

O BRASIL E OS TRIBUNAIS TRANSNACIONAIS'

DR. CARLOS ALBERTO CARMONA

Professor Doutor de Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo e da Universidade Mackenzie.
Advogado em São Paulo, Brasil.

Sumário: 1.- Introdução: em busca da integração. 2.- A hesitação brasileira. 3.- Modernização do direito processual: reformas. 4.- Iniciativas no campo dos meios alternativos de solução de controvérsias. 5.- A Lei 9.307/96: arbitragem interna e internacional. 6.- Homologação de laudo estrangeiro no Supremo Tribunal Federal. 7.- Protocolo de Genebra e Pacto do Panamá. 8.- Protocolo de Genebra, Convenção do Panamá e Lei de Arbitragem: dessemelhanças e conflitos. 9.- Convenção de Montevidéu. 10.- Mercosul: Tratado de Assunção, Protocolo de Brasília e Protocolo de Ouro Preto. 11.- Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional e Regulamento Modelo de Arbitragem Comercial Internacional para as Instituições Arbitrais do Mercosul, Bolívia e Chile. 12.- Crítica ao sistema de solução de controvérsias no âmbito do Mercosul. 13.- A caminho de uma Corte de Justiça do Mercosul?

1. A natural globalização da relações humanas faz com que sejam transpostas, cada vez com maior facilidade, as artificiais muralhas geopolíticas representadas pelas fronteiras dos diversos países.

O e-commerce é a prova mais candente de que urge regulamentar não só as regras de contratação mas também formular critérios concretos e eficazes de solucionar os litígios que naturalmente hão de surgir com a multiplicação das relações internacionais.

A abertura dos países da América Latina para o comércio global fez-se sentir mais vivamente neste último quartel de século, levando os países do bloco americano (e especialmente do bloco sul-americano) a buscar meios eficazes (eis que, até agora, as iniciativas não foram particularmente entusiasmantes) para a solução das controvérsias entre os nacionais de diferentes países. A criação de blocos regionais, evidentemente, foi o fator

¹ Relatório Nacional Preparado para as XVII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual que serão realizadas em San José, Costa Rica, de 18 a 20 de outubro de 2000.

determinante para a procura de mecanismos mais ágeis do que os até agora oferecidos, sendo certo que a solução protagonizada pelo Poder Judiciário de cada um dos Estados não oferece a neutralidade desejada².

Assim, numa primeira vertente, assiste-se em nosso Continente ao desenvolvimento da arbitragem interna e internacional, não só com a renovação das legislações internas, mas especialmente com a adesão aos principais tratados internacionais que tendem a facilitar a circulação das decisões arbitrais estrangeiras nos diversos territórios nacionais; ao depois, numa segunda vertente, passa-se à discussão séria de agregarem-se os países já ligados a tratados regionais a um tribunal supranacional que efetivamente possa resolver as controvérsias surgidas entre eles e também entre seus nacionais: o objetivo a atingir, parece a muitos, é aquele já alcançado pela Comunidade Econômica Européia, mas do ponto de vista da América Latina (em especial da América do Sul) a distância a percorrer parece enorme!

2. O Brasil hesita entre uma política de vanguarda, onde renova rapidamente sua legislação interna processual e prestigia os meios alternativos de solução de controvérsias, e uma postura pesadamente conservadora no âmbito internacional, com resistências às vezes inexplicáveis quanto à adesão a tratados internacionais importantes, como é o caso da Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, adotada pela Conferência das Nações³.

3. De fato, desde 1992 o Código de Processo Civil brasileiro vem sofrendo importantes atualizações, de sorte a modernizar e dotar de maior eficácia nosso ordenamento jurídico. No biênio 1992-1993 uma primeira onda de reformas simplificou as formas processuais, permitindo maior rapidez processual (a citação passou a ser realizada por via postal, a prova pericial poderá ser realizada através de depoimento do perito diretamente ao juiz); num segundo momento (1994-1995), o legislador introduziu uma série importante de alterações no processo de conhecimento, no processo de execução e no processo cautelar, introduzindo a audiência preliminar (para

² É natural que nenhuma das partes em conflito deseje submeter-se aos riscos de litigar no local onde se situa a parte adversária, utilizando procedimentos não familiares e, o que é pior, perante juízes pertencentes ao sistema social, econômico e político do adversário.

³ Como corretamente apontou José Alexandre Tavares Guerreiro, "essa Convenção representou ponderável avanço na direção da efetiva internacionalização da arbitragem, na medida em que os tribunais dos Estados contratantes não devem pronunciar-se sobre litígios entre partes que invoquem o compromisso arbitral", sendo claro também a avanço proporcionado pelo tratado quanto à exclusão da possibilidade de revisão judiciária acerca do mérito do laudo, desde que este seja proferido de conformidade com os requisitos e disposições do acordo internacional (Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional. Ed. Saraiva, S. Paulo, 1993, pág. 29).

incentivar a conciliação e preparar melhor a instrução processual), permitindo a antecipação de tutela como método generalizado no procedimento comum, editando medidas de apoio para o cumprimento da sentença, fortalecendo os poderes conciliatórios do magistrado, traçando nova disciplina para alguns recursos, aumentando o rol dos títulos executivos extrajudiciais, instituindo o processo monitorio, reestruturando o procedimento sumário⁴; em 1998 o legislador volta à carga, trazendo novas alterações em matéria recursal, procurando desafogar os tribunais que nitidamente não são mais capazes de dar conta do excesso de trabalho a que estão submetidos⁵.

O razoável sucesso da iniciativa reformista (cujos resultados começam agora a ser analisados) estimulou novas propostas legislativas que tendem à agilização do processo: estão em início de tramitação (e deverão ser remetidos ao Congresso Nacional brevemente) três projetos de Lei que investem no dever de lealdade das partes, facilitam a comunicação dos atos processuais (permitindo que os tribunais disciplinem a utilização de meios eletrônicos), aperfeiçoam a antecipação de tutela, melhoram as normas relativas à produção de provas periciais, reformulam parcialmente o sistema recursal, e corrigem algumas distorções sistemáticas do processo de execução e cautelar. Além destes projetos (que iniciam sua tramitação no Congresso Nacional), há dois anteprojetos de lei em discussão, um planejando ampla reforma do processo de execução (sugerido por Athos Gusmão Carneiro) e outro para a implantação da mediação no Brasil (coordenado por Ada Pellegrini Grinover).

4. Ao lado destas iniciativas, que tendem a modernizar o processo civil brasileiro, outras, agora no campo dos meios de solução de controvérsias internacionais, tomaram fôlego, sendo de noticiar a edição da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (1998)⁶ e o Regulamento de Arbitragem Comercial Internacional para as Instituições Arbitrais do Mercosul (1999).

5. No âmbito da solução transnacional de controvérsias, cumpre iniciar com a menção à Lei 9.307/96, que veio revitalizar a arbitragem no Brasil.

⁴ Para uma visão completa e sistemática das reformas operadas no Código de Processo Civil brasileiro de 1992 a 1995, vide Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma do Código de Processo Civil*, Ed. Malheiros, S. Paulo, 1996.

⁵ Esta última reforma, que cria obstáculos cada vez maiores para o acesso aos tribunais superiores (Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) sofreu sérias críticas, algumas delas recolhidas no volume coordenado por Eduardo P. de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa A. Alvim Wambier, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2000.

⁶ O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul está em tramitação na Câmara dos Deputados para aprovação na Comissão de Relações Exteriores.

A lei em questão disciplina, entre nós, tanto a arbitragem nacional como a arbitragem internacional, eis que o diploma legal brasileiro não diferencia as duas espécies de arbitragem (como fizeram em sua maioria os países europeus). Preocupou-se o legislador apenas e tão somente em distinguir laudo arbitral (que o legislador denomina sentença arbitral) nacional do laudo estrangeiro: o primeiro é aquele proferido dentro do território nacional, o segundo é o proferido fora da República, pouco importando onde são realizados os atos da arbitragem, sendo irrelevante também, para a lei nacional, o local da sede do tribunal arbitral⁷.

Ao editar o novo estatuto da arbitragem, o legislador atacou três males que impediam o desenvolvimento do instituto no Brasil: a) deu eficácia à cláusula arbitral; b) dispensou a homologação do laudo arbitral nacional, que passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal; e c) pôs fim ao critério da dupla homologação do laudo estrangeiro. Em outros termos, o legislador instituiu no Brasil o sistema da convenção de arbitragem: embora mantenha a distinção entre compromisso e cláusula, dá aos dois mecanismos de introdução da arbitragem a idêntica eficácia de afastar a competência do juiz togado, o que (pela primeira vez entre nós) dá eficácia plena à cláusula arbitral, que sem dúvida alguma é o instrumento mais usual para a instituição da arbitragem. Quanto à sentença arbitral, o legislador conseguiu superar a exigência até então vigorante de homologar o laudo arbitral para que este pudesse produzir a mesma eficácia da sentença estatal (a partir da nova lei, portanto, a sentença arbitral nacional tem a mesma eficácia da sentença estatal). Por fim, quanto ao critério da dupla homologação, determinou o legislador (art. 35 da citada Lei de Arbitragem) que os laudos arbitrais estrangeiros deverão ser submetidos exclusivamente ao crivo do Supremo Tribunal Federal para que passem a ter eficácia no território nacional, dispensando-se a homologação do laudo no país onde foi proferido (ou seja, a equivalência interna entre laudo e sentença levou o legislador a tratar o

⁷ A escolha do legislador brasileiro –que ignora a distinção entre arbitragem nacional e arbitragem estrangeira– não está isenta de críticas, sendo certo, de qualquer modo, que outros sistemas (que adotam claramente a distinção) podem ser igualmente verberados. O fato é que, bem ou mal, o legislador brasileiro, no sistema introduzido pela Lei 9.307/96, desconsidera –para efeito de detectar a nacionalidade do laudo– a norma aplicável ao processo arbitral ou ao mérito do litígio. Desta feita, ainda que o laudo arbitral observe a lei brasileira, sejam as partes brasileiras e esteja a decisão destinada a produzir efeitos no Brasil, basta que as partes (por mera conveniência) determinem que a sentença seja proferida fora do território nacional para que o laudo seja estrangeiro, tornando necessária sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal para que produza efeitos no território da República. Esta simplificação (necessária e adequada a um país que, como o Brasil, jamais desenvolveu a arbitragem a contento e carecia de regras claras e seguras, encontra alguma resistência, valendo citar, por todos, José Carlos de Magalhães, "Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros", in Revista dos Tribunais. Vol. 740, págs. 116-127, junho de 1997.

laudo estrangeiro como sentença estrangeira, também para efeito de reconhecimento e eficácia interna).

No que se refere à solução das controvérsias de caráter internacional, a lei brasileira estabelece critério bastante confortável para facilitar o trânsito das decisões arbitrais, pois considera nacional o laudo proferido em nosso território ainda que os atos arbitrais sejam praticados fora dele, sendo irrelevante a sede do tribunal para efeito de detectar-se a nacionalidade do laudo. Por outro lado, a homologação de laudos arbitrais estrangeiros diretamente pelo Supremo Tribunal Federal sem a necessidade de prévia homologação pelo tribunal local (tribunal do país onde o laudo foi proferido) agilizará, com certeza, os trâmites necessários quando houver necessidade de fazer cumprir laudo estrangeiro no Brasil.

6. Duas observações parecem importantes acerca da homologação do laudo arbitral estrangeiro pelo Supremo Tribunal Federal.

Ficou clara a opção do legislador por uma simplificação –não isenta de riscos– no sentido de outorgar ao Supremo Tribunal Federal a competência para a homologação de laudo arbitral estrangeiro, independentemente de ser ou não necessária, pelo critério da lei do lugar em que o laudo foi proferido, a respectiva homologação. Assim, pelo critério expressamente adotado na lei brasileira, ainda que um laudo estrangeiro (segundo os critérios da *lex loci*) deva ser homologado no país de origem para lá produzir os mesmos efeitos da sentença judicial, o Supremo Tribunal Federal brasileiro terá a possibilidade de homologá-lo no Brasil, para que seja aqui cumprido, independentemente daquela formalidade⁸.

Uma segunda observação diz respeito aos requisitos para a homologação do laudo arbitral estrangeiro: o leitor atento perceberá que o legislador brasileiro mais não fez senão traduzir nos artigos 38 e 39 da lei nacional o disposto no artigo V da Convenção de Nova Iorque de 1958 (convenção à qual o Brasil ainda não aderiu). Em outros termos, a Lei de Arbitragem introduziu no país os mesmos critério preconizados por aquela convenção internacional para o reconhecimento ou execução de laudos estrangeiros, embora ainda haja resistência à adesão ao referido tratado internacional (já ratificado pelos outros três membros do Mercosul, Argentina, Paraguai e Uruguai, bem como pelos dois países associados, Bolívia e Chile). Assim, apesar de formalmente o Brasil ainda não ter aderido ao Pacto de 1958, a lei interna brasileira adota os critérios de reconhecimento de laudos estrangeiros ali preconizados.

⁸ José Carlos Barbosa Moreira diverge frontalmente do entendimento acima exposto, conforme deixou consignado em seu artigo "La nuova legge brasiliana sull'arbitrato", in Rivista dell'Arbitrato, fasc. 1, 1997, pág. 1-18, esp. pág. 16-17.

7. O Brasil tem-se mostrado, de fato, muito lento na adesão e aprovação dos pactos internacionais que dizem respeito à arbitragem internacional, sendo importante sublinhar as vicissitudes do Protocolo de Genebra (de 1923), da Convenção do Panamá (1975) e da Convenção de Montevidéu (1979).

O vetusto Protocolo de Genebra de 1923, pacto multilateral aberto a todos os países com o objetivo principal de dar eficácia às cláusulas arbitrais, foi assinado pelo Brasil em 24 de setembro de 1923 e promulgado pelo Decreto 21.187 de 22 de março de 1932⁹. A importância do tratado entre nós reside na eficácia emprestada pelo art. 1º à cláusula compromissória que, em contratos ligados a relações comerciais¹⁰ entre nacionais dos estados contratantes, retiraria a competência do juiz togado, independentemente da celebração do compromisso. Passaram portanto a coexistir dois sistemas distintos no país: se o litígio ocorresse entre nacionais (ou entre um nacional e um estrangeiro oriundo de um país não signatário do Pacto), somente o compromisso arbitral poderia retirar ao juiz togado brasileiro a competência para dirimir dada controvérsia; se a controvérsia envolvesse matéria comercial e partes oriundas de países signatários do Pacto, bastaria a existência de cláusula compromissória para afastar o juiz togado.

A relevância do Pacto de Genebra, entretanto, foi mínima entre nós e sua duração acabou sendo efêmera, seja porque no Brasil o tratado foi invocado em raras ocasiões¹¹, seja porque em 1958 foi celebrada a Convenção de Nova Iorque, que estatui (art. VII, item 2) que o Pacto de 1923 deixaria de ter efeito em relação aos estados signatários do novo tratado.

A Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem – tratado multilateral mais importante sobre o tema, contando hoje com 121 aderentes – não foi ainda ratificada pelo Brasil: embora o texto da convenção já tenha sido

⁹ A Convenção de Genebra de 1927 sobre execução de sentenças arbitrais estrangeiras não foi ratificada pelo Brasil; o mesmo deve ser dito sobre a Convenção de Viena do mesmo ano e sobre o mesmo assunto.

¹⁰ O Brasil reservou-se o direito de aplicar o tratado apenas para as causas comerciais internacionais.

¹¹ A bem da verdade, parece que há uma única decisão envolvendo diretamente o Pacto de Genebra: trata-se do Recurso Especial 616-RJ, relatado pelo Min. Cláudio Santos (vencido), sendo o acórdão redigido pelo Min. Gueiros Leite. Eis a ementa da decisão (proferida, note-se, em 1990): "Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras do Protocolo de Genebra de 1923. 1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral. 2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem a respeito do **litígio, pretensão, ação ou exceção, a decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244 do CPC, se a finalidade for atingida.** 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria" (in RSTJ 37/263-90, 3ª Turma, julgado em 24 de abril de 1990).

aprovado na Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, ainda não foi sequer submetido à Câmara dos Deputados.

A Convenção Interamericana do Panamá de 1975 sobre Arbitragem Comercial Internacional, objetivando a uniformização de normas sobre a arbitragem (em especial sobre o reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros) foi assinada pelo Brasil em 30 de janeiro de 1975, mas apenas em 1996 –vinte e um anos depois– passou a ter eficácia interna, através do Decreto 1.902 de 9 de maio daquele ano.

Este tratado, que hoje vincula 17 países (entre eles os do Mercosul e associados) estabelece, já no artigo 1º, a validade do acordo das partes em virtude do qual se obriguem a submeter à decisão de árbitros eventuais divergências relativas a negócio de natureza mercantil. Note-se que a redação do dispositivo em questão é dúbia e insatisfatória, eis que limita-se a declarar válido o acordo, sem produzir o efeito de afastar a jurisdição estatal¹². A controvérsia só foi evitada no âmbito do território nacional porque poucos meses após a ratificação da Convenção do Panamá (maio de 1996) passou a vigorar a Lei 9.307 (novembro de 1996), disciplinando a arbitragem no Brasil, de tal sorte que hoje não há dúvida de que a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral são capazes de retirar a competência do juiz estatal.

8. Um olhar rápido sobre o Pacto de Genebra de 1923, sobre a Convenção do Panamá de 1975 e sobre a Lei de Arbitragem de 1996 revela algumas dessemelhanças, provocando conflito de leis: a) quanto à convenção de arbitragem, o Pacto de Genebra é amplo e inespecífico, limitando a referir-se a acordo relativo a pendência presente ou futura, enquanto a Convenção panamenha estabelece que o acordo pode constar de documento assinado pelas partes ou não, mediante troca de cartas, telegramas ou comunicações via telex, cabendo à lei brasileira sobre arbitragem uma disciplina mais específica sobre a cláusula (art. 4º, preconizando forma escrita) e sobre o compromisso (art. 9º e 10, criando disciplina pesadamente formal, com requisitos obrigatórios e facultativos); b) na falta de acordo entre as partes para a constituição do tribunal arbitral

¹² Uma parte substancial da doutrina, em verdadeiro esforço interpretativo, procurou defender o argumento de que a redação questionada –na esteira do que dispõe a Convenção de Nova Iorque sobre o mesmo tema– obrigaria o Estado (parte no tratado) a remeter a causa à arbitragem se chamado a resolver controvérsia, sempre que constatasse a existência de convenção de arbitragem válida. Vide, neste sentido, a conclusão de Lauro da Gama e Souza Jr.: "Nas arbitragens internacionais submetidas à Convenção do Panamá, diante do exposto, faz-se mister interpretar seu art. 1º no sentido de conferir-lhe compulsoriedade, e, por conseguinte, afastar a jurisdição estatal ante o acordo de arbitragem, seja ele uma *cláusula compromissória* ou um *compromisso arbitral*" ("A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional", in *Integração Jurídica Interamericana*, coord. por Paulo B. Casella e Nádia de Araujo. Ed. LTr., S. Paulo, 1998, págs. 373-409, esp. pág. 392.

(a questão toca a chamada "cláusula compromissória vazia"), o Pacto de Genebra reporta-se às regras da lei do país em cujo território a arbitragem deva realizar-se enquanto a Convenção do Panamá determina a aplicação das regras procedimentais da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, preferindo a lei brasileira remeter as partes ao Poder Judiciário para a instituição da arbitragem¹³; c) o art. 3º do Pacto de Genebra limita-se a determinar que cada Estado contratante se compromete a garantir a execução das sentenças arbitrais pelas suas autoridades (e de conformidade com suas leis), enquanto a Convenção do Panamá estabelece, de modo casuístico, as hipóteses em que a homologação da sentença arbitral estrangeira será negada, no que foi seguida pela lei interna brasileira, sendo interessante notar que o parágrafo único do art. 39 da lei brasileira tomou o cuidado de deixar claro que não poderá servir de óbice para a homologação da sentença arbitral estrangeira o fato de a citação da parte brasileira ser efetivada nos moldes da convenção de arbitragem ou nos termos da lei processual do país onde se realizou a arbitragem¹⁴.

9. Duas palavras, por fim, sobre a Convenção Interamericana de Montevidéu sobre a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros: trata-se de pacto firmado em 1979 objetivando o

¹³ Adriana Braghetta, em excelente dissertação de mestrado recentemente defendida no âmbito de Universidade de São Paulo (Conflito entre Lei Interna e Tratado no Âmbito da Arbitragem, dissertação defendida em 28 de abril de 2000, sob orientação de Paulo Borba Casella, ainda não publicada), levanta a seguinte questão: se a arbitragem houver de ser realizada no Brasil, entre partes oriundas de países signatários da Convenção do Panamá, havendo cláusula arbitral vazia, o que deve prevalecer, a determinação do Tratado (que remete às normas da CIAC) ou a lei de arbitragem (que remete as partes ao Poder Judiciário)? Considerando-se que no Brasil os tratados não prevalecem sobre as leis ordinárias, responde a estudiosa que "é provável que o entendimento de que a disposição da Convenção do Panamá estaria revogada em razão da entrada em vigor da norma interna", lamentando a solução, pois o dispositivo da Convenção, seria mais apropriado –no âmbito da arbitragem comercial internacional– que o da lei brasileira. Tem razão na resposta e no lamento!

¹⁴ Procurou contornar o legislador brasileiro –preventivamente– objeção seguidamente lançada pelo Supremo Tribunal Federal (em sede de homologação de sentenças estatais estrangeiras, ainda que tais sentenças fossem meramente homologatórias de laudos arbitrais, antes do advento da Lei 9.307/96, que erigia a citação nos moldes da nossa lei processual a requisito de ordem pública. Em outras palavras: se o réu fosse brasileiro, com residência conhecida, sua citação (para responder aos termos de uma demanda no exterior) deveria ser realizada no Brasil através de carta rogatória. Faço eco às palavras de José Carlos de Magalhães: "Ao deixar de considerar ofensa à ordem pública a citação por via postal, determinada por autoridade pública estrangeira, o Brasil dá passo importante no quadro da colaboração judiciária internacional, sobretudo em momento histórico deste fim de século, em que a abertura generalizada dos mercados nacionais, com a busca de investimentos estrangeiros e a criação de blocos econômicos, sucede ao fim da Guerra Fria e ao desmantelamento da União Soviética, com o surgimento de novos Estados do leste europeu, ansiosos por tais investimentos" ("Reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros", cit. pág. 127).

reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros que vincula hoje 10 países (dos países envolvidos no Mercosul somente o Chile, associado, não é signatário), tendo o Brasil ratificado o tratado apenas 15 (quinze) anos após sua assinatura (Decreto executivo 2.411 de 2 de dezembro de 1997). Basicamente a Convenção complementa a disciplina traçada pela Convenção do Panamá de 1975, dispondo o artigo primeiro do acordo firmado no Uruguai que "as normas desta convenção aplicar-se-ão, no tocante a laudos arbitrais, em tudo o que não estiver previsto na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975". Percebe-se assim que ao disposto no art. 5º da Convenção do Panamá (que estabelece as hipóteses em que o reconhecimento ou a execução da sentença deve ser negada) somam-se as disposições do art. 2º da Convenção de Montevideú, que arrola as condições necessárias para a homologação (autenticação, tradução, legalização, notificação regular do demandado, garantia do direito de defesa, trânsito em julgado e respeito à ordem pública). Note-se que o item "c" do art. 2º da citada Convenção de Montevideú parece superado pela lei interna brasileira, eis que o tratado afirma que o demandado deverá ser "notificado ou citado na devida forma legal de maneira substancialmente equivalente àquela admitida pela lei do Estado onde a sentença, laudo e decisão jurisdicional devam surtir efeito", enquanto o art. 39, parágrafo único da lei brasileira reporta-se à forma legal do local em que se processa a arbitragem.

10. Como se percebe, os tratados acima citados nada dispuseram sobre tribunais transnacionais, procurando todos eles, porém, facilitar o trânsito das decisões –estatais ou arbitrais– entre os diversos estados.

Com o advento do Mercosul, porém, a questão da instituição de um tribunal supranacional começa a ser seriamente discutida entre nós, produzindo-se vivo debate sobre o tema.

Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai firmaram, em 26 de março de 1991, o Tratado de Assunção, através do qual cria-se o Mercosul (Mercado Comum do Sul), instituindo uma zona de livre comércio entre os quatro signatários a partir de 1995, sendo certo que com o Protocolo de Ouro Preto (1994) passa o bloco a ter a configuração atual.

Conviria aqui, de modo sistemático e simplificado, descrever **sucintamente os instrumentos de solução de controvérsias** já introduzidos (ou em face de implementação) para dirimir conflitos entre os Estados membros, entre particulares e Estados membros e entre os particulares ligados a diferentes Estados Membros.

O art. 3º do Tratado de Assunção já demonstra a preocupação dos Estados membros com os mecanismos que deveriam ser predispostos para a **solução de controvérsias** entre eles.

Estabeleceu-se, assim, que um sistema provisório seria adotado (anexo III do Tratado), de tal sorte que as negociações diretas seriam o mecanismo fundamental. Falhando a negociação diplomática, a controvérsia será submetida ao Grupo Mercado Comum e, não havendo solução, intervém o Conselho do Mercado Comum.

Através do Protocolo de Brasília (1991)¹⁵ produziu-se um sistema de solução de controvérsias atinentes à interpretação, aplicação ou descumprimento das disposições do Tratado de Assunção¹⁶, predispondo o tratado três instrumentos: a) negociações diretas; b) intervenção do Grupo Mercado Comum; e c) procedimento arbitral.

O principal mecanismo de solução de controvérsias no Mercosul é, sem dúvida alguma, a negociação entre os Estados, devendo ser obrigatoriamente utilizado antes de recorrer-se aos outros instrumentos, fixando o art. 3º do Tratado que o prazo para a conclusão das tratativas é de 15 dias, prorrogáveis por acordo entre as partes. Fracassando as negociações diretas¹⁷, passa-se

¹⁵ O anexo III do Tratado de Assunção determinava que o Grupo Mercado Comum apresentasse, em 120 dias a partir da entrada em vigor do tratado, um sistema de solução de controvérsias a vigorar durante o período de transição, o que deu origem ao Protocolo de Brasília (dezembro de 1991), que vigorará até que entre em vigor o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercosul (o que ainda não ocorreu).

¹⁶ Tem razão Luiz Olavo Baptista ao destacar que a característica fundamental desse sistema é a transitoriedade, eis que procuraram os membros do Mercosul estabelecer regras que viabilizassem acima de tudo o aparecimento de uma zona aduaneira e de um mercado comum, de tal sorte que espera-se do órgão responsável pela solução de litígios que supere os impasses nas situações que tendam a empecer a integração almejada, bem como que sirva de apoio à implementação do tratado, fornecendo correta orientação sobre seus termos (O Mercosul, suas instituições e Ordenamento Jurídico, S. Paulo, 1998, LTr).

¹⁷ Guido Fernando Silva Soares já critica, há mais de cinco anos, o sistema progressivo de mecanismos de solução de controvérsias, mostrando ser inadequado condicionar-se a instauração da arbitragem ao esgotamento dos procedimentos de negociação direta e de intervenção do Grupo Mercado Comum: "o que tem provado a prática internacional é que a arbitragem é solução independente de outras e, pelo que se tem notícia, nos contratos entre Estados e particulares estrangeiros, onde havia cláusulas de mediação, conciliação e arbitragem, cada qual dependendo da realização prévia da anterior, nem as partes invocaram nulidades na instituição do tribunal arbitral, nem os árbitros negaram a própria competência, com base na necessidade de esgotarem-se os mecanismos da mediação ou conciliação". Com base neste argumento, e notando a incoerência entre o disposto no art. 8º e os art. 7º parágr. 1º, e 16, todos do Protocolo de Brasília, afirma que a regra da *Kompetenz der Kompetenz* vigora na arbitragem regulada no acordo internacional, de sorte que "no caso de haver arguição sobre sua competência, na base de que não foram esgotados os recursos às negociações diretas, e à intervenção do Grupo Mercado Comum, será ele, árbitro, quem decidirá sobre o assunto; portanto, permanece autônomo o recurso à arbitragem, independentemente do esgotamento das outras soluções aventadas no Protocolo de Brasília" (*As instituições do MERCOSUL e as soluções de litígios no seu âmbito - sugestões de lege ferenda*), in Mercosul: das Negociações à Implantação, coord. Luiz Olavo Baptista, Araminta de A. Mercadante e Paulo B. Casella. Ed. LTr, S. Paulo, 1994, págs. 262-319, esp. pág. 315).

à intervenção do Grupo Mercado Comum: as partes podem manifestar-se, existe a previsão de assessoria de peritos, e no prazo de 30 dias devem ser formuladas recomendações aos Estados membros para a solução do litígio. Se as recomendações não forem implementadas, o Estado interessado pode dar início ao procedimento arbitral, comunicando sua intenção à Secretaria Administrativa, que notificará o outro (ou os outros) Estado membro envolvido. A submissão à arbitragem é obrigatória, ex vi do disposto no art. 8º do Tratado, onde os Estados desde logo comprometem-se a cumprir a decisão. O tribunal arbitral será composto por três árbitros (cada parte indica um árbitro e um suplente¹⁸, sendo o terceiro árbitro escolhido de comun acordo entre os litigantes, não podendo este último ser nacional de nenhum deles). O tribunal proferirá sua decisão (sempre motivada) no prazo de dois meses prorrogável por mais um); o não cumprimento da decisão autoriza os demais Estados membros a adotar medidas compensatórias temporárias tendentes a obter seu cumprimento¹⁹.

O Protocolo de Ouro Preto (de 1994) criou a Comissão de Comércio do Mercosul, atribuindo-lhe poderes para conhecer das reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do Mercosul (tanto por parte dos Estados membros quanto dos particulares), instituindo um procedimento diferenciado que leva, de todo modo, à instituição da arbitragem no caso de não serem implementadas as medidas aprovadas no âmbito da Comissão ou determinadas pelo Grupo Mercado Comum.

O Protocolo de Brasília (1991) disciplina também as controvérsias envolvendo particulares e Estados membros: trata-se das reclamações apresentadas por pessoas físicas ou jurídicas por motivo de sanção ou

Embora a interpretação do professor do Largo S. Francisco esteja rigorosamente correta, parece improvável que o Estado interessado em resolver controvérsia no âmbito do Mercosul deixe de tentar a via negocial (primeiro através do contato diplomático, depois com a intervenção do Grupo Mercado Comum) antes de instaurar a arbitragem.

¹⁸ Cada uma dos Estados membros deve depositar na Secretaria Administrativa uma lista designando dez árbitros. A escolha, na hipótese concreta de uma arbitragem, recairá sobre um dos nomes constantes daquela lista. Se o Estado membro, instaurada a arbitragem, não indicar árbitro, a Secretaria Administrativa o fará nomeando árbitro constante da lista (obedecida a ordem lá constante).

¹⁹ O primeiro julgamento arbitral no âmbito do Mercosul ocorreu em 28 de abril de 1999. Trata-se de reclamação provocada pela Argentina em face do Brasil (controvérsia sobre determinados provimentos da Secretaria de Comércio Exterior brasileira que, segundo os argentinos, imporia restrições indevidas ao comércio recíproco), tendo o tribunal arbitral, integrado por Juan Carlos Blanco (presidente), Guillermo Michelson Irusta e João Grandino Rodas. O tribunal arbitral decidiu que o procedimento adotado pelo Brasil era legítimo nos termos da regulamentação vigente, estabelecendo que todas as restrições alfandegárias deveriam ser eliminadas até 31 de dezembro de 1999.

aplicação, pelos Estados membros, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, no termos do art. 25 do Tratado. Segundo as normas estabelecidas nos artigos 26 a 29 e 32, o particular formaliza sua reclamação perante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum (do Estado membro onde mantenha residência ou onde se localize a sede de seus negócios); se a questão suscitada não estiver sob exame (com a utilização de um dos instrumentos de solução de controvérsia entre Estados já examinados) poderá a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum buscar solução imediata da reclamação através de contatos diplomáticos directos com a Seção Nacional do Estado membro supostamente infrator²⁰ ou levar a queixa ao Grupo Mercado Comum; se o Grupo Mercado Comum entender viável a reclamação, convocará peritos para emitirem parecer, com o acompanhamento e manifestação das partes; entendendo pela procedência da reclamação, caberá ao Grupo Mercado Comum determinar as medidas corretivas necessárias, medidas essas que, não cumpridas, autorizarão o recurso à arbitragem.

Por derradeiro, quanto às controvérsias entre particulares pertencentes a diferentes Estados membros não há ainda qualquer instrumento efetivo de solução de controvérsias, de tal sorte que continua o Poder Judiciário de cada um dos países signatários do tratado de Assunção a examinar os litígios individuais, sendo certo que se multiplicam os tratados tendentes a facilitar a tramitação das sentenças entre os países membros, simplificando-se também as formalidades para a prática de atos processuais²¹.

11. Há entretanto certo alento no que se refere à solução de controvérsias entre particulares no seio do Mercosul: trata-se do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1998, destinado a proporcionar ao setor privado dos Estados membros –como esclarece a justificativa do referido pacto– “métodos alternativos para a solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais concluídos entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”, uniformizando a organização e o funcionamento da arbitragem comercial. O acordo foi aprovado em 1998 pelo Conselho do Mercado Comum, estando em tramitação na Câmara dos Deputados para aprovação.

²⁰ Se não houver solução nesta via, no prazo de 15 dias, a questão será levada ao Grupo Mercado Comum.

²¹ Vale citar o Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Protocolo de Buenos Aires), o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), o Protocolo de Medidas Cautelares, o Protocolo sobre Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados-Partes do Mercosul (Protocolo de San Luiz) e o Protocolo sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo (Protocolo de Santa Maria).

Em 1999 foi elaborado o Regulamento Modelo de Arbitragem Comercial Internacional para as Instituições Arbitrais do Mercosul, Bolívia e Chile (em cumprimento ao art. 12, inc. I, "b" do Acordo de Arbitragem), de tal sorte que os dois instrumentos estabelecem os parâmetros para arbitragem, sua organização e procedimentos, bem como regulamentam as sentenças ou laudos arbitrais. Para que o acordo e seu regulamento possam ser aplicados, deve ocorrer uma das seguintes hipóteses: a) a convenção arbitral seja celebrada entre residentes (ou entre empresas sediadas) em mais de um Estado membro; b) a questão submetida à solução de árbitros tenha relação (jurídica ou econômica) com mais de um Estado membro; c) o tribunal arbitral tenha sede em um Estado membro e a relação jurídica controvertida tenha contato objetivo com um Estado membro (tudo desde que as partes não expressem vontade em sentido contrário); d) ainda que o tribunal arbitral não tenha sede em um Estado membro, a questão submetida à solução arbitral tenha contato objetivo com algum dos Estados membros e as partes declarem sua opção quanto à aplicação do acordo; e) se a relação jurídica controvertida não tiver contato objetivo com um Estado membro mas as partes tiverem escolhido um tribunal arbitral com sede em um Estado membro, desde que declarem vontade no sentido de submeterem-se ao acordo.

12. O sistema de solução de controvérsias adotado hoje no Mercosul mostra-se relativamente insatisfatório.

Percebe-se que o problema da executividade do laudo arbitral pelos Estados membros não é considerado, de tal sorte que a obrigatoriedade da decisão dependerá do sistema jurídico interno adotado em cada país, limitando-se o Protocolo de Brasília (art. 23) a estabelecer sanções dirigidas aos Estados membros (sem qualquer disposição que se refira à falta de cumprimento dos laudos pelos particulares).

Fica por outro lado patenteado — e este parece ser o ponto mais sensível da questão — que o procedimento arbitral acaba alijando o acesso dos particulares, eis que somente será instaurado o mecanismo de solução de litígio se o Estado membro encampar a reclamação perante a Seção Nacional, estando em jogo portanto interesses políticos imponderáveis, tudo girando em torno de conveniências e oportunidades nem sempre claras e objetivas. Em conclusão, é evidente que o sistema institucionalmente previsto no Mercosul não contempla, de forma eficaz, a tutela dos interesses dos particulares, tendo optado os Estados membros pela preponderância do aspecto político e econômico sobre o jurídico (diferentemente do que ocorre na União Européia). Embora desejável a criação de um mecanismo supranacional para solução de controvérsias, tudo leva a crer que os Estados integrantes do bloco regional ainda não estão suficientemente integrados para que uma corte possa ser

implantada, já que os países envolvidos são por demais ciosos de suas respectivas soberanias para adotarem –por ora– o regime de um tribunal judicial, sendo certo que a experiência, embrionária ainda, revela que o mecanismo de solução de controvérsias hoje em funcionamento tem sido capaz de manter a harmonia dos membros do grupo regional, resolvendo de modo aceitável pelo menos as controvérsias surgidas entre os Estados.

13. Considerando que o mecanismo do Protocolo de Brasília não oferece a mesma segurança e agilidade de um sistema judicial permanente, muitos estudiosos advogam a criação de um Tribunal do Mercosul, com atribuição de manifestar-se sobre a validade, vigência, interpretação e aplicação de todo o conjunto de normas que regula o mercado comum. Tal tribunal, de feição nitidamente supranacional, teria a função de uniformizar a aplicação das normas que regem o bloco, tendo suas decisões efeito vinculante em relação aos Estados membros.

A fim de evitar uma das objeções mais freqüentes à implantação da Corte (a questão do custo), sugerem alguns que, ao menos numa primeira fase, o tribunal não tenha um quadro próprio, constituindo-se-o através de um colegiado formado por juízes indicados pelas Cortes Supremas de todos os Estados membros, com mandato previamente estipulado, reuniões periódicas, operando a corte em sistema de rodízio quanto à sede e à residência²². Por outro lado, não se ignora a dificuldade que haveria de ser superada em termos constitucionais (e o problema é comum aos países do Mercosul e associados), eis que adaptações de todas as Cartas Constitucionais haveriam de ser realizadas para que as decisões proferidas por uma corte supranacional pudesse ter imediata eficácia em cada um dos Estados membros, condicionando –no que diz respeito ao conjunto normativo próprio do Mercosul– as decisões das cortes locais.

Concluo, de qualquer modo, que quando os conflitos envolverem Estados, a solução diplomática e a via negocial ainda é a melhor forma de apurar as arestas, restando ainda a opção da arbitragem como última instância; entretanto, quando o conflito envolver particulares - ou quando houver litígio entre particulares e Estados, é preciso convir que a solução diplomática obrigará a parte a contar com o apoio de seu Estado, criando, como se viu, um arremedo de justiça. Nesta hipótese, com certeza, a solução judicial será a mais recomendável, mas somente haverá de ser implantada quando os Estados membros mostrarem-se suficientemente maduros e coesos, de tal sorte que a eventual corte que se venha a implantar não sirva de fator de desarmonia relativamente a um tratado

²² Horácio Wanderley Rodrigues, "Mercosul: uma introdução aos protocolos que tratam de matéria processual", in Solução de Controvérsias no Mercosul, org. por Horácio Wanderley Rodrigues. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1997, págs. 133-158.

tão arduamente consolidado, e cuja evolução dependerá da manutenção desta situação de equilíbrio.

O exemplo da Corte Européia é tentador, mas primeiro é preciso armazenar experiência com a aplicação do sistema de solução de controvérsias instituído pelo Protocolo de Brasília, que só agora começa a ser testado, corrigindo-lhe as imperfeições. Esta experiência, se positiva, poderá transformar-se no embrião de uma Corte de Justiça do Mercosul, que talvez venha a adotar modelo diverso do protótipo europeu. O futuro dirá!

São Paulo, Brasil, 15 de maio de 2000.

