da OMC, possibilitando aos seus membros recorrer a diferentes mecanismos de solução de controvérsias para disputas semelhantes ou mesmo idênticas. O Artigo 23 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC (‘Entendimento’) determina a exclusividade da jurisdição da OMC para casos de violação de suas regras. Ou seja, a jurisdição da OMC perdura mesmo que as mesmas disputas possam ser levadas ou questionadas em outros foros. Em função do quase-automatismo do mecanismo de solução de controvérsias da OMC, uma vez tendo sido iniciada a disputa na OMC, é muito improvável que um painel considere o pedido do demandado de suspender os procedimentos por ter a mesma disputa sido levada a outro foro internacional.”

⁴²⁸ CASELLA, Op. cit., nota 223. p. 267. “In verbis”: “A primeira indagação diria respeito à competência do TJCE para interpretar a aplicação da regulamentação do GATT, ou qualquer dispositivo de natureza internacional, onde o entendimento em sentido positivo, decorreria de combinação do conteúdo dos arts. 238 e 228 CEE, porquanto tal dispositivo, embora inicialmente ‘internacional’, torna-se, em seguida, ‘comunitário’, ao menos quanto aos efeitos, para os contratantes comunitários”.

⁴²⁹ MCRAE, Op. cit., nota 101. p. 176-177. “In verbis”: “In short, it is clear that at least with the advent of the new WTO dispute settlement mechanism, international law is central to the interpretation of international trade law. This may, in fact, breathe new life into the Vienna Convention as well as calling into question the adequacy of some of its provisions. For example, where there are successive treaties relating to the same subject-matter, Article 30 of the Vienna Convention essentially opts for a ‘later-in-time’ rule. Is this approach adequate in the field of international trade law, particularly when

Também no que se refere à relação entre membros de iniciativas regionais e terceiros, membros do GATT, a ordem legal local não se aplicaria com base na mesma Convenção de Viena. Contextualizada no MERCOSUL, observa-se que a primazia do direito regional, sustentada pela jurisprudência particular, encontrar-se-ia, nessas situações, afastada em respeito ao direito internacional mais geral, o qual não poderia ser regionalmente derogado e imposto a não membros da iniciativa local⁴³⁰.

O recorrente posicionamento da doutrina de que o órgão multilateral de solução de controvérsias não teria, na verdade, competência para analisar uma normativa regional, como a do MERCOSUL, por exemplo⁴³¹, começa a sofrer críticas que apontam sérios problemas desse isolamento de esferas dentro de um mesmo sistema material de regras. Tal ameaça à coerência jurídica é combatida, inclusive, pelo conjunto de ditames da já referida Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴³².

A convivência entre a jurisdição multilateral e outras jurisdições internacionais pode ser analisada, ao menos, sob três distintas perspectivas. Em primeiro lugar, pode-se perceber a inserção do subsistema multilateral no direito internacional geral e, portanto, sua incompletude

dealing with the relationship between the WTO and customs unions or free trade areas that comply with GATT Article XXIV? It would seem odd if the provisions of a customs union or free trade area were to override every time a WTO negotiating rounded led to agreements that contained inconsistent provisions. But a strict application of Article 30 might suggest such a conclusion.”

⁴³⁰ PEREIRA, Op. cit., nota 313. p. 20. “In verbis”: “No tocante às relações entre os Estados-Partes do MERCOSUL, de um lado, e, de outro, os demais membros da OMC, a primazia do Direito do MERCOSUL, estaria definitivamente afastada, bem como a competência do foro regional para solucionar eventuais controvérsias entre os mesmos, porquanto tais relações devem obedecer precipuamente às normas que compõem o quadro normativo da OMC. Essa primazia do direito internacional do comércio não impede, contudo que o direito regional adotado no âmbito da Política Externa do MERCOSUL seja aplicado nas relações comerciais de seus Estados-Partes com os demais membros da OMC, desde que não viole os parâmetros internacionalmente estabelecidos, já que o sistema da OMC não cria direito uniforme. A primazia do direito internacional nas relações externas dos Estados-Partes do MERCOSUL repousa na regra contida no Art. 30, inciso 4, alínea a, da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969, que estabelece que as relações recíprocas dos Estados devem ser regidas pelos tratados comuns aos mesmos. Desse modo, norma internacional não pode ser derogada por norma regional, de cuja elaboração e adoção não tenham participado os Estados não-membros da área de integração regional.”

⁴³¹ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. p. 247. “In verbis”: “O Órgão de Solução de Controvérsias [da OMC] não tem competência para assegurar o respeito ao Tratado de Assunção nem a qualquer outro acordo regional. Cabe-lhe simplesmente investigar e punir os comportamentos que atentem contra os tratados que formam o sistema multilateral de comércio.”

⁴³² CAMERON, James; GRAY, Kevin R. Principles of international law in the WTO dispute settlement body. In: International and Comparative Law Quarterly. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. vol 50, p. 264. “In verbis”: “Since the Dispute Settlement Body is a creature of a treaty and is designed to interpret its parent legislation, its jurisdiction is primarily limited to applying the provisions of the WTO Agreements. However, the VCLT requires treaties to be interpreted with due regard not only to rules of international law applicable to the parties, but also to other treaties. Indeed it has been argued that interpreting the WTO Agreement in isolation from other treaties could counteract the object and purpose of the GATT 1994.”

que exige a alusão às regras gerais estabelecidas, por exemplo, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴³³.

Outro prisma possível diz respeito à coordenação dos diversos órgãos de solução de controvérsias atualmente existentes⁴³⁴. Nesse sentido, importante se faz esclarecer que a existência de acordos multilaterais e regionais pertencentes ao mesmo sistema de normas legais, tal qual, por exemplo a OMC e o NAFTA, não implica necessariamente na possibilidade de risco de conflitos de jurisdição entre os órgãos de solução de controvérsias local e geral.

De fato, enquanto o sistema multilateral estaria, em tese, encarregado de aplicar a normativa multilateral, o regional restringir-se-ia às suas regras materiais particulares⁴³⁵. No contexto geral, especificamente no âmbito da OMC, aparte de sua competência exclusiva para aplicar sua normativa⁴³⁶, observa-se muito facilmente que seu sistema de solução de controvérsias não leva em consideração regras de acordos regionais de comércio notificados aos seus órgãos competentes.

Nos últimos anos, contendas apresentadas simultaneamente por membros do MERCOSUL aos sistemas de solução de disputas regional e multilateral reforçam a

⁴³³ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. pp. 240-241. "In verbis": "'Diálogo' sistemático de coerência. Surge quando um tratado, por revestir caráter geral, fornece os conceitos básicos para aplicação de um tratado específico constitutivo de um subsistema de normas que não PE materialmente completo. Tal sucede, por exemplo, no que concerne à aplicação das regras sobre validade, a retroatividade, a interpretação e os conflitos entre tratados. É irrecusável, sob esse aspecto, o papel que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados cumpre na solução dos litígios que envolvem a violação dos compromissos firmados no âmbito da OMC. A vitalidade do 'diálogo' sistemático de coerência deflui dos próprios instrumentos constitutivos do sistema multilateral de comércio quando estes invocam outras normas internacionais, numa confissão explícita da incompletude que os caracteriza."

⁴³⁴ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. p. 241-242. "In verbis": "'Diálogo' de coordenação e adaptação. A jurisdição exclusiva do Órgão de Solução de Controvérsias aos litígios que envolvem a violação dos acordos da OMC propõe o delicado problema da coordenação entre as jurisdições internacionais. Nesse contexto, dois temas se destacam: a interação entre, de um lado, os meios de solução de controvérsias da OMC e os mecanismos engendrados para esse fim pelos tratados multilaterais ambientais, e de outro a interação entre os primeiros e as regras sobre solução de disputas estatuídas pelos acordos regionais de comércio."

⁴³⁵ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. p. 246. "In verbis": "Afora os inconvenientes da duplicação de procedimentos, não existe, em princípio, conflito de jurisdição entre o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e os meios de solução de divergências dos acordos regionais de comércio. A matéria que ambos focalizam é diferente, muito embora o conteúdo das obrigações seja similar. O painel da OMC aplica as normas do sistema multilateral de comércio, ao passo que o painel do NAFTA tem como escopo aplicar a disciplina normativa constante do acordo regional."

⁴³⁶ "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes: Article 23: Strengthening of the Multilateral System 1. When Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements or an impediment to the attainment of any objective of the covered agreements, they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding."

inobservância da ordem local pela geral da OMC. Inversamente, entretanto, as dúvidas que restavam quanto à submissão da jurisdição regional, ainda que indiretamente, à global estruturada em torno do GATT, foram sepultadas pela expressa inserção no Protocolo de Olivos – tratado-marco do atual sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL – de uma cláusula de fórum shopping que estabelece clara prevalência da jurisdição multilateral.

A última perspectiva restante se refere à alusão no sistema de solução de controvérsias multilateral a outra normativa multilateral pertencente a outro sistema de normas. No caso da OMC, o acordo geral abre caminho à incorporação, por exemplo, de argumentos ambientais à aridez mercantil⁴³⁷ e, de fato, os pronunciamentos do sistema geral de solução de controvérsias relacionados à influência de acordos externos nas obrigações do GATT ocorrem, ainda que timidamente, mormente no que se refere a questões ambientais⁴³⁸.

De volta à compatibilidade das iniciativas regionais, a tradicional posição do sistema de solução de contendas da OMC sustenta que o artigo XXIV apenas poderia ser alegado no caso de restrições ao sistema multilateral de comércio. A mencionada exigência de lesão não impediu, entretanto, que pronunciamentos jurisdicionais surgissem na tentativa de se esclarecerem dúvidas quanto à compatibilidade e, de maneira bastante interessante, estabelecessem que tal artigo apenas poderia ser alegado em defesa da conformidade dos preceitos particulares caso a iniciativa regional tivesse efetivamente reduzido as restrições ao comércio para com terceiros países⁴³⁹.

De qualquer maneira, o exame de compatibilidade segue como único instrumento oficial de manutenção da integridade sistêmica da OMC, ainda que inexista formalmente aprovação ou reprovação dos acordos regionais analisados. O sistema de solução de controvérsias multilateral surge, assim, como meio indireto, meio secundário de exame, o

⁴³⁷ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. p. 242. “In verbis”: “‘Diálogo’ sistemático de complementaridade. Verifica-se, nesse caso, sempre que couber, a aplicação complementar das normas e dos princípios que as informam. O artigo XX do GATT de 1994 favorece o ‘diálogo’ com os demais subsistemas do direito internacional, designadamente com os tratados multilaterais ambientais e com as convenções que protegemos direitos humanos.”

⁴³⁸ CAMERON, Op. cit., nota 432. p 263. “In verbis”]: “A pressing issue in treaty interpretation in the WTO is how a party’s obligations are affected by international commitments external to the legal regime. [...] In WTO jurisprudence this issue has arisen mainly in the context of multilateral environmental arrangements and their potential to conflict with or supersede a trade obligation.”

⁴³⁹ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. p. 246. “In verbis”: “As tarifas e regulamentos impostos no momento em que a união se constitui a respeito do comércio com outras partes contratantes não deverão ser mais elevados ou mais restritivos do que a incidência geral das tarifas e regulamentos comerciais aplicáveis ao território das partes antes que o acordo regional viesse a se formar. Logo, o artigo XXIV só poderá ser alegado, a título de defesa, para justificar a violação de uma norma do GATT se o acordo regional efetivamente diminuiu as restrições ao comércio que atingem terceiros países.”

qual, no caso de comprovada lesão decorrente da incompatibilidade, poderá vir a instrumentalizar futuramente, quem sabe, mecanismo de sanções para iniciativas desvirtuadas.

O texto do GATT há que ser considerado, assim, no que se refere aos acordos regionais e à sua harmonização com a OMC, bastante vago e o exame de compatibilidade quase uma mera formalidade política. Essas lacunas estruturais favorecem meios alternativos de controle como a mencionada provocação, de forma individual, do sistema de solução de controvérsias multilateral pelos membros do acordo geral que se sentem lesados pela normativa das iniciativas locais⁴⁴⁰.

Em meio a tantos entraves e dúvidas, nenhum acordo regional de comércio foi considerado até o momento expressamente incompatível com a normativa multilateral em parecer definitivo do Comitê de Acordos Regionais ou, na sistemática anterior, dos Grupos de Trabalho específicos. A falta de conclusões pela incompatibilidade pode, entretanto, se justificar pelo procedimento de recomendações cabível no caso de disparidades e na ineficácia que se pode presumir de pareceres definitivos privados de mecanismos de coerção, ainda que já existam pronunciamentos acerca da compatibilidade regional na jurisprudência do órgão de solução de controvérsias da OMC⁴⁴¹.

5.2.1.1 Caso Turkey - Textiles

Uma dos pronunciamentos mais paradigmáticos do órgão jurisdicional da OMC quanto à conformação de experiências regionais com o sistema multilateral de comércio se deu na

⁴⁴⁰ PEREIRA, Op. cit., nota 313. p. 27. “In verbis”: “Provavelmente a imprecisão de seus termos e as lacunas encontradas no Art. XXIV do GATT tenham sido as principais causas de sua atuação limitada. Até hoje, constata-se que nenhuma notificação à OMC foi negada, o que nos faz acreditar que estamos sobretudo diante de uma formalidade de ordem política, criada para que todos fiquem satisfeitos. O controle, em realidade, é exercido individualmente pelos membros que, diante de um prejuízo real causado por um acordo comercial firmado por um Membro da OMC, recorrem ao mecanismo multilateral de solução de controvérsias.”

⁴⁴¹ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. pp. 365-366. “In verbis”: “To date [2003], no WTO case has attempted to use GATT Article XXIV as a sword to invalidate a PTA. Several interesting cases have, however, raised the issue of whether Article XXIV can be used as a shield, to protect otherwise WTO-inconsistent trade practices. The first instance of this arose under the GATT in late 1994. A GATT panel in the EEC – Bananas case ruled in passing on the question whether the EC’s discriminatory import regime for bananas that favoured ACP (African-Caribbean-Pacific) countries could be shielded by the Lomé Convention between the EC and these countries. The panel ruled that the Lomé Convention did not qualify as an Article XXIV customs union or free trade area.”

apreciação da contenda conhecida como “Caso Turkey – Textiles”. A disputa trouxe ao debate temas importantes da relação entre o particular e o geral e seu resultado acabou contribuindo para a interpretação do artigo XXIV GATT. Mais que isso, o órgão de solução de controvérsias expôs as deficiências do sistema de exame e a falta de conclusões acerca da compatibilidade dos acordos regionais com as regras multilaterais, apontando riscos e ameaças de tais inconclusões⁴⁴².

Concretamente, a Turquia buscava fazer uso do artigo XXIV do acordo geral para justificar a aplicação de cotas à importação de têxteis da Índia em razão da formação de uma união aduaneira com as comunidades européias. O órgão de apelação da OMC concluiu, em interpretação estrita dos parágrafos 4 e, principalmente, do 8, que esse tipo de barreira apenas seria justificável à luz do artigo XXIV se fosse imprescindível para a formação de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio⁴⁴³.

Nesse sentido, a grande importância da decisão se deu no estabelecimento de critérios à aferição dessa necessidade e, portanto, do espectro de permissividade contido na regra de exceção do parágrafo 5. Tais critérios foram estabelecidos com base no conceito de união aduaneira contido no parágrafo 8 do artigo e, principalmente, na abrangência dos termos “parte substancial do comércio” e “direitos e outros regulamentos de comércio”⁴⁴⁴.

⁴⁴² DOMINGUES, Op. cit., nota 371. pp. 62. se referindo ao período anterior à criação do Comitê de Acordos Regionais e sugerindo expectativa quanto à alteração de tal situação, “in verbis”: “[...] a maioria dos acordos eram examinados sem que houvesse uma conclusão acerca de sua compatibilidade ou não com as regras do GATT. Isto inclusive foi colocado em destaque no relatório do painel do caso ‘Turquia - Restrições à importação de produtos têxteis e de confecções’.”

⁴⁴³ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. p. 366. “In verbis”: “In Turkey – Textiles, Turkey attempted to use Article XXIV to justify quotas on textiles and clothing. In ruling on this matter, the Appellate Body focused on the ‘chapeau’ of Article XXIV:5 and the wording that the provisions of GATT 1994 ‘shall not prevent ...the formation of a customs union’ (or a free-trade area). Thus, the Appellate Body concluded, Article XXIV can justify a measure ‘only if it is introduced upon the formation of a customs union and only to the extent that the formation of the customs union would be prevented if the introduction of the measure were not allowed.’”

⁴⁴⁴ AMARAL JÚNIOR, Op. cit., nota 318. p. 245. “In verbis”: “No caso Turkey - Textiles discutiu-se a licitude das restrições quantitativas estabelecidas pela Turquia a dezenove categorias de produtos têxteis importados da Índia devido à formação de uma união aduaneira com as Comunidades Européias. Não obstante o painel ter considerado que as restrições quantitativas eram incompatíveis com os artigos XI e XIII do GATT de 1994 e com o artigo 2.4 do Acordo sobre Têxteis, a Turquia apelou da decisão sob o argumento de que tais medidas encontravam guarida no artigo XXIV do GATT de 1994. O Órgão de Apelação elucidou que o aspecto central proposto pela disputa residia na interpretação do caput do artigo XXIV, que não proíbe a formação de união aduaneira entre as partes contratantes, e não nos artigos XXIV-8 (a) e XXIV-5 (a), como afirma o painel. O § 4º do artigo XXIV é o contexto relevante para a análise do caput, não havendo, por isso, nada que impeça a formação de união aduaneira nos termos expressamente indicados. A adoção de medida incompatível com outras normas do GATT seria aceita apenas se a violação em causa fosse necessária para a conclusão do acordo e se a ausência dela inviabilizasse a sua concretização. A interpretação do caput do artigo XXIV depende da definição de união aduaneira inscrita no parágrafo 8 (a).”

No que se refere à expressão “parte substancial do comércio”, ficou estabelecido que sua aferição envolveria certa flexibilidade. Não seria todo o comércio, mas tampouco uma pequena parte dele. Quanto aos direitos e outros regulamentos de comércio, o órgão de apelação estabeleceu que sua aferição deve ser feita com base nas barreiras realmente aplicadas e não apenas naquelas acordadas entre as partes e, principalmente, que tal constatação deve ter por base aspectos econômicos, indicando claramente, assim, o caminho a ser seguido pelo sistema de análise de compatibilidade⁴⁴⁵.

O rigor sugerido pelo órgão de apelação para a análise de compatibilidade entre o acordo regional e a normativa multilateral permite que se perceba, em meio à aparente ineficácia dos atuais procedimentos de aferição, que a OMC parece tender a uma postura mais rigorosa na verificação da conformidade e que o sistema de solução de controvérsias da organização pode, nesse aspecto, vir a exercer importante papel tanto na hermenêutica da normativa geral, quanto na imposição de sanções a eventuais transgressões⁴⁴⁶.

5.2.1.2 DS 332

Envolvendo o MERCOSUL e especificamente o Brasil, o Caso DS 332 surgiu com clara tendência a se tornar um marco da análise de compatibilidade regional pelo sistema multilateral de solução de controvérsias. Parte consistente da doutrina se pronunciou, inclusive, acerca dessa expectativa enquanto o pronunciamento final era aguardado.

⁴⁴⁵ MATSUSHITA, Op. cit., nota 166. pp. 367-368. “In verbis”: “The first level of analysis is to determinate, in any particular case, whether there is a customs union (or free-trade area). This determination involves consideration of the elements of Article XXIV:8(a) [...] the Appellate Body stated that the term ‘substantially all the trade’ involves some flexibility: it is ‘not the same as all the trade...but considerably more than some of the trade’. The second level of analysis is to examine the requirements of Article XXIV:5(a). This involves a consideration of whether ‘duties and other regulations of commerce’ imposed on external trade with the WTO members are ‘not on the whole...higher than the general incidence’ of the duties imposed by the constituent members of the customs union before its formation. [...] Thus, the valuation compares the applied rates of duty not merely the bound rates. [...] This, the Appellate Body pointed out, is an economic test for the assessing the compatibility of a particular customs union with Article XXIV.”

⁴⁴⁶ Ibid. p. 369. “In verbis”: “There is every indication that, in the future, the WTO will inject greater discipline into the formation and maintenance of PTAs, as well as derogations based upon Article XXIV of the GATT. In the Turkey – Textiles case, the WTO Appellate Body laid the foundation for this effort. Based on the Turkey – Textiles analysis, it will be very difficult in the future to use Article XXIV as a shield for WTO-inconsistent measures.”

A questão central da controvérsia não se referia diretamente à conformação do MERCOSUL com o sistema do acordo preferencial global, mas, na verdade, à adoção pelo Brasil de medida restritiva geral sob argumento ambiental fulcrada no conteúdo do artigo XX do GATT. Nesse sentido, é de se observar que o regionalismo apenas surgiu de maneira indireta na contenda em razão da decisão proferida por um Tribunal Ad Hoc do MERCOSUL que determinou a não aplicação da restrição aos membros do acordo local⁴⁴⁷.

Inconformada com a manutenção da restrição aos demais participantes do acordo geral, a União Européia decidiu, então, provocar o sistema multilateral de solução de controvérsias aduzindo criar a adequação brasileira ao pronunciamento jurisdicional regional exceção à cláusula da nação mais favorecida inconsistente com as regras permissivas do artigo XXIV do GATT⁴⁴⁸. Em seu peticionamento, as Comunidades Européias exigiam não apenas que a medida fosse declarada transgressora, mas, na verdade, que o órgão de solução de litígios se pronunciasse claramente acerca da compatibilidade do MERCOSUL com o sistema multilateral de comércio⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres - WTO WT/DS332/R, 12 June 2007. p. 06. “In verbis”: “4. Exemption of MERCOSUR countries from the import ban and the fines 2.13 After the adoption of Portaria SECEX 8/2000, the first measure explicitly banning the importation of ‘retreaded tyres’, Uruguay requested, on 27 August 2001, the initiation of arbitral proceedings under MERCOSUR against this Brazilian measure. On 9 January 2002, the MERCOSUR arbitral tribunal decided that the import ban on retreaded tyres imposed by Portaria SECEX 8/2000 was incompatible with MERCOSUR Decision 22/2000, which requires MERCOSUR partners not to introduce new restrictions to commerce among themselves. 2.14 Following this arbitral award, Brazil eliminated the ban for remoulded tyres imported from MERCOSUR countries by means of Portaria SECEX 2 of 8 March 2002. Article 1 of Portaria SECEX 2/2002 provides: ‘Art. 1. The import license for remoulded tyres is hereby authorized, classified under NCM codes 4012.1100, 4012.1200, 4012.1300 and 4012.1900, when proceeding from MERCOSUR member States under the Economic Complementation Agreement no. 18.’”

⁴⁴⁸ Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres - WTO WT/DS332/R, 12 June 2007. p. 07. “In verbis”: “3.1 The European Communities requests the Panel to find that: [...] (d) Brazil has acted inconsistently with Article I:1 of GATT 1994 by eliminating the import ban and the above-mentioned financial penalties for retreaded tyres imported from other MERCOSUR countries, while maintaining those measures for other imports, notably from the European Communities. Thereby, Brazil has failed to accord an advantage granted, with respect to rules and formalities in connection with importation, and with respect to matters referred to in paragraph 4 of Article III, to products originating in other countries immediately and unconditionally to the like products originating in the territory of the European Communities.”

⁴⁴⁹ Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres - WTO WT/DS332/R, 12 June 2007. p. 98. “In verbis”: “4.384 The European Communities argues that Brazil must establish that MERCOSUR is a customs union that fully meets the requirements of Article XXIV:8(a) and 5(a). However, the European Communities claims that Brazil has merely asserted, without offering any further proof or argument, that the conditions of Article XXIV:8(a) are met by MERCOSUR.⁴⁴⁹ The European Communities contends that Brazil has not taken any position on the condition of Article XXIV:5(a). The European Communities argues that submissions of Brazil do not seem sufficient to enable the Panel to determine whether the conditions of Article XXIV:8(a) and 5(a) are met.⁴⁴⁹ The European Communities claims further that Brazil has failed to demonstrate that MERCOSUR is a customs union which is in full accordance with the requirements of Article XXIV:5 and 8. Instead, the European Communities contends that Brazil appears to believe to be able to establish these requirements by simple force of assertion. However, as the European Communities has shown, there are numerous open questions as to the fulfilment by MERCOSUR of the requirements of Article XXIV.”

No entendimento dos europeus, o Brasil deveria tomar posição ativa no processo e provar a conformidade para que esta fosse reconhecida pela OMC, mas os representantes brasileiros seguiram sustentando a conformidade de maneira superficial sem trazer aos procedimentos dados precisos que comprovassem sua posição.

As expectativas criadas pela doutrina acabaram sendo frustradas ao final pela quase completa exclusão de menções concretas aos critérios de conformidade exigidos pelo sistema multilateral aos acordos regionais. A posição que prosperou tomou por base declaração da representação chinesa que sustentava não se tratar de questão relacionada diretamente à consistência da medida adotada pelo Brasil com o artigo XXIV do GATT, mas de sua inconsistência com a regra geral do artigo I, ou seja, com o princípio da não discriminação⁴⁵⁰. O órgão de solução de controvérsias da OMC considerou, assim e portanto, que não importava ao sistema geral a decisão adotada no âmbito regional e confirmou sua postura recorrente de desconsiderar normativas e pronunciamentos jurisdicionais regionais.

5.2.2 Sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL

A existência de um sistema de solução de controvérsias que de alguma forma vincule as partes de uma organização de integração é premissa basilar para o atingimento dos objetivos de um acordo regional econômico tendente à formação de um mercado comum como pretende, ao menos aparentemente, o MERCOSUL⁴⁵¹. Nesse sentido, há que se mencionar o fato de a prerrogativa dada aos Estados de não serem obrigados à submissão a

⁴⁵⁰Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres - WTO WT/DS332/R, 12 June 2007. p. 118. “In verbis”: “3. The MERCOSUR exemption 5.28 Brazil's ban and restriction on the importation of retreaded tyres do not apply to other members of MERCOSUR and Brazil cited Article XXIV and Article XX(d) to justify the exemption. To China's understanding, the question of whether the exemption is justified would arise only after the import ban itself being determined by the Panel to be legitimate. If the import ban itself is found to be inconsistent with Brazil's WTO obligation, the Panel does not need to touch the MERCOSUR exemption at all.”

⁴⁵¹ CASELLA, Paulo Borba. From dispute settlement to jurisdiction? Perspectives for the MERCOSUR. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. International trade law and the GATT/WTO dispute settlement system. London: Kluwer Law 1997. p. 555. “In verbis”: “An institutional framework for the settlement of disputes is a mandatory requirement for any cooperation-integration model, be it at a regional or at world levels. The co-existence of independent and sovereign states, not bound to each other except to the extent that such states agreed through treaties, requires a device for the settlement of disputes among such states, eliminating differences of interpretation and/or national practice, both at administrative and case law levels.”

outra jurisdição que não a sua própria⁴⁵², quando considerados os clássicos conceitos de soberania⁴⁵³, favorecer a criação de meios internacionais, ou seja, desvinculados de ordenamentos internos específicos, para a solução de controvérsias, sejam eles diplomáticos, políticos ou jurisdicionais.

Dentre os meios jurisdicionais de solução de conflitos no âmbito internacional encontram-se os judiciais e os arbitrais. Cumpre ressaltar, em linha com o anteriormente mencionado, que as decisões emanadas de órgãos jurisdicionais se apresentam como obrigatórias aos Estados a que se dirigem quando a competência jurisdicional houver sido expressamente reconhecida, por exemplo, em acordo tendente à formação de uma zona de livre comércio e/ou de uma união aduaneira. A existência de um tribunal comum é considerada hoje elemento fundamental à estabilização sistêmica e à harmonização do direito comum incipiente em organizações regionais⁴⁵⁴.

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

⁴⁵² Sobre a relação existente entre a soberania e os meios de solução de controvérsias entre Estados, BAPTISTA, Luiz Olavo. Sistemas para solução de divergências nas instituições de integração e o MERCOSUL. In: Magalhães, José Carlos & Mercadante, Araminta de Azevedo (coord.). Solução e prevenção de litígios internacionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 338. "In verbis": "[...] há que se destacar o papel da soberania. Ela constitui o principal personagem - há quem diga obstáculo - nos sistemas para solução de controvérsias internacionais, já que os personagens são os Estados." e vai além ao ressaltar (1999:441) que "é sobretudo nos mecanismos para solução de disputas que a soberania se afirmou, e é neles que evolui para um novo conceito, que visa assegurar a paz e o comércio entre as nações."

⁴⁵³ FERRAJOLI, Luigi: A Soberania no Mundo Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 48. "In verbis": "O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais... de grande parte de suas funções... que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado."

⁴⁵⁴ CASELLA, Paulo Borba. Comissão de comércio e jurisdição no MERCOSUL. In: Jurisprudencia Argentina, nº 6153, Número Especial, Agosto 1999. p. 15. "In verbis": "Tanto no direito interno, e.g., em sistemas judiciais federais, como ainda mais em tentativas de integração, congregando, em projeto comum, Estados, com seus respectivos ordenamentos jurídicos distintos e tradições historicamente diferenciadas em matéria de jurisprudência e hermenêutica jurídica, na medida em que estas pretendam alcançar dimensão institucional, seja nos moldes de mercado comum ou união econômica e monetária – colocando-se compreensivamente, tais imperativos em menor grau nos casos, estrutural e institucionalmente mais simples, de zona de livre comércio ou união aduaneira -, a atuação de tribunal comum será peça chave do equilíbrio e da adequação do sistema, na medida em que este permitirá a progressiva estruturação de *corpus iuris communis*, indistinta e uniformemente aplicável a todos."

Pode-se dizer que ao longo dos anos houve progressivo amadurecimento dos procedimentos de solução de litígios no MERCOSUL, tendo em vista que os meios diplomáticos e políticos, ainda que válidos, em uso e de extrema importância⁴⁵⁵, assistem, principalmente após a entrada em vigor do Protocolo de Olivos, ao desenvolvimento de um sistema de cunho mais claramente jurisdicional e institucionalizado.

Quanto à velocidade da evolução do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, ainda que contundentes as críticas relacionadas à morosidade de seu aperfeiçoamento, observa-se que a iniciativa regional optou claramente pelo pragmatismo, o qual acompanhou a evolução gradual da institucionalização regional. A intergovernabilidade, ainda que não sendo o modelo ideal para uma iniciativa de integração regional, mostrou-se opção coerente para que a estrutura evoluísse sem percalços⁴⁵⁶.

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

Apesar das sérias críticas feitas sob argumentos de enfraquecimento da ordem regional, o *forum shopping* acabou sendo implementado em Olivos como um instrumento hábil a se evitar a fragmentação sistêmica, a qual se mostrava bastante promissora nos precários procedimentos anteriores⁴⁵⁷. A regra criada visa, nesse sentido, claramente impedir a

⁴⁵⁵ BAPTISTA, Op. cit., nota 272. p. 147. ressalta em um contexto que ainda não se vislumbrava o mecanismo do Protocolo de Olivos que “in verbis”: “Em nenhum dos aspectos das instituições do MERCOSUL o caráter político e diplomático ficou tão evidente como no sistema de solução de disputas. Desde o Tratado de Assunção, passando pelo Protocolo de Brasília e até a implementação da fase definitiva pelo Protocolo de Ouro Preto, vemos o predomínio da atividade diplomática sobre qualquer outra.”

⁴⁵⁶ COSTA, Elizabeth Accioly Rodrigues da. O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL consoante a previsão do artigo 44 do protocolo de Ouro Preto: análise comparativa de sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos e propostas para o sistema permanente do MERCOSUL. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003. p. 255. “In verbis”: “o MERCOSUL optou por uma construção programática [...] à medida que o bloco vai se erguendo, novos patamares vão sendo alcançados. [...] para a consolidação da União Aduaneira, a escolha do mecanismo de resolução de litígios, assim como pelo modelo intergovernamental, foi a mais coerente para que o bloco evoluísse.”

⁴⁵⁷ BARRAL, Welber (Org.). O Brasil e a OMC. Curitiba: Juruá, 2002. p. 29. comenta o então vigente sistema regional de solução de controvérsias e descreve situação de paralelismo, “in verbis”: “Interessante registrar que os países-membros do MERCOSUL acordaram o Protocolo de Brasília, que cria mecanismos para a solução de controvérsias no âmbito desse bloco econômico. O tribunal arbitral, nos moldes desse Protocolo, foi ativado em quatro ocasiões, todas referindo-se a

duplicidade de procedimentos e garantir o respeito à coisa julgada⁴⁵⁸, ainda que não consagre no sistema de solução de controvérsias a primazia do foro regional. Se por um lado o direito regional já teve sua primazia reconhecida pelos tribunais ad hoc⁴⁵⁹ e pelo TPR⁴⁶⁰, a prevalência do foro regional não foi, contraditoriamente, instituída pelo sistema de solução de controvérsias criado no âmbito da iniciativa regional.

Gize-se, nesse sentido, que o órgão jurisdicional local deveria constituir, a exemplo do ocorrido na gênese do processo de integração europeia, a base de todo o sistema regional, mas essa não parece ter sido a opção dos membros do MERCOSUL, os quais, ao institucionalizarem a possibilidade de eleição de foro, agiram, em certa medida, de maneira fundamentalmente incompatível com os objetivos de uma organização de integração

Quanto aos aspectos procedimentais, no sistema de Olivos cabe à parte reclamante escolher o foro que melhor lhe convier, inexistindo, ressalte-se impedimento à escolha convencional. De qualquer forma, a jurisdição escolhida – regional ou multilateral - se torna

conflitos comerciais entre Brasil e Argentina. No terceiro caso, relativo a têxteis, o Brasil saiu-se vitorioso na demanda ante o tribunal do MERCOSUL, mas não teve meios de efetivar sua decisão, por, segundo a diplomacia brasileira, ‘falta de poder de polícia do bloco [...]. Recorreu o Brasil à OMC como forma de pressão e, diante daquele mecanismo de solução de controvérsias, os países anunciaram um acordo.’”

⁴⁵⁸ A controvérsia que foi objeto do quarto laudo arbitral do sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Brasília (Exportação de frangos inteiros) foi posteriormente levada pelo Brasil ao mecanismo da Organização Mundial do Comércio.

⁴⁵⁹ Tanto o 3º como o 4º laudos arbitrais proferidos pelos Tribunais Ad Hoc na vigência do Protocolo de Brasília reconheceram a primazia do direito regional do MERCOSUL sobre o direito internacional comercial geral. PEREIRA, Op. cit., nota 313. pp. 15-16. “In verbis”: “A primazia do direito regional sobre o direito internacional do comércio no âmbito das relações recíprocas dos Estados-Partes do MERCOSUL conduz a que, em caso de conflito, aplique-se, primeiramente, o Direito do MERCOSUL, e somente de forma subsidiária, seja em caso de lacuna, seja por referência expressa do próprio direito regional, o direito internacional. Assim sendo, cumpre-nos analisar qual o valor e os efeitos da normativa da OMC no âmbito do MERCOSUL; questão que veio à tona em duas reclamações levadas ao mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL [...]”

⁴⁶⁰ OPINIÃO CONSULTIVA Nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, p. 36. “In verbis”: “Em virtude de todo o exposto, o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL DECLARA: [...] 2. (Voto em maioria dos Doutores José Antonio Moreno Ruffinelli, João Grandino Rodas e Ricardo Olivera García). As normas do Mercosul internalizadas prevalecem sobre as normas do direito interno dos Estados Partes. O Protocolo de Buenos Aires se aplica nos países que o internalizaram, ficando a cargo do juiz nacional a avaliação dos acordos subscritos em virtude disso e que foram obtidos de forma abusiva ou afetam a ordem pública internacional que o façam manifestamente inaplicável ao caso em particular. 2.1 (Voto concorrente do Membro Coordenador Doutor Wilfrido Fernández e Doutor Nicolás Becerra). As normas do Mercosul internalizadas prevalecem sobre as normas do direito interno dos Estados Partes. Corresponde, neste caso, a prevalência do Protocolo de Buenos Aires sobre a lei nacional paraguaia 194/93. Essa primazia resulta da própria natureza do Direito do MERCOSUL. As normas do Direito do MERCOSUL devem ter prevalência sobre qualquer norma do direito interno dos Estados Partes aplicável ao caso, incluindo o direito interno propriamente dito e o direito internacional público e privado dos Estados Partes, compreendendo-se aqueles direitos de ordem pública dos Estados Partes, de conformidade aos deslindes realizados com relação ao conceito de ordem pública, e a necessária interpretação restritiva dos direitos de ordem pública constitucional de caráter absoluto, conforme o impõe um sistema de integração. Deixa-se constância interpretativa de que as normas do direito comercial nacional e internacional são, por regra geral somente de ordem pública relativa, pois nas mesmas sempre como regra geral, não existe um interesse social comprometido.”

imediatamente preventiva. Considera-se opção pelo mecanismo regional o simples início das negociações diretas entre os membros do MERCOSUL previstas nos artigos 4 e 41 do protocolo⁴⁶¹, ao passo que a escolha do sistema da OMC se daria apenas quando houver requerimento formal de instauração de painel.

Essencial se faz perceber, entretanto, que essa regra geral de prevenção se encontra estabelecida e sistematizada na normativa regional, o que significa, portanto, que a litispendência internacional apenas é reconhecida pelo sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e não vincula o multilateral⁴⁶². Dessa forma, nenhum empecilho há para a apreciação, pela OMC, de contenda já decidida regionalmente e ameaça de fragmentação tende, portanto, a se perpetuar.

Outra questão importante reside na hipótese de aplicação do direito internacional geral e, especificamente, da normativa multilateral da OMC, aos conflitos levados ao mecanismo regional de solução de conflitos sempre que houvesse lacuna na ordem regional ou apenas quando se verificasse expressa autorização⁴⁶³. Na sistemática européia, é dizer do Tribunal Comunitário, a qual pode trazer indicativos de um modelo a ser seguido pelo MERCOSUL, as normas multilaterais do GATT são aplicadas como direito comunitário⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Inciso 3, artigo 1 da Decisão nº. 37/03 do Conselho do Mercado Comum dispõe, "in verbis": "Entende-se que um Estado-parte optou pelo sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos ao solicitar o início dos procedimentos previstos nos artigos 4 e 41"

⁴⁶² LEITE, Rafael Soares. Protocolo de olivos e a cláusula de paralelismo de foro: o MERCOSUL em busca do diálogo com o sistema multilateral de comércio. In: Wagner Menezes. (Org.). Estudos de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2004, v. 2, p. 363. "In verbis": "O Protocolo de Olivos prevê que, uma vez adotado o foro definitivo pelos litigantes, não poderão submeter idêntica controvérsia à jurisdição de uma outra organização. Consubstancia, assim, uma regra de prevenção de foro e uma modalidade de litispendência internacional, muito embora não atribua sanções ao Estado que não a respeitar. Assim, se o Estado acionar o Órgão de Solução de Controvérsias do sistema multilateral, não lhe será reconhecida a possibilidade de acionar o sistema estatuído no Protocolo de Olivos. Por outro lado, não há dispositivo similar no sistema multilateral. Isto é, estando um litígio sob apreciação de uma arbitragem *ad hoc* ou até mesmo pelo Tribunal Permanente de Recursos no âmbito do MERCOSUL, não há hipótese de proibição de que a mesma parte demandante remeta a mesma controvérsia para a OMC."

⁴⁶³ PEREIRA, Op. cit., nota 313. pp. 18-19. "In verbis": "A nosso ver, tanto o 3º como o 4º laudos arbitrais proferidos no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL acertaram ao consagrar a primazia do direito regional sobre o direito internacional geral. Contudo, não concordamos com a determinação de que a aplicação das regras da OMC no âmbito das relações recíprocas de seus Estados-Partes esteja condicionada à existência de norma MERCOSUL remissiva ou permissiva. Entendemos, sim, que tais normas podem servir como referência em caso de lacuna no sistema normativo do MERCOSUL, desde que não contrariem normativa regional e tenham como resultado uma maior integração entre os seus Estados-Partes."

⁴⁶⁴ CASELLA, Op. cit., nota 158. p. 427. "In verbis": "A partir da jurisprudência do TJCE podem ser extraídos alguns raciocínios gerais, relativos à competência do TJCE, para interpretar a aplicação da regulamentação do GATT, ou de qualquer dispositivo de natureza internacional, bem como a competência para interpretar regras de direito internacional, em matérias onde não tenha ocorrido substituição expressa. A primeira indagação diria respeito à competência do TJCE para interpretar a aplicação da regulamentação do GATT, ou qualquer dispositivo de natureza internacional, onde o

Em síntese, verifica-se atualmente certa incongruência no regionalismo do MERCOSUL entre o que entende a jurisprudência de seu órgão jurisdicional e aquilo que estabelece sua normativa. Enquanto os pronunciamentos parecem buscar consagrar a primazia do direito material regional, a normativa permite o fórum shopping reconhecendo a litispendência internacional sem que haja a devida reciprocidade do sistema multilateral⁴⁶⁵.

entendimento em sentido positivo, decorreria de combinação do conteúdo dos arts. 238 e 228 CEE, porquanto tal dispositivo, embora inicialmente ‘internacional’, torna-se, em seguida, ‘comunitário’, ao menos quanto aos efeitos obrigatórios, para com os contratantes comunitários.”

⁴⁶⁵ PEREIRA, Op. cit., nota 313. p. 19. “In verbis”: “[...] cmo consequência lógica da primeira do direito regional sobre o direito internacional, poderíamos também afirmar que haveria primazia do foro regional para solucionar as eventuais controvérsias que venham a surgir entre os Estados-Partes do MERCOSUL em torno da interpretação ou aplicação de uma normativa MERCOSUL, ainda que a mesma matéria possa ser tratada no âmbito da OMC. Todavia, [...], o atual sistema de controvérsias do MERCOSUL, instituído pelo Protocolo de Olivos de 2002, não seguiu esse entendimento, possibilitando aos Estados-Partes do MERCOSUL o recurso ao foro da OMC quando a controvérsia fundamentar-se em normativa prevista nesse sistema jurídico. Vale lembrar, todavia, que o mecanismo de solução de controvérsias da OMC não tem competência para interpretar ou aplicar a normativa MERCOSUL, ficando, portanto, adstrito para solucionar as controvérsias fundadas nas obrigações estabelecidas em seu próprio sistema normativo.”

6 UNIVERSALIDADE E COMPATIBILIDADE

6.1 Legalidade universal e compatibilidade

Se, por um lado, a complexa trama normativa do direito internacional na atualidade representa grande avanço quando contraposta às rudimentares concepções teóricas tradicionais que se ocupavam até mesmo da justificação de sua sistematização como ordem jurídica, a multiplicação de sistemas legais especializados e aparentemente autônomos oferece, por outro, sérios riscos à manutenção de sua coerência orgânica, é dizer, de sua unidade.

A especialização temática apresenta-se, assim, como uma das mais importantes características do novo direito das gentes, o qual se pauta nesse início de século, principalmente, na participação cada vez maior dos Estados em convenções e acordos que objetivam normatizar de maneira abrangente matérias pontuais e de interesse comum tanto no plano global quanto no regional.

Cada esfera particular do interesse humano tende a se estruturar juridicamente, dessa forma, como um sistema legal dotado de axiomas e regras aplicáveis, a princípio, apenas às situações fáticas submetidas a sua respectiva e específica ordem normativa. Nesse contexto, quando de maneira rudimentar se apresentava o sistema jurídico internacional outrora, elementar se fazia sustentar sua unidade que, hoje, encontra-se definitivamente desafiada pela ainda incerta dinâmica de interação entre essas esferas legais específicas.

O estudo do direito internacional atual parece, assim, não homenagear mais o clássico conceito positivista de um único sistema legal logicamente ordenado e hierarquicamente diferenciado. Distintos fenômenos, mormente políticos, converteram o que era uno e indivisível em um aparente pluralismo, ou seja, em uma pluralidade de regimes.⁴⁶⁶

A partir dessas premissas, mister se faz admitir que as alusões à fragmentação do direito das gentes se referem, na maior parte das vezes mas não sempre, à mencionada divisão

⁴⁶⁶ GÜNTHER, Op. cit., nota 36. p. 540 – 541. “In verbis”: “Wenn es neben einen zentralen, bisher vor allem im Nationalstaat lokalisierten Gesetzgeber weitere rechtssetzende oder an Rechtssetzungsprozessen direct oder indirect Beteiligte gibt und diese auf den verschiedenen transnationalen Feldern des Rechts auf jeweils unterschiedlichen lokalen, infra-, inter- oder supranationalen Ebenen operieren, dann lost sich der Begriff des Rechts auf in eine Vielzahl von Normensystemen.”

temática das normas, a qual se verifica atualmente em número expressivo de matérias, mas principalmente, por uma série de fatores circunstanciais, nas questões econômicas, nas consequências econômicas relacionadas ao meio ambiente, à migração e ao desenvolvimento, nos direitos humanos e nas questões de segurança⁴⁶⁷.

A intensa atividade legiferante nessas áreas acaba gerando, conseqüentemente, desafios e dúvidas à visão clássica do direito internacional. Dessa forma, tende-se hoje a ultrapassar a controvérsia da unidade existente entre o direito interno e o internacional em razão da extrema relevância de se debater a questão da unidade entre as distintas esferas que gradualmente se estruturam no ambiente jurídico global.

Outro fator importante nessa dinâmica de intensa produção legislativa transnacional especializada reside na participação cada vez menor dos Estados - os clássicos sujeitos de direito internacional - nesses fenômenos legiferantes e no fato de, nessa toada, cada vez mais as normas internacionais se desprenderem dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderirem a estruturas formais internacionais compartilhadas, tal qual, por exemplo, aquelas consideradas supranacionais.

A diminuição do papel dos Estados, a multiplicidade de regimes normativos, a intensa e descentralizada produção legislativa transnacional seriam, de certo, fenômenos caracterizadores do pluralismo legal, mas, na perspectiva de Günther, a fragmentação jurídica tornaria discutíveis tanto as soluções jurídicas dadas aos conflitos quanto à própria legitimidade legislativa dos órgãos instituidores das normas⁴⁶⁸.

O risco apontado subsistiria, segundo tais teorias, mormente porque a multiplicidade de órgãos legiferantes públicos, privados, nacionais, internacionais, regionais, multilaterais e supranacionais inviabilizariam a aplicação do conceito clássico positivista da unidade do

⁴⁶⁷ Ibid. p. 542. "In verbis": "Transnationale Normbildungsprozesse lassen sich vor allem auf vier verschiedenen Feldern beobachten: (a) Bei der globalen Ausdifferenzierung des ökonomischen Systems und den sie tragenden oder begleitenden Medien und Mechanismen, (b) bei den Folgen dieser Ausdifferenzierung für Umwelt, Migration und Entwicklung, (c) bei den Menschenrechten sowie (d) der Herausbildung eines transnationalen Sicherheitsrechts zur Bekämpfung dysfunktionaler Folgen der Globalisierung."

⁴⁶⁸ Ibid. p. 556. "In verbis": "Die aus den oben beschriebenen Phänomenen sich ergebenden Evidenzen für die Triftigkeit des Rechtspluralismus als angemessene Beschreibungsweise und als methodischer Rahmen für die eingehendere Untersuchung der einzelnen transnationalen Felder der Rechtsentwicklung der miteinander kommunizierenden Akteure stellen diese Rechtsideologie freilich vor die eingangs genannten Entscheide von Rechtskonflikten und der Legitimität der Rechtssetzung."

direito como modelo sistêmico fechado, hierárquico e, principalmente, estruturado em um claro esquema de validade de normas nem mesmo dentro de uma das esferas.

Além da apontada fragmentação temática, haveria, ainda, dentro de cada uma dessas ordens legais especializadas, a fragmentação promovida pela estruturação interna desses sistemas particulares. Dois e distintos seriam, portanto, os fenômenos fragmentários observáveis no hodierno direito das gentes e, no caso da segunda hipótese mencionada, se daria no estudo do direito internacional, por exemplo, na análise da relação entre o regionalismo e o multilateralismo.

Numa tentativa de conformar o pluralismo com a unidade do direito das gentes, surge a proposta, também de Günther, de sua apreciação sob duas perspectivas; a interna e a externa. Assim, sob a perspectiva externa, o pluralismo representaria a fragmentação do direito em uma série de temáticas jurídicas distintas, enquanto, internamente, poder-se-ia reconstruir a perspectiva de um direito uniforme⁴⁶⁹.

De maneira bastante simples, pode-se defender que a constituição de um órgão lgiferante internacional deve respeitar as regras estabelecidas em tratados, mas a prática internacional pode muito bem permitir o reconhecimento ou o respaldo de determinados preceitos como obrigatórios e juridicamente vinculantes mesmo que inexistam instrumentos legais que os estabelecessem. Tal discussão urge a retomada da abordagem positivista tradicional do direito internacional, a qual questionava inclusive sua caracterização como direito em vista de sua frágil estrutura, e – ultrapassado tal debate – a natureza jurídica dessas normas.

A aparente desarticulação do conceito clássico de unidade em favor de um pluralismo de regimes estruturados em distintas lógicas jurídicas não se confirmaria em razão do que o autor alemão chama de “código universal da legalidade”, um núcleo duro de regras e princípios universalmente aceitos que representariam uma nova perspectiva da unidade do direito global.

Da falta de institucionalização do direito internacional – ao menos quando em comparação com as rígidas estruturas dos Estados soberanos – decorre o debate acerca da existência de regras internacionais apenas nos limites do convencionado em tratados e,

⁴⁶⁹ Ibid. p. 557. “In verbis”: “Der Rechtspluralismus stellte für die Rechtstheorie dann insofern eine Herausforderung dar, als er gleichsam die Schwelle erhöhte, welche die rechtsinterne Begriffsbildung zu überschreiten hätte, um die Einheitsfiktion noch konstruieren zu können.”

diversamente, da possibilidade de se reconhecerem normas principiológicas cogentes ainda que não derivadas de declarações de vontade específicas⁴⁷⁰.

De uma maneira ou de outra, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados parece ter resolvido tal contenda doutrinária ao admitir em seu artigo 53 expressamente a existência de normas cogentes de direito internacional, as quais se caracterizariam como sendo aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados em sua totalidade, sem admitir derrogação, sendo apenas passíveis de modificação por outra com as mesmas características⁴⁷¹.

O reconhecimento da existência de tais princípios vinculantes repercute no estudo das organizações internacionais e vale, inclusive, para aquelas de caráter regional, as quais são criadas e seguem sistemas próprios, mas havendo lacunas se valem de analogia, por exemplo para resolver questões à luz de preceitos gerais, os quais seriam aplicáveis sempre que não houvesse princípio específico contrário, via de regra⁴⁷².

⁴⁷⁰ MELLO, Op. cit., nota 180. p. 07. “In verbis”: “É de se observar que o Direito é um reflexo da sociedade, apesar de uma vez constituído influenciar esta mesma sociedade que lhe deu origem. A sociedade internacional não é institucionalizada e isso vai influenciar o DIP. daí a discussão que ocorreu entre os doutrinadores no sentido de se afirmar ou não a existência de normas imperativas. Este tema é de grande importância para o aparecimento de um DI Regional porque é um dos fatores que vai influir na extensão deste direito. Uma corrente de autores nega a existência de normas imperativas no DI, tendo em vista a concepção voluntarista que adotam. Anzilotti afirma que ‘todas as normas internacionais são dispositivas’. Liszt assinala de um modo radical que o DI ‘não obriga em absoluto aos Estados ou melhor em certos casos permite uma modificação por concerto ou acordo dos estados interessados’. Afirma que tal fato ‘é devido ao direito fundamental de independência’ dos estados. Outra corrente defende a existência de normas imperativas. Nela se encontra Miaja de La Muela que sustenta serem as normas constitucionais da sociedade internacional de ‘jus cogens’ e que nem todas as normas de ‘jus cogens’ são constitucionais. Cita em favor desta tese o art. 103 da Carta da ONU.”

⁴⁷¹ Ibid. p. 07. “In verbis”: “Esta questão em termos doutrinários parece-nos resolvida tendo em vista o que estabelece a convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969); ‘Artigo 53 Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional (‘jus cogens’). É nulo um tratado que, na época de sua conclusão, esteja em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos estados em sua totalidade, como uma norma da qual não se admite derrogação e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral tendo a mesma característica”

⁴⁷² AKANDE, Dapo. International organizations. In: EVANS, Malcolm D. (Edit.). International law. Oxford: Oxford University Press 2006. p. 280. “In verbis”: “Given their great diversity, the existence of a common law applicable to international organizations has been questioned. On one view, since the law governing each organization derives from its own constituent instrument and practices (its ‘constitution’), each will be governed by different legal principles which can only be applied by analogy to other organizations. It is true that these ‘constitutions’ regulate many matters, such as membership, competences and financing, in different ways. However, it is equally true that customary international law and, to a much lesser degree, treaties have generated principles of general application to international organizations. These common principles concern matters such as the legal personality of international organizations, implied competences, interpretation of constituent instruments, employment relations, immunities and privileges and the liability and responsibility of the organization and its member States. [...] These common principles apply in the absence of any contrary principle provided for in the law of the particular organization, and as regards liability and responsibility may even apply despite contrary provisions in the internal law of the organization.”

Esse direito globalmente cogente, o código universal da legalidade, referenciado de uma forma ou de outra pela comunidade internacional na atual estrutura aparentemente fragmentada do direito internacional é descrito nas teorias de Günther como uma metalinguagem, na qual conceitos, princípios, regras e institutos jurídicos básicos estariam contidos. Esse núcleo substancial geral serviria, na verdade, para equilibrar a relação entre as diversas esferas jurídicas especializadas que coexistem e, muitas vezes, se sujeitam à concorrência jurisdicional na solução de conflitos.

Nesse ponto, cumpre salientar que o próprio conceito de comunidade internacional não exige necessariamente estruturas universalistas do direito. Trata-se, na verdade, tão simplesmente da organização política do espaço territorial global, surgida de maneira espontânea e a partir de um movimento natural de cooperação⁴⁷³. Apartada da discussão unitarista ou fragmentária do direito internacional e da existência de um núcleo jurídico globalmente compartilhado pela comunidade internacional, essa organização do espaço global consubstancia fenômeno espontâneo de inclusão – ou da exclusão que, ao menos, reconhece o outro - de sujeitos representantes de todos os espaços do planeta. A comunidade internacional como fato político, portanto, inegavelmente existe⁴⁷⁴.

A extrema relevância do reconhecimento de um código da legalidade universal para debates fundamentais do direito das gentes não significa que sua importância estaria restrita ao

⁴⁷³ Torna-se de fundamental importância ressaltar aqui a opção consciente pelo uso do termo “comunidade internacional” no exato sentido descrito por MELLO, Op. cit., nota 99. pp. 41-45, ainda que o autor expressamente afirme ser a sociedade internacional o meio no qual o direito internacional público se desenvolveria, “in verbis”: “A sociedade surge das relações recíprocas dos indivíduos. No domínio internacional ocorre fenômeno idêntico. A origem de uma sociedade no meio internacional não pode ser fixada em uma determinada data. A sua constituição coincide com a formação das primeiras coletividades organizadas. Tais coletividades formadas de homens, por necessidade ou conveniência, estabeleceram relações contínuas entre si, originando a sociedade internacional e o DIP, uma vez que as relações só seriam possíveis existindo normas comuns às coletividades, ou, ainda, as normas teriam sido formadas em virtude de uma necessidade. [...] A denominação do meio social onde se desenvolve o DIP não tem sido dada de maneira uniforme pelos doutrinadores; uns falam em comunidade, outros em sociedade internacional. A distinção entre sociedade e comunidade nos é dada pela sociologia. [...] A comunidade é uma criação da cooperação natural ‘anterior a uma escolha consciente de seus membros’ [...] A sociedade já possuiria caracteres diferentes: formação voluntária, vontade refletida. [...] A comunidade estaria regida pelo direito natural, enquanto a sociedade se encontraria sob o contrato.”

⁴⁷⁴ AGO, Op. cit., nota 64. p. 4. “In verbis”: “D’autre part [...] nous avons à constater aujourd’hui l’existence d’une seule et unique communauté internationale, pour autant que, comme on l’a dit nous entendions par là nous référer à une communauté naturelle de formation spontanée. Celle que dans notre langage commun nous appelons simplement la <<communauté internationale>> est en effet caractérisée actuellement par ses dimensions en tous points universelles : elle réunit dans un réseau étoffé de rapports suivis et juridiquement organisés tout le complexe de formations étatiques indépendantes qui, dans cette seconde moitié du XX siècle, se partagent, à quelques exceptions près, la souveraineté de la totalité des terres du globe.”

âmbito internacional. Também os ordenamentos jurídicos internos dos Estados, mormente suas constituições, estariam vinculados a esse núcleo duro de princípios gerais e cogentes⁴⁷⁵.

Em meio a tais questões de cunho eminentemente teórico, observa-se que, no decorrer do século XX, a comunidade internacional assistiu ao surgimento de uma série de comunidades particulares, as quais foram criadas em razão e por meio do consentimento dos sujeitos de direito integrantes da comunidade maior. Diferentemente do sistema político global, espontaneamente surgido, essas estruturas jurídicas particulares dependem, gize-se, da vontade das partes para se formar.

O elemento volitivo, é dizer a expressa declaração de vontade, diferencia, portanto, os conceitos de membro da comunidade específica do de parte da comunidade internacional⁴⁷⁶. Assim, conforme anteriormente apontado, no que se refere à comunidade global, os sujeitos de direito tomam parte nela de maneira automática, de onde se torna possível extrair, por exemplo, argumento consistente à existência de princípios gerais universalmente vinculantes.⁴⁷⁷

Os princípios gerais basilares ao direito internacional seriam, assim, inerentes a sua estrutura geral e estariam contidos, sendo devidamente respeitados, em todos os sistemas normativos específicos. A característica de abrangência desse código de legalidade acaba por afastá-lo de conteúdos substanciais e aproximando-o de elementos formais, os quais

⁴⁷⁵ BARROSO Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar 2008. p. 192. “In verbis”: “Seria possível cogitar, em um primeiro lance de vista, da invalidade da norma constitucional que se encontrasse em confronto com determinadas normas internacionais fundamentais, emanadas dos princípios gerais do direito e dos costumes dos povos civilizados. Tal seria o caso de preceitos que estabelecessem a submissão jurídica de um país vizinho, prescrevessem sua anexação ou por qualquer outra via ofendessem a soberania de um outro Estado. Igual juízo recairia sobre uma disposição que pregasse o genocídio. Os exemplos poderiam multiplicar-se, embora sempre tangenciando o absurdo. Nas hipóteses aventadas, afirmar-se-ia a supremacia do direito internacional sobre o direito constitucional.”

⁴⁷⁶ AGO, Op. cit., nota 64. p. 12. “In verbis”: “L’apparition et le développement du phénomène de l’organisation internationale a ainsi eu pour effet supplémentaire d’enrichir et de différencier le <<membership>> de la communauté héritée des siècles passés et les nouvelles collectivités récemment arrivées sur la scène internationale.”

⁴⁷⁷ Ibid. p. 10. “In verbis”: “Autour d’un certain nombre d’accords multilatéraux, généralement distincts mais conçus à des fins semblables, une série de collectivités internationales particulières se sont donc formées, collectivités qui se distinguent de la communauté internationale universelle, en premier lieu par le fait que la participation de chacun des Etats n’y est pas, comme dans la première, automatique de seul fait de son existence, mais que’elle résulte d’un acte de volonté de sa part.”

naturalmente tenderiam a não pertencer a lógicas jurídicas específicas e a se adaptar, portanto, a todas as ordens temáticas particulares que se formam atualmente no plano internacional⁴⁷⁸.

As teorias de Günther se aproximam dos valores globais e vinculantes do chamado “interesse comunitário” de Bruno Simma⁴⁷⁹, o qual direta ou indiretamente se apresenta como um produto e um instrumento da idéia de existência de uma comunidade internacional. Essa teorização solidarista sedimentou-se principalmente na Europa após a queda do muro de Berlin com base em preceitos que vislumbravam o progresso da humanidade em vias da formação de uma federação universal sob uma perspectiva kantiana⁴⁸⁰.

À primeira vista, pareceria necessário fundamentar esse código legal universal em algum discurso teórico que reconheça a existência de um *jus cogens* internacional, do qual fariam parte valores jurídicos específicos como, poder-se-ia imaginar, a dignidade humana e a proteção internacional do meio ambiente⁴⁸¹. Nessa perspectiva, enquanto a pluralidade de legisladores internacionais criaria normas específicas e concretas sobre temas particulares de maneira vinculada ao núcleo norteador formado por esses valores gerais, esse elemento universal também se modularia pela auto-regulamentação das partes envolvidas.

A percepção da ordem principiológica global como algo dinâmico e não estático traz à tona uma perspectiva democrática que transcende o tradicional *jus cogens* *jusnaturalista* e possibilita que se percebam os tratados multilaterais, por exemplo, como auxiliares da

⁴⁷⁸ GÜNTHER, Op. cit., nota 36. p. 558. “In verbis”: “Diese Konzepte und Prinzipien sind zwar insoweit formell, als sie sich mit verschiedenen Inhalten füllen, in verschiedenen Rechtskulturen verwenden und auf verschiedene Normen- und Wertsysteme beziehen lassen.”

⁴⁷⁹ SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, tomo 250, 1994. p. 233. “In verbis”: “A first, very tentative, definition of ‘community interest’ could perceive it as a consensus according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of States individually or inter se but is recognized and sanctioned by international law as a matter of concern to all States.”

⁴⁸⁰ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 51. p. 04. “In verbis”: “Then came 1989 and all the enthusiasm about a global rule of law – human rights, trade, environment, criminal law, sanctions and a world police. The end of the cold war was understood – especially in Europe – as the removal of obstacles on the way to history’s natural progress towards a universal federation. Western statesmen increasingly resorted to the (German) vocabulary of the ‘international community’ as they defended NATO bombings of Serbia in 1999. Where American international relations analysts added footnotes to Hegel, Europeans fell back on Kant. Somehow, international law appeared to find its home in a (Germanic) language of universal reason.”

⁴⁸¹ HALTERN, Op. cit., nota 45. p. 543. “In verbis”: “Ius cogens war früher undenkbar, da es einen Geltungsrund unabhängig von konsentierenden Völkerrechtssubjekt voraussetzt. Der neue Geltungsgrund soll nun der unhintergehbare moralische Wert des vorpolitischen Einzelnen einerseits, der politischen Natur andreseits sein. [...] Der Staat hat nur dann und insoweit Wert, als er den Wert menschlicher Würde fördert und die Umwelt schützt.”

universalização de conceitos, como veículos do interesse comunitário e de sua consolidação⁴⁸².

Importante ressaltar que a aceitação da existência de um núcleo duro de princípios que fariam parte de um regulamento universal de direito das gentes aproxima tal teoria também da abordagem constitucionalista do direito internacional⁴⁸³. De fato, um dos elementos principais da aplicação das teorias constitucionalistas à ordem jurídica global consubstanciaria a premissa fática de um *jus cogens* internacional⁴⁸⁴, tal qual se verificaria no código da legalidade.

Qualquer menção constitucionalista exige que se aponte, ao invocarem-se valores de cunho universal, o paralelo imediato com a doutrina internacional da proteção do homem. Nesse sentido, o mesmo instrumental teórico embutido na idéia desses valores jurídicos internacionalmente aceitos embasa também a doutrina dos direitos humanos, é dizer, a já aludida paz universal kantiana, ou seja, a abordagem universalizante, ocidental e européia do mundo.

Acopladas aos elementos comuns se encontram também as críticas. De fato, qualquer instrumentalização de valores com pretensões universais exige o questionamento de como tais preceitos se identificariam, isto é, quem ou que cultura estaria hábil a servir de ponto de

⁴⁸² SIMMA, Op. cit., nota 479. p. 323. “In verbis”: “Today, multilateral treaties serve as the vehicle par excellence of community interest. They consolidate unwritten international law like iron bonds reinforcing a crackling building, and add layer upon layer to the general international law of mere co-existence in order to satisfy the need for norms in an increasingly more complex world.”

⁴⁸³ PAUWELYN, Joost. The topic and its importance: conflict of norms in public international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 21. “In verbis”: “[...] the emergency of the concept of *jus cogens*, essentially in the second half of the twentieth century, corresponds to an awareness that not all norms of international law should have the same status. Some of them protect so important and universal a value, such as the prohibition on genocide, that they have a hierarchical standing that is higher than other norms. Also within the sphere of human rights, an increasing hierarchy of norms takes shape, some being ‘normal’ human rights, others being ‘non-derogable’ human rights or human rights from which state parties to the convention in question cannot deviate even in time of public emergency.”

⁴⁸⁴ FASSBENDER, Op. cit., nota 46. p. 844. “In verbis”: “[...] the international constitution is the entirety of those basic rules – whether formal or substantive – which every state is bound to observe irrespective of its own will. Those rules shall be distinguished from so-called ‘contingent’ (i.e. accidental or nonessential) prescriptions that ‘in the same way as traffic rules on left-hand or right-hand driving, must be determined for the sake of legal clarity and avoiding disorder’. In the case of ‘contingent’ rules, state consent is said to be still the relevant basis of obligation, whereas constitutional prescriptions are determined by community interests which may allow for some degree of majoritarianism. This concept borders on another which sees the rules of *jus cogens* (or peremptory norms of international law) as the heart of an international constitution.”

partida dessa moralidade geral ou, até mesmo, se alguma cultura específica poderia exercer predominância nessa determinação⁴⁸⁵.

Mantida a discussão estritamente no âmbito positivista, ou seja, sem que se adentrem em justificativas de direito natural⁴⁸⁶, é de se observar que, por razões de cunho mormente político, alguma cultura jurídica acaba sempre exercendo naturalmente papel predominante nessa referida identificação. Nessa altura, torna-se possível retomar todo o pensamento moderno e a discussão pós-moderna tendo a doutrina dos direitos humanos como ponto de partida e apoio.

Desse modo, é de se observar que os direitos humanos constituem, na forma prescrita e sedimentada na modernidade e retroalimentada de maneira crítica pelo que hoje tende-se a denominar pós-modernidade, fenômeno eminentemente ocidental de conversão de valores filosóficos em políticos⁴⁸⁷. De fato, a imposição de valores como universais consubstancia característica marcante da cultura do ocidente e a própria escolha dos direitos humanos e, principalmente, de quais bens jurídicos se enquadrariam nesse rol conforma fundamental característica do pensamento ocidental⁴⁸⁸.

De qualquer maneira, a inserção desses valores, juridicamente consolidados em princípios, no discurso internacionalista a partir de uma perspectiva universalizante acabou complicando a sistematização das relações entre sujeitos de direito internacional,

⁴⁸⁵ KENNEDY, Op. cit., nota 35. p. 114. "In verbis": "That human rights claims to be universal but is really the product of a specific cultural and historical origin says nothing – unless that specificity exacts costs or renders human rights less useful than something else."

⁴⁸⁶ Ibid. p. 106. "In verbis": "In keeping with this focus on usefulness, I have left off the list criticisms of human rights that are not cast in pragmatic terms. For example, the debate about whether human rights 'really exist' or are 'just' the product of efforts to articulate and use them. Although I find it hard to take too seriously the idea that rights exist in some way, let us assume that they do, and that the human rights movement is getting better and better at discovering and articulating them. If it turned out that doing so caused more misery than it alleviated, as a good-hearted legal professional, I would advocate our doing all we can to keep the existence of rights a secret. In a similar way, if it turns out that rights are 'just' a fantasy, a social construction, and so forth, that tells us nothing about whether they are useful or not. If they are more useful than not, more power to the society that constructed them."

⁴⁸⁷ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 224. "In verbis": "É verdade que a idéia da universalidade da natureza humana é antiga, apesar de ter surgido na história do Ocidente com o cristianismo. Mas a transformação dessa idéia filosófica da universalidade da natureza humana em instituição política (e nesse sentido podemos falar em 'invenção'), ou seja, em um modo diferente e de certa maneira revolucionário de regular as relações entre governantes e governados, acontece somente na Idade Moderna através do jusnaturalismo, e encontra a sua primeira expressão politicamente relevante nas declarações de direitos do fim do século XVIII."

⁴⁸⁸ VASAK, Karel. The international dimensions of human rights – Vol 1. Connecticut: Greenwood/ Unesco, 1982, p. 672 , "in verbis": "International human rights law directly acknowledges its ideological character, but in so doing, it aspires to express an ideology which is common to all mankind. Admittedly, some will endeavor to demonstrate that this law is of Western origin and that it in fact expresses the needs for protection felt by a minority which is able to afford the luxury of exercising human rights."

principalmente em razão da pluralidade sistêmica, dos múltiplos órgãos lgiferantes e judicantes no contexto global, dos quais não surgiu, ao menos por enquanto, um único com papel central e dominante⁴⁸⁹.

Ainda que sujeitas a críticas quanto ao seu caráter eminentemente ocidental, ao reconhecimento e à racionalização dessa moralidade universal principiológica apresentam-se as teorias de Michael Walzer como interessante proposta. Segundo o autor, conceitos como igualdade ou justiça, quando ainda puros, ou seja, isentos das especificidades pontuais de cada sociedade, pertenceriam à moral mínima de todos os povos.⁴⁹⁰ Valores como liberdade e paz seriam, assim, universais, estariam acima de diferenças políticas e interesses econômicos divergentes, fazendo parte do chamado minimalismo moral - comum a toda a humanidade.

Na mesma construção teórica, certas crenças e conceitos não se descolariam, por outro lado e entretanto, de dados culturais e sociais específicos e se apresentariam extremamente conflitantes na comparação entre culturas divergentes, apresentando nítidas diferenças valorativas, as quais, em seu conjunto, conformariam o maximalismo moral.

Levando-se em consideração os impactos do atual discurso dos direitos humanos no debate quanto à unidade e à fragmentação do direito internacional e, mais especificamente, as substanciais diferenças entre as concepções universalistas e multiculturalistas, as teorias de Walzer apresentam-se como proposta habilidosa à harmonização de todas essas perspectivas. Enquanto o minimalismo moral constituiria seu aspecto global, plenamente aplicável ao discurso universalista dos direitos humanos e ao reconhecimento, por conseguinte, de um código legal universal, o maximalismo moral, vertente mais substancial da proposta, relacionar-se-ia diretamente, por outro lado, com as preocupações locais e, portanto, com o multiculturalismo, o qual, por sua vez, temperaria – sem nunca contradizer - os preceitos gerais.

⁴⁸⁹ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 41. pp. 61-62. “In verbis”: “The universalizing vocabularies of human rights, liberalism, economic and ecological interdependence have no doubt complicated inter-sovereign law by the insertion of public law notions such as *jus cogens* and ‘obligations owed to the international community as a whole’ and by ‘fragmenting’ the international system into functional institutions [...] But no alternative to statehood has emerged in the centre. None of the normative directions – human rights, economic or environmental values, religious ideals – has been able to establish itself in a dominating position.”

⁴⁹⁰ WALZER, Op. cit., nota 73. p. 17., “in verbis”: “Minimalism depends on something less: most simply, perhaps, on the fact that we have moral expectations about the behavior not only of our fellows but of strangers too. And they have overlapping expectations about their own behavior and ours as well.”

Walzer constrói seu conceito de minimalismo moral, seu código universal da legalidade, sob a égide de permanente latência⁴⁹¹, como algo identificável apenas de forma excepcional, é dizer, em momentos, por exemplo, nos quais as sociedades enfrentassem crises sociais ou políticas⁴⁹². Nesse sentido, quando diretamente aplicável à evolução histórica dos direitos humanos, o minimalismo poderia ser reconhecido no ideário contido nos mais importantes instrumentos internacionais de proteção do ser humano, os quais, via de regra, surgiram em períodos imediatamente após ou em decorrência de acontecimentos vinculados a conturbados períodos históricos⁴⁹³.

Tais valores jurídicos universalmente compartilhados incluiriam desde princípios específicos do direito privado até - e principalmente - os direitos humanos fundamentais, os quais, por possuírem conceitos modeláveis a elementos culturais específicos e costumes, exigiriam rigidez no reconhecimento de seu conteúdo mínimo para evitar distorções e argumentos oportunistas.

O trabalho conjunto dos atores do direito internacional seria, dessa forma, fundamental à otimização da concepção uniforme do direito internacional pós-moderno, orientada por preceitos gerais globais estabelecidos nos mínimos morais de um código legal. Nesse contexto, a existência de uma pluralidade de legisladores deve incorporar como seu grande desafio a reconstrução do conceito de direito como unidade à luz do respeito aos mencionados preceitos universais. Urge salientar, finalmente, que se, por um lado, a própria percepção desses atores como uma comunidade internacional sugere algo universal no discurso, tal concepção esbarra na chamada fragmentação observada na especialização dos diversos sistemas jurídicos internacionais incipientes nos dias atuais⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista no liberalismo. In: TORRES, Ricardo Lobo Org. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 209 concilia as teorias de Walzer com as de Amitai Etzioni vislumbrando a proximidade da fórmula proposta por aquele com a desse que afirma “que o comunitarismo não é presa do majoritarismo, na medida em que abraça um patamar racional de direitos humanos, universais, que sobrepassam as decisões comunitárias, ainda que com tênue atmosfera”.

⁴⁹² WALZER, Op. cit., nota 73. p. 03., “in verbis”: “[...] minimalist meanings are embedded in the maximal morality, expressed in the same idiom, sharing the same (historical/cultural/religious/political) orientation. Minimalism is liberated from its embeddedness and appears independently, in varying degrees of thinness, only in the course of a personal or social crisis or a political confrontation – as, in the Czech case, with communist tyranny.”

⁴⁹³ Exemplos notórios seriam a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em meio à Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 logo após o fim da Segunda Guerra Mundial.

⁴⁹⁴ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 41. p. 76. “In verbis”: “When somebody today claims to be acting in behalf on the ‘international community’, we immediately recognize the hegemonic technique at work. [...] As against the diplomatic antics of public international law, new specializations today often carry the ideals of universalism and progress. Recently,

Também o papel dos Estados no atual contexto de produção de normas internacionais pode ser questionado. De fato, quando observada de perto a normativa internacional atualmente produzida percebe-se serem essas regras em grande parte emitidas por órgãos de funcionamento independente de seus instituidores e que, ressalte-se, a participação apenas indireta dos tradicionais sujeitos de direito internacional não impede que se alcancem satisfatórios níveis de eficiência. Desses novos paradigmas do direito internacional surgem as discussões atuais acerca da utilidade do modelo sistêmico tradicional nessa realidade cada vez mais plural e cosmopolita, a qual, antes de apontar a fragmentação, pode denunciar a necessidade de reformulação de antigas concepções unitaristas.

O reconhecimento da existência de uma pluralidade de atores no direito internacional aliado à percepção das limitações do Estado-nação nesse novo contexto global pode conduzir à perspectiva da auto-regulação em cada uma das distintas ordens legais temáticas que emergem hoje internacionalmente, mas ainda que tal heterogeneidade de fontes de produção normativa se apresente de forma aparentemente independente, subsiste em cada uma delas a necessidade de se construírem procedimentos democráticos hábeis à conformação de seus preceitos ao código universal da legalidade.⁴⁹⁵

De fato, o código proposto por Günther e vislumbrável nas teorias de Walzer pode ser compreendido como a sistematização universalista que faltava ao argumento unitarista na atualidade aparentemente fragmentada, ainda que o conteúdo exato dos conceitos basilares que fariam parte dessa metalinguagem legal acabem se tornando um ponto obscuro dessas propostas. Isso se deve, principalmente, à vinculação das delimitações conceituais às lógicas temáticas específicas, ou seja, aos máximos morais particulares, o que poderia vir a estabelecer variações inaceitáveis e desproporcionais.

Exatamente nesse momento, na determinação da abrangência dos conceitos fundamentais, surgiria a importância dos procedimentos democráticos. Tal legitimação consubstanciaria requisito básico essencial do código universal da legalidade, o qual, ainda

this has occasioned a lively debate about the ‘fragmentation of international law’ – the emergence and consolidation of special regimes and technical sub-disciplines: human rights law, environmental law, trade law, humanitarian law, and so on, each field projecting its preferences as universal ones. The result has been increasing normative and jurisdictional conflicts.”

⁴⁹⁵ GÜNTHER, Op. cit., nota 36. p. 565 Günther aponta uma série de entraves à transposição dos conceitos de democracia que servem à legitimação dos ordenamentos internos ao direito transnacional e esclarece que o modelo pluralista ainda aguarda por procedimentos democráticos satisfatórios.

que apartado da idéia de Estado-nação, nunca se separaria da noção de autodeterminação democrática.

Paralelo possível com a constituição interna de um país, alusão ao realismo e ao constitucionalismo que temem tanto a fragmentação pelo pluralismo, constituição e seu sentido como guardião de uma moralidade política determinada⁴⁹⁶, conceito que, transportado para o plano internacional, poderia levar ao código da legalidade.

A radical indeterminação seria, nas duas teorias, a principal característica desse código global e o conteúdo vago e indeterminado de seus conceitos figuraria como consequência interna do próprio pluralismo legal. Diferentes atores, imersos em diferentes movimentos legiferantes temáticos, apresentariam interpretações diversas de um mesmo conceito e os limites hermenêuticos somente seriam atingidos por meio de paulatinas negociações.

Essas paulatinas negociações não conformam uma mera expectativa futura e já podem ser observadas na Europa e em seu atual processo de densificação da supranacionalidade por meio da criação de um sistema constitucional regional em vias de hierarquização⁴⁹⁷. Tal perspectiva universalista dota o código de um duplo papel, tendo em vista o fato de ele se apresentar ao mesmo tempo como objeto e como meio dessas negociações entre as distintas realidades temáticas e entre os distintos atores internacionais, as quais, atendendo aos requisitos democráticos, definiriam tanto o rol quanto os conteúdos dos conceitos legais fundamentais universalmente compartilhados.

Há, de certo, certa aproximação dessas teorias universalizantes com o costume e, especificamente, com o que a doutrina internacionalista caracterizaria como costume internacional, o qual vincularia todos os sujeitos de direito internacional sem a necessidade de existirem declarações de vontade específicas para sua aceitação⁴⁹⁸. Costumes, ou o código

⁴⁹⁶ HALTERN, Op. cit., nota.45. p. 532. “In verbis”: “Verfassungen dienen als Speicher von Sinn einer (politischen) Gemeinschaft. Dies ist kein neuer Gedanke, sonder der Kulturgeschichte bekannt als Verlagerung des Wissens- und Gedächtnisortes von Ritus zum fundierenden Text und als Übergang von ritueller zu textueller Kohärenz.”

⁴⁹⁷ Ibid. p. 547. “In verbis”: “Konstitutionalisierung bedeutet aber in diesem Zusammenhang nichts anderes, als dass das Recht der EU im Zusammenspiel mit dem Recht der Mitgliedstaaten zunehmend an Dichte gewonnen und sich hierarchisiert hat.”

⁴⁹⁸ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 40. pp. 389-390. “In verbis”: “Since Suarez, at least, it is commonly assumed that the core of international law consists of custom. Custom is the all-important network of non-treaty-based, generally applicable standards. [...] The generality of custom seems like an incident of its normativity. All states should be bound by the same law, regardless of their subjective will of power. This does not rule out specific conventional arrangements. But just as municipal law requires that the acts of legal subjects are evaluated from the perspective of a unitary normative structure, it must be assumed that there exists a general, uniformly applicable law between States, however abstract or rudimentary, by

universal da legalidade, vinculariam, portanto, todos os sujeitos de direito internacional, ainda que contra suas vontades⁴⁹⁹.

Resta salientar, finalmente e ainda, que, longe de configurarem propostas definitivas e postas, as teorias de Klaus Günther e Michael Walzer estabelecem a viabilidade democrática como premissa ao respeito ao código universal da legalidade – ou ao minimalismo moral – na gradual institucionalização do direito internacional. Nesse sentido, deficiências representativas estruturais poderiam ser atualmente identificadas e representar sério risco de comprometimento funcional do direito das gentes pela incapacidade de eliminação de fatores de poder e de garantir o acesso equânime dos participantes da comunidade internacional nos processos legiferantes hodiernamente emergentes.

6.2 Legalidade universal, compatibilidade e direito do comércio internacional

A existência de múltiplos subsistemas multilaterais no direito internacional, construídos a partir de lógicas temáticas particulares, constitui hoje fato, realidade corriqueira do direito das gentes. Nesse sentido, a maior parte do debate acerca da unidade e da fragmentação do direito internacional se verifica na relação existente entre os referidos subsistemas multilaterais e no questionamento acerca da possibilidade de se reconhecer autonomia - é dizer, auto-suficiência⁵⁰⁰ - a essas ordens legais particulares.

virtue of which States have the power to create specific obligations and from which these obligations can be evaluated and interpreted. “

⁴⁹⁹ Ibid. pp. 441-442. “In verbis”: “Lack of hierarchy renders discourse indetermined. The two approaches cannot be equally valid as they are based on conflicting premises. The sense of ascending, psychological argument is that State assent – and assent only – is creative of obligations. To be effective, such assent must be capable of overriding any general law. The argument about the binding nature of general custom is premised on the descending, materialistic assumption that such custom binds even against conflicting will. [...] A normative requirement of generality can exist only in a materialistic theory of custom which assumes that a practice may be binding even on non-contracting States. For clearly, to argue that a requirement of generality means that all States must have participated in it is merely a restatement of the psychological position.”

⁵⁰⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Sê plural como o universo! In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 8, nº 33, out/dez 2000. p. 14. citando Simma e se utilizando do instrumental teórico hartiano para explicar qual seriam as principais diferenças existentes entre sub-sistemas e regimes auto-suficientes no direito internacional atual, “in verbis”: “Simma [...] afirma que ‘o conceito de regime auto-suficiente não deve ser usado como sinônimo de ‘subsistema’, e sim deve ser reservado para designar uma determinada categoria de subsistemas, notadamente aqueles que incluem, em princípio, um conjunto completo (exaustivo e claro) de regras secundárias. Um ‘regime auto-suficiente’ seria, pois, um subsistema que exclui mais ou menos totalmente a aplicação das consequências jurídicas gerais dos atos ilícitos, em

Um dos caminhos à negação de tal fragmentação sistêmica do direito internacional e à manutenção de sua unidade conceitual seria a adoção de construções teóricas que apresentem propostas de releitura do positivismo, ou seja, hábeis a adaptar estruturas hierárquicas de validade a essa nova realidade jurídica plural e pós-moderna.⁵⁰¹

No que se refere à fragmentação sob a perspectiva interna desses sistemas legais temáticos, a exigência unitarista de harmonização se refere à relação existente entre o regionalismo e o multilateralismo. A composição entre o geral e o regional ultrapassa, portanto, as questões relacionadas à especialização temática do direito internacional atual, posto freqüentemente compartilharem as ordens legais, a exemplo do vínculo existente entre a OMC e o MERCOSUL, a mesma linguagem e constituírem planos distintos de um mesmo sistema jurídico⁵⁰².

Aplicado o conceito de legalidade universal a essa relação entre o multilateral e o particular em um sistema temático específico, os princípios cogentes e globais que informariam a normativa multilateral teriam plena identidade com aqueles que integram a ordem regional e o primeiro passo para a aferição da compatibilidade entre o global e o local poderia se dar, portanto, na identificação de tais preceitos nucleares, vinculantes para ambos⁵⁰³.

particular a aplicação das contramedidas normalmente à disposição da parte lesada'. A grande questão dos regime auto-suficientes é saber que grau de relação possuem eles com o Direito Internacional. Nesse campo específico, que é o da responsabilidade internacional, a pergunta é mais restrita: até onde pode-se recorrer ao Direito Internacional no caso de violação da regra primária que o regime auto-suficiente proporcionou com regras secundárias específicas de responsabilidade."

⁵⁰¹ PAUWELYN, Op. cit., nota 483. p. 09. "In verbis": "Modern international law is, indeed, composed increasingly of treaty-based sub-systems (such as the WTO, the Framework Convention on Climate Change or the World Intellectual Property Organization). These sub-systems could be said to have their own sector-specific 'international law', law-maker and law-enforcement mechanism. Like national laws within the discipline of 'conflict of laws', these sub-systems of public international law interact and may give rise to conflict. [...] Nevertheless, to talk of these sub-regimes as being separate 'international laws' which may 'conflict' would give the wrong signal. First, it would lose sight of general international law in creating the impression that these sub-regimes are 'self-contained regimes' to be evaluated exclusively with reference to norms created within the particular sub-regime. [...]"

⁵⁰² Ibid. p. 19. "In verbis": "Besides such conflict of norms part of different sub-systems, conflict increasingly arises also as between norms within the same sub-system (say, between two norms of WTO law) or between a norm of general international law (say, customary law on the law of treaties) and a norm of a given sub-system (say, a WTO rule on how to amend a WTO treaty)."

⁵⁰³ ROSENNE, Sh. Some words of introduction: the unity of international law. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, tomo 291, 2001. p. 41. "In verbis": "Regionalism [...] has to be kept distinct from sectorization. With the increase in the number of peoples and of cultures that are now brought within the framework of the general international system and of universal international law, it has become necessary to make some allowance for differences of approach and of concept, but without impairing the unity of the general legal regime, especially a regime established by an international treaty of universal impact."

No caso específico do sistema jurídico internacional de comércio, plenamente possível se faria, assim, perceber o grupo de princípios universais e obrigatórios que consubstanciariam a matriz sistêmica de sua normativa, informadora e limitadora tanto no plano multilateral quanto no regional de comércio⁵⁰⁴.

Ao lado das mencionadas construções teóricas universalistas, também Bruno Simma, outro jurista alemão, reconheceu preceitos globalmente aceitos e referenciados no chamado interesse comunitário. Na dinâmica de passagem da coexistência à cooperação⁵⁰⁵, o interesse comum surgiria de maneira bastante clara na forma de substratos principiológicos relacionados à busca pela paz universal, à segurança e à solidariedade entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A formação da comunidade política cooperativa⁵⁰⁶ – entendida como resultado almejado pela integração política, a qual de nenhuma maneira se iguala à uniformização e, pelo contrário, pode conviver muito bem com o pluralismo até mesmo de unidades políticas autônomas – não ocorre de maneira imposta, mas como um fenômeno resultante da conduta do grupo, no caso, do grupo de Estados envolvidos – e, por que não, dos indivíduos habitantes dos Estados envolvidos no processo⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Referindo-se à possibilidade de normas cogentes regionais, MELLO, Op. cit., nota 180. p. 09., constrói raciocínio que permite se inferir seu surgimento no sistema do comércio internacional, “in verbis”: “Outra observação deve ser formulada em relação ao ‘jus cogens’ é que eles também pode surgir em um DI Regional. Esta hipótese é admitida por Ténékidès que fala de sua existência no ‘quadro europeu’. A posição desenvolvida por este internacionalista é extremamente interessante. Observa que uma regra de ‘jus cogens’ na Comunidade Econômica Européia é a da ‘legitimidade democrática dos Estados’ e assim a Grécia, Espanha, Portugal não puderam se tornarem membros da CEE enquanto tinham governos ditatoriais.”

⁵⁰⁵ PAUWELYN, Op. cit., nota 483. p. 17. “In verbis”: “[...] international law has witnessed a shift from being a law on ‘co-existence’ between sovereign states – dealing with issues such as territorial sovereignty, diplomatic relations, the law on war and peace treaties – to a law regulating also the ‘co-operation’ between states in pursuit of common goals, such as the law created under the auspices of international trade, environmental and human rights organizations.”

⁵⁰⁶ HAAS, Ernst B. The unity of Europe. Stanford: CA, 1958. p. 04. “In verbis”: “The systematic study of the process of community formation through organizations of this type necessitates the explicit stating of an ideal type appropriate to the known institutional setting of western Europe. Here, the existing national states are political communities. While they seem to enjoy the unquestioning ‘loyalty’ of their citizens [...] they are by no means monolithic units. Pluralism of groups, values and institutions is the hallmark of western European political life.”

⁵⁰⁷ Ibid. p. 11. “In verbis”: Our definition of political community relies not so much on ‘objective criteria’ as on an assessment of the conduct of groups, individuals and governments. On a more abstract level, the criteria singled out as crucial to the definition result from habitual behavior patterns: they are not superimposed by the observer upon the social scene. The same rule governs the definition of [...] ‘political integration’. Conceived not as a condition but as a process, the conceptualization relies on the perception of interests and values by the actors participating in the process. Integration takes place when these perceptions fall into a certain pattern and fails to take place when they do not. If pluralism is considered an inherent part of the ideal type of political community, pluralistic processes of decision-making and interest perception, naturally, are considered equally essential attributes of the process of political integration.”

Nesse sentido, a integração política deve ser entendida como um processo, de nenhuma maneira pré-definido, mas que, pelo contrário, toma forma a partir dos interesses compartilhados pelo grupo e daí a relevância do reconhecimento de um interesse comunitário imerso nos bens jurídicos inerentes aos processos multilaterais e regionais de integração pelo comércio. A formação de uma comunidade política como a que se cogita para o MERCOSUL atualmente a partir da integração econômica, passa necessariamente pelo processo de harmonização de fundamentos e valores econômicos, os quais se instruem com o interesse comunitário, com o código universal da legalidade e, mais diretamente, com os valores inerentes à cooperação comercial.

O multilateral será compatível com o regional, sob tais aspectos, quando houver harmonia entre os interesses comunitários que informam o processo de integração política tendente a formar e fortalecer, de um lado, a comunidade multilateral e, de outro, aquela regionalmente constituída. Nesse sentido, poderia ser feita uma ponte, a título de mero exemplo, entre a busca pela paz e pelo aumento do bem-estar geral na gênese do GATT⁵⁰⁸ e a solidariedade entre países como fundamentos preceituais da cláusula de habilitação.

Ainda que seja possível encontrar na doutrina afirmações cabais de que à luz do positivismo kelseniano - que dividia as normas de direito internacional entre costumeiras e pactícias - de que o sistema multilateral da OMC conformaria exclusivamente regras estipuladas em tratados⁵⁰⁹, observa-se ser impossível afastar o núcleo geral costumeiro de princípios do direito internacional, o qual, quando aplicável a contextos regionais específicos ou a sistemas legais multilaterais próprios poderia, inclusive, ganhar contornos igualmente específicos e dar lugar àquilo que se poderia denominar, embora estruturada sobre princípios

⁵⁰⁸ JACKSON, Op. cit., nota 107. pp. 85-86. "In verbis": "Although not explicitly highlighted in these trade texts [GATT 1948 e 1994], another underlying goal was extremely instrumental in expressions of policy by free world political leaders during World War II and after. This was the goal to 'keep the peace' and avoid another world war. So it is reasonable to believe that the principal original goals for GATT were broadly twofold: keeping the peace, and expanding world economic development and world welfare, and that these two were not unrelated to each other."

⁵⁰⁹ NASSER, Op. cit., nota 98. p. 68. "In verbis": "Kelsen faz uma distinção importante para a finalidade de situarmos as normas que compõem o Sistema Multilateral de Comércio no âmbito do Direito Internacional. Ele distingue entre o Direito Internacional geral consuetudinário e o Direito Internacional particular pactício. O primeiro seria composto pelas normas gerais que, pela sua prática reiterada, passaram a constituir um costume, aplicando-se a todos os Estados indistintamente. Já o segundo tipo é o composto pelas normas originadas nos acordos de vontade (pactos) entre dois ou mais Estados - geralmente através de convenções ou tratados internacionais - e que impõem obrigações e atribuem direitos apenas aos signatários desses acordos. As normas que compõem o Sistema Multilateral de Comércio inscrevem-se nessa segunda categoria. Com efeito, a sua existência só é possível em função da concordância entre os seus diversos Membros acerca da necessidade e/ou conveniência em se estabelecer normas para regular o comércio internacional. Elas não são, portanto, normas costumeiras."

uniformes, de “fragmentação dos costumes”⁵¹⁰ ou, como descrito por Walzer, “maximalismo moral”.

No próprio preâmbulo do GATT podem-se extrair os objetivos nucleares que inspiram o sistema multilateral da OMC e, os quais devem ser igualmente seguidos e respeitados pelas organizações regionais. Dentre tais preceitos ressaltam-se o aumento do bem-estar geral, a redução substancial de tarifas e barreiras alfandegárias, o aumento da produção e do comércio e o benefício aos países menos desenvolvidos⁵¹¹.

O sistema multilateral de comércio estaria, assim, inserido e seria, portanto, parte de um todo de princípios internacionais, ou seja, ao código universal da legalidade. Ressalta-se que o próprio sistema de solução de controvérsias da OMC já se pronunciou acerca da submissão do GATT a determinados bens jurídicos universais, contidos até mesmo de maneira costumeira no direito internacional geral ⁵¹². Nesse sentido, já se fazem identificar decisões paradigmáticas sobre controvérsias apresentadas ao sistema multilateral de comércio que reconheceram a importância da proteção ambiental, ainda que o centro das atenções da organização continue sendo de maneira inabalada o direito do comércio internacional⁵¹³.

⁵¹⁰ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 40. p. 399. “In verbis”: “But custom’s generality may also be related to its responsiveness to social context, variations in State will and interest. To emphasize this aspect of custom, many lawyers envisage it as a ‘process of reciprocal interaction’ consisting of an aggregate of bilateral relationships, varying from one inter-State relation to another and expressed in the doctrines of ‘opposability’, ‘persistent objector’ and particular custom, for example. There is a tension between the demands for custom’s generality and responsiveness. This is visible in doctrinal treatment of what could be called custom’s ‘fragmentation’. By fragmentation I mean: ... particular norms, limited to a small number of States, often only two, are much more common than general norms.”

⁵¹¹ JACKSON, Op. cit., nota 107. pp. 84-85. “In verbis”: “The WTO includes most of the GATT preamble language and also adds objectives as follows: [...] to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expending the production of the trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development [...] there is need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development, [...]”

⁵¹² KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 51. p. 26. “In verbis”: “No lawyer will refuse to find States as States, or ask for evidence for the rule of *audiatur altera pars* merely because a treaty or a regime is silent on such matters. They are structurally given, not positively enacted. In its very first case, the Appellate Body of the WTO observed that the WTO agreements ‘should not be read in clinical isolation from public international law’ and later specified ‘[c]ustomary international law applies generally to the agreements between WTO members. Regimes such as the European or Inter-American human rights convention makes constant reference to general international law without any act of incorporation. After all, the Vienna Convention on the Law of the Treaties provides that every treaty must be interpreted taking into account ‘any relevant rules of international law applicable between parties’ – a provision used in 2003 by the International Court of Justice to tie Iran and the United States into general law on the use of force by a reading bilateral friendship treaty.”

⁵¹³ Ibid. pp. 07-08. “In verbis”: “In the 1998 Beef Hormones case, the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO) considered the status of the ‘precautionary principle’ under the WTO covered treaties, concluding that whatever the status of that principle was ‘under international environmental law’, it had not become binding for the WTO. In this way, the Appellate Body presupposed that legal principles emerge in certain fields but may be inapplicable in others so that the

Na estrutura de exceções regionais permitidas pelo GATT é de se perceber o objetivo de se atingir o bem-estar geral pela liberalização comercial fundada na cláusula da nação mais favorecida e, portanto, no princípio da não-discriminação, como preceito basilar que integraria a legalidade universal do comércio internacional. Uniões aduaneiras e zonas de livre comércio se harmonizariam, assim, com o acordo geral sempre que tal princípio fundamental fosse reconhecido como matriz da normativa local.

No caso da chamada cláusula de habilitação, além da liberalização comercial como instrumento proporcionador de bem-estar, sua fundamentação principiológica se daria também na solidariedade verificada na concessão de benefícios unilaterais por territórios aduaneiros desenvolvidos a seus pares em desenvolvimento. A partir do que se sugere, percebe-se que também o aumento de correntes de comércio pode muito bem ser reconhecido como princípio fundamental do GATT, isto é, como preceito informador universal do direito do comércio internacional.

Nessa toada, um acordo regional apenas seria considerado compatível com o geral quando estivesse genuinamente baseado nesse código universal da legalidade, nesses mínimos morais reconhecíveis no interesse comum, os quais englobariam, por exemplo, a promoção da paz, do desenvolvimento econômico e a redução da pobreza⁵¹⁴. A compatibilidade exigiria, portanto, que as iniciativas regionais compartilhassem os mesmos objetivos multilaterais e potencializassem os esforços de liberalização comercial nunca servindo, por exemplo, meramente ao protecionismo⁵¹⁵.

crucial question would be to determine under which regime they should be decided. As the Appellate Body is itself a part of the trade regime it is no surprise if it felt the trade aspect as central to the matter.”

⁵¹⁴ JACKSON, Op. cit., nota 107. p. 86. “In verbis”: “To summarize: one can see five prominent goals of the WTO system: keep the peace, promote world economic development and welfare, work towards sustainable development and environmental protection, reduce the poverty of the poorest part of the world, and manage economic crises that might erupt partly due to the circumstances of globalization and interdependence.”

⁵¹⁵ MESTRAL, Op. cit., nota 116. p. 251. “In verbis”: “The balance to be struck between regionalism and multilateralism is the WTO’s greatest challenge today. Regionalism that is genuinely based on the same principles as the GATT 1994 will reinforce multilateralism, but regional agreements designed to exclude outsiders or to manage trade with other regions could seriously weaken the achievements of the GATT 1994.”

7 COMPATIBILIDADE: OMC, ALADI E MERCOSUL

Diversos fatores sugerem atualmente importantes alterações de paradigma ocorridas na estrutura do direito internacional. A substituição do modelo isolacionista e soberano de atuação dos Estados por perspectivas associativas, por exemplo, as quais cada vez mais tendem a deslocar a produção e a aplicação das normas jurídicas para organizações internacionais, constitui questão sensível nesse panorama. Os conceitos clássicos de unidade acabam sucumbindo, assim, à realidade e as discussões deslocam-se da relação entre as ordens legais estatais e o direito internacional para a conformação das diversas ordens particulares que se estabelecem no direito das gentes, as quais tendem a se comunicar e sobrepor de maneira concorrente e vinculante no âmbito global.

No contexto específico do direito internacional do comércio, percebe-se que os inúmeros acordos preferências concluídos entre membros do GATT e em vigor atualmente na ordem jurídica mercantil internacional tornam o regionalismo comercial fato consumado e impeditivo, portanto e por exemplo, ao surgimento de questionamentos a respeito de sua conveniência e oportunidade. Resta ao direito, ou seja, a seus estudiosos e aplicadores, desse modo, que se estabeleçam, na verdade e apenas, os requisitos exigidos à convivência harmônica das iniciativas locais com o sistema multilateral da OMC.

Experiências regionais, quando fiéis aos objetivos do GATT, tendem a fomentar o comércio e permitir o incremento do bem estar global. Quando, entretanto, se organizam de maneira incompatível com o acordo geral, tais iniciativas podem muito bem sabotar a sistemática multilateral, criar barreiras e favorecer o surgimento de práticas protecionistas e discriminatórias. Faz-se necessário, dessa forma, que se estabeleçam critérios claros e específicos de conformidade que componham um verdadeiro sistema de harmonização hábil a trazer maior segurança e previsibilidade ao comércio internacional⁵¹⁶.

Em análise superficial, a compatibilidade dos acordos regionais com as regras do sistema multilateral de comércio seria aferível hoje com base no atendimento de requisitos

⁵¹⁶ MCMILLAN, Op. cit., nota 345. p. 306. "In verbis": "Regardless of what economists think of them, RIAs are here to stay. Regional integration can foster global trade; but it can also impede it. The relevant issue is not whether RIAs are a good thing per se, but how to design international laws that ensure they are structured so as to avoid harming the global economy."

bastante objetivos. De fato, uma iniciativa regional pode ser considerada harmônica, ao menos em tese, quando incrementar o intercâmbio comercial entre seus membros mediante a adoção de medidas à instalação de uma zona de livre comércio e/ou de uma união aduaneira. Os únicos preceitos formais a serem atendidos, cumulativa ou alternativamente, nesse processo, se encontram elencados nos artigos XXIV do GATT, V do GATS, no Entendimento Relativo ao artigo XXIV e na chamada Cláusula de Habilitação.

Levando-se em consideração que a grande maioria das notificações de acordos regionais feitas ao sistema GATT/OMC tem sido promovida com base na exceção contida no artigo XXIV do acordo geral, é de se perceber que sua interpretação constitui ponto de partida necessário à análise e à justificação da compatibilidade de acordos regionais para a constituição de uniões aduaneiras e zonas de livre comércio com o acordo multilateral. Nessa regulamentação específica, impõem-se objetivamente três obrigações básicas aos membros da OMC na pactuação de acordos regionais: a exigência de notificação do acordo à OMC, o compromisso de se evitar o aumento das barreiras ao comércio com terceiros membros e a obrigação de liberalizar parte substancial do comércio intra-regional.

A sistemática aparentemente simples que regulamenta a conformação do local com o geral no âmbito da OMC escamoteia, na verdade, uma série de controvérsias relacionadas desde as lacunas dos dispositivos à textura aberta dos termos de referência adotados. A falta de consenso acerca de conceitos básicos essenciais à determinação da abrangência das iniciativas acaba servindo de argumento, por exemplo, para que não se concluam os exames de compatibilidade e limitando a eficácia das recomendações necessárias.

Nesse sentido, observa-se que a determinação do conteúdo da compatibilidade dos acordos regionais com o sistema multilateral pode se dar a partir de diversas perspectivas. O Órgão de Apelação da OMC já se pronunciou, por exemplo e em postura que se pode considerar positivista e tradicional, sugerindo um caminho jurídico a ser seguido nessa conceituação ao afirmar que a normativa do GATT consubstanciaria um contrato, mediante o qual as partes concordavam exercer suas soberanias nos limites avençados em seu texto⁵¹⁷.

⁵¹⁷ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 41. p. 62. "In verbis": "The European Union has developed into an autonomous system that functions largely outside the frame of international law. How far these other regimes are from that of the EU can, however, be gleaned from the characterization of the WTO system by the Appellate Body in the Alcoholic Beverages case (1996): The WTO Agreement is a treaty – the international equivalent of a contract. It is self-evident that in an exercise of their sovereignty, end in pursuit of their own respective national interests, the Members of the WTO have made a bargain. In exchange for the benefits they expect to derive as members of the WTO they have agreed to exercise their sovereignty according to commitments they have made in the WTO Agreement."

Adotado tal prisma de análise, necessário se faz estabelecer as práticas que poderiam ser consideradas compatíveis e harmônicas com as regras do acordo geral. De plano, ao estabelecer o GATT de forma bastante clara que as exceções permitidas se referem à constituição de zonas de livre comércio e de uniões aduaneiras, é de se definir que, formalmente, toda iniciativa não tendente à adoção de um desses modelos de integração econômica deve ser considerada incompatível com a ordem comercial geral⁵¹⁸.

Materialmente, por outro lado, o principal critério adotado à análise de conformidade de um acordo local com a ordem multilateral tem sido o do prejuízo, é dizer, a constatação de ocorrência de danos ao comércio exterior de membros do acordo geral não signatários da iniciativa regional examinada. O prejuízo aos membros do GATT excluídos da iniciativa local constitui referência importante na verificação da harmonia, mas possui, entretanto, objetividade restrita, em vista das dificuldades em se determinar quais situações representariam risco ao comércio. Importante ressaltar se faz, ainda, que a adoção de tal critério denota de maneira clara o limite da análise dos acordos preferenciais feita pela OMC, a qual se restringe exclusivamente aos aspectos mercantis da relação entre o local e o geral e mesmo quando organizações de integração ultrapassem as questões de mercado em sua normatização, a aferição de harmonia segue, ainda, circunscrita ao comércio.

Mais que isso, quando observadas as exceções à cláusula da nação mais favorecida contidas na normativa do GATT, percebe-se que sua sistemática não prescreve condutas a serem seguidas, mas um panorama legal a ser respeitado, um *standard* jurídico mínimo. Exatamente nessa constatação, surgem os primeiros indícios do exato conteúdo aqui defendido para a conformidade exigida entre os acordos regionais e o sistema multilateral.

Na impossibilidade de se estabelecerem critérios formais em meio à textura aberta dos dispositivos do GATT e tendo em vista a complexidade das ordens legais particulares examinadas, é de se entender a conformação exigida pela OMC como uma harmonização com

⁵¹⁸ KHAVAND, Op. cit., nota 152. pp 137-138. “In verbis”: “Le GATT ne considère en principe comme licites que deux formes d’intégration: la zone de libre-échange et l’union douanière. Celles-ci sont définies d’une manière précise et leur constitution est soumise à des obligations d’ordre interne et externe. Toutes ces précautions, cependant, n’ont pas empêché le mouvement régionaliste de basculer dans la non-conformité aux règles de l’accord général et de se manifester sous des formes << impures >> et << hybrides >>. Ce mouvement << rebelle >> doit être maîtrisé pour ne pas ébranler les fondements même du système commercial international. Certes, la littérature émanant du GATT/OMC répète inlassablement que le multilatéralisme et le régionalisme peuvent se renforcer mutuellement. Il n’en demeure pas moins que, depuis la fin de la dernière décennie, l’effervescence régionaliste apparaît de plus en plus comme une répliquée aux carences de l’ordre multilatéral.”

axiomas, os quais exigiriam, na verdade, obrigações de conduta - razoável, zelosa e honesta - entre os membros do acordo geral quando partes de experiências regionais. Essa conformação axiológica possui, de certo, alguns parâmetros objetivos mínimos como, por exemplo, a exigência de que o acordo regional abranja parcela substancial do comércio local, mas tais parâmetros podem vir a ser – como vem sendo - relativizados em favor de princípios maiores.

Outro indício de que a compatibilidade entre os acordos regionais e o GATT se daria mais com base no respeito a objetivos e princípios gerais que por critérios estritamente formais pode ser extraído da recorrente permissividade do sistema de exame com antinomias entre o local e o multilateral, desde que as referidas incompatibilidades tenham baixo impacto sobre o comércio internacional. Tal perspectiva pode ser extraída tanto da falta de conclusões das análises de compatibilidade feitas até o momento e da escassez de recomendações, quanto do fato de os membros lesados apenas recorrerem ao órgão de solução de controvérsias quando a gravidade e a extensão da lesão justifiquem ações mais drásticas.

Ponto importante a ser finalmente ressaltado constitui a impossibilidade de se entender o exame de compatibilidade como um procedimento contencioso de legitimação da iniciativa regional pelo sistema multilateral. Tratam-se, na verdade, de negociações diplomáticas motivadas e desenvolvidas a partir da necessidade de controle, as quais não aprovam ou reprovam os acordos analisados e tão somente concluem a favor ou contra a compatibilidade, fazendo ou não recomendações às partes.

7.1 A legalidade universal de comércio, o GATT e os acordos regionais

Questão fundamental no estudo da relação entre experiências comerciais locais e a OMC constitui a submissão de ambos - subsistemas e sistema geral - ao mesmo código legal, é dizer, à mesma lógica jurídica. Um acordo regional como o MERCOSUL reverencia a mesma temática e compartilha objetivos do acordo da OMC tais como a busca pela eliminação de

barreiras comerciais e a promoção do bem-estar global a partir da liberalização do comércio internacional⁵¹⁹.

O exame de compatibilidade deve ser feito, portanto, com base nas regras formalmente estabelecidas na normativa multilateral e à luz dos princípios gerais que regem a ordem legal comercial internacional. As lacunas dos tratados e a abertura textual dos dispositivos devem ser preenchidas e interpretadas, assim, pelos mínimos morais extraíveis do interesse comunitário e informadores desses princípios gerais de comércio.

Nesse sentido, faz-se mister ressaltar que, na forma que os preceitos que estabelecem os requisitos de conformação se estruturam no GATT, muito difícil se torna a tarefa de determinar se um acordo preferencial local se compatibiliza ou não com o acordo geral. A terminologia demasiadamente aberta e a falta de objetividade inviabilizam conclusões definitivas e exigem que se recorram a princípios para justificar ou questionar a harmonização.

Mais do que o atendimento de requisitos elencados nos tratados, a compatibilidade surge hoje como o respeito, no âmbito regional, aos princípios gerais que informam também o sistema multilateral. Assim, quando inviável se fizesse fiscalizar o cumprimento de critérios formais, um acordo regional poderia ainda assim ser considerado, em tese, conforme se cumprisse os objetivos, fundamentos e princípios do direito do comércio internacional.

A chave do exame de compatibilidade hoje se encontra, desse modo, exatamente no deslocamento da discussão dos parâmetros formais para a conformidade com valores e objetivos gerais informadores do sistema jurídico de comércio internacional. Essa base axiológica não se extrai, entretanto, apenas da ordem multilateral, mas do sistema de comércio como um todo e os acordos regionais e o global devem ser, nessa toada, observados como um conjunto submetido universalmente ao mesmo código legal.

Nessa relação sistêmica entre o geral e o particular, importante se faz ressaltar que ao se observarem os acordos multilaterais e regionais de comércio, dos quais o Brasil faz parte, tem-se que em um nível mais amplo que o regional as relações mercantis são regidas pelo sistema GATT/OMC e que, no plano local, essas se encontram reguladas pela normativa da

⁵¹⁹ CORRÊA, Op. cit., nota 144. p. 141. “In verbis”: “A idéia de que a integração regional representa uma ameaça ao sistema multilateral do comércio parece estar ultrapassada. Se se considerar que nesse começo de século, em meio à criação de inúmeras iniciativas regionais, finalmente o sistema multilateral do comércio é regulado por uma Organização Internacional, evidentemente se terá de concluir que ambas as iniciativas, regional e multilateral, desenvolveram-se paralelamente imbuídas do espírito de eliminar barreiras comerciais.”

ALADI enquanto, em um círculo mais interno ainda, submetem-se às normas do MERCOSUL.

No caso da relação existente entre o MERCOSUL e a OMC, ainda que seja possível se vislumbrar, inicialmente, que suas normativas tratam de assuntos e objetivos distintos, posto almejar o MERCOSUL muito mais do que a redução de tarifas alfandegárias e a pura e simples liberalização do comércio⁵²⁰, os princípios e valores que orientam ambas as iniciativas convergem. O exame de compatibilidade entre a iniciativa local e a organização multilateral não deve considerar, assim, apenas o atendimento de critérios formais e permite, no modelo atualmente adotado, que requisitos específicos sejam descumpridos em favor de objetivos regionais análogos aos globais, tais como a liberalização comercial e o desenvolvimento econômico.

Formalmente, importante indicativo dos axiomas gerais aplicáveis à análise da compatibilidade do MERCOSUL com o sistema GATT/OMC surgiu dos resultados dos desentendimentos acerca do procedimento de exame. Notificado ao GATT com base na exceção da Cláusula de Habilitação, o MERCOSUL enfrentou a dura oposição de alguns membros do acordo multilateral à aferição puramente baseada nos superficiais procedimentos da cláusula, como aquela feita para a ALADI. Chegou-se a um consenso, mediante o qual se constituiu, primeiramente, um grupo de trabalho e hoje o MERCOSUL se encontra sob exame material a cargo do Comitê de Acordos Regionais baseado na Cláusula de Habilitação e submetido aos aspectos procedimentais reservados ao artigo XXIV do GATT.

A referida solução, apesar de não consubstanciar uma regra procedimental formal a ser utilizada em notificações futuras, apontou quais preceitos da legalidade comercial geral deveriam ser observados pelo MERCOSUL para que o acordo fosse considerado compatível com a normativa do GATT. Caso a análise fosse feita exclusivamente com base na Cláusula

⁵²⁰ PEREIRA, Op. cit., nota 313. pp. 14-15. "In verbis": "O MERCOSUL constitui uma ordem jurídica própria aos seus Estados-Partes, visando muito mais do que a simples redução tarifária e a eliminação de restrições não tarifárias ao comércio: a integração almejada pelo MERCOSUL implica a concretização dos elementos previstos no Tratado de Assunção, dentre os quais a coordenação das políticas macroeconômicas e a harmonização das legislações nacionais [...] o direito regional impõe normas mais estritas aos Estados, regulando em detalhes suas condutas, dentro de um quadro jurídico mais completo e profundo do que o estabelecido na ordem da OMC. Com efeito, essa organização de caráter multilateral apenas estabelece padrões de conduta, determinando limites que não podem se ultrapassados por seus membros quando da elaboração e aplicação de suas leis internas em matéria de comércio exterior. Decorre daí que a ordem jurídica do MERCOSUL vai mais além do que as obrigações mínimas previstas no direito internacional do comércio."

de Habilitação, os requisitos formais seriam relegados em favor do incremento do comércio regional como um instrumento de desenvolvimento econômico dos membros da iniciativa.

A análise de acordos preferenciais envolvendo países em desenvolvimento fundada na falta de minuciosidade na tolerância com antinomias - feita de maneira superficial antes mesmo da adoção da cláusula de habilitação - se deve ao objetivo multilateral central de incremento das correntes de comércio e à idéia de que todas e quaisquer iniciativas que envolvam países em desenvolvimento com tal finalidade seriam válidas e louváveis.

A adoção de procedimentos mais rígidos para a análise do MERCOSUL indicaria, nesse contexto, que seus membros devem seguir com maior afinco os requisitos formais estabelecidos no tratado geral e seu exame tenderia, portanto, a não desconsiderar a abrangência do mercado atingido pelas preferências e a transparência do processo porque, ainda que os objetivos e princípios de liberalização comercial locais sejam compatíveis com os multilaterais, inexistiria justificativa para práticas desnecessariamente em desacordo com os parâmetros multilaterais.

A iniciativa particular do MERCOSUL precisa ser harmonizada, conforme já apontado, com a ALADI em um plano regional maior e com a OMC no âmbito multilateral⁵²¹. Ainda que, em razão do paralelismo normativo, não se possa afirmar que um subsistema está contido no outro e que ambos se inserem no sistema maior da OMC, verifica-se que as referidas ordens legais encontram-se interligadas e formam, para os sujeitos de direito internacional submetidos às três, um único ordenamento jurídico mercantil internacional.

A inserção do MERCOSUL na ALADI ocorre juridicamente a partir da permissão para que partes da organização regional maior celebrem acordos parciais como forma de trazer mais dinamismo aos objetivos de liberalização econômica. Esse sistema regional de exceções exige conformação com regras estabelecidas pela estrutura da ALADI como, por exemplo, aquela que estabelece a submissão das iniciativas locais à consideração dos outros membros, os quais podem, inclusive, pleitear adesão. A harmonia dos dois acordos regionais não comporta procedimentos regionais de aferição de compatibilidade posto inexistir órgãos

⁵²¹ Ibid. pp. 27-28. "In verbis": "[...] o MERCOSUL possui um elo indissociável com a ALADI e de certa maneira com a OMC, vez que sua legalidade está atrelada ao cumprimento de obrigações impostas em ambas as ordens, embora não haja um controle efetivo e eficaz sobre o mesmo. Mas sua existência é uma realidade, e seus efeitos se fazem sentir tanto no plano interno como no plano internacional."

institucionalmente responsáveis pela análise e essa constituir, na verdade, um mero mecanismo de registro.

A própria notificação do MERCOSUL ao GATT com base na Cláusula de Habilitação encontra justificativa em sua relação com a ALADI posto haver se sedimentado, especificamente no que se refere à convivência entre acordos parciais da associação latino-americana com o acordo geral - posteriormente, com a OMC - a chamada notificação indireta, ou seja, a prestação das informações iniciais por meio do acordo regional maior.

Os parâmetros axiológicos aqui estabelecidos para os exames de iniciativas notificadas com base na Cláusula de Habilitação servem à análise de conformidade da ALADI, bem como, em tese e tendo em vista a exceção mencionada, dos acordos parciais formados em seu marco legal, os quais, via de regra também foram notificados ao GATT com base nesta exceção. Gize-se, contudo e finalmente, que a distância existente entre a nova realidade jurídica da ALADI e a anteriormente existente sob a ALALC não permitiu que o exame de compatibilidade provocado na estrutura do GATT aproveitasse o que se havia avançado em relação à organização anterior em contexto anterior à Cláusula de Habilitação.

Questão importante a ser observada na análise de compatibilidade constitui, ainda, a complementaridade dos acordos de comércio. Assim, quando a iniciativa regional particular complementa o acordo com o qual deve se harmonizar, seus objetivos e princípios norteadores devem ser analisados a partir de tal perspectiva. Nesse prisma, o MERCOSUL se apresentaria em relação à ALADI não como ameaça, mas, na verdade, como iniciativa que buscaria ocupar espaços que o acordo continental não logrou preencher.

Entre o MERCOSUL e a associação, ainda e quando observadas as regras estabelecidas pelo Conselho de Ministros da ALADI para a compatibilidade, é de se perceber que a iniciativa regional menor atende, a princípio, suas premissas. O marco jurídico do MERCOSUL permite, assim, a entrada de novos membros⁵²², estabelece tratamento diferenciado para países em diferentes ritmos de desenvolvimento, como no caso do Paraguai

⁵²² BAPTISTA, Op. cit., nota 272. p. 109. "In verbis": "Com efeito este [o Tratado de Assunção] é aberto para o ingresso de terceiros países da região, mediante negociações a partir do quinto ano de sua existência (art. 20); trata-se do que um ilustre autor chamou de 'situação de convergência diferida', mas que preferimos chamar de diferimento funcional. O Protocolo de Ouro Preto em nada alterou essa situação."

e Uruguai⁵²³, e cumpriu, não havendo o que se discutir, o requisito de duração superior a um ano⁵²⁴.

Também no que se refere à compatibilidade entre regionalismos, como no caso daquela exigida entre o MERCOSUL e a normativa da ALADI, a determinação do código legal que orientaria as duas iniciativas pode nortear sua aferição. Tal constatação pode ser extraída, inclusive, do rol de requisitos à conformidade dos acordos regionais menores e a organização posto encontrar-se entre eles a necessária convergência de objetivos, o que, à luz do que aqui se defende, se daria a partir do código da legalidade comum.

⁵²³ Ibid. p. 109. “In verbis”: “No que se refere ao tratamento diferencial, o Tratado de Assunção estabelece-o em favor do Uruguai e do Paraguai, pelo prazo de sua duração. Isso se justifica pelo fato de que não há sentido no estabelecimento de vantagens ou preferências por prazo indeterminado ou permanentemente. Aliás é o que ocorre em relação às preferências conferidas no sistema do GATT, que se modificam ou desaparecem com o correr do tempo e às vantagens dadas aos Estados menos desenvolvidos, no caso da OMC.”

⁵²⁴ Ibid. p. 110. “In verbis”: “[...] o Tratado de Assunção atendeu, desde que firmado, ao requisito de duração superior a um ano, com o que todos para que se inscreva na ALADI como APP se acham preenchidos. O mesmo se pode dizer do Protocolo de Ouro Preto.”

8 CONCLUSÃO

O estudo do direito internacional na atualidade não comporta mais seu enquadramento nos herméticos conceitos tecnicistas das clássicas teorias positivistas modernas. Essa releitura hodiernamente exigida decorre, conforme ressaltado ao longo deste trabalho, principalmente do deslocamento da perspectiva de fundamentação do sistema jurídico global da exclusiva relação entre direito interno e internacional para as divergências na interpretação e na aplicação das normativas que se sobrepõem internacionalmente de maneira concorrente e vinculante.

Essa nova realidade construiu-se gradativamente ao longo dos anos a partir da intensificação da interdependência entre os sujeitos de direito internacional e acabou resultando na proliferação e no incremento das chamadas iniciativas de cooperação e integração, das quais, em regra, emergem subsistemas legais próprios. Essa multiplicação de normativas pode ocorrer em planos distintos e conduzir tanto à formação de sistemas temáticos autônomos quanto, na perspectiva interna de cada uma dessas lógicas jurídicas específicas, à sobreposição de regras fundadas em princípios referenciais comuns.

Essa segunda hipótese apontada se configuraria, por exemplo, quando ordens legais regionais e multilaterais regulamentassem a mesma esfera em níveis diversos - aparentemente independentes e, em regra, complementares - tal qual se observaria, no âmbito do direito do comércio internacional, na relação existente entre a normativa do sistema GATT/OMC e os acordos regionais de cooperação e integração econômica.

Também a instituição de mecanismos de solução de controvérsias com jurisdição sobre matérias análogas reguladas por regras contidas em subsistemas diferentes poderia colocar em risco a unidade sistêmica do direito internacional e uma esfera jurídica especializada poderia, assim, buscar impor sua lógica às demais mesmo quando se tratasse em verdade de uma questão interdisciplinar solucionável sob critérios unitaristas de especialidade, por exemplo. É de se perceber, ainda, que essa sobreposição jurisdicional tenderia a ocorrer com maior facilidade na fragmentação operada internamente em um sistema legal temático particular do que entre regimes jurídicos construídos e operados sob lógicas distintas.

O abandono do paradigma do Estado dificulta, de certo, a aplicação de teorias constitucionalistas ao direito internacional, mas não impede análises fáticas da aparente fragmentação atual do direito, as quais com base, por exemplo, em concepções pluralistas permitem abordagens que buscam organizar todas as diferentes ordens jurídicas especializadas que se constroem no plano global compreendendo cada uma delas como autônoma - desvinculada das demais -, mas sujeitas a uma espécie de coordenação de regimes.

Na multiplicidade de estruturas legais que se formam de maneira aparentemente independente no direito internacional, a fragmentação pode muito bem não configurar propriamente, portanto, desafio estrutural formal tão sério e inconciliável às teorias unitaristas como aquele representado pelo modelo da governança, o qual, em uma estrutura repartida, acaba se incorporando mais facilmente aos procedimentos normativos e permitindo a captura de suas perspectivas fragmentadas por um dos sistemas particulares.

Há que se ressaltar, entretanto, que mesmo quando admitido o desafio político da governança, a prática do direito internacional – parecendo homenagear o pluralismo legal - tende a demonstrar que em momentos críticos determinados valores universais, os quais consubstanciariam princípios gerais de direito, seriam reconhecidos e informariam as lógicas aparentemente apartadas de forma uniformizante.

No contexto específico do direito internacional do comércio, a preservação da unidade sistêmica se traduz na exigência de compatibilização entre as iniciativas regionais e o sistema multilateral. A sistematização da análise de conformidade pelos membros do acordo geral teve sua importância extremamente ressaltada em razão do avassalador aumento no número de experiências aproximativas locais registradas pelo sistema GATT/OMC nos últimos anos. Os procedimentos de verificação impõem, em assertiva bastante superficial, três obrigações básicas aos membros da OMC na pactuação de acordos regionais: a exigência de notificação do acordo à OMC, o compromisso de se evitar o aumento das barreiras ao comércio com terceiros membros e a obrigação de liberalizar parte substancial do mercado intra-regional.

Muito se afirma a necessidade de compatibilização, de conformação dos sistemas menores com o acordo geral, mas pouco se discute o conteúdo e os reais limites dessa harmonização exigida. Nesse sentido e em linhas gerais, quando compatível com as regras estabelecidas no âmbito global, uma iniciativa regional poderia muito bem facilitar a liberalização e o incremento das correntes de comércio, enquanto, por outro lado e quando

incompatível, tenderia a colocar em risco todas as conquistas multilaterais alcançadas nos últimos sessenta anos ao longo de uma série de negociações. Não se pode afirmar atualmente, contudo e ainda, que o regionalismo enfraquece o sistema multilateral, mas tampouco se pode asseverar o contrário com certeza. Os estudos realizados encontram sérias dificuldades no estabelecimento de critérios hábeis à consolidação de resultados conclusivos e, assim, multiplicam-se as incertezas em meio a uma série de suposições construídas a partir de controvertidas análises do contexto mercantil global atual.

Qualquer abordagem que se faça dessa relação entre o local e o geral deve levar em conta que no cerne de qualquer sistema de comércio internacional se encontra o objetivo de incremento das trocas comerciais e que exatamente dessa simetria pode surgir o suporte à compreensão do multilateral e o regional como complementares e não como conflitantes. Nesse sentido, é de se perceber a integração em determinada região como similar àquela que ocorre no interior de um único Estado soberano e, principalmente, que a liberalização de comércio resultante de qualquer dos dois modelos seria absolutamente capaz de gerar benefícios e oportunidades para sujeitos de direito – Estados, por exemplo - que delas não façam parte. Consideradas muitas vezes um risco para o sistema multilateral de comércio, as iniciativas regionais podem muito bem - portanto, contrariamente e na verdade - servir ao incremento do intercâmbio comercial, de aprendizado ao multilateralismo e para agregar, dessa forma, resultados locais aos objetivos gerais.

Conforme já ressaltado anteriormente neste estudo, no modelo multilateral do GATT o regionalismo iria, em rasa análise, de encontro ao princípio da não-discriminação que conforma o núcleo de todo o sistema geral. Assim, quando um dos membros da OMC firma um acordo regional e garante aos seus signatários condições de comércio mais favoráveis que aquelas concedidas aos outros membros da organização multilateral, surge um conflito imediato com a cláusula da nação mais favorecida, primeiro artigo do GATT e principal fundamento da OMC.

O aparente conflito se resolve, nesse caso, por meio da previsão, no próprio sistema da OMC, de exceções à regra geral da não-discriminação, as quais consistem, em síntese, no artigo XXIV do GATT - inclusive o entendimento sobre sua interpretação de 1994 -, na decisão de 1979 do GATT conhecida como Cláusula de Habilitação e no artigo V do GATS, o qual regula os acordos de comércio regionais sobre serviços.

As três exceções mencionadas dispõem, ressalte-se, sobre acordos regionais de escopos distintos. Se justificados com base no artigo XXIV do GATT, tratam-se de acordos para a constituição de zonas de livre comércio e uniões aduaneiras relacionadas ao comércio de bens. Os países em desenvolvimento podem se utilizar da Cláusula de Habilitação para justificar a celebração de acordos com o objetivo de redução de tarifas e o artigo V do GATS refere-se aos acordos regionais relacionados ao comércio de serviços.

A falta de critérios confiáveis, conforme apontado neste estudo, reforça a fragilidade da linguagem da doutrina internacionalista que, ao exigir a compatibilidade, não busca determinar de forma concreta seu conteúdo e, quando o faz, adota perspectivas simplistas que associam conformação com a proibição ao desvio de comércio e indicam a necessidade de constante verificação fática. Os dispositivos do artigo XXIV do GATT impõem, por exemplo, controle muito mais formal do que efetivo à permissão de concessão de tratamento mais favorável entre participantes de iniciativas que objetivem a criação de zonas de livre comércio e uniões aduaneiras. Essa prevalência do formalismo à substância, caso fosse assumida em definitivo como opção institucional, poderia sinalizar, por exemplo, o abandono da análise material de consistência em favor da simples exigência de transparência procedimental, mas potencializaria, por outro lado, o risco de perpetuação das incongruências prejudiciais à unidade.

À medida que se aprofunda o diagnóstico teórico da referida compatibilidade, mais latente se apresenta a questão unitarista. De fato, a assunção de que determinado sistema mercantil regional poderia ser incompatível com o acordo comercial geral sugere a possibilidade de existência de antinomias a serem corrigidas entre o local e o global e, portanto, sua identificação como integrantes de um sistema jurídico uno regulamentador do comércio internacional.

Admitidas tais regras gerais, é de se apontar a existência de determinados grupos excepcionais de tratados que não se encontram em relação de subordinação, mas de interdependência, condicionando-se reciprocamente ao regerem situações jurídicas específicas. Nessa espécie singular de tratados poder-se-iam agrupar os acordos multilateral e regionais que compõem o sistema normativo internacional do comércio. Assim, ainda que não sejam admitidas relações hierárquicas entre a OMC, a ALADI e o MERCOSUL, tais

iniciativas podem ser consideradas partes de um único sistema de normas e condicionadas, portanto, à preservação de sua coerência.

Para que efetivamente haja possibilidade de antinomias no direito internacional, necessário se faz que as normas envolvidas pertençam ao mesmo âmbito de validade. Especificamente no plano da relação entre o regionalismo e o multilateralismo do comércio internacional, subsiste ainda a premissa subjetiva de que os sujeitos envolvidos participem de ambas as iniciativas internacionais.

Muito se discute hoje a necessidade de reformulação do texto do tratado do GATT no que se refere às exceções regionais permitidas. Dentre os argumentos apresentados, encontra-se a necessidade de se garantir maior segurança e previsibilidade na análise da compatibilidade, ainda que não se possa definir com precisão se o atual sistema de exame preserva as regras multilaterais estabelecidas no acordo geral ou deixa que iniciativas regionais violem suas premissas. Alterar o texto do tratado poderia ser, na verdade, desastroso, pois tenderia a colocar luz sobre a ineficácia do sistema de aferição de conformidade e dificultar ainda mais a harmonização dos subsistemas com o marco legal geral. A solução mais viável, nesse contexto, não seria legislativa, mas judicial, ou seja, relacionada à hermenêutica da normativa multilateral.

Quando positivamente considerada, a cláusula da nação mais favorecida inserida no GATT não expressaria princípios cogentes inerentes ao direito internacional geral, ou seja, não consubstanciaria regra costumeira e necessitaria de normatização expressa que a previsse. O estudo da compatibilidade à luz dessa perspectiva não trata, portanto, de um conflito de valores, mas de exceções a uma regra positiva, legalmente estabelecida, e cuja inexistência autoriza a criação indiscriminada de barreiras mercantis.

A premissa básica da maior parte das técnicas propostas à aferição da compatibilidade estabelece que o regionalismo apenas se justificaria como exceção ao multilateralismo econômico quando criadas vantagens locais sem prejuízo aos outros membros do contexto global. Cumprido tal requisito, poder-se-ia vislumbrar a plena convergência no objetivo de redução dos obstáculos ao mercado internacional e a conformidade poderia ser, assim, encarada como o compartilhamento da meta de formação de um sistema global de comércio mais aberto e livre.

No que se refere às condições objetivamente estabelecidas no artigo XXIV do GATT para que uma iniciativa regional seja considerada compatível com o sistema multilateral, a doutrina tem dividido os requisitos entre critérios internos e externos. De um lado, a obrigação de que a iniciativa regional abranja parte substancial do comércio e que a implementação do projeto ocorra em um prazo razoável, estariam elencadas entre as obrigações internas das uniões aduaneiras e zonas de livre-comércio. Como obrigações de caráter externo, ou seja, em relação a terceiros países, poderiam elencar-se a vedação ao desvio de comércio e à imposição de medidas restritivas mais duras que aquelas anteriores à formação da iniciativa regional.

Quando da criação do Comitê sobre Acordos Regionais de Comércio estimou-se que as controvérsias seriam resolvidas e que finalmente se concluiriam relatórios acerca da compatibilidade das iniciativas regionais. Nenhum avanço perceptível ocorreu, entretanto, desde então e a análise segue inviabilizada pelas dificuldades em se obter o consenso das partes do GATT e pela utilização do procedimento de exame como meio indireto de solução de controvérsias.

A falta de conclusões definitivas sobre a compatibilidade coloca em risco o sistema multilateral e deixa os participantes de acordos regionais livres até mesmo para relativizar as regras gerais. De fato, é de se perceber que membros de iniciativas locais tendem, nesse contexto, a interpretar a falta de conclusões das análises e de recomendações como um aval, um pronunciamento positivo acerca da compatibilidade do subsistema específico com o sistema multilateral.

De qualquer maneira, o exame de compatibilidade segue - ainda que inexista formalmente aprovação ou reprovação dos acordos analisados - como único instrumento oficial de manutenção da integridade sistêmica da OMC e o sistema de solução de controvérsias multilateral surge, assim, como meio meramente indireto de aferição, o qual, no caso de comprovada lesão decorrente da incompatibilidade, poderá vir a instrumentalizar futuramente, quem sabe, mecanismo de sanções para iniciativas incompatíveis.

O texto do GATT há que ser considerado, assim, no que se refere aos acordos regionais e à sua harmonização com a OMC, bastante vago e o exame de compatibilidade quase uma mera formalidade política. A falta de conclusões pela incompatibilidade pode, entretanto, se justificar pelo procedimento de recomendações cabível no caso de disparidades e na ineficácia que se pode presumir de pareceres definitivos privados de mecanismos formais de coerção,

ainda que já existam pronunciamentos acerca da compatibilidade regional na jurisprudência do órgão de solução de controvérsias da OMC.

Um dos pronunciamentos mais paradigmáticos do órgão jurisdicional da OMC quanto à conformação de experiências regionais com o sistema multilateral de comércio se deu na apreciação da contenda conhecida como “Caso Turkey – Textiles”. O rigor sugerido pelo órgão de apelação para a análise de compatibilidade entre o acordo regional e a normativa multilateral permite que se perceba, em meio à aparente ineficácia dos atuais procedimentos de aferição, que a OMC parece tender a uma postura mais rigorosa na verificação da conformidade e que o sistema de solução de controvérsias da organização pode, nesse aspecto, vir a exercer importante papel tanto na hermenêutica da normativa geral, quanto na imposição de sanções a eventuais transgressões. Envolvendo o MERCOSUL e especificamente o Brasil, também o “Caso DS 332” surgiu com clara tendência a se tornar um marco da análise de compatibilidade regional pelo sistema multilateral de solução de controvérsias. Parte consistente da doutrina se pronunciou, inclusive, acerca dessa expectativa enquanto o pronunciamento final era aguardado, mas pouco se avançou de fato na decisão final apresentada pelo Órgão de Apelação multilateral.

8.1 Compatibilidade formal, substância e unidade sistêmica

A especialização temática apresenta-se como uma das mais importantes características do novo direito das gentes, pautado nesse início de século, principalmente, na participação cada vez maior dos Estados em convenções e acordos que objetivam normatizar de maneira abrangente matérias pontuais e de interesse comum tanto no plano global quanto no regional. Nesse contexto, cada esfera particular do *modus vivendi* humano tende a se estruturar juridicamente como um sistema legal dotado de axiomas e regras aplicáveis, a princípio, apenas às situações fáticas submetidas a sua respectiva e específica ordem normativa.

Percebe-se, então, que assim como outrora o sistema jurídico geral se apresentava de maneira rudimentar e fundamental se fazia sustentar sua unidade, o direito internacional atual segue desafiado pela ainda incerta dinâmica de interação entre essas diversas esferas legais. O

estudo do direito das gentes parece, na verdade, não homenagear mais o clássico conceito positivista de um único sistema legal logicamente ordenado e hierarquicamente diferenciado. Distintos fenômenos, mormente políticos, converteram o que era uno e indivisível em um aparente pluralismo, ou seja, em uma pluralidade de regimes.

A partir de tais premissas, mister se faz admitir que as alusões à fragmentação se referem - na maior parte das vezes, mas não sempre - à mencionada divisão temática das normas, a qual se verifica atualmente em número expressivo de matérias. Tende-se hoje, dessa forma, a ultrapassar a controvérsia da conformação sistêmica do direito interno com o internacional em razão do reconhecimento da extrema relevância de se debater a questão da unidade entre as distintas esferas que gradualmente se estruturam no ambiente jurídico global.

Outro fator importante nessa dinâmica de intensa produção legislativa transnacional especializada reside na participação cada vez menor dos Estados - os clássicos sujeitos de direito internacional - em iniciativas legiferantes e no fato de, nessa toada, cada vez mais as normas internacionais se desprenderem dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderirem a estruturas formais internacionais compartilhadas, tal qual, por exemplo, aquelas consideradas supranacionais.

Da falta de institucionalização do direito internacional - ao menos quando em comparação com as rígidas estruturas dos Estados soberanos - decorre o debate acerca da existência de regras internacionais apenas nos limites do convencionado em tratados e, diversamente, da possibilidade de se reconhecerem normas principiológicas cogentes ainda que não derivadas de declarações de vontade específicas. A assunção de tal normatividade tácita, da existência desse “código universal da legalidade” como um núcleo duro de regras e princípios universalmente aceitos, redargüiria de maneira bastante consistente, por exemplo, a aparente desarticulação do conceito clássico de unidade em favor de um pluralismo de regimes estruturados em distintas lógicas jurídicas. O universalismo principiológico, é dizer, a aceitação de uma moralidade mínima global, permitiria, assim, a estruturação de uma nova perspectiva da unidade do direito global.

A própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados admite em seu artigo 53 expressamente a existência de normas cogentes de direito internacional, as quais se caracterizariam como sendo aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados

em sua totalidade, sem admitir derrogação e sendo apenas passíveis de modificação por outra com as mesmas características.

Esse direito globalmente cogente, o código universal da legalidade, referenciado de uma forma ou de outra pela comunidade internacional na atual estrutura aparentemente fragmentada do direito configuraria, gize-se, uma metalinguagem, na qual conceitos, princípios, regras e institutos jurídicos básicos estariam contidos. Esse núcleo substancial geral serviria, na verdade, para equilibrar a relação entre as diversas esferas jurídicas especializadas que coexistem e, muitas vezes, se sujeitam à concorrência jurisdicional na solução de conflitos.

O elemento volitivo, é dizer a expressa declaração de vontade, diferencia, portanto, os conceitos de membro da comunidade específica do de parte da comunidade internacional. Assim, conforme sustentado neste trabalho, no que se refere à comunidade global, os sujeitos de direito tomariam parte nela, sob tal lógica, de maneira automática e exatamente dessa automaticidade torna-se possível extrair, por exemplo e portanto, argumento consistente à existência de princípios gerais universalmente vinculantes.

Os princípios basilares do direito internacional seriam, desse modo, inerentes a sua estrutura geral e estariam contidos, sendo necessariamente respeitados, em todos os sistemas normativos específicos. A característica de abrangência desse código de legalidade acaba por afastá-lo de conteúdos substanciais e aproximando-o de elementos formais, os quais naturalmente tenderiam a não pertencer a lógicas jurídicas particulares e a se adaptar, portanto, a todas as ordens temáticas que convivem atualmente no plano internacional.

Nesse sentido, enquanto o minimalismo moral constituiria seu aspecto global, plenamente aplicável ao discurso universalista dos direitos humanos e ao reconhecimento, por conseguinte, de um código legal universal, o maximalismo moral, vertente principiológica mais substancial, relacionar-se-ia diretamente, por outro lado, com as preocupações locais e, portanto, com o multiculturalismo, o qual, por sua vez, temperaria – sem nunca contradizer – os preceitos gerais.

O trabalho conjunto dos atores do direito internacional seria também, dessa forma, fundamental à otimização da concepção uniforme desse direito internacional pós-moderno, orientado por preceitos gerais globais estabelecidos nos mínimos morais de um código legal. Nesse contexto, a existência de uma pluralidade de legisladores deve incorporar como seu

grande desafio a reconstrução do conceito de direito como unidade à luz do respeito aos mencionados preceitos universais. Urge salientar, finalmente, que se, por um lado, a própria percepção desses atores como uma comunidade internacional sugere algo de universal no discurso, tal concepção esbarra na chamada fragmentação observada na especialização dos diversos sistemas jurídicos internacionais incipientes nos dias atuais.

Há, de certo, certa aproximação dessas teorias universalizantes com o costume e, especificamente, com o que a doutrina internacionalista caracterizaria como costume internacional, o qual exigiria respeito de todos os sujeitos de direito internacional sem a necessidade de existirem declarações de vontade específicas para sua aceitação. Costumes, ou o código universal da legalidade, vinculariam, portanto, todos os sujeitos de direito internacional, ainda que contra suas vontades.

Sob a perspectiva interna dos múltiplos sistemas legais temáticos existentes, a fragmentação se faz presente na necessidade unitarista de harmonização das iniciativas regionais com normativas multilaterais, isto é, mais gerais e abrangentes. A composição entre o geral e o regional ultrapassa, portanto, as questões relacionadas à especialização temática do direito internacional atual, posto freqüentemente compartilharem as ordens legais, a exemplo do vínculo existente entre a OMC e o MERCOSUL, a mesma linguagem e constituírem planos distintos de um mesmo sistema jurídico.

Aplicado o conceito de legalidade universal a essa relação entre o multilateral e o particular em um sistema temático específico, os princípios cogentes e globais que informariam a normativa multilateral teriam plena identidade com aqueles que integram a ordem regional e o primeiro passo para a aferição da compatibilidade entre o global e o local poderia se dar, portanto, na identificação de tais preceitos nucleares, vinculantes para ambos.

No caso específico do sistema jurídico internacional de comércio, plenamente possível se faria, assim, perceber o grupo de princípios universais e obrigatórios que consubstanciaríamos a matriz sistêmica de sua normativa, informadora e limitadora tanto no plano multilateral quanto no regional de comércio. O multilateral seria compatível com o regional, sob tais aspectos, quando houvesse harmonia entre os interesses comunitários que informam o processo cooperativo tendente a formar e fortalecer, de um lado, a comunidade multilateral e, de outro, aquela regionalmente constituída. Nesse sentido, poderia ser feita uma ponte, a título de mero exemplo, entre o objetivo de aumento do bem-estar geral do GATT e a solidariedade

que permite a relativização das obrigações de membros de experiências regionais fulcradas multilateralmente na cláusula de habilitação.

Ainda que seja possível encontrar na doutrina afirmações cabais de que o sistema multilateral da OMC conformaria exclusivamente regras estipuladas em tratados, observa-se ser impossível afastar o núcleo geral costumeiro de princípios do direito internacional, o qual, quando aplicável a contextos regionais específicos ou a sistemas legais multilaterais próprios poderia, inclusive, ganhar contornos igualmente específicos.

Do próprio preâmbulo do GATT podem-se extrair objetivos nucleares que inspiram e orientam o sistema internacional de comércio e, os quais devem ser observados e respeitados, portanto, também pelas organizações regionais. Dentre tais preceitos específicos do ordenamento mercantil internacional, identificáveis se fazem, por exemplo, o aumento do bem-estar geral, a liberalização comercial pela redução substancial de tarifas e barreiras alfandegárias, o aumento da produção e do fluxo mercantil e o favorecimento de países menos desenvolvidos. Além dessa submissão a princípios específicos, o sistema multilateral de comércio estaria, na verdade, inserido e seria, portanto, parte também de um todo de princípios internacionais, ou seja, do código universal da legalidade.

Na estrutura de exceções regionais permitidas pelo GATT, o objetivo de se atingir o bem-estar geral pela liberalização comercial fundado na cláusula da nação mais favorecida e, portanto, no princípio da não-discriminação, deve ser percebido, dessa forma, como preceito basilar integrador da legalidade universal do comércio internacional. Uniões aduaneiras e zonas de livre comércio se harmonizariam, assim, com o acordo geral sempre que tal princípio fundamental fosse reconhecido como matriz da normativa local.

No caso da chamada cláusula de habilitação, além da liberalização comercial como instrumento proporcionador de bem-estar, sua fundamentação principiológica se daria também na solidariedade verificada na concessão de benefícios unilaterais por territórios aduaneiros desenvolvidos a seus pares em desenvolvimento. A partir do que se sugere, verifica-se que também o aumento de correntes de comércio pode muito bem ser reconhecido como princípio fundamental do GATT, isto é, como preceito informador universal do direito do comércio internacional.

Nessa toada, um acordo regional apenas seria considerado compatível com o geral quando estivesse genuinamente baseado nesse código universal da legalidade, nesses mínimos

morais reconhecíveis no interesse comum, os quais englobariam, por exemplo, a promoção da paz, do desenvolvimento econômico e a redução da pobreza. A compatibilidade exigiria, portanto, que as iniciativas regionais compartilhassem os mesmos objetivos multilaterais e potencializassem os esforços de liberalização comercial nunca servindo, por exemplo, meramente ao protecionismo.

A impossibilidade de se estabelecerem critérios formais em meio à textura aberta dos dispositivos do GATT e à complexidade das ordens legais particulares exige que se entenda a conformação entre as iniciativas locais e a OMC como a harmonização de axiomas, os quais demandariam, na verdade, obrigações de conduta - razoável, zelosa e honesta - entre os membros do acordo geral quando partes de experiências regionais. Essa conformação axiológica possui, de certo, alguns parâmetros objetivos mínimos como, por exemplo, a exigência de que o acordo regional abranja parcela substancial do comércio local, mas tais parâmetros podem vir a ser – como vem sendo - relativizados em favor de princípios maiores.

Mais do que o atendimento de requisitos elencados nos tratados, a compatibilidade surge hoje como o respeito, no âmbito regional, dos princípios gerais que informam também o sistema multilateral. Nesse sentido, quando inviável se faz fiscalizar o cumprimento de critérios formais, um acordo regional pode ser ainda assim considerado conforme se cumprir os objetivos, fundamentos e princípios do direito do comércio internacional.

A chave do exame de compatibilidade hoje se encontra, portanto, exatamente no deslocamento da discussão dos parâmetros formais para a conformidade com princípios, valores e objetivos gerais informadores do sistema jurídico de comércio internacional. Essa base axiológica não se extrai, entretanto, apenas da ordem multilateral, mas do sistema de comércio como um todo, observado como um conjunto submetido universalmente ao mesmo código legal.

No caso da relação existente entre o MERCOSUL e a OMC, ainda que seja possível vislumbrar, inicialmente, que suas normativas tratam de assuntos e objetivos distintos, posto almejar o MERCOSUL muito mais do que a redução de tarifas alfandegárias e a pura e simples liberalização do comércio, os princípios e valores que orientam ambas as iniciativas convergem. O exame de compatibilidade entre a iniciativa local e a organização multilateral não deve considerar, assim, apenas o atendimento de critérios formais e permite, no modelo atualmente adotado, que requisitos específicos sejam descumpridos em favor de objetivos

regionais análogos aos globais, tais como a liberalização comercial e o desenvolvimento econômico.

Formalmente, importante indicativo dos axiomas gerais aplicáveis à análise da compatibilidade do MERCOSUL com o sistema GATT/OMC surgiu dos resultados dos desentendimentos acerca do procedimento de exame. Notificado ao GATT com base na exceção da Cláusula de Habilitação, o MERCOSUL se encontra hoje submetido aos aspectos procedimentais reservados ao artigo XXIV do GATT. Tal solução peculiar serviu para apontar, na verdade, quais preceitos da legalidade comercial geral deveriam ser observados pelo MERCOSUL para que o acordo fosse considerado compatível com a normativa do GATT. Caso a análise fosse feita exclusivamente com base na Cláusula de Habilitação, os requisitos formais seriam relegados em favor do incremento do comércio regional como um instrumento de desenvolvimento econômico dos membros da iniciativa.

A análise de acordos preferenciais envolvendo países em desenvolvimento fundada na falta de minuciosidade e na tolerância com antinomias se deve ao objetivo multilateral central de incremento das correntes de comércio e à idéia de que todas e quaisquer iniciativas que envolvam países em desenvolvimento com tal finalidade seriam relevantes. A adoção de procedimentos mais rígidos para a análise do MERCOSUL indicaria, nesse contexto, que seus membros devem seguir com maior afínco os requisitos formais estabelecidos no tratado geral e seu exame tende, portanto, a não desconsiderar a abrangência do mercado atingido pelas preferências e a transparência do processo porque, ainda que os objetivos e princípios de liberalização comercial locais sejam compatíveis com os multilaterais, inexistiria justificativa para práticas desnecessariamente em desacordo com os parâmetros multilaterais.

Questão estrutural fundamental observável na relação existente entre o MERCOSUL e a OMC se refere a outro acordo regional, é dizer, à ALADI. A iniciativa sul-americana precisa ser harmonizada, portanto, com a ALADI em um plano regional maior e com a OMC no âmbito multilateral. Ainda que não seja possível afirmar que um subsistema estaria contido no outro e que ambos se inseririam no sistema maior da OMC, verifica-se que as referidas ordens legais encontram-se interligadas e formam, para os sujeitos de direito internacional submetidos às três, um único ordenamento jurídico mercantil internacional.

As premissas teóricas estabelecidas ao longo deste trabalho sugerem que a compatibilidade dos acordos regionais de comércio com o sistema multilateral do

GATT/OMC não constitui necessariamente o cumprimento de requisitos objetivos de conformidade e não se faz aferível, por exemplo, exclusivamente com base em números, em dados estatísticos do comércio internacional. A harmonização do particular com o geral se daria, assim, primeiramente no respeito aos objetivos e princípios comuns e, apenas em um segundo momento, no atendimento de critérios objetivos de adequação. Sob tal perspectiva, ressalte-se ainda, que a relevância de determinado axioma pode – e deve –, em determinadas circunstâncias, inclusive, relativizar preceitos meramente objetivos. Ao integrarem o sistema internacional de comércio, MERCOSUL, ALADI e OMC compartilham necessariamente um código legal, ou seja, comungam objetivos e princípios e submetem-se aos mesmos mínimos morais.

Nesse sentido, a aparente omissão observada na falta de conclusões no exame de compatibilidade das iniciativas regionais pode consubstanciar, na verdade, acertada prudência da organização multilateral. Considerando-se que a esmagadora maioria dos acordos regionais hoje existentes não possui ainda estruturas administrativas e normativas definitivas, a análise de conformidade apenas poderia ser concluída de maneira eficiente quando uma iniciativa atingisse a última etapa de integração e o território aduaneiro se estruturasse, por exemplo, como uma confederação. Antes disso, mais apropriado se faz que se mantenha o exame de compatibilidade em aberto de forma a se permitir a constante verificação e, quando necessário, a formulação de recomendações de enquadramento.

Ainda que se refere às análises inconclusivas, a falta de pareceres definitivos não significa que o acordo multilateral se encontra necessariamente ameaçado. Membros do GATT podem, por exemplo, provocar o sistema de solução de controvérsias da OMC e, como bem demonstrou o caso DS 332, a iniciativa regional pode ser enquadrada pela ordem multilateral e a harmonia, quando questionada, ser restabelecida também por esse meio.

Qualquer perspectiva atualmente adotada no estudo do direito internacional do comércio deve observar o regionalismo como um fato, um fenômeno com o qual o multilateralismo do GATT necessariamente tem que conviver e interagir. Nesse sentido, a preservação da coerência sistêmica da ordem mercantil internacional exige que se busquem meios de aproximação das experiências locais com o sistema geral de forma a se favorecer a complementaridade, ou seja, de maneira a que o geral e o específico trabalhem de forma integrada e coerente para a promoção de seus objetivos comuns.

Sistemas jurídicos de estrutura complexa como o internacional de comércio podem, assim, manter sua unidade jurídica interna mais facilmente caso a compatibilidade do particular com o geral seja entendida como a harmonização de axiomas comuns e não tão somente como o cumprimento de critérios objetivos de conformidade. A adoção dessa perspectiva preceitual permite que se mantenham, assim, as premissas de unidade e de coerência sistêmica do direito mercantil internacional atual, o qual - ao estruturar-se de maneira plural e, em diversos aspectos, portanto, pós-moderna e pós-positivista -, apenas aparentemente, portanto, apresenta-se fragmentado.

9 BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGO Roberto. **Communauté internationale et organisation internationale**. In: DUPUY, René-Jean. Manuel sur les organisations internationales. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. pp. 3-12.

AGUINIS, Marcos. **El atroz encanto de ser argentinos**. Buenos Aires: Planeta, 2003.

AKANDE, Dapo. **International organizations**. In: EVANS, Malcolm D. (Edit.). International law. Oxford: Oxford University Press 2006.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

AMSTUTZ, Marc; KARAVAS, Vaio. **Rechtsmutation: zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum**. In: Rechtsgeschichte RG 8, 2006. pp. 14-32.

BACCEGA, Marcus. **O comércio, suas funções e sua relevância para o direito internacional público**. AMARAL JÚNIOR, Alberto (Coord.). Direito do comércio internacional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BALDWIN, Robert E. **Adapting the GATT to a more regionalized world: a political economy perspective**. In: ANDRESON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: Ltr, 1998.

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

_____. **O Brasil e suas várias encruzilhadas**. In: Panorama da conjuntura internacional. São Paulo, v. 3, n. 9/10, p. 8-9, jul./ago. 2001.

BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2002.

BARROSO Luís Roberto. **Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno**. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar 2008. pp. 185-208.

BASSO, Maristela. **A estrutura institucional definitiva do MERCOSUL**. In: Estudos Jurídicos, vol. 27, nº 69, Janeiro/Abril 1994, pp. 53-61.

_____. **MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração**. In: Estudos Jurídicos, vol. 27, nº 71, Setembro/Dezembro 1994, pp. 73-79.

_____. **Perspectivas do MERCOSUL através de uma visão econômico-jurídica**. In: Revista de Derecho Privado y Comunitário. Buenos Aires: nº 14 pp. 455-467, 1997.

_____. **As fontes do Direito do MERCOSUL**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1624>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

BASTOS, Lucia Elena A. Ferreira. **Organizações internacionais da África**. In: MERCADANTE, Araminta; CELLI JUNIOR, Umberto; ARAÚJO, Leandro Rocha de. Blocos econômicos e integração na América Latina, África e Ásia. Curitiba: Juruá, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BIELING, Hans-Jürgen. **Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung**, In: BUCKEL, Sonia u.a. (Hrsg.). Hegemonie gepanzert mit Zwang. Baden-Baden: Nomos, 2007. pp. 143-163.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BLACKHURST, Richard; HENDERSON, David. **Regional integration agreements, world integration and the GATT**. In: ANDRESON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05.10.88**. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

CÁRDENAS, Emilio J. **MERCOSUR's fragile dispute resolution system at work: first decision ever made by an "arbitral panel" in a dispute arising among sovereign parties**. In: New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson. A Haia: Kluwer Law International, 2000. pp. 281-288.

CAGGIANO, Monica Herman S. **Os direitos fundamentais e sua universalização**. In: Revista Brasileira do Direito Constitucional, n. 4, jul./dez., 2004.

CAMERON, James; GRAY, Kevin R. **Principles of international law in the WTO dispute settlement body**. In: International and Comparative Law Quarterly. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. vol 50, pp. 248-298.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. 3ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos – vol. I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. Brasília: UnB, 1998.

CASELLA, Paulo Borba. **Cooperação interamericana e integração jurídica**. São Paulo: S.N., 1980.

_____. **Elementos de direito comunitário**. Tese de Livre-Docência apresentada à FADUSP: São Paulo, 1993.

_____. **Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: Ltr, 1994.

_____. **From dispute settlement to jurisdiction? Perspectives for the MERCOSUR**. In: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International trade law and the GATT/WTO dispute settlement system*. London: Kluwer Law 1997.

_____. **Integração e confusão aduaneira**. In: *Diário Comércio & Indústria* – São Paulo, 13 de novembro de 1997.

_____. **Globalização imperativa**. In: *Diário Comércio & Indústria* – São Paulo, 28 de maio de 1998.

_____. **Harmonização do direito do MERCOSUL**. In: *Diário Comércio & Indústria* – São Paulo, 12, 13 e 15 de junho de 1998.

_____. **MERCOSUL: situação e oposição política interna e a construção da integração regional**. In: *Diário Comércio & Indústria* – São Paulo, 13 de agosto de 1998.

_____. **Integração e supranacionalidade**. In: *Diário Comércio & Indústria* – São Paulo, 16 de outubro de 1998.

_____. **Resultados da rodada uruguaí – aspectos legais e constitucionais de sua implementação no Brasil**. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coord.) *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: Ltr, 1998. pp. 213-239.

_____. **Comissão de comércio e jurisdição no MERCOSUL**. In: *Jurisprudencia Argentina*, nº 6153, Número Especial, Agosto 1999.

_____. **MERCOSUL: exigências e perspectivas – Integração e consolidação de espaço econômico (1995-2001-2006)**. São Paulo: Ltr, 2006.

_____. (Coord.). **Direito de integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. Tese de Titularidade apresentada à FADUSP: São Paulo, 2006.

CASALMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. *Doxa* 21:209-220, 1998.

CHARNEY, J.I. **International law and multiple international tribunals**. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, tomo 271, 1998.

CONESA, Eduardo R. **Macroeconomia y política macroeconómica**. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2002.

CORRÊA, Luiz Fernando Nigro. **O MERCOSUL e a OMC: regionalismo e multilateralismo**. São Paulo: Ltr, 2001.

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

DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit international public**. Paris: L. G. D. J., 1994.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

DOMINGUES, Juliana Oliveira . **O regionalismo na organização mundial do comércio**. In: Wagner Menezes. (Org.). *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004, v. 2, pp. 58-64.

DROMI, Roberto. **El sistema del derecho comunitario**. In: *Desafios del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. pp. 43-60.

DUPUY, Pierre-Marie. **Etat et organisation internationale**. In: DUPUY, René-Jean. *Manuel sur les organisations internationales*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. pp. 13-30.

_____. **L'unité de l'ordre juridique international**. In: *Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye*, tomo 297, 2002.

_____. **Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values : a response to Martti Koskenniemi**. In: *European Journal International Law* 16, 2005. pp. 131-137.

- EMERSON, Ralph Waldo. **Essays and lectures**. New York: The Library of América, 1982.
- ETCHEVERRY, Raul Aníbal. **MERCOSUR negocios y empresas**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- FASSBENDER, Bardo. **The meaning of international constitutional law**. In: MacDonald/Johnston (Hrsg.). *Towards World Constitutionalism*. Amsterdam: R.St.J., 2005.
- FAUSTO, Boris; DEVOTO, Fernando J. **Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850-2002)**. São Paulo: Editora 34, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi: **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FISCHER-LESCANO, Andréas; TEUBNER, Gunther. **Regime-Kollisionen**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006.
- FRYDMAN, Felipe. **Un complejo panorama de negociaciones para definir la inserción del MERCOSUR en el comercio internacional**. In: ÁLVAREZ, Chacho. (Comp.). *La Argentina de Kirchner y el Brasil de Lula*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2003.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Sê plural como o universo!** In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8, nº 33, out/dez 2000.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE – GATT. **Trends in international trade: report by a panel of experts**. Geneva: GATT, 1958.
- GOMES, Eduardo Biacchi. **A supranacionalidade e os blocos econômicos**. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 53, pp. 310-335, out./dez. 2005.
- GÜNTHER, Klaus. **Rechtspluralismus und universaler code der legalität: globalisierung als rechtstheoretisches problem**. In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus. *Die öffentlichkeit der vernunft und die vernunft der öffentlichkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.
- GUSSI, Evandro Herrera Bertone. **Soberania e supranacionalidade**. In: CASELLA, Paulo Borba. (Coord.). *Direito de integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 105-134.
- HAAS, Ernst B. **The unity of Europe**. Stanford: CA, 1958.
- HALTERN, Ulrich. **Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende**. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 128, 2003. pp. 511-557.
- HART, H.L.A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- HIGGINS, Rosalyn. **The ICJ, the ECJ, and the integrity of international law**. In: *International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. vol 52, pp. 1-20.

HUDEEC, Robert E. **The GATT legal system and world trade diplomacy**. New York: Praeger Publishers, 1975.

JACKSON, John Howard. **World trade and the law of GATT**. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1969.

_____. DAVEY, William. **Legal problems of international economic relations: cases, materials, and text on the national and international regulation of transnational economic relations**. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1986.

_____. **The uruguay round and the launch of the WTO: significance and challenges**. In: STEWART, Terence P. (Ed.). **The World Trade Organization: multilateral trade framework for the 21st century and U.S. implementing legislation**. Washington: American Bar Association, 1996. pp.5-28.

_____. **The world trading system: law and policy of international economic relations**. Cambridge, MA : MIT Press, 1997.

_____. **Sovereignty, the WTO, and changing fundamentals of international law**. New York: Cambridge University Press, 2006.

JUCÁ, Francisco Pedro. **Parlamento do MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 2002.

KANT, Emmanuel. **A paz perpétua – ensaio filosófico**. Rio de Janeiro: Brasilica, 1939.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, David. **The international human rights movement: part of a problem?** In: Harvard Human Rights Journal/Vol. 15.

KHAVAND, Fereydoun A. **Le nouvel ordre commercial mondial: du GATT à l'OMC**. Paris: Nathan, 1995.

KOSKENNIEMI, Martti. **Global governance and public international law**. In: Kritische Justitz, 37, 2004. pp. 241 – 254.

_____. **Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought**. Harvard, 05 de março de 2005 – Palestra.

_____. **From apology to utopia: the structure of international legal argument**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

_____. **The fate of public international law: constitutional utopia or fragmentation?** Chorley Lecture: London School of Economics, 2006.

_____. **What is international law for?** In: EVANS, Malcolm D. (Edit.). **International law**. Oxford: Oxford University Press 2006.

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

LAFER, Celso. **A OMC face à globalização e à regionalização**. In: Política Externa. São Paulo v.6, n.2, p.83-93 out./nov.1997.

_____. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **O sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio**. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coord.) Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil. São Paulo: Ltr, 1998. pp. 729-755.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Sistema comercial internacional: mecanismos jurídico-econômicos de regulamentação**. In: FIORATI, Jete Jane. Novas vertentes do direito do comércio internacional. Barueri: Manole, 2003. pp. 81-103.

LEITE, Rafael Soares. Protocolo de olivos e a cláusula de paralelismo de foro: o MERCOSUL em busca do diálogo com o sistema multilateral de comércio. In: Wagner Menezes. (Org.). Estudos de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2004, v. 2, pp. 358-364.

LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. **Globalização e soberania**. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI, Umberto. Direito internacional, humanismo e globalidade. São Paulo: Atlas, 2008.

LINARES, Antonio. **Aspectos jurídicos de los sistemas de integración económica**. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Derecho, 1969.

LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. **Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais**. In: CASELLA, Paulo Borba. (Coord.). Direito de integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 57-83.

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

MATSUSHITA, Mitsuo; SHOENBAUM, Thomas; MAVROIDIS, Petros. **The World Trade Organization. Law, Practice and Policy**. New York: Oxford, 2003.

MCMILLAN, John. **Does regional integration foster open trade? Economic theory and GATT's article XXIV**. In: ANDRESON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

MCRAE, D.M. **International trade law and international law**. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, tomo 260, 1996.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Direito constitucional internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Curso de direito internacional público – vol. 1**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Curso de direito internacional público – vol. 2**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENEM, Carlos Saul. **¿Qué es el MERCOSUR?** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **Os aspectos institucionais da integração latino-americana**. In: Revista de Informação Legislativa Abril-Junho, 1971. pp. 71-92.

_____. **Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio**. São Paulo: IDIRI, 1988.

_____. **Acordo geral sobre o comércio de serviços: aspectos jurídicos**. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. (Coord.) Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? A OMC e o Brasil. São Paulo: Ltr, 1998. pp. 413-439.

_____. **A ONU e os acordos regionais**. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). Direito da integração: estudos em homenagem a Werther R. Faria. Curitiba: Juruá, 2001. pp.121-132.

MESTRAL, A. de. **NAFTA: a comparative analysis**. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, tomo 275, 1998.

MOISÉS, Cláudia Perrone. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MÜLLER, Harald. **Die Chance der Kooperation**. Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt, 1993.

NASSER, Rabih Ali. **A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT – OMC: a institucionalização como instrumento de liberalização**. São Paulo: Ltr, 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Regionalismo**. In: BARRAL, Welber. O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Índice analítico - guía de las normas y usos del GATT**. Genebra: OMC, v.2, 1995.

_____. **El regionalismo y el sistema mundial de comercio**. Genebra: OMC, 1995.

_____. **Informe anual 1996**. Genebra: OMC, 1996.

PABST, Haroldo. **MERCOSUL: direito da integração**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PAUWELYN, Joost. **The topic and its importance: conflict of norms in public international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PEÑA, Félix. **Direito e instituições no MERCOSUL: um balanço de conquistas e insuficiências**. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **MERCOSUL e união européia: perspectivas da integração regional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. pp. 91-106.

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

_____. **Diferentes aspectos dos sistemas de integração da União Européia e do MERCOSUL: uma abordagem sintética e comparativa**. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **MERCOSUL e união européia: perspectivas da integração regional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. pp. 193-216.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996.

_____. **Direitos humanos globais, justiça internacional e o brasil**. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do, org; Perrone-Moisés, Cláudia, org. **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1999.

_____. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. In: PIOVESAN, Flávia, coord. **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2007.

PUPPO, Rodrigo Luís. **Regionalismo e multilateralismo**. In: CASELLA, Paulo Borba. (Coord.). **Direito de integração**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 155-177.

RANGEL, Vicente Marotta. **Ordenamento jurídico internacional e direito interno: a recente constituição brasileira**. In: A.A.V.V.. (Org.) **Hacia un nuevo orden internacional e europeo: estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco**. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

REUTER, Paul. **Introducción al derecho de los tratados**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

ROESSLER, Frieder. **The relationship between regional integration agreements and the multilateral trade order**. In: ANDERSON, Kym; BLACKHURST, Richard. **Regional integration and the global trading system**. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

ROSENNE, Sh. **Some words of introduction: the unity of international law**. In: **Recueil des Cours**. Academie de Droit International de la Haye, tomo 291, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política 39, 1997, pp. 105-124.

SCHULZ, Michael; SÖDERBAUM, Fredrik; ÖJENDAL, Joakim. **Regionalization in a globalizing world**. Londres e Nova Iorque: Zed Books, 2001.

SHAW, Malcolm N. **International law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. **A crítica comunitarista no liberalismo**. In: TORRES, Ricardo Lobo Org. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SIMMA, Bruno. **From bilateralism to community interest**. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, tomo 250, 1994.

SINGER, Peter. **One world**. New Haven e Londres: Yale University Press, 2004.

SNAPE, Richard H. **History and economics of GATT's article XXIV**. In: ANDRESON, Kym; BLACKHURST, Richard. Regional integration and the global trading system. Nova York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT**. In: São Paulo em Perspectiva – Revista da Fundação SEADE. v. 9, nº 1, jan-mar, 1995.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **MERCOSUL - Direitos humanos, globalização e soberania**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOUZA, João Ricardo Carvalho de. **Constituição brasileira e tribunal de justiça do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2001.

STREINZ, Rudolf. **Europarecht**. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2001.

TARULLO, Daniel K. **The Relationship of WTO Obligations to Other International Arrangements**. In: New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson. A Haia: Kluwer Law International, 2000. pp. 155-173.

THORSTENSEN, Vera. **Os acordos regionais e as regras da OMC**. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. OMC e o comércio internacional. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

_____. **O Brasil e os grandes temas do comércio**. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

VASAK, Karel. **The international dimensions of human rights – vol 1**. Connecticut: Greenwood/ Unesco, 1982.

VELASCO, Manuel Diez. **Las Organizaciones Internacionales**, 10ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 1997.

WALZER, Michael. **Thick And Thin, Moral Argument at Home and Abroad.** Notre Dame: undp, 1994.