

ANDRÉ LIPP PINTO BASTO LUPI

**MULTILATERALISMO E REGIONALISMO:
AMEAÇAS À SOBERANIA?**

FLORIANÓPOLIS - 2000

ANDRÉ LIPP PINTO BASTO LUPI

**MULTILATERALISMO E REGIONALISMO:
AMEAÇAS À SOBERANIA?**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À BANCA EXAMINADORA
DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, COMO
EXIGÊNCIA PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM DIREITO, SOB A ORIENTAÇÃO DO
PROFESSOR DOUTOR WELBER OLIVEIRA BARRAL.

FLORIANÓPOLIS, AGOSTO DE 2000

**MULTILATERALISMO E REGIONALISMO:
AMEAÇAS À SOBERANIA?**

POR

ANDRÉ LIPP PINTO BASTO LUPI

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DEFENDIDA E APROVADA PELA BANCA AVALIADORA
CONSTITUÍDA PELOS ILUSTRÍSSIMOS SENHORES ABAIXO ASSINADOS



PROF. DR. WELBER OLIVEIRA BARRAL

ORIENTADOR



PROF. DR. CHRISTIAN GUY CAUBET

PROF. DR. ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS



Prof. Dr. Antônio Cesar Holthazar
COORDENADOR - UPODICC/UFSC

FLORIANÓPOLIS, AGOSTO DE 2000.

DEDICATÓRIA

*À minha esposa Andreza,
por sua dedicação e companheirismo.*

*Para meus pais e para meu irmão,
pelo apoio incansável.*

*Para Vitor Hugo, sócio e amigo,
por tudo que me ensinou.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi elaborado para obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Foi ele o resultado de três anos de trabalho, sempre acompanhado da tutela minuciosa e apurada do Orientador, Professor Doutor Welber Oliveira Barral, cuja participação nesta dissertação é onipresente e de verificação transparente.

O autor gostaria de agradecer a Andreza Lupi, esposa, pela compreensão, paciência e carinho, aos pais, João Eduardo Pinto Basto Lupi e Suzana Maria Lupi, pais, exemplos e orientadores, e ao irmão, Pedro Miguel Lupi. Também aos amigos de trabalho, Vitor Hugo Losekann, grande incentivador e instigador, Juliano Diniz e Eliziana Porfírio.

Mas os agradecimentos devem se estender a todos aqueles que, de uma forma ou de outra contribuíram para este trabalho. E não se faz isto por mero compromisso, mas por reconhecimento à valiosa ajuda prestada por todos a seguir nomeados.

Os agradecimentos dirigem-se então a todos os professores do CPGD-UFSC, cujas orientações e influências estão evidentes nas linhas deste trabalho, seja antes dele começar efetivamente, pelos Professores Doutores Welber Oliveira Barral e Olga Boschi Aguiar; seja na parte inicial, pelos Professores Doutores Antônio Carlos Wolkmer, Edmundo Lima de Arruda Jr., José Alcebiades de Oliveira, Sérgio Cademartori (atenciosamente orientador oficial durante um ano); como na parte intermediária, pelos Professores Doutores Christian Guy Caubet, Welber de Oliveira Barral, Horácio Wanderlei Rodrigues e Araminta de Azevedo Mercadante, e pelo Professor Msc. Ricardo Stersi dos Santos, a quem se deve boa parte das idéias do quarto capítulo; como na final, para a qual contribuíram todas as discussões, indicações, críticas e alertas de todos os professores do curso, a quem se faz um grande agradecimento.

Mais uma vez, repetem-se os agradecimentos aos mui ilustres membros da banca de avaliação do trabalho, Prof. Dr. Welber Oliveira Barral, Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros e Prof. Dr. Christian Guy Caubet, por suas valiosas contribuições e sugestões.

Agradece-se também á todos os colegas de curso, cujos enfoques e diálogos mantidos permitiram ampliar os pontos de vista e criar neste trabalho, bem como a todos os funcionários do CPGD, pela prestimosa atenção.

O autor agradece ainda a todos os alunos, colegas e ao pessoal dos setores administrativos destes dois anos de debutante magistério, na Universidade Federal de Santa Catarina, no Centro de Formação de Oficiais da Polícia Militar, na Universidade do Sul de Santa Catarina e na Universidade do Vale do Itajaí, pela paciência e incentivo transmitidos.

Finalmente, agradece o autor a todos que deveriam estar nesta lista e não estão por um lapso, não na memória, onde estão certamente, nem na vida, da qual também não deixarão de participar, mas apenas no papel.

RESUMO

O objeto desta dissertação centra-se na análise do conceito de soberania, particularmente do Estado brasileiro, face às relações internacionais coetâneas, focalizando as experiências de cooperação econômica mais importantes para o Brasil atualmente, quais sejam, o Mercado Comum do Sul (Mercosul) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), respectivamente representantes do regionalismo e do multilateralismo nas relações internacionais.

A abordagem do tema começa pela formulação teórica mais conhecida do conceito de soberania, na qual era pensada como qualidade do poder civil em sua relação com as demais forças existentes dentro dos Estados, passando depois à verificação do modo pelo qual este conceito é transportado para fora do Estado, relacionando o poder estatal com os demais poderes existentes na ordem internacional.

São descritos em seguida os dois fenômenos de cooperação escolhidos, que representam simbolicamente a intensificação da interdependência entre os Estados, fato que põe em questão o poder estatal, por restringir sua esfera de ação unilateral. São precisamente estas limitações ao poder estatal que se pretendeu verificar, perquirindo se foram elas suficientes para provocar alterações no conceito de soberania.

ABSTRACT

The subject of this dissertation is focused on the analysis of the sovereignty concept, particularly of the Brazilian State, before its actual international relationships, especially in the two more important experiences of economic cooperation for Brazil nowadays, which are the Common Market of the South (Mercosul) and the World Trade Organization (WTO), respectively examples of regionalism and multilateralism in international relations.

The path for this analysis begins with the wide known theoretical formulation of sovereignty's concept, which had it as a quality of the civil power in its relationships with the other existent powers inside the States. The next step is to verify how this concept is carried outside the State borders, relating the state power with the other existent powers of the international order.

Then, the two examples of international economic cooperation are described. They represent the growing of interdependence among States, a fact that confronts the power of the State restricting its unilateral actions. It's precisely these limitations to the state power that this research intended to verify, trying to determine if they're enough to provoke changes in the sovereignty concept.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

- AA - Acordo sobre Agricultura da OMC
ABEF - Associação Brasileira dos Exportadores de Frango
AC - Acordo Constitutivo da OMC
Adefa – Asociación de los Fabricantes de Automóviles
AFMM – Adicional de Frete da Marinha Mercante
ALADI - Associação Latino-Americana de Integração
ALALC - Associação Latino-Americana de Livre Comércio
Anfavea – Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores
APLI - Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações da OMC
Asean - *Association of Southern Asian Nations* (Associação das Nações do Sudeste Asiático)
BIRD - Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
CAA - *Clean Air Act* (Lei do Ar Puro - EUA)
Caricom - Mercado Comum do Caribe
CCI – Câmara de Comércio Internacional
CCM – Comissão de Comércio do Mercosul
CEE - Comunidade Econômica Européia (1957-1980)
CE - Comunidade Européia (1980-1992 e 1992-, quando relacionada a assuntos de comércio internacional)
CGC - Cadastro Geral de Contribuintes
CIF - *Cost, Insurance and Freight* (Custo, Seguro e Frete)
CIJ - Corte Internacional de Justiça
CMC – Conselho Mercado Comum
CPC – Comissão Parlamentar Conjunta
CPGD - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito
CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CRT – Companhia Riograndense de Telecomunicações
DIASC - Distrito Industrial Automotivo de Santa Catarina
DIE - Direito Internacional Econômico
DIP - Direito Internacional Público
DOU - Diário Oficial da União
EJIL - *European Journal of International Law*
EPA - *Environmental Protection Agency* (Agência de Proteção Ambiental - EUA)
ESC - Entendimento sobre Solução de Controvérsias (*DSU - Dispute Settlement Understanding*)
EUA - Estados Unidos da América
FES – Foro Consultivo Econômico-Social
FMI - Fundo Monetário Internacional (*IMF - International Monetary Fund*)
FOB – *Free On Board* (Livre a bordo)
GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)
Mercosul – Mercado Comum do Sul
GATS - *General Agreement on Trade in Services* (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços da OMC)
GM – General Motors
GMC – Grupo Mercado Comum
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

II - Imposto de Importação
IOF - Imposto sobre Operações Financeiras
IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados
IPTU - Imposto Predial Urbano
IR - Imposto de Renda
IRELA - Instituto de Relaciones Europeo-LatinoAmericanas
ISS - Imposto Sobre Serviços
IVA - Imposto sobre Valor Agregado
MCCA - Mercado Comum Centro-Americano
MICT - Ministério da Indústria, Ciência e Tecnologia
MP - Medida Provisória
MRE - Ministério das Relações Exteriores
NAFTA - *North American Free Trade Agreement* (Acordo de Livre Comércio da América do Norte)
NMF - [Cláusula da] Nação Mais Favorecida (*MFN - Most Favored Nation*)
OA - Órgão de Apelação da OMC (*Appellation Body*)
OEA - Organização dos Estados Americanos
OIC - Organização Internacional do Comércio
OMC - Organização Mundial do Comércio (*WTO - World Trade Organization*)
ONU - Organização das Nações Unidas
OSC - Órgão de Solução de Controvérsias (*DSB - Dispute Settlement Body*)
PB - Protocolo de Brasília
PIB - Produto Interno Bruto
POP - Protocolo de Ouro Preto
SAM - Secretaria Administrativa do Mercosul
SBPH - Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica
SGP - Sistema Geral de Preferências da Comunidade Européia
STF - Supremo Tribunal Federal
TA - Tratado de Assunção
TEC - Tarifa Externa Comum
TRIMs - *Trade Related Investment Measures* (Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio)
TRIPs - *Trade Related Intellectual Property Rights* (Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)
TRQ - *Tariff Rate Quota* (quota tarifária)
UE - União Européia (1992-, quando relacionada à política internacional)
UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina

cap. - capítulo

ed. - edição

ob. cit. - obra citada

org. - organizador

p. - página

ss. - seguintes

trad. - Tradução

v.g. - *verbi gratia*

vol. - volume

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO I - A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA | |
| 1. O surgimento do estado como potência soberana..... | 7 |
| 2. A soberania nos seis livros da república..... | 11 |
| 2.1 O contexto: um humanista na França do século XVI..... | 11 |
| 2.2 O objetivo da obra..... | 14 |
| 2.3 A república de Jean Bodin..... | 16 |
| 2.4 A soberania na teoria política de Bodin..... | 19 |
| 2.4.1 Atributos da soberania..... | 21 |
| 2.4.2 Limites ao poder soberano..... | 22 |
| 3. O poder soberano em Thomas Hobbes..... | 27 |
| 3.1 Hobbes e seu tempo..... | 27 |
| 3.2 A teoria política do Leviatã..... | 28 |
| 3.2.1 O fim da guerra de todos contra todos: a instituição do soberano através do contrato social..... | 29 |
| 3.2.2 O Leviatã é o Rei de todos os filhos da soberba: observações sobre a natureza do homem..... | 35 |
| 3.2.3 O deus mortal: nenhuma autoridade supra-humana..... | 37 |
| 3.2.4 As leis: construção do Estado futuro..... | 39 |
| 3.2.5 O temor da morte violenta: a força da espada..... | 40 |
| 3.3 Considerações gerais sobre a análise de Hobbes..... | 41 |
| CAPÍTULO II - A SOBERANIA NO PLANO DO DIREITO INTERNACIONAL | |
| 1. Intróito sobre o Direito Internacional..... | 44 |
| 2. A contribuição de Hugo Grócio..... | 47 |
| 2.1 Contexto e objetivo do Tratado sobre o Direito da guerra e da paz..... | 47 |
| 2.2 O Direito e o Direito Internacional na teoria de Grócio..... | 52 |
| 2.3 O Direito da guerra e a guerra pelo Direito..... | 53 |
| 2.4 O poder civil e a soberania na visão de Grócio..... | 56 |
| 2.5 O legado, a escola e o mito “grocianos”..... | 58 |

| | |
|---|----|
| 3. Positivistas, jusnaturalistas e ecléticos: a teoria do Direito Internacional depois de Grócio..... | 60 |
| 4. O Direito Internacional Moderno..... | 66 |
| 4.1 Panorama da teoria do Direito Internacional no século XX..... | 66 |
| 4.2 O Direito Internacional na visão de Hans Kelsen..... | 72 |
| 4.2.1 O caráter jurídico do Direito Internacional..... | 72 |
| 4.2.2 Sujeitos do Direito Internacional..... | 76 |
| 4.2.3 Fontes do Direito Internacional..... | 79 |
| 4.2.4 A teoria monista..... | 80 |
| 4.2.4.1 Fundamentos de validade dos ordenamentos jurídicos..... | 80 |
| 4.2.4.2 Relação entre Direito Internacional e Direito Nacional dentro de uma ordem jurídica una..... | 82 |
| 4.2.4.3 Demais argumentos contrários à teoria pluralista..... | 82 |
| 5. Contrapontos à explicação kelseniana do Direito Internacional..... | 85 |
| 5.1 A postura de Hart..... | 85 |
| 5.2 A corrente jusnaturalista espanhola..... | 87 |
| 5.3 O monismo moderado de Verdross..... | 88 |

CAPÍTULO III - MULTILATERALISMO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

| | |
|---|-----|
| 1. Direito Internacional Econômico..... | 94 |
| 2. Comércio internacional e Direito Internacional Econômico..... | 101 |
| 3. A OMC e o sistema multilateral de comércio..... | 105 |
| 3.1 Histórico do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio..... | 105 |
| 3.2 Estrutura organizacional..... | 114 |
| 3.3 Sistema de solução de controvérsias..... | 118 |
| 3.3.1 Sistema de solução de controvérsias do GATT..... | 120 |
| 3.3.2 Sistema de solução de controvérsias da OMC..... | 123 |
| 3.4 Normas e princípios mais importantes dos acordos da OMC..... | 129 |
| 3.5 Estudo de caso: Comunidade Européia - Medidas que afetam a importação de produtos avícolas..... | 139 |
| 3.5.1 Dados pertinentes ao comércio dos produtos e Membros envolvidos..... | 139 |

| | |
|--|-----|
| 3.5.2 Exposição breve dos fatos e acordos envolvidos..... | 141 |
| 3.5.3 Questões jurídicas..... | 144 |
| 3.5.3.1 Determinação das normas aplicáveis..... | 144 |
| 3.5.3.2 A relação entre as concessões estabelecidas com base no artigo XXVIII e a Cláusula NMF..... | 145 |
| 3.5.3.3 Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações.... | 147 |
| 3.5.3.4 O artigo II do GATT..... | 148 |
| 3.5.3.5 Acordo sobre Agricultura..... | 149 |
| 3.5.4 Anotações sobre o caso..... | 152 |

CAPÍTULO IV - REGIONALISMO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

| | |
|---|-------|
| 1. Blocos econômicos e integração regional..... | 156 ✓ |
| 2. O processo de integração na América Latina..... | 158 |
| 2.1 Do Congresso do Panamá à Conferência de Bogotá..... | 158 |
| 2.2 Da ALALC ao Mercosul..... | 159 |
| 3. Estrutura institucional orgânica do Mercosul..... | 162 |
| 3.1 Órgãos do Mercosul..... | 162 |
| 3.1.1 Conselho do Mercado Comum..... | 163 |
| 3.1.2 Grupo Mercado Comum..... | 165 |
| 3.1.3 Comissão de Comércio do Mercosul..... | 166 |
| 3.1.4 Comissão Parlamentar Conjunta..... | 168 |
| 3.1.5 Foro Consultivo Econômico-Social..... | 169 |
| 3.1.6 Secretaria Administrativa do Mercosul..... | 170 |
| 3.1.7 Subgrupos de Trabalho..... | 170 |
| 3.2 Análise da estrutura institucional orgânica do Mercosul..... | 171 |
| 3.2.1 Comparação com outros processos de integração regional..... | 171 |
| 3.2.2 Observações sobre os órgãos do Mercosul..... | 175 |
| 4. Sistema Normativo do Mercosul..... | 177 |
| 5. Solução de controvérsias no Mercosul..... | 184 |
| 6. Estudo de caso: o Regime Automotivo Brasileiro e as negociações para o Regime Automotivo comum do Mercosul..... | 190 |

| | |
|--|------------|
| 6.1 O Regime Automotivo Brasileiro..... | 190 |
| 6.1.1 Indústria automotiva brasileira..... | 193 |
| 6.1.2 Regime Automotivo Especial..... | 194 |
| 6.1.3 Regime Automotivo Geral..... | 197 |
| 6.2 O Mercosul e as negociações do Regime Automotivo Comum..... | 198 |
| 6.2.1 Dados do mercado e da indústria automotiva no Mercosul..... | 198 |
| 6.2.2 As negociações do regime automotivo comum do Mercosul..... | 201 |
| 6.3 Considerações sobre o Mercosul a partir do caso estudado..... | 205 |
| | |
| CAPÍTULO V - AMEAÇAS À SOBERANIA? | |
| 1. Uma preliminar: o modelo a ser deposto..... | 214 |
| 2. Outra preliminar: limitação, “eclipse” e “diluição” da soberania..... | 216 |
| 3. atributos da soberania no contexto atual..... | 218 |
| 3.1 Qualificativos temporais..... | 220 |
| 3.2 Qualificativos formais..... | 224 |
| 3.2.1 Delegação e transferência de poderes soberanos..... | 228 |
| 3.3 Qualificativo material..... | 233 |
| 4. As duas acepções: autonomia e independência..... | 235 |
| 4.1 As diversas partições conceituais da soberania..... | 235 |
| 4.2 Soberania como independência..... | 237 |
| 4.2.1 A soberania como conceito juridicamente vazio..... | 240 |
| 4.2.2 Dois corolários da significação da soberania como independência..... | 241 |
| 4.3 Soberania como autonomia..... | 243 |
| 4.3.1 Provas à aceção da soberania como autonomia..... | 246 |
| 4.3.2 Os graus de autonomia..... | 253 |
| 5. Intergovernamentabilidade e supranacionalidade..... | 257 |
| 6. Revisão Interina..... | 259 |
| 7. A soberania e a OMC..... | 261 |
| 8. A soberania e o Mercosul..... | 266 |
| CONCLUSÃO..... | 272 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 277 |

INTRODUÇÃO

“Sublinhou duas vezes, retocou uma e outra letra, e no instante seguinte a folha estava rasgada, rasgada quatro vezes, que menos do que isto não é inutilização suficiente e mais do que isso entende-se como precaução maníaca. Colocou outra folha de papel, mas não para escrever nela, porquanto a dispôs rigorosamente de modo a ficarem paralelos os seus quatro lados com os quatro lados da secretária, teria de torcer o corpo todo, o que ele quer é algo a que possa perguntar, Que vou eu escrever, e depois esperar até se lhe confundirem os olhos e não ver mais a branca, estéril superfície, mas uma confusão de palavras surdindo da profundidade como corpos afogados que logo tornam a afundar-se, não tinham visto bastante do mundo, vieram só para isso, não voltam mais.” (José Saramago. *História do Cerco de Lisboa*. São Paulo : Cia. das Letras, 1989, p. 123)

INTRODUÇÃO

Analisar um conceito. Este é o propósito principal deste trabalho. O seu tema é, efetivamente, analisar o conceito de soberania. Um estudo da natureza de uma dissertação de mestrado não pode, contudo, abraçar tema tão largo. Deste modo, duas delimitações são inicialmente necessárias, uma temporal, outra espacial. Com efeito, a análise pretendida tem como ápice a verificação do conceito estudado em um dado espaço e num tempo determinado, qual seja, a identificação do conceito de soberania no Estado brasileiro na atualidade, tomando em consideração os processos que se desenvolvem em suas relações externas.

Há mais uma definição necessária para a delimitação do tema. O conceito de soberania tem duas facetas, uma interna, ligada à relação do poder soberano com os demais poderes que podem existir dentro de um Estado, e outra externa, ligada às relações que o poder soberano deste Estado mantém com outros Estados e Organizações Internacionais. Neste segundo caso, a crescente interdependência que emerge entre os Estados, principalmente desde o fim da Guerra Fria, permite desmistificar algumas idéias que giravam em torno da noção de soberania.

Além do crescimento desta interdependência, o surgimento de instituições de maior estrutura, muitas vezes calcada em uma complexa rede de normas jurídicas, vem sendo considerado como um fator que provoca a mudança do conceito de soberania, por impor limites antes não conhecidos à atuação dos Estados. Tais limites, de índole jurídica, serão analisados neste trabalho, no intuito de verificar se são eles suficientes para permitir alardear o fim da soberania ou sua relativização.

O método de abordagem é dialético. Inicia-se com um conceito, que é uma idéia, abstrata por princípio, realizando-se num segundo momento e no choque entre os dois momentos, o abstrato e o concreto, produz-se uma nova síntese.

O momento da realização do conceito reside na exposição de dois exemplos importantes das relações internacionais do Estado brasileiro na atualidade, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul).

A OMC é o grande foro da atualidade para as discussões acerca do comércio internacional. Diz-se que é símbolo do multilateralismo nas relações internacionais, porque envolve os interesses de mais de cento e trinta Membros, com normas que regulam um vasto campo das relações econômicas internacionais.

Por outro lado, há vários blocos regionais no mundo atualmente, sendo usualmente congregações de Estados contíguos para promover a integração econômica. O Mercosul é exemplo de um bloco regional, cujo objetivo é a integração dos países que o compõem em um mercado comum, no qual os bens, as pessoas e os fatores de produção podem circular livremente.

São estas as duas experiências empíricas que serão expostas para contrastar com a noção abstrata de soberania, produzindo a conclusão do trabalho, cuja hipótese principal é a de que o conceito de soberania adquiriu vários significados ao longo do tempo, sendo ligado, com o passar do tempo, ao poder do Príncipe, do povo, da Nação ou do Estado. Daí decorre que o conceito tornou-se ambíguo. Tal característica precisa ser reconhecida para que se possa avançar. Assim, duas acepções foram diferenciadas, uma ligada ao conteúdo, outra a forma da noção de soberania. A partir da primeira, seguiu-se rumo a uma gradação da soberania, para então resolver o problema colocado, de saber se os limites atualmente postos pelas relações internacionais, mais precisamente pelas instituições internacionais e seus arcabouços jurídicos, constituem ou não uma ameaça à soberania.

O trabalho começa com a descrição do contexto em que surge o Estado soberano, no qual são escritas as obras tidas como os pilares da construção da soberania, cuja análise dá seguimento ao capítulo inicial. Por respeito à lógica da exposição de uma construção histórica, parte-se da formulação mais conhecida do conceito, que é a de Jean Bodin, trazida pelo autor na obra *Os Seis Livros da República* (1576).

Na seqüência, a escolha recai sobre Thomas Hobbes, autor inglês que acrescentou uma visão à teoria política que atravessou os séculos, sobretudo em seu mais conhecido livro, o *Leviatã* (1656), repensando o conceito de Estado e portanto contribuindo vigorosamente para uma teoria da soberania.

No mesmo ensejo, são contrastadas com as idéias de Bodin e Hobbes as teorias de Maquiavel e Rousseau. O primeiro, anterior a todos aqui citados, teve o reconhecimento de ter escrito uma obra polêmica, *O Príncipe* (1525). O último, criticou algumas das idéias de Hobbes sobre a soberania e fundou sua teoria política na idéia de soberania popular. Sua obra mais importante para esta dissertação é o *Contrato Social* (1789).

Entretanto, salvo por raras passagens de suas obras, tais autores cuidaram da soberania unicamente no plano interno, restringindo o debate ao campo da teoria

política. Após a exposição deste debate no primeiro capítulo, encontra-se a segunda perspectiva da construção histórica do conceito, que é a perspectiva do Direito Internacional.

Novamente, a exposição baseia-se na descrição e análise das idéias dos autores mais famosos. A fusão da teoria política com as raízes do Direito Internacional, disciplinas que encontram justamente na soberania um de seus maiores elos de conexão, ganha corpo com Hugo Grócio, que escreveu *O Direito da Guerra e da Paz* (1625), tido como o principal fundador do Direito Internacional. Uma análise de sua principal obra se fez indispensável para promover a ligação entre o primeiro e o segundo capítulos.

Após apresentar a inclusão do conceito de soberania num plano discursivo preocupado com as relações externas do Estado, é necessário lidar com o problema ontológico que gera esta inclusão numa ordem jurídica internacional que começa então a ser vislumbrada. Pois se os Estados são absolutamente soberanos, como se extrai do pensamento político exposto no primeiro capítulo, então é impossível a existência de uma ordem jurídica internacional posto que não há como condicionar suas condutas.

As formas encontradas pelos pensadores para explicar como se resolve tal problema são enfrentadas na seqüência deste segundo capítulo. A teoria de base, é a de Hans Kelsen, autor austríaco muito conhecido por ser um baluarte da ciência do direito após ter formulado uma teoria que de início se tornou paradigma de uma época e depois alvo de inúmeras críticas e superações. Ocorre que, apesar de ter-se tornado mais conhecido pelo positivismo científico que pretendeu aplicar à Teoria Geral do Direito do que pelos seus escritos de Direito Internacional, foi a dedicação a este tema bastante profícua na vida do autor, incluindo a consolidação de suas idéias em partes das obras mais conhecidas dedicadas à *Teoria Pura do Direito* (1934) e à *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945).

O caminho traçado será então interrompido e não se chegará às obras mais contemporâneas relativas à soberania no plano do Direito Internacional, porque isto será objeto do quinto capítulo.

O terceiro capítulo envolve a análise do multilateralismo nas relações econômicas internacionais, centrando-se na Organização Mundial do Comércio (OMC), por tratar-se do mais importante processo neste âmbito do qual o Brasil faz parte. Para descer do plano do Direito Internacional aos fatos envolvidos neste processo, analisar-se-á o Direito Internacional Econômico, área de recente exploração no mundo jurídico.

Por sua novidade, sua posição na classificação do Direito Internacional e seu objeto serão examinados com algum detalhamento.

Na exposição dos traços gerais da OMC, como se trata de perquirir a influência da participação brasileira nesta Organização na soberania do Estado brasileiro, buscou-se expor os traços que denotam sua “juridicidade”, expondo após um breve histórico da Organização, sua estrutura, seu sistema de solução de controvérsias e suas normas. Para que fique mais evidente a afirmação do grau de existência do elemento jurídico na operação da OMC, escolheu-se um caso prático levado ao conhecimento do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, que, envolvendo o Brasil, permitirá esta verificação em maior profundidade.

O quarto capítulo buscará seguir a metodologia do anterior, para identificar as eventuais limitações à soberania do Brasil que implica a participação do Brasil no Mercosul. Igualmente, serão expostos um histórico breve, suas normas, sua estrutura organizacional e os mecanismos para solução dos conflitos. E mais, seguindo o exemplo do capítulo anterior, um estudo de caso sobre uma controvérsia é apresentado, para demonstrar o nível de “juridicização” existente no bloco econômico.

Este confronto de graus de prevalência do elemento jurídico num processo de cooperação internacional serve à questão da soberania, porquanto esta pode ser colocada em termos de liberdade de ação, oposta à limitação a esta liberdade trazida pelas normas jurídicas.

O quinto capítulo é o que contém o resultado do entrechoque do conceito exposto em suas duas projeções (interna e externa) nos dois primeiros capítulos, com os fenômenos descritos nos capítulos que os seguem.

Para tanto, após uma breve recapitulação dos principais elementos a serem empregados na análise proposta, enveredar-se-á por uma análise da terminologia adjetiva ao conceito principal, para verificar sua coerência com ele.

Em seguida, serão propostas definições e concepções úteis à conformação de instrumentais conceituais que permitam proceder em maior grau de profundidade analítica à verificação da síntese proposta, que é a tarefa seguinte, dividida entre os dois processos analisados nos capítulos III e IV.

A relevância do estudo aqui proposto encontra-se na necessidade de repensar os conceitos da modernidade que chegaram aos nossos tempos e que agora se defrontam com uma realidade capaz de subvertê-los e relativizá-los. Ainda que se sustente que em

outras épocas as transformações na realidade proporcionaram alterações substanciais nestes conceitos, é mister considerar-se a série de acontecimentos das duas últimas décadas, marcadas pela queda do Muro de Berlim, o fim da Guerra Fria e a diluição dos conflitos de concepção sobre os modos de organizar a economia.

Assim, vê-se que conceitos que atravessaram o tempo e chegaram aos nossos dias, como o conceito de soberania, gravado como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal da República promulgada em 05 de outubro de 1988, tiveram seu conteúdo alterado pelas recentes mudanças do cenário mundial, sendo de extrema importância verificar se tal alteração efetivamente se deu e em que medida isto aconteceu ou está acontecendo.

Destarte, pensa-se ter escolhido tema relevante para a análise do papel a ser desempenhado pelo Estado na atualidade, e principalmente, para o estudo do Direito Internacional que por muito esteve erigido sobre o pilar da soberania, e que, portanto, é afetado pela alteração deste atributo do Estado.

Algumas ressalvas de origem metodológica devem ainda ser incluídas para que estes parágrafos sirvam de apresentação ao trabalho que se segue.

No que tange aos primeiros capítulos, nos quais se analisam idéias elaboradas há vários séculos, torna-se necessário estudar o ambiente político, social e econômico em que viveu o autor para não produzir interpretações distorcidas. Isto será uma etapa necessária que se cumprirá antes da análise de cada obra nestes capítulos iniciais.

Ainda com referência a estes estudos de obras e autores de épocas mais remotas, anote-se que as referências bibliográficas foram feitas com vistas a permitir a identificação dos trechos em quaisquer versões das obras, mantendo-se a identificação dos capítulos, itens, subitens, títulos e parágrafos. Tal cuidado tem duas finalidades, que vão de encontro ao desiderato da normalização dos trabalhos científicos: documentar a pesquisa e permitir sua continuação e desenvolvimento por outros pesquisadores.

No mesmo sentido, de permitir uma continuação da pesquisa aqui desenvolvida, as demais referências buscarão indicar da forma mais precisa possível a maneira de obter as obras e os documentos citados. Como exemplo, cite-se os documentos obtidos na rede mundial de computadores, a internet, que incluem o autor, o título do texto ou documento, o sítio onde foi encontrado e a data do (último) acesso ao sítio. Também no caso dos vários relatórios da OMC sobre controvérsias levadas ao seu conhecimento, a referência incluiu o número do documento citado e a data, o que permitirá ao leitor

encontrar o documento no sítio da OMC na internet, que aliás, se constituiu em importante fonte para o levantamento de dados.

Uma outra importante fonte de pesquisa a ser mencionada, é o conjunto de obras publicadas neste Curso de Pós-Graduação, que contribuiu para a consolidação de uma verdadeira escola jurídica nesta Universidade Federal de Santa Catarina. Na medida do possível, para preservar a identidade de objeto e de escopo do trabalho, buscou-se incluir neste trabalho as devidas referências a este conjunto de importantes informações e idéias.

Todas as traduções foram feitas pelo autor, constando portanto dos rodapés os textos no original.

CAPÍTULO I

“De modo que aparece bem claro ao meu entendimento, tanto a partir da razão como das Escrituras, que o poder soberano, quer resida num homem, como numa monarquia, quer numa assembleia, como nos Estados populares e aristocráticos, é o maior que é possível imaginar que os homens possam criar. E, embora seja possível imaginar muitas más conseqüências de um poder tão ilimitado, apesar disso as conseqüências da falta dele, isto é, a guerra perpétua de todos os homens com os seus vizinhos, são muito piores.” (Thomas Hobbes. *Leviatã*. Cap. XX, p. 173)

CAPÍTULO I - A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SOBERANIA

1. O SURGIMENTO DO ESTADO COMO POTÊNCIA SOBERANA

É fato comum e bem conhecido, que a soberania na acepção (ou nas acepções, conforme se verá adiante) que se dá hoje ao termo, é algo que emerge de modo intrínseco ao aparecimento dos Estados territoriais (ou segundo a terminologia de Châtelet, Príncipes-Estado¹), primeiramente na Europa, em épocas que variam de país para país, mas que se situam ao longo de um largo período que abrange os séculos XIII a XVII. Interessa assim começar a busca pela fundação do Estado como potência soberana, visto como o paradigma que enterra a velha ordem feudal, erguido por um espírito antropocêntrico que floresceu no Renascimento e um movimento de reforma das instituições religiosas que foram o grande sustentáculo da organização medieval. É o que expõe Antonio Truyol y Serra:

Paralelamente ao declínio do Império e do Papado, regista-se o nascimento e ascensão dos Estados no sentido moderno do termo, essencialmente qualificados pela soberania; e não é por acaso que, precisamente então, a palavra 'Estado' se emprega, primeiramente em Itália (*lo Stato*), a fim de designar o que antes chamava a 'república' (*respublica*), e o conceito de 'soberania recebe a sua consagração na terminologia jurídica e política das diversas línguas vulgares (então em vias de acederem à dignidade de veículos de pensamento), com novo acento, mais próximo à *maiestas* latina do que a tradicional e igualmente latina *summa potestas*.²

¹ CHÂTELET, François, *et alii. História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1985, p. 37.

² TRUYOL Y SERRA, Antonio. *História do Direito Internacional Público*. Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa : Instituto Superior de Novas Profissões, 1996, p. 52. Norberto Bobbio explica em detalhe o problema do surgimento do termo "Estado", divergindo os autores entre usá-lo só para o fenômeno que começa no período que aqui se refere ou usá-lo indistintamente para organizações políticas que remontam à antiguidade, inclusive as cidades-Estado da Grécia antiga. A resolução da questão depende muito do conceito adotado de Estado, balanceando diferenças e semelhanças entre estas diferentes estruturas para optar entre uma descontinuidade que levaria a entender o surgimento do Estado propriamente dito numa época próxima ao século XVI, ou continuidade admitindo então a aplicabilidade do conceito de Estado para épocas mais remotas. O adjetivo moderno pode simultaneamente resolver a controvérsia e gerar ainda mais confusão. Com efeito, o Estado moderno é qualificado principalmente a partir da categoria weberiana do monopólio legítimo da força e da presença de um aparato administrativo com a função de prover a prestação de serviços públicos, entre eles a produção do Direito através da lei. (BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade : para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo : Paz e Terra, 1992, p. 65-76). Jürgen Habermas acrescenta ainda a este núcleo institucional do Estado moderno a obediência "a uma peculiar divisão de trabalho com uma sociedade de mercado, emancipada para o desempenho de funções econômicas." HABERMAS, Jürgen. O Estado-

O homem do período medievo era essencialmente o camponês, que vivia e morria numa mesma aldeia, ligado à terra que cultivava em nome de um senhor feudal que geralmente ostentava um título de nobreza. A economia ficava assim atomizada, ao que o poder político lhe seguia, sendo tipicamente visto numa forma patrimonializada, uma vez que era concedido pelos reis aos senhores e incorporado ao seu patrimônio, cabendo-lhes inclusive transmiti-lo por herança.³

Por outro lado, duas organizações representam o caráter universalista na Idade Média: o Papado e o Sacro Império Romano, o primeiro chefe das questões espirituais e o segundo uma instituição política temporal. Daí vem a distinção tradicional na Idade Média entre *autorictas* e *potestas*. O imperador detinha a *plenitudo potestatis*, mas o Papa detinha a *autorictas pontificum*. O imperador era consagrado pelo Papa e o catolicismo elevado a religião universal do mundo civilizado. Nas palavras de Crossman: “[a] civilização era católica, e o catolicismo era civilização.”⁴

A Igreja ia contudo além de seu poder eclesiástico. Grande latifundiária e com ligação familiar com alguns homens da política (o exemplo mais patente é o Papa Alexandre VI, pai de César Bórgia, nobre italiano que executou várias campanhas de conquistas para unificar em torno de si o poder na Itália), ela exercia seu poder para além dos templos, influenciando diretamente na condução dos negócios políticos, com o poder de excomungar reis e príncipes.⁵

Como decorrência da fixação do homem à terra, o Direito no sistema feudal, - exercendo sua função de estabelecer condições para o funcionamento do sistema -, tinha que: 1) garantir a apropriação da terra pelas sociedades feudais; 2) regular a tributação pela coroa, instituindo-a como uma prerrogativa do rei (*jus regale*); 3) excluir as demais classes sociais do poder, limitando a participação política aos nobres; 4) legitimar a hierarquia social, usando para isto da divisão em “estados”, cada qual regido pelo seu

nação europeu frente aos desafios da globalização : o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Trad. António Sérgio da Rocha. *Novos Estudos - CEBRAP*, n. 43, nov. de 1995, p. 88.

³ HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições - épocas medieval e moderna*. Coimbra : Almedina, 1982, p. 109. O autor ressalva que esta forma de ver as relações políticas da Idade Média refere-se apenas aos traços característicos mais importantes e exacerba-os. Desta forma, explica que seria preferível referir-se não à dissolução do vínculo político geral, que nunca houve no pensamento político europeu, mas sim a uma “mediatização pelo vínculo da vassalagem”. *Ibidem*.

⁴ CROSSMAN, R. H. S. *Biografía del Estado Moderno*. 4. ed. rev. México : Fondo de cultura Económica, 1992, p. 23. Nos termos do original: “*La civilización era católica, y el catolicismo era civilización.*”

⁵ Observe-se que o poder do Papado inseria-se na ordem política muitas vezes de maneira inextricável. Exemplo disso era a sanção canônica conferida pelas bulas papais ao domínio das terras descobertas no século XV, que adjudicavam um “monopólio de descoberta”. TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 54.

direito especial, exercendo a função ideológica de imbricar a imagem de uma sociedade sem permeabilidade entre as classes sociais. A desigualdade social tinha então como contrapartida um direito desigual baseado nos privilégios.⁶

Os fatos que dão sinal da decadência deste modelo de organização social têm início no século XIII, com o “Grande Interregno”, de 1254 a 1273, em que a anarquia instalou-se no Sacro Império. Pelo lado da Igreja, o Cisma do Ocidente (1348-1417) foi o primeiro sinal.

Um crescente nacionalismo vem simbolizado na Guerra dos Cem Anos entre França e Inglaterra, deflagrada em 1337 e que afirmou o caráter nacional das monarquias, ao romper com um sistema em que soberanos ingleses e franceses, além dos laços de parentesco, eram proprietários de largas faixas de terra um no Estado do outro.

Com Carlos V, que por herança pôde unir a Espanha à casa dos Habsburgo e destarte tornar-se o chefe político de uma imensa parte da Europa, o Sacro Império teve a última chance de consolidar suas intenções de ser a organização política “universal”.⁷ Assim, a paz de Augsburgo de 1555, que permite aos príncipes alemães a opção entre o luteranismo e o catolicismo, e a abdicação de Carlos em favor do filho, Felipe II, encerram um período recheado por inúmeros conflitos internos, marcadamente a rebelião dos príncipes germânicos e a destruição da unidade religiosa pela Reforma, e externos, as invasões e guerras contra otomanos e franceses.

Os fatores econômico-sociais que levaram à irrupção do Estado como potência soberana e ao fim do modelo feudal costumam ser reunidos em quatro vetores.⁸ O primeiro, inclusive cronologicamente, foi o descobrimento de novas formas de riqueza e novas rotas marítimas capazes de revolucionar a economia na Europa. Graças às grandes navegações do final do século XV houve uma grande expansão do comércio. Esta expansão exige o segundo vetor, o desenvolvimento das finanças internacionais. Com ele, os banqueiros adquiriram concessões e acumularam capital. Um exemplo claro é a famosa dinastia dos Médicis de Florença, iniciada por um banqueiro, Cosimo

⁶ HESPANHA, António M. Ob. cit., p. 101-106.

⁷ Antonio Truyol y Serra comenta: “Carlos V foi o último campeão do Império concebido como o corpo político da Cristandade, o que não equivale a fazer desaparecer os reinos particulares que este engloba. O seu esforço ecuménico irá afinal mostrar-se vencido em face do vigor dos Estados de vocação nacional.” Ob. cit., p. 53.

⁸ Esta divisão é feita por exemplo por CROSSMAN, R. H. S. Ob. cit., p. 31. Outra semelhante, mas sem tanta ênfase no aspecto económico, é apresentada por BRAVO GALA, Pedro. *Introducción*. In: BODIN, J. *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Aguilar, 1973, p. XIII.

de'Médici. Outro exemplo é o capítulo da eleição de Carlos V dos Habsburgo para Sacro Imperador no ano de 1520, pois para vencer Francisco I da França, Carlos teve de comprar os votos dos eleitores, pagando-os com dinheiro tomado em empréstimo dos banqueiros da família Fugger.

Em tempos de um capitalismo emergente, a concentração de grandes propriedades em mãos de um só dono começou a se tornar perniciososa aos olhos dos atores privados. Se a usura tinha antes sido proscrita em termos rigorosos (apesar de existente), a defesa do lucro e da propriedade privada foi o terceiro vetor que alimentou e foi alimentado pelo que lhe segue, a Reforma. Ressalte-se aqui uma vez mais a importância do Renascimento cultural e intelectual, com a recepção do direito romano por escolas de direito cada vez mais demandadas por um mundo em expansão comercial.

Com a alteração da base econômica presa à terra e atomizada da Idade Média para um modelo expansionista e capitalista fundado em grandes centros urbanos, como o porto de Ambers para a Liga Hanseática e Florença na Itália, a estrutura social foi também desarmada e necessariamente reconstruída. Pela Reforma se deu azo a espíritos nacionalistas até então silenciosamente (ao mais das vezes) oprimidos, que se uniram para mudar a moral predominante e adaptá-la ao novo sistema econômico. Este movimento iniciado pelas 95 teses de Lutero contra a venda de indulgências em 1517, terá vários matizes, dos quais um dos mais importantes será aquele fundado por Calvino em Genebra, em 1536.

Não se quis menosprezar os fatores religiosos que instigaram a Reforma quando se afirmou que houve uma condicionante de essência econômica e política que auxiliaram a inflamação do movimento. A publicação da Bíblia em línguas do povo, possibilitou o contato com a verdade cristã sem a necessária presença de intermediários. Uma Igreja corrompida desde cima, praticante da venda de indulgências (remissão de penas pelos pecados) e da simonia (venda de postos eclesiásticos), já encontrava muitos opositores, velados ou não.⁹

Falou-se antes que a disseminação da propriedade privada era alimentante e alimentada pela Reforma. Isto porque o intuito acumulador dos atores privados viu na Reforma a possibilidade de uma ordem mais livre, em que eles poderiam melhor exercer

⁹ Cf., v.g., BURNS, Edward McNall *et al.* *História da Civilização Ocidental*. Trad. Donaldson M. Garshagen. 32. ed. São Paulo : Globo, 1990, vol. I, p. 377-383.

sua especulação. Ao mesmo tempo, os bens da Igreja eram colocados em circulação, gerando um novo conceito para a propriedade da terra, que agora se tornava bem de circulação normal, símbolo de acumulação e moeda de troca.¹⁰ Um bom exemplo é a fundação da Igreja Anglicana por Henrique VIII em 1534, a que se segue a venda das propriedades de mosteiros da Igreja Católica, a preços baixos, possibilitando a compra por comerciantes e nobres que então aderem ao movimento reformista-nacionalista.

O Direito nesta época segue a acumulação do poder dos reis e grandes senhores de terras, desenvolvendo-se um sistema jurídico próprio de cada território na base dos costumes locais e da legislação e da jurisdição reais ou senhoriais. Assim começam a surgir os Direitos estatais, numa evolução largamente influenciada pela recepção do Direito Romano. O Direito Canônico, que exerceu grande influência na Idade Média, começa a dar sinais de decadência com a Reforma.¹¹

Feito este breve esboço da ordem das coisas que faz emergir o Estado territorial, um modelo unitário (por oposição às dualidades do sistema imperial e do Papado) e centralizado de organização política, fixado ao território e com poder soberano, cabe então partir ao objetivo deste capítulo, adentrando na teoria política da soberania, começando por Jean Bodin, jurista francês que viveu no século XVI.

2. A SOBERANIA NOS SEIS LIVROS DA REPÚBLICA

2.1 O CONTEXTO : UM HUMANISTA NA FRANÇA DO SÉCULO XVI

Jean Bodin nasceu em Angers, na França, sendo mais seguidamente apontada como data do seu nascimento o dia 07 de junho de 1530. Entre 1554 e 1560, depois de um período em um convento carmelita, foi estudante e depois professor de Direito em Toulouse, cidade que se tornou conhecida no período como centro de difusão das idéias humanistas.¹²

¹⁰ Para uma melhor exposição acerca do conceito de propriedade neste momento de choque entre a ordem feudal e a moderna, bem como do paradigma de direito privado existente, vide WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Forense : Rio de Janeiro, 1998, p. 24-34.

¹¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 130-131.

¹² Esta breve nota sobre a biografia do autor aqui ensaiada tem por base aquela feita por Pedro Bravo Gala na edição dos "*Seis Livros da República*" que se utilizou para esta pesquisa. In: BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Sel., trad. e introd. por Pedro Bravo Gala. Madrid : Aguilar, 1973, p. LV-LXIII. Por sua vez, a principal fonte para a apresentação citada foram os estudos de Pierre Mesnard. Por humanista tem-se como aquele que pertenceu ao movimento desenvolvido entre 1350 e 1550

Durante um período em que exerceu a advocacia em Paris, publicou, em 1566, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, obra em que pretende fazer uma revisão crítica de toda a historiografia. Nela dá importância aos fatos passados, mantendo-os como base da política.¹³ Divide a história em três planos: humano, natural e divino. Foi uma obra de sucesso, publicada quatro vezes ainda durante a vida de Bodin.

O ano de 1576 foi bastante intenso na biografia do autor. Neste ano, casou-se pela segunda vez, foi eleito deputado pelo terceiro estado de Vermandois, na inauguração dos Estados Gerais de Blois e publicou seu escrito mais célebre, *Os Seis Livros da República*, trabalho em que se baseou a análise aqui desenvolvida. Durante o período que se seguiu, também ocupou o cargo de procurador real em Laôn. Depois, exerceu cargos em importantes missões diplomáticas, sempre a mando de François de Alençon, duque de Alençon e já então também duque de Anjou.

Traçando os lugares e o período em que o autor viveu, sabe-se que ao mesmo tempo em que foi contemporâneo de uma época de florescência e erupção cultural, favorecida pela conquista do Novo Mundo e a decadência dos regimes feudais na Europa Ocidental, teve de suportar ver o flagelo do povo francês, assolado por guerras civis de fundo religioso.

Bodin passa a parte inicial de sua vida sob o próspero reinado de Francisco I, em que um movimento de centralização do poder no monarca permitiu ao rei estabelecer uma eficiente burocracia capaz de favorecer a administração da exigência dos tributos e o emprego dos recursos públicos. Graças à Concordata de 1516, o rei já era também o chefe temporal da Igreja na França. Não bastasse isto para se opor aos poderes universalistas do Papado e do Sacro Império, em 1531 Francisco I fez uma aliança com os príncipes protestantes da Alemanha e, em 1535, com os otomanos.

Com a morte de Francisco I, assume Henrique II, que reprimiu mais decididamente o protestantismo emergente na França. Os conflitos pela coroa entre Guisas e Bourbons acumulam-se com os conflitos religiosos quando os primeiros filiam-se ao catolicismo e os últimos são assediados pelos huguenotes (protestantes

aproximadamente, que firma uma reação à tradição escolástica das doutrinas católicas do medievo e marca o Renascimento cultural, caracterizando-se “por um esforço, individual e social, umas vezes apaixonado e outras crítico, suscetível de revalorizar o homem e sua dignidade graças à penetração direta, real e vivificante da cultura antiga na moderna.” PHILIPPART, L. *apud* FRAILE, Guillermo. *Historia de la Filosofía*. Madrid : Católica, 1978, Vol. III, p. 25. No original: “...se caracteriza por un esfuerzo, a la vez individual e social, unas veces apasionado y otras crítico, susceptible de revalorizar el hombre y su dignidad gracias a la penetración directa, real y vivificante de la cultura antigua en la moderna.”

¹³ FRAILE, Guillermo. Ob. cit., p. 338.

franceses). Neste ambiente de rivalidade surge uma terceira força, de tolerância, conhecida como “os políticos”, que colocaram a pátria acima de qualquer ideologia ou credo, assim como fez Bodin, um dos “políticos”.¹⁴ O precursor deste movimento foi o chanceler L’Hôpital, que defendeu uma política de tolerância na década de 1560 e foi depois destituído, após ser alvo de ataques de católicos e protestantes. Catarina de Médicis daria, nesta mesma década, início ao absolutismo francês.

Mas foram tempos difíceis sem a liderança efetiva de um monarca. E os conflitos religiosos não eram um privilégio daquele país. Fora da França ocorria o Concílio de Trento, de 1545 a 1563, que promovia uma reforma interna da Igreja Católica. Relembre-se que Carlos V firmara, neste ínterim, a Paz de Augsburg e depois abdicara. Na Inglaterra, o tempo era de prosperidade crescente sob o reinado de Elisabeth I, o que gerava um certo temor nos eternos rivais do continente.

Em 1572, Bodin assistiu à terrível “Noite de São Bartolomeu”, para cuja fogueira perigou participar. A tragédia foi deflagrada por iniciativa de Catarina de Médicis, insuflada também por motivos políticos, uma vez que o poder real estava ameaçado pelos huguenotes sob a liderança de Coligny.¹⁵ A noite marca o conflito entre protestantes e católicos de uma maneira incisiva. Pelo menos dez mil protestantes foram mortos, havendo relatos que chegam a quarenta mil.

No campo das idéias, na França da década de 1570, constitucionalistas pretendem introduzir freios ao exercício do poder e jusnaturalistas atacam o absolutismo como contrário às leis da natureza. Por certo, havia também aqueles que defendiam o absolutismo monárquico, agradando a Catarina.

As lutas complicam-se sob o governo de Henrique de Navarra (Henrique III). Em maio de 1576 uma trégua é firmada com a “*Paix de Monsieur*”. Pouco depois os Estados Gerais são reunidos e o rei quer promover a unificação religiosa no seu reino. É neste momento histórico que Bodin exerce seu maior papel na práxis política, como deputado pelo terceiro Estado de Vermandois, conseguindo fazer este estamento opor-se ao emprego de recursos econômicos para tal guerra, pois se de um lado concordava com a unificação religiosa, por outro preferia que ela fosse feita pela via pacífica. Contudo, os conflitos religiosos só seriam amenizados após o Edito de Nantes, em 1598, que

¹⁴ BRAVO GALA, Pedro. Ob. cit., p. XXVIII.

¹⁵ Uma curiosa descrição do assassinato de Coligny encomendado por Catarina de Médicis, relatada por uma testemunha da época, pode ser encontrada em DE THOU, *Histoire des choses arrivees de son temps*, (Paris, 1659), 658 sqq, in J.H. Robinson, 2 vols. (Boston: Ginn, 1906), 2:180-183. Hanover College,

permitiu aos huguenotes uma maior liberdade.

2.2 O OBJETIVO DA OBRA

A primeira coisa a se dizer sobre *Os Seis Livros da República*, é que se trata de um tratado de política, que apesar de ser “a princesa das ciências”, não teria recebido a atenção devida dos estudiosos até então.¹⁶ Numa primeira parte o autor tenta definir o que é uma república, depois passa a diferenciar-lhe as formas possíveis. Posteriormente, submerge nos detalhes das várias instituições e relações políticas de uma república, desde o pai e marido com sua mulher e filhos, até os monarcas com seus oficiais, comissários e magistrados.

A obra mantém uma dualidade inerente, pois ao mesmo tempo em que pretende dar uma resposta às necessidades de seu tempo,¹⁷ opinando favoravelmente à monarquia como forma de consolidar a república francesa metida em lutas religiosas, adquire um caráter de universalidade quando tenta traçar os princípios do direito público e da constituição do Estado.¹⁸ A fama de Bodin que se estende até os dias atuais e que justifica sua inclusão nesta dissertação se justifica pela exposição e pelo tratamento por ele deferido à noção de soberania. Esta concepção será levada à universalidade posteriormente, mas manterá a dualidade circunstancial-universal inerente a toda a obra política de Bodin e por isso gerará certos equívocos ao ser transportada para outros contextos históricos.

É possível vislumbrar certas conexões entre o jurista francês e outros autores, principalmente com Aristóteles (384-322 a.C.) e Maquiavel (1469-1527). Em relação ao secretário florentino, as semelhanças fundamentam-se na idéia de conferir autonomia irrestrita à sociedade política, centralizada em um poder soberano, tratando-a como o único sujeito da política. Aspectos circunstanciais podem justificar as proximidades

1995. Disponível na internet: <http://history.hanover.edu/early/>. 03.01.2000.

¹⁶ BODIN, Jean. Ob. cit. p. 4.

¹⁷ Uma evidência desta intenção é o prefácio da obra, dirigido a um conselheiro do Rei, Guy du Four de Pibrac (1529-1584).

¹⁸ O uso do termo “Estado”, deste ponto em diante, ao invés do constante no original, “República”, deve-se à necessidade de evitar o uso de termos diferentes para um mesmo significado, ainda que o termo aqui elegido só estivesse consolidado com a conotação definitiva que se lhe dá hoje apenas algum tempo depois de Jean Bodin. Ademais, a diferença entre os termos não é essencial, porquanto os autores atuais identificam-nos claramente: “Torna-se supérfluo lembrar que o vocábulo república era empregado no seu antigo sentido latino, isto é, com a significação de ‘Estado’”. MOSCA, Caetano. *História das doutrinas políticas desde a antiguidade*. Completada por Gaston Bouthoul...; trad. Marco Aurélio de Moura Matos, 6. ed. Rio de Janeiro : Guanabara, 1987, p. 142.

entre os dois autores, principalmente quando se observa que fazem parte do mesmo período histórico, que como já se disse, esteve permeado pelos conflitos religiosos e por uma iniciativa política de formação de Estados territoriais em oposição às pretensões universalistas do Papado e do Império.

Mas além das semelhanças, há profundas diferenças entre o pensamento de Bodin e o de Maquiavel. Enquanto o primeiro exige para o bom ordenamento do Estado a onipresença de um fundamento ético, Maquiavel centra-se no poder e livra-o de freios de ordem moral ou legal. A acusação de Bodin é que o florentino “[p]õe como fundamento duplo do Estado a impiedade e a injustiça e denuncia a religião como inimiga do Estado.”¹⁹ Isto é inaceitável para Bodin, que, citando Políbio e Platão, diz ser a justiça o fundamento de qualquer Estado, assim como a obediência e o temor dos súditos ao príncipe e de todos a Deus.²⁰ Ele recolocará os freios de ordem moral, mas manterá a ausência de freios legais. A razão, que auxiliará posteriormente o entendimento de Hobbes, é a convicção de que a humanidade e a justiça só são possíveis em um ambiente de ordem, que requer obediência a uma autoridade estabelecida.

No que respeita à conexão que muitos comentaristas fazem entre Bodin e Aristóteles,²¹ verifica-se primeiro a identidade na amplitude e na sistematização da obra, além da própria distribuição dos temas. Também a importância dada à observação dos exemplos da história permite verificar uma certa identidade quanto ao método de ambos autores. A refutação das utopias e da comunidade de bens e mulheres propostas por Platão se faz presente em ambas as obras.²² Mas não é só em relação aos aspectos formais e de método que Bodin se identifica com Aristóteles. A própria apologia da ciência política e a colocação do bem comum e da felicidade como finalidades desta ciência é um outro elo entre as obras de Bodin e do Estagirita. Inclusive, ambos

¹⁹ BODIN, Jean. Ob. cit., p. 4. No original: “*Pone como fundamento doble de la república la impiedad y la injusticia y denuncia a la religión como enemiga del estado.*” Pedro Bravo Gala vê neste desacordo com Maquiavel um problema mais circunstancial, ligado às influências perniciosas de um grupo de cortesãos italianos no séquito de Catarina de Médicis, do que propriamente uma grande divergência teórica. Ob. cit., p. XXII.

²⁰ BODIN, Jean. Ob. cit., p. 5.

²¹ Relata tal aproximação BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 95.

²² Nas palavras do próprio Bodin: “*não queremos tampouco desenhar um Estado ideal, irrealizável, do estilo dos imaginados por Platão e Thomas More, chanceler da Inglaterra, senão que nos restringiremos às regras políticas o mais possível.*” No original: “*no queremos tampoco diseñar una república ideal, irrealizable, del estilo de las imaginadas por Platón y Tomás Moro, Canciller de Inglaterra, sino que nos ceñiremos a las reglas políticas lo más posible.*” Ob. cit., p. 14.

sustentam na conduta moral o pressuposto da felicidade e situam o fundamento do Estado na justiça.²³

Quanto à repercussão da obra, diz-se que foi um sucesso, constando em um livro posterior do jurista francês, feito para responder a críticas feitas à sua República (*Apologie de René Herpin pour la République de Jean Bodin - 1581*), que fora publicada sete vezes em três anos, além de ter o próprio Bodin constatado que era usada em Cambridge e Londres.²⁴

2.3 A REPÚBLICA DE JEAN BODIN

Já na primeira linha, Bodin começa por definir o objeto de estudo: “República é um governo correto de várias famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano.”²⁵ A família é o embrião da república, sua fonte e modelo. Com isto, mantém-se a noção aristotélica de que o homem começou por reunir-se em famílias, a primeira e mais fundamental comunidade humana. Ao surgirem conflitos entre elas, por um lado os vencidos perdem seu poder de mando para os vencedores e, por outro, provoca-se a reunião de várias famílias em comunidades mais amplas para assegurar a proteção mútua. Da união posterior destas comunidades surge o Estado.²⁶

Da definição que encabeça a obra já exsurge a idéia de que o poder soberano é o liame fundamental que ata os homens reunidos em várias comunidades em torno de um Estado. A idéia é ilustrada por Bodin logo a seguir: “do mesmo modo que o navio é só madeira, sem forma de barco, quando lhe tiram a quilha, que sustenta os dois lados, a proa, a popa e a ponte, assim o Estado, sem o poder soberano, que une todos os membros e partes desta e de todas as famílias e colégios num só corpo, deixa de ser república.”²⁷ É pois o poder soberano de dar a lei a todos e a cada um dos seus súditos que determina a existência de um Estado comum. Logo, o que faz o cidadão “é a

²³ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, *passim*, principalmente Livro I, cap. I, p. 13-16, e Livro VII, cap. I, p. 219-221. Veja-se por exemplo: “[Por outro lado], a justiça é a base da sociedade; sua aplicação assegura a ordem na comunidade social, por ser o meio de determinar o que é justo.” (Livro I, cap. I, p. 16)

²⁴ BRAVO GALA, Pedro. Ob. cit., p. LXII.

²⁵ Ob. cit., p. 11. No original: “*República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano.*”

²⁶ *Idem*, p. 128 e 18.

²⁷ *Idem*, p. 19. Na língua do original: “...del mismo modo que el navío solo es madera, sin forma de barco, cuando se le quitan la quilla, que sostiene los lados, la proa, la popa y el puente, así la república, sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de esta y todas las familias y colegios en un solo cuerpo, deja de ser república.”

obrigação mútua que se estabelece entre o soberano e o súdito, ao qual, pela fé e obediência que dele recebe, lhe deve justiça, conselho, consolo, ajuda e proteção”.²⁸

A forma do Estado depende de quem ostenta a soberania. Sendo um príncipe, será uma monarquia, se o povo, um Estado popular, e se uma pequena parte do povo, um Estado aristocrático. Na sua divisão, não há lugar para um estado misto, para uma quarta forma, porque se esta teria que ser diferente das demais, não o é porquanto a combinação de monarquia, aristocracia e estado popular sempre dará lugar ao estado popular.²⁹ A soberania é por isso, indivisível.

Uma das grandes contribuições de Bodin para a ciência política foi a divisão entre a soberania e o exercício do poder soberano, ou seja, entre Estado e governo. Quanto ao exercício do poder soberano, ele esclarece que há três modos de governar em cada tipo de república. A monarquia pode ser senhorial, real ou tirânica. A real é a legítima, pela qual os súditos obedecem às leis do monarca e este às leis naturais, gozando os súditos da liberdade natural e da propriedade dos seus bens. A senhorial é aquela tomada pelas armas em que o monarca governa seus súditos como o senhor a seus escravos. A tirânica é aquela em que o monarca desrespeita as leis naturais e abusa de seus súditos e dos seus bens como se fossem dele. O mesmo se aplica aos Estados aristocráticos e populares.³⁰

Dentre as formas de Estado apresentadas, Bodin opta expressamente por uma que para ele seria a melhor, a monarquia, melhor ainda se transmitida por direito hereditário. As vantagens que encontra para justificar sua escolha são várias. Primeiramente, no que diz respeito à perfeição da forma do poder soberano, porque como não se pode dar leis para si próprio,³¹ a monarquia é melhor porque o poder se estende a todos em geral, enquanto na aristocracia e na democracia sempre há alguns a quem as leis não se dirigem em geral. Completando suas investigações pertinentes à

²⁸ Ob. cit., p. 39. No original: “...es la obligación mutua que se establece entre el soberano y el súdito, al cual, por la fe y obediencia que de él recibe, le debe justicia, consejo, consuelo, ayuda y protección, todo lo cual no es debido al extranjero.” Observe-se que esta passagem permite encontrar já quase um século antes de Hobbes a idéia do pacto social.

²⁹ Ob. cit., p. 76.

³⁰ *Idem*, p. 82 e 98.

³¹ Esta noção é embasada na máxima “*Nulla obligatio consistere potest, quae a voluntate promittentis statum capit*”, que se pode traduzir como: “Nenhuma obrigação se sustenta se se baseia apenas na vontade do promitente.” *Idem*, p. 52. O argumento é reforçado mais adiante (p. 217): “O principal atributo da monarquia – o direito de soberania – só aparece e se conserva na monarquia. Numa república, só um pode ser soberano; se são dois, três, ou muitos, nenhum é soberano, já que ninguém pode receber lei de seu igual.” No original: “*El principal atributo de la monarquía - el derecho de soberanía - solo se da y conserva en la monarquía. En una república, solo uno puede ser soberano; si son dos, tres, o muchos,*

relação entre a família e o Estado, alega que um Estado que só tem um corpo, só pode ter uma cabeça e que se a família, que é imagem da república só pode ter uma cabeça, o mesmo deve ocorrer com o Estado.³²

Num segundo momento, traz razões de ordem prática: na monarquia se conserva melhor o patrimônio público porque nos outros governos os magistrados e superintendentes da fazenda alienam o patrimônio para comprar o favor do povo com dinheiro público ou favorecer a seus amigos,³³ só um deve conduzir atos como comandar o exército, pois quando se trata de resolver é melhor um só, ainda que para aconselhar seja melhor haver mais de um.³⁴

Aos seus argumentos da razão, aduz uma prova empírica: com o tempo, os povos comprovaram que “as monarquias eram mais seguras, mais úteis e mais duradouras que os estados populares e aristocráticos, em especial as monarquias fundadas sobre o direito hereditário do varão mais próximo”.³⁵

Sempre mantendo a preferência pela monarquia como forma do Estado, quanto ao exercício do poder soberano Bodin afirma que o Estado pode ser governado popularmente, dividindo-se os ofícios e recompensas a todos. Consolidando sua posição, sustenta que o Estado real é o melhor, mas deve ser temperado pelo governo aristocrático e popular, isto é, com a aplicação da justiça harmônica.³⁶

A exemplo de Platão, Bodin divide a alma humana em três partes. Estas seriam o imaginativo (sentido comum), a razão e a parte intelectual. A república também é assim. Há o povo que trabalha e se dedica às artes mecânicas, os magistrados e oficiais que governam o Estado e os eclesiásticos que se dedicam às ciências divinas e ocultas.³⁷ Desta forma combinar-se-ia a prudência, que permite diferenciar entre o bem e o mal;

ningun es soberano, ya que nadie puede recibir ley de su igual.”

³² Ob. cit., p. 219.

³³ *Idem*, p. 201.

³⁴ *Idem*, p. 218.

³⁵ No original: “...las monarquías eran más seguras, más útiles y más duraderas que los estados populares y aristocráticos, en especial las monarquías fundadas sobre el derecho hereditario del varón más próximo, estas se propagaron por doquier.” *Idem*, p. 140.

³⁶ *Idem*, p. 98 e 225. A explicação da noção de justiça harmônica é trazida pelo próprio autor (p. 225): “Entendo por justiça a correta distribuição das recompensas e das penas e do que pertence a cada um de acordo com o Direito. Dita distribuição só pode ser realizada pela aplicação conjunta dos princípios de igualdade e de semelhança, o que cabalmente constitui a proporção harmônica.” No original: “Entiendo por justicia la recta distribución de las recompensas y de las penas y de lo que pertenece a cada uno de acuerdo con el derecho. Dicha distribución sólo puede realizarse por la aplicación conjunta de los principios de igualdad y de semejanza, lo que cabalmente constituye la proporción armónica.” A justiça harmônica é uma combinação da justiça distributiva, baseada em relações de semelhança, identificada com a proporção geométrica e com o Estado aristocrático; com a justiça comutativa, baseada em relações de igualdade, identificada com a proporção aritmética e o Estado popular.

com a ciência, capaz de determinar o verdadeiro e o falso; e com a religião, para determinar a piedade e impiedade, e o que se deve preferir evitar. “Destas três virtudes se compõe a verdadeira sabedoria, o mais alto grau de felicidade que se pode lograr neste mundo.”³⁸

Todavia, para a organização política Bodin não abandona por inteiro a tradicional divisão dos Estados no seu tempo. Mas em vez de reparti-los entre clero, nobres e povo, refere-se a três estados, o eclesiástico, o militar e o do povo, este composto inclusive de literatos e artesãos. Nas três classes, devem combinar-se nobres e plebeus. Assim os Estados serão conduzidos pela prudência, a força e a temperança. Deus une estes três pontos e faz reluzir a majestade e doçura da harmonia divina no mundo, a exemplo do qual o rei sábio deve governar.³⁹

2.4 A SOBERANIA NA TEORIA POLÍTICA DE BODIN

Bodin se intitula o precursor da análise do conceito de soberania⁴⁰ e é frequentemente referido como seu criador. Contudo, é preciso ter em conta que o termo já não era nada novo, sendo usualmente utilizado para referir-se àquele que numa hierarquia de poder ocupava o cume. Nas traduções modernas dos filósofos e escritores gregos, a palavra soberania aparece com frequência, nas referências aos deuses. Com o sentido de poder político, as idéias do poder supremo (“*summa potestas*”) e das “*civitates superior non recognoscentes*” (Estados que não reconhecem superior, únicos que podem ser designados com o termo “Estado” no sentido que hodiernamente se o emprega), já aparecem entre os juristas medievais. No momento histórico em que internamente se verifica a concentração dos poderes dos nobres senhores feudais em torno de um só e em que, externamente, há o movimento para provocar uma ruptura definitiva dos reinos com o Sacro Império romano-germânico e com o Papado, aqueles se tornam independentes e os seus reis soberanos, sendo cunhada a fórmula “*rex in*

³⁷ *Idem*, p. 170.

³⁸ *Ob. cit.*, p. 15. No original: “*De estas tres virtudes se compone la verdadera sabiduria, el más alto grado de felicidad que se puede lograr en este mundo.*”

³⁹ *Idem*, p. 236.

⁴⁰ Nas suas próprias palavras: “É necessário definir a soberania, porque, tendo-se em conta que constitui o tema principal e que requer ser melhor compreendido ao tratar do Estado, nenhum jurisconsulto nem filósofo político a definiu ainda.” No original: “*Es necesario definir la soberania, porque, pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido al tratar de la república, ningún jurisconsulto ni filósofo político la ha definido todavía.*” *Idem*, p. 46.

regno suo imperator” (o rei é imperador no seu reino).⁴¹ Logo, parece correto afirmar que Bodin foi não o “inventor” do conceito, mas sim o seu primeiro grande teórico e o primeiro a dar-lhe formulação e tratamento mais sistemáticos.⁴²

A tarefa que cabe aqui é delimitar na obra deste que foi portanto o precursor do tratamento sistemático daquele que é o conceito principal para êste trabalho, em que consiste para ele o poder soberano, seus atributos e limites.

A conhecida e muito citada definição de soberania de Bodin é bastante simples e direta: “A soberania é o poder absoluto e perpétuo de um Estado.”⁴³ O soberano é portanto aquele que exerce seu poder sem o controle de nenhum outro, pois a ninguém está subordinado, exceto a Deus. Por perpétuo, o autor entende como durável enquanto viver o soberano.⁴⁴ Crê que assim deva ser porque quando os príncipes ou o povo ostentam o poder com caráter temporário, não são soberanos, apenas depositários do poder até que o povo ou o príncipe o revogue.⁴⁵

Segundo o jurista francês, o poder soberano é absoluto porque o príncipe deve poder conhecer de tudo o que esteja a cargo de seus oficiais e magistrados, inclusive podendo retirar sua comissão ou ofício ou tolerá-lo pelo tempo que quiser, não havendo portanto limites.⁴⁶ Observe-se apenas que neste ponto ele deixa claro que não há limites para o exercício do poder efetuado dentro do Estado, entre os vários funcionários e depositários de algum poder público, mas não que não haja limites em absoluto, como se explicará mais adiante, com relação às leis de Deus e naturais e às leis que constituem o fundamento da república. O poder absoluto é então aquele sem condições ou encargos, livre de controles. Parece então que o termo mais correto para designar os freios não colocados por ele no poder soberano é mesmo “controle”. O soberano é o mais alto magistrado, imagem menor de Deus e imagem maior do pai de família, que por ninguém no Estado pode ser controlado. Seu poder absoluto conserva esse atributo

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *A teoria...*, ob. cit., p. 95. Jellinek, por sua vez, completa esta afirmação sustentando que sem este contexto não poderia surgir o conceito de soberania, nascido para enfrentar os poderes do Papado, do Império, dos senhores feudais e das corporações, que desafiavam e concorriam com o poder dos reis. JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. 2. ed. México: Continental, 1958, p. 359.

⁴² Jellinek, que analisa em profundidade a história do conceito de soberania, dá razão a Bodin quando este se atribui a primazia no tratamento da soberania, pois ainda que determinados elementos da soberania tivessem sido apontados antes dele, em especial a independência exterior de alguns reis, foi Bodin o primeiro a sistematizar os diversos elementos que compõem a soberania e a dar-lhes uma unidade. Ob. cit., p. 369.

⁴³ Ob. cit., p. 46. No original: “*La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república.*”

⁴⁴ *Idem*, p. 49.

⁴⁵ *Idem*, p. 46.

portanto apenas dentro do Estado. Esta percepção é fundamental para que depois se percebam os riscos da transposição deste conceito para uma ordem internacional formada por Estados soberanos.

2.4.1 Atributos da soberania

Em termos simples, Bodin expressa por diversas vezes em sua obra, que o caráter principal da soberania é o poder de dar leis aos súditos em geral, independentemente de qualquer outra autoridade, igual, superior ou inferior, inclusive do consentimento dos destinatários das leis que editar.⁴⁷ Além de poder dar e anular a lei, pode-se compreender ainda sua interpretação e emenda.

Porém, há outros atributos da soberania arrolados por Bodin, que não são as qualidades do poder soberano, mas os já conhecidos *jura regalia*: começar a guerra e negociar a paz⁴⁸; instituir os principais oficiais (porque é admissível que os ofícios menores sejam designados por magistrados); direito de última instância, do qual deriva também o poder de conceder graça aos condenados em casos pertinentes à vida, aos bens, à honra e à condenação ao desterro; direitos sobre a moeda, da mesma natureza do direito de dar a lei, mais o direito de estabelecer pesos e medidas; o direito de impor tributos, igualmente decorrente do direito de dar a lei.⁴⁹

Consolidando o que se disse até aqui, tem-se que a soberania está revestida das seguintes características: é perpétua, absoluta, indivisível, intransmissível⁵⁰, indelegável, inalienável e imprescritível.

⁴⁶ Ob. cit., p. 47.

⁴⁷ Ob. cit., p. 52, 57, 66 e *passim*.

⁴⁸ Sobre o assunto, vide MEDEIROS, Antônio P. Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados*. São Paulo, 1995. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, vol. 1, p. 210-212; o autor ressalta que “[c]elebrar a paz e ajustar alianças, portanto, eram atos vistos por Bodin como meros complementos da declaração de guerra, e não como elementos da capacidade internacional do Estado.” (*Idem*, p. 212)

⁴⁹ BODIN, Jean. Ob. cit., p. 68-73.

⁵⁰ Em relação à impossibilidade de transmissão da soberania, parece mais correto interpretá-la em relação à transmissão do poder do povo para os senhores, ou para o monarca, ou qualquer destas mudanças entre estes três tipos de Estado, pois neste caso o poder é intransmissível uma vez que a transferência constitui a alteração do próprio Estado. Transmitti-lo significaria extingui-lo para criar outro. Quanto à possibilidade de alterar o seu titular, isto parece indubitável na teoria bodiniana, uma vez que ele mesmo defende a alteração pelo direito hereditário, sem ver nesta sucessão uma alteração no Estado. Desta forma, dá-se maior coerência ao texto, aliando a opção pela sucessão hereditária aos caracteres de perpetuidade e intransmissibilidade da soberania.

2.4.2 Limites ao poder soberano

Bodin se esforça para provar que as leis do príncipe soberano só dependem da sua “pura e verdadeira vontade”, ainda que se fundamentem em boas e vivas razões.⁵¹ Depois, afirma que a lei não se fez para o soberano, que a ela não está subordinado.⁵² Mas serão estas assertivas sinais irrefutáveis do jurista francês no sentido de deixar ao livre arbítrio do titular do poder soberano toda a condução do Estado? É dizer, por referir-se a um poder absoluto, não haverá limites a ele? Em realidade, existem. E há tantos, que se percebe incidir sobre o poder soberano todo um conjunto de valores capaz de sutilmente lhe impor antolhos. Com efeito, apoiado nas leis divinas e da natureza, Bodin cria todo um entorno ao poder soberano, preenchendo os conteúdos destas ambíguas leis com um significado que lhe justificará o rótulo de humanista.

Para recuperar esta idéia, bastante dispersa e sutil nos *Seis Livros*, parte-se da afirmação da supremacia das leis divinas e naturais, pois não há príncipe no mundo que não esteja sujeito às leis de Deus, da natureza e de certas leis comuns a todos os povos.⁵³ Destarte, tem-se que “se a justiça é o fim da lei, a lei obra do príncipe e o príncipe imagem de Deus, pela mesma razão é necessário que a lei do príncipe seja feita à medida da lei de Deus.”⁵⁴ Já se encontra aqui o primeiro limite imposto ao soberano: a necessidade de governar de forma justa. Este é um limite de sentido positivo, impõe-se atuar de um determinado modo, mas se tem no outro lado da moeda um limite propriamente dito, omissivo, uma proibição de conduta, que é a proibição de governar injustamente. Para dar mais conteúdo a esta afirmação, Bodin assevera: “[a]ntes que se possa mandar como é devido aos demais, é preciso aprender a dominar-se a si mesmo, dando à razão o poder de mando e aos apetites a obediência; deste modo cada qual terá o que lhe pertence, no qual consiste a primeira e mais preciosa das justiças.”⁵⁵

O príncipe soberano é imagem de Deus, por isso seu poder vai sempre medido pela vara da justiça. Por sua vez, a fé é o fundamento da justiça, sobre a qual se

⁵¹ Ob. cit., p. 52.

⁵² Ob. cit., p. 230.

⁵³ *Idem*, p. 51.

⁵⁴ *Idem*, p. 65. O texto, no original: “*Si la justicia es el fin de la ley, la ley obra del príncipe y el príncipe imagen de Dios, por la misma razón es necesario que la ley del príncipe sea hecha a medida de la ley de Dios.*”

⁵⁵ *Idem*, p. 25. No original: “*Antes que se pueda mandar como es debido a los demás, es preciso aprender a dominarse a sí mismo, dando a la razón el poder de mando y a los apetitos la obediencia; de este modo cada qual tendrá lo que le pertenece, en lo qual consiste la primera y más preciosa de las justicias.*”

levantam as repúblicas, alianças e sociedades humanas.⁵⁶

Com apoio neste ideal de justiça, Bodin chega à necessidade de se manter no Estado uma certa igualdade entre as pessoas que nele vivem, não uma igualdade absoluta, envolvendo uma comunidade de bens, pois Bodin é claramente defensor da propriedade privada, mas sim o suficiente para evitar a insegurança no Estado. “Entre todas as causas que produzem sedição e mudança nas repúblicas, a mais importante consiste na riqueza de uns poucos e a pobreza extrema de muitos.”⁵⁷ Bodin arrisca-se inclusive a dar num exemplo concreto uma sugestão para a práxis política: como a Igreja recebe muito dinheiro, devia-se requerer a ela que abandonasse por um certo prazo os bens imóveis a ela deixados e as heranças que recebeu. Esta desigualdade entre o povo o baixo clero de um lado, e o alto clero e a nobreza de outro, deu causa às sedições contra o estado eclesiástico na Europa, ainda que houvesse pretextos religiosos também.⁵⁸

Mas a justiça como limite ao exercício da soberania tem mais desdobramentos. O soberano não poderá, por exemplo, governar de modo a transformar seus súditos em escravos. Bodin aceita a escravidão apenas quando decorre de dívidas ou de conquistas de guerra, porque refuta completamente a noção aristotélica de naturalidade da escravidão.⁵⁹ Pelos trilhos da justiça, também o príncipe se encontra obrigado a cumprir sua palavra, bem como as convenções e os contratos que firmar com súditos e estrangeiros. Com os súditos, sua obrigação é dupla: porque a equidade requer a manutenção das convenções e promessas e porque é o fiador da confiança que os súditos depositam entre si e não pode traí-la jamais, porque “não há delito mais odioso num príncipe do que o perjúrio”.⁶⁰

Também em relação às finanças do Estado há limites a serem observados, pois “[a]os príncipes soberanos não lhes é permitido usar dos frutos e rendas do patrimônio, ainda que o Estado esteja em paz e sem dívidas, já que não são seus usufrutuários, senão simples usuários que devem, uma vez deduzidos os gastos da república e de sua casa,

⁵⁶ A idéia de estar o fundamento do Estado na justiça encontra-se, v. g., nas páginas 62, 152 e 191.

⁵⁷ Ob. cit., p. 173. No original: “Entre todas las causas que producen sedición y cambio en las repúblicas, la más importante consiste en la riqueza excesiva de unos pocos y la pobreza extrema de muchos”.

⁵⁸ *Idem*, p. 176.

⁵⁹ Nas palavras do próprio Bodin: “não há nada que humilhe e avilte mais ao coração nobre e generoso que a servidão, e nada que impeça mais a majestade de mandar a outro do que haver sido escravo.” Na língua do texto citado: “no hay nada que humille y envilezca más al corazón noble y generoso que la servidumbre, y nada que impida más la majestad de mandar a otro que haber sido esclavo.” *Idem*, p. 34.

⁶⁰ No original: “no hay delito más odioso en un príncipe que el perjurio.” *Idem*, p. 61.

guardar o excedente para fazer frente às necessidades públicas.⁶¹ No emprego dos recursos, mantida a casa real, pagos os soldados e oficiais e atribuídas as recompensas a quem merece, é hora de lembrar-se dos pobres, empregar algum dinheiro na reparação das cidades, abastecimento das fortalezas, construção de fortificações nas fronteiras, fundação de colégios de honra, virtude e saber.⁶² A proteção da propriedade privada e a proibição do soberano violá-la ou mesmo desejar violá-la também é uma concepção presente na obra bodiniana.⁶³

Por fim, observe-se que para a própria manutenção do Estado, o príncipe não pode derogar as leis que dizem respeito ao Estado e à fundação do reino, porque estão anexas e incorporadas à coroa.⁶⁴

Apenas para não deixar fugir um possível elo entre a concepção de Bodin do poder soberano como poder interno de um Estado e a sua transposição para a ordem internacional, registre-se que as referências de Bodin ao Direito das Gentes não eram propriamente ao Direito Internacional Público, mas a um direito comum a todos os povos (europeus). Este não é tampouco o direito costumeiro observado na conduta dos Estados em suas relações entre si, mas apenas um substrato comum a todos os povos europeus. Assim, pretende-se evitar o equívoco de justificar aquela transposição, com afirmações encontradas nos *Seis Livros* que se referem à possibilidade de o príncipe derogar o Direito das Gentes mediante seus editos, quando aquele for injusto, e proibir os súditos ao seu uso, porque não está obrigado a ele mais do que a seus próprios editos.⁶⁵

Sem dúvida, admitindo-se a referência ao Direito Internacional nestas afirmativas poderia se dar azo a uma interpretação extremamente rígida do fenômeno da soberania no plano internacional, pois se colocaria cada soberano acima das regras de conduta do Direito Internacional.⁶⁶ Isto ocorre porque uma vez exacerbado o caráter de

⁶¹ Ob. cit., p. 200. No original: “*A los príncipes soberanos no les está permitido usar de los frutos y rentas del patrimonio, aunque la república esté en paz y sin deudas, ya que no son sus usufructuarios, sino simples usuarios que deben, una vez deducidos los gastos de la república y de su casa, guardar el excedente para hacer frente a las necesidades públicas.*”

⁶² *Idem*, p. 205.

⁶³ *Idem*, p. 62 e *passim*.

⁶⁴ *Idem*, p. 55.

⁶⁵ *Idem*, p. 64.

⁶⁶ A este respeito, Brierly observa que para Bodin a soberania era um princípio de ordem interna, que não traria problemas à ordem internacional; como ocorre quando se faz uma “falsa transformação” deste princípio para uma ordem internacional colocando, por natureza, os Estados acima da lei. BRIERLY, James L. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida, 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1963, p. 10.

insubordinação absoluta do soberano a qualquer outro poder, inclusive a qualquer poder jurídico, a possibilidade de construir uma ordem normativa internacional dependerá da destruição deste conceito, que com ela é incompatível. Tal aceção, contudo, não poderia ser vislumbrada a partir da obra de Bodin, senão num esforço de derivação que resulta impróprio, pois Bodin não se preocupou diretamente com os problemas do Direito Internacional, nem sua formulação da soberania se dirigia a estes fins, nem a referência ao Direito das Gentes contida na sua obra é aplicável coerentemente ao Direito Internacional em sua compreensão atual.

Ao se demonstrar então que, apesar de não haver controles internos, há determinados limites ao exercício do poder soberano, aponta-se uma incongruência: como então fazer valer estes limites se não há quem o controle?

Bodin tenta conciliar estes dois pontos questionando-se a respeito da legitimidade da insurgência contra o soberano no caso de este romper os limites propostos ao seu poder. De novo, parte-se do exemplo da família. Lá, um filho não pode nunca resistir aos atos do pai, ainda que pareçam injustos.⁶⁷ Então, não é lícito ao súdito contrariar as leis de seu príncipe sob pretexto de honestidade ou de justiça.⁶⁸

Se o príncipe é tirano mas a soberania continua com o povo, é lícito opor-se à tirania pela justiça ou pela força. Entretanto,

Se o príncipe é absolutamente soberano, (...) cujo poder não se discute nem cuja soberania é compartilhada com os súditos, neste caso, nem os súditos em particular, nem todos em geral, podem atentar contra a honra ou a vida do monarca, seja por vias de fato ou de justiça, ainda que tenha cometido todas as maldades, impiedades e crueldades imagináveis.⁶⁹

Outros príncipes podem perseguir tiranos com a força das armas para libertar povos oprimidos, mas os súditos nunca terão autorização para atentar contra seu soberano.

Terá abandonado então Bodin a concepção de que o agir moral e ético deve estar sobre o poder soberano? A resposta é negativa. Bodin aceita que os súditos possam

⁶⁷ Ob. cit., p. 28.

⁶⁸ Idem, p. 60.

⁶⁹ Idem, p. 91. No original: "Si el príncipe es absolutamente soberano, ..., cuyo poder no se discute ni cuya soberanía es compartida con los súbditos, en este caso, ni los súbditos en particular, ni todos, en general, pueden atentar contra el honor o la vida del monarca, sea por vias de hecho o de justicia, aunque haya cometido todas las maldades, impiedades y crueldades imaginables."

licitamente desobedecer ao príncipe naquilo que as leis deste contrariarem a lei de Deus ou da natureza. Todavia, em tal caso esta oposição não pode ser outra do que buscar de todos os modos evitar o castigo, pois seria ainda preferível morrer do que atentar contra o soberano.

A resposta não é muito alterada em relação ao magistrado, aquele que detém o poder de mando sobre os súditos, mas que está subordinado ao príncipe. Em princípio, em decorrência desta subordinação, não indo contra as leis do direito natural, o magistrado deve obedecer ao príncipe. Mas se o magistrado julga que o príncipe vai contra o bem público, deve manter em suspenso o ato e por até três vezes dirigir-se ao príncipe para apontar-lhe os defeitos da lei. Se o príncipe não for demovido, o ato deve ser executado. Nem renunciar ao cargo sem o beneplácito do príncipe pode o magistrado.⁷⁰ É perceptível assim que se se desprezar o forte apelo que os castigos da escatologia exerciam sobre os homens daquele tempo, o soberano não teria amarras ou julgamento antes do purgatório. Mas tal desdém corre o risco de transportar irresponsavelmente uma teoria de um contexto em que a religiosidade e a fidelidade à religião exerciam papel preponderante na sociedade, para os dias atuais em que os paradigmas de ciência e de Estado no ocidente são predominantemente laicos.

Como síntese, para ir adiante neste trabalho, é de se registrar então que a soberania foi um conceito chave na teoria política de Bodin, que inaugurou com isto uma nova forma de ver o Estado. Sua obra tinha uma dupla função, qual seja, primeiramente, de responder às necessidades do seu tempo, para o que demonstrou os benefícios do Estado monárquico, transmitido pelo direito hereditário. Porém, quanto ao exercício do poder estatal, preferiu uma combinação entre as formas aristocrática, popular e monárquica, temperando assim o poder através da aplicação de uma justiça harmônica.

Em segundo lugar, Bodin traçou uma teoria capaz de embasar uma noção do Estado moderno que chegou aos dias atuais, fundamentada, sobretudo num poder absoluto e perpétuo que dá forma e sustentação ao Estado. Este poder absoluto não era, contudo, ilimitado, mas sim livre de controles internos, encargos e condições. Não era ilimitado porque o príncipe ao exercer o poder soberano deve respeitar as leis de Deus e da natureza, governando deste modo de acordo com a justiça, que é o fundamento do Estado, evitando a desigualdade entre os súditos e colocando o bem público em primazia e o bem particular do soberano em segundo lugar.

⁷⁰ Ob. cit., p. 116.

3. O PODER SOBERANO EM THOMAS HOBBS

3.1 HOBBS E SEU TEMPO

Thomas Hobbes (1588-1679) era um autor renascentista. Adorava Tucídides e os gregos porque nestes descobrira uma civilização secular em que padres e teólogos desempenhavam um papel menor na sociedade. Além dos gregos, ele havia se interessado pela concepção mecanicista do discurso cartesiano.⁷¹

Muitos autores dos séculos XVI e XVII são apontados como precursores do filósofo inglês. Entre eles estão as idéias absolutistas de Maynwaring e Sibthorp, que eram teólogos e religiosos. Hobbes concordou com algumas das idéias absolutistas, mas via muitas inconsistências e defeitos nesta corrente tradicional do pensamento acerca do poder dos soberanos. São estes erros que ele visa consertar para assegurar a estabilidade do Estado (*commonwealth*).⁷² As idéias de outros autores mais famosos como Jean Bodin, Hadrian Sarávia (*De imperandi autoritate* – 1593) e Hugo Grócio (*De jure Belli ac Pacis* – 1625), são normalmente confrontadas com as de Hobbes, que teve acesso a todas estas obras, célebres em seu tempo. A noção de soberania de Bodin foi aproveitada por Hobbes, que concordou expressamente com Bodin no que tange à indivisibilidade da soberania.

Também no tocante ao método, Hobbes foi influenciado pelo mecanicismo dos autores de sua época. Baseado em Galileu, produziu um método para analisar a política, ao qual chamou “resolutivo-compositivo”. Os fatos políticos dados eram analisados e reduzidos aos seus elementos (vontades individuais). Depois, no caminho inverso, verificava-se a possibilidade de uma vontade coletiva, numa dedução que demonstra que o que era inicialmente irracional e desordenado torna-se (ou pode tornar-se) racional e ordenado.⁷³

Quanto aos fatos marcantes de sua época, lembre-se que ele

⁷¹ A relação entre os dois filósofos é ainda hoje muito estudada, sendo controversas várias afirmações que foram feitas acerca desta relação. O certo é que além de contemporâneos, ambos estiveram em contato, tendo trocado idéias, principalmente na década de 1630-40, através de um amigo comum, Marin Mersenne. Para melhores exposições sobre o tema, vide TUCK, Richard. *Hobbes and Descartes*. In: ROGERS, G. A. J.; RYAN, Alan. *Perspectives on Thomas Hobbes*. New York : Oxford University Press – Clarendon Paperbacks, 1988, p. 16.

⁷² SOMMERVILLE, Johann P. *Thomas Hobbes : political ideas in historical context*. New York : St. Martin's Press, 1992, p. 81.

⁷³ STRAUSS, Leo. *The Political Philosophy of Hobbes : its basis and its genesis*. Trad. Elza Sinclair. Chicago : University of Chicago Press, 1952, p. 6.

conheceu o final do glorioso reinado de Elisabeth, a ascensão dos Stuarts, as lutas entre católicos e protestantes, o domínio dos puritanos; viu o início do poder naval inglês e do império britânico, as guerras com a Espanha, e a rivalidade com a Holanda, e com a França; em seu tempo um rei foi decapitado e a monarquia substituída pela ditadura militar e republicana de Cromwell; e seu ex-discípulo Carlos II restaurou o poder dos Stuarts.⁷⁴

Suas relações com a corte inglesa não foram tão profundas quanto muitas vezes se argumenta. Hobbes não escreveu pensando na corte do seu tempo e procurando justificar o poder do monarca que ocupava o trono naquele instante. Ao contrário, tudo indica que, - apesar de ter sido o tutor de matemática do Rei Carlos II, que chegou a pagar-lhe uma pensão quando o filósofo alcançou idade avançada -, a corte inglesa (e particularmente o chanceler Clarendon, que lhe desferira ríspidas críticas) não influenciara (nem fora influenciada) pelas suas idéias políticas, que se situavam “num nível de abstração que nada tinha a ver com a realidade comum” dos palacianos e cortesãos, “de vida fútil e licenciosa, ocupados com a moda, as festas e as intrigas,”⁷⁵ ignorando o filósofo (quando não o conheciam e odiavam) e por ele sendo ignorados.

O principal da relação de Hobbes com seu tempo é observar que ele teorizava numa época em que as tradições clássicas e teológicas haviam sido estremecidas, mas que ao mesmo tempo, não se havia formado e solidificado uma ciência moderna.⁷⁶

3.2 A TEORIA POLÍTICA DO LEVIATÃ

Há uma conhecida passagem do *Leviatã* que merece transcrição:

Diz-se que um *Estado* foi *instituído* quando uma *multidão* de homens concordam e *pactuam, cada um com cada um dos outros*, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria do *direito de representar* a pessoa de todos eles (ou seja, de ser o seu *representante*), todos sem exceção, tanto os que *votaram a favor dele*, como os que *votaram contra ele*, deverão autorizar todos os actos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem os seus próprios actos

⁷⁴ LUPI, João E. P. B. *A rainha e o filósofo*. In: *Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica, Anais da XVII Reunião*. São Paulo : SBPH, 1997, p. 43.

⁷⁵ *Idem*, p. 44.

⁷⁶ STRAUSS, Leo. *Ob. cit.*, p. 5.

e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.⁷⁷

Esta frase sintetiza a teoria política de Hobbes contida em o *Leviatã* (e também nos demais escritos do autor sobre o assunto, especificamente *Elements of law* e *De Cive*), que será analisada detidamente nos tópicos que se seguem.

3.2.1 O fim da guerra de todos contra todos: a instituição do soberano através do contrato social

De acordo com Hobbes, os homens encontravam-se em estado da natureza. Todos lutavam contra todos e não havia segurança ou propriedade porque aquilo que cada um possuía podia a qualquer momento ser usurpado pela força ou pela astúcia. O homem era o lobo do homem. A guerra civil é uma fase parecida com o aludido estágio inicial da vida em sociedade (na verdade pré-social). Para pôr fim à guerra de todos contra todos, é necessário que se estabeleça um pacto, através do qual os indivíduos cedam uma parcela de sua liberdade em troca da segurança. Por este pacto, todos os contratantes delegam a uma autoridade que lhe será superior, [representada por um (monarquia), alguns (aristocracia) ou todos (democracia), nestes últimos casos, em assembleia], o poder de coação pelo qual o soberano regerá as relações dos demais.

No Capítulo XVIII do *Leviatã*, encontra-se o rol de poderes do soberano, que coincide, em linhas gerais, com o rol apresentado por Bodin. Lá estão os poderes de fazer a guerra e a paz com outras nações e Estados, bem como de ser o juiz do que é necessário para a paz e defesa dos seus súditos; a autoridade judicial e a decisão das controvérsias; o direito de escolher os conselheiros, ministros, magistrados e funcionários do Estado; o poder legislativo, ou seja, o poder de fazer as regras pelas quais todos os súditos possam saber o que lhes pertence; a competência para recompensar, punir ou arbitrar (nos casos em que não haja lei que determine a sua medida); a competência para conceder títulos de honra e decidir qual a ordem de lugar e dignidade que cabe a cada um; escolher quais as doutrinas que deveriam ser ensinadas aos seus súditos. O poder soberano reveste-se ainda de fortes prerrogativas, quais sejam: a forma de governo não pode ser alterada pelos súditos; nenhum súdito pode libertar-se

⁷⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Lisboa : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995, cap.

da sujeição ao soberano, sob qualquer pretexto de transgressão; ninguém pode protestar contra a escolha de um soberano pela maioria (os que tiverem discordado devem passar a consentir juntamente com os restantes); o súdito nunca poderá alegar injúria ou injustiça do soberano, pois este é autor de tudo que aquele fizer e ninguém pode injuriar a si mesmo (“É certo que os detentores do poder soberano podem cometer iniquidades, mas não podem cometer injustiça nem injúria em sentido próprio”⁷⁸). Por conseqüência, nada que o soberano faça pode ser punido pelos súditos.

Merece particular atenção a convicção de Hobbes de que o soberano deveria ser também o juiz das doutrinas e do debate público. Ele deveria definir quais doutrinas eram contrárias e quais eram propícias à paz.⁷⁹ Mas Tuck ressalta que o papel do soberano hobbesiano era essencialmente negativo: deveria proibir o desvio da opinião pública para caminhos errados, atuar como dissuasor das más doutrinas. Difere portanto dos totalitarismos modernos, nos quais os governos tentaram inculcar no povo doutrinas econômicas e outras, como o racismo.⁸⁰

Hobbes diminui sensivelmente as possibilidades de desobediência às leis civis (a única exceção era a autodefesa). Mas considerava, entretanto, que o soberano possui também obrigações. O soberano tem que usar seus poderes superiores para o bem do Estado e de seus súditos. Esta é uma lei natural não combatida por Hobbes. E ele a vê como lei natural porque ele pode admitir a sujeição do soberano somente às leis naturais, nunca àquelas que o Estado fez. Nas palavras do próprio autor:

A função do soberano (seja ele um monarca ou uma assembleia), consiste no fim para o qual lhe foi confiado o soberano poder, nomeadamente a obtenção da *segurança do povo*, ao qual está obrigado pela lei de natureza e do qual tem de prestar contas a Deus, o autor dessa lei, e a ninguém mais além dele.⁸¹

O soberano era uma figura ambígua: possuía grandes poderes, aparentemente “iliberais”. Mas havia coisas que ele não podia (ou não devia) fazer e que no Estado contemporâneo seriam vistas como inquestionavelmente legítimas.⁸² Por exemplo, Hobbes era contra a taxaçoão igualitária, tendo preferido a taxaçoão sobre artigos de

XVIII, p. 149.

⁷⁸ Ob. cit., cap. XVIII, p. 151.

⁷⁹ *Idem*, cap. XVIII, p. 152.

⁸⁰ TUCK, Richard. *Hobbes*. New York : Oxford University Press, 1989, p. 74.

⁸¹ HOBBS, Thomas. Ob. cit., cap. XXX, p. 265.

⁸² TUCK, Richard. *Hobbes*. Ob. cit., p. 72.

consumo. Além disso, Hobbes via como moralmente errado algumas pessoas possuírem mais do que necessitavam. Igualmente, pensava que o soberano devia promover a distribuição de riquezas quando a existência dos súditos estivesse ameaçada.

A nutrição de um Estado consiste na abundância e na distribuição dos materiais necessários à vida; (...) [a] distribuição dos materiais dessa nutrição é a constituição do *meu, do teu, do seu*. Isto é, numa palavra, da *propriedade*. E em todas espécies de Estado é da competência do poder soberano.⁸³

Em outros autores que se seguiram a Hobbes (e também alguns que já haviam escrito antes dele), a questão dos direitos dos súditos contra o soberano ocupa posição de evidência. É mister observar que a soberania para Hobbes não conhece quaisquer limitações, pois se as conhece, não é soberano e o poder supremo estaria com aquele que tem o poder de lhe impor tais limitações. É o caso dos éforos de Esparta, que limitavam o poder do rei. Neste caso eles eram os detentores do poder soberano, não o rei.⁸⁴ O poder soberano não está, - como pensava Grócio -, circunscrito às limitações contratuais impostas a ele pelos súditos. A justificação está na citação de Mateus (6:24): “ninguém pode servir a dois senhores” e na necessidade de coesão do Estado, pois um reino dividido não se mantém.

Daí decorre que o descumprimento da obrigação primordial de segurança pelo soberano não autoriza a rebelião dos súditos, pois estes não têm contra aquele qualquer direito. Hobbes admitia a possibilidade de os súditos se rebelarem contra o soberano, mas não lhes reconhecia o direito de rebelião. Os súditos devem sempre obedecer às leis civis, mesmo contra a lei da natureza pois neste caso quem a infringe não é o ator (súdito), mas o autor da lei (soberano),⁸⁵ que é o intérprete último das leis da natureza. A obediência civil deve, portanto, ser absoluta.

Para delimitar os direitos dos súditos, Hobbes lembra que pelo pacto social, todos os atos do soberano são autorizados pelos súditos quando estes instituem o Estado. Não é possível deste modo que o soberano faça mal ou injustiça ao súdito, porque ninguém pode ser injusto consigo mesmo.

Os súditos têm direitos, mas apenas contra os demais súditos, não contra o soberano. Na opinião de Hobbes, a doutrina da propriedade absoluta (segundo a qual o

⁸³ HOBBS, Thomas. Ob. cit., cap. XXIV, p. 203-204.

⁸⁴ O exemplo de Esparta, já usado por Hadrian Sarávia, encontra-se citado por HOBBS, Thomas, ob. cit., cap. XIX, p. 162.

proprietário tem direitos sobre a coisa mesmo contra o soberano), é uma das causas do enfraquecimento do Estado.⁸⁶ Aliás, mesmo Rousseau (1712-1778) não diverge neste ponto, pois afirma: “o direito que cada particular tem sobre seus próprios bens está sempre subordinado ao Direito que a comunidade tem sobre todos, sem o que não teria solidez o liame social, nem força verdadeira o exercício da soberania.”⁸⁷ A justificação reside na própria convenção do pacto social: os indivíduos não possuíam bens antes da instituição do Estado. Hobbes compartilhava da noção corrente em seu tempo de que a natureza deu as coisas para todos os homens em comum. Para ele, é a instituição do Estado que torna possível a introdução da propriedade privada ao coagir os indivíduos a abdicar da propriedade alheia.

O poder soberano em Hobbes é portanto indivisível, absoluto (ilimitado ou sem controles – o soberano é livre de qualquer condição), onipotente e perpétuo (como em Bodin), podendo ser exercido por um ou vários (assembléia). O soberano está acima da lei e desta é fonte. Hobbes insistirá na indivisibilidade do poder principalmente para combater a falsa crença de que o poder soberano estava dividido entre o rei, a Casa dos Lordes (*House of Lords*) e a Casa dos Comuns (*House of Commons*), divisão esta que teria sido uma das causas da guerra civil inglesa.

O Leviatã é o homem artificial, capaz de destruir os homens. E é pelo medo que o homem tem de ser destruído violentamente que ele estabelece o pacto com os demais. Esta forma de poder implicará, pela sua ausência nas relações externas dos Estados, a constatação de um constante estado de guerra. A política externa deverá guiar-se, deste modo, pelas necessidades de defesa própria, assim como o homem no estado da natureza guia-se pela necessidade de autodefesa.

Este contínuo estado de guerra dos Estados uns com os outros, permitirá a Hobbes fazer uma defesa daquela forma de governo que prefere: a monarquia, que é indubitavelmente a melhor forma de governo nos períodos de guerra (e portanto é a

⁸⁵ Ob. cit., cap. XVI, p. 138.

⁸⁶ *Idem*, cap. XXIX, p. 258.

⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Lourdes Santos Machado; intr. e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1987, p. 39. A mesma opinião foi exposta antes por Grócio: “[d]ireitos, [de novo] são de dois tipos: privados, que são relativos aos interesses dos indivíduos, e públicos, que são superiores aos direitos privados, uma vez que são exercidos pela comunidade sobre seus membros, e sobre a propriedade dos seus membros, pelo bem-estar comum.” GROTIUS, Hugo. *De jure Belli ac Pacis libri tres*. Trad. Francis W. Kesley et alii. Oxford : Clarendon Press, 1925, VI, p. 36. No original: “Legal rights, again, are of two kinds: private, which are concerned with the interest of individuals, and public which are superior to private rights, since they are exercised by the community over its members, and the property of its members, for the sake of the common good.”

melhor sempre, pois a guerra entre os Estados não cessa). Além disso, na monarquia o interesse público e o privado se confundem. Numa assembléia, os membros sempre têm interesses privados que os levam a votar contra os interesses do bem público. E o rei só é rico quando seus súditos o são. A riqueza e glória de um rei é um povo rico, glorioso e seguro. O rei Charles I já havia se manifestado neste sentido: julgava-se o melhor rei porque era “Rei de um povo rico e livre”⁸⁸.

A ficção do contrato social foi atacada posteriormente por autores de diferentes épocas e matizes ideológicos. Para os marxistas, era uma projeção ideológica do individualismo burguês. O indivíduo precede à sociedade e o contrato que se faz em atendimento aos seus interesses (conservação da propriedade para Locke ou segurança contra a barbárie dos outros homens para Hobbes) é um pacto de homens preexistentes vivendo no estado da natureza. A teoria marxista demonstrará posteriormente que o homem é um animal social (na conhecida expressão de Aristóteles) apenas porque vive e trabalha em sociedade. É esta convivência que o torna um ser social e não um pacto fictício sem lugar no tempo e no espaço.⁸⁹

Já se disse que, para Hobbes, o Estado é formado por um pacto que retira dos homens uma parcela de liberdade (autonomia) para conferir segurança e impedir a guerra incessante de todos contra todos. Isto decorre da visão pessimista da natureza humana que tem Hobbes (“*homo homini lupus*”), visão não compartilhada por Rousseau, denunciada já no início do seu *Do Contrato Social* (1762): “O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles.”⁹⁰ É o Estado que aprisiona e retira a liberdade dos homens, que no estado da natureza seriam livres e iguais. A relação entre particulares e o Estado é mais complexa, pois envolve duas facetas de cada parte: cidadão é a faceta ativa de súdito, que é passivo em relação a soberano, faceta ativa de Estado, que por sua vez, é passivo na relação com o cidadão. O corpo político em relação aos outros soberanos entende-se por “potência”.⁹¹

Para Rousseau, o homem só pode ser livre se for igual, e esta igualdade não é só jurídica, mas também compreende o problema da igualdade econômico-social. Rompe

⁸⁸ SOMMERVILLE, Johann P. Ob. cit., p.86.

⁸⁹ GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Trad. Dario Canali. 10ª ed. Porto Alegre : LPM, 1980, p. 14.

⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. cit., p. 22. Sobre as opiniões de ambos acerca da natureza humana, vide 3.2.2, *infra*.

⁹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. cit., p. 33.

portanto com a crença de que os homens dividem-se em proprietários e não-proprietários e que só os primeiros podem ser livres. Isto é verificável em Locke (1632-1704), para quem o contrato é instituído para assegurar a propriedade privada. Ora, só os proprietários poderiam firmar este pacto e, como Kant (1724-1804) dirá depois, o efetivo exercício da soberania será um poder de apenas uma parte do povo. Só é livre quem é proprietário e só os homens livres podem exercer ou mesmo delegar a soberania. E a “relação indissolúvel entre propriedade e liberdade é justamente a essência do liberalismo.”⁹²

A soberania em Hobbes é delegada pelo povo ao portador do poder soberano. Ela é atributo indivisível do Estado. Rousseau concordará com a indivisibilidade e unidade da soberania, mas será claro ao conferir este poder diretamente ao povo, que se manifesta através da assembléia. Na sua visão, o Estado é uma pessoa moral e “o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, ganha, como já disse, o nome de soberania.”⁹³

Mas se percebe que de Bodin para Rousseau, a diferença reside na opção feita em relação ao detentor do poder soberano.⁹⁴ Embora Bodin admitisse pudesse este residir em uma, várias ou todas as pessoas, constituindo nisto a própria forma do Estado, ele optou por demonstrar preferência pelo estado monárquico. Já Rousseau preferiu dizer que o poder soberano é sempre do povo, e que este delega ao governo o poder de mando, mas a instituição teórica do poder soberano é idêntica num e noutro autor; Rousseau tem em mente o mesmo poder soberano que Bodin delineou,⁹⁵ inclusive em relação aos atributos da soberania, apenas formulou opinião diversa quanto ao exercício deste poder e quanto ao seu detentor, apoiando-se também na distinção já feita por Bodin entre Estado e governo. Porém, é preciso lembrar que o próprio Bodin alertou: “[e]m matéria política, mais do que em nenhuma outra, a opinião tem muitas vezes mais valor do que a verdade.”⁹⁶

⁹² GRUPPI, Luciano. Ob. cit., p. 17.

⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. cit., p. 48.

⁹⁴ Neste sentido, JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 406.

⁹⁵ Veja-se, v.g., que o Rousseau vê no Estado uma pessoa moral e “... o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, ganha, como já disse, o nome de soberania.” Ob. cit., p. 48.

⁹⁶ Ob. cit., p. 100. No original: “*En materia política, más que en ninguna otra, la opinión tiene a menudo más valor que la verdad.*”

3.2.2 O Leviatã é o Rei de todos os filhos da soberba: observações sobre a natureza do homem

Na análise da teoria política de Hobbes, é imprescindível fazer observações sobre as suas impressões sobre a natureza humana, em que pèse, à primeira vista, parecer ser uma empreitada supérflua ou desfocada. Entretanto, ele dedica boa parte de sua obra a descrever tais impressões, que implicarão muitas das suas visões políticas. O próprio contrato social é fruto da necessidade humana de refrear os impulsos naturais uns dos outros, pois sem ele os homens, - egoístas, vaidosos e tementes -, não poderiam viver em paz em sociedade e a insegurança os assolaria.

É no estado da natureza que Hobbes identifica a natureza humana. Este é o estado das paixões, do amor natural à liberdade e ao orgulho. Três causas são as principais para gerar a discórdia: a competição, a desconfiança e a glória.⁹⁷ Hobbes demonstra perceber que o homem é naturalmente egoísta, orgulhoso e sedento de liberdade, volúvel às paixões. É por isso que Hobbes cita o Leviatã das escrituras de Jó, o “Rei de todos os filhos da soberba”⁹⁸, pois o detentor do poder soberano é o ser capaz de, através da coerção, viabilizar a vida em sociedade destes seres volúveis.

Se o homem tem uma natureza tão má, então se justifica a afirmação de Hobbes de que qualquer governo é melhor do que nenhum, tese esta que encontra guarida em todo o pensamento da época (Saravia, Filmer, Adams).⁹⁹

Anteriormente, Maquiavel ficou conhecido pelo seu pessimismo acerca da natureza do homem: “Há uma coisa que se pode dizer, de uma maneira geral, de todos os homens: que são ingratos, mutáveis, dissimulados, inimigos do perigo, ávidos de ganhar.” E, ainda, “os homens acabam sempre por se revelar maus, se a necessidade não os obriga a ser bons.”¹⁰⁰

Foi Montesquieu (1689-1755) quem atirou as primeiras pedras à teoria de Hobbes sobre a natureza humana, na sua obra *O Espírito das Leis* (1748). Para ele, a primeira lei natural seria a paz, já que num estágio selvagem, a timidez e o temor seriam os impulsos predominantes. “Não é razoável o desejo que Hobbes atribui aos homens de

⁹⁷ HOBBS, Thomas. Ob. cit., cap. XIII, p. 111.

⁹⁸ *Idem*, cap. XXVIII, p. 253.

⁹⁹ SOMMERVILLE, Johann P. Ob. cit., p. 83.

¹⁰⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Comentado por Napoleão Bonaparte, trad. Fernanda Pinto Rodrigues (texto) e M. Antonieta Mendonça (comentários de Napoleão Bonaparte). Lisboa : Europa-América, 1976, p. 89.

subjugarem-se mutuamente. A idéia de supremacia e de dominação é tão complexa e dependente de tantas outras que não seria ela a primeira idéia que o homem teria.”¹⁰¹

Baseado neste primeiro ataque, Rousseau também dirigiria fortes críticas contrastando o troglodita que via na teoria de Hobbes com o bom selvagem; pois as paixões que trariam a desgraça para o homem advêm da civilização e não são caracteres inatos no homem. Para o escritor francês, Hobbes não tratou da natureza do homem, mas da natureza dos homens do seu tempo. O homem caracteriza-se mais pela vontade livre do que pela sensibilidade ou pela razão. “Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos Direitos da humanidade, e até aos próprios deveres.”¹⁰²

Rousseau resume as idéias de Thomas Hobbes no início do Capítulo III de *Do Contrato Social*: “O mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, senão transformando sua força em direito e a obediência em dever.” Depois inicia sua resposta: “Ceder à força constitui ato de necessidade, não de vontade; quando muito, de prudência.”¹⁰³

Hobbes, ao que parece, discordaria desta afirmação de Rousseau que dá prevalência à força sobre a vontade na instituição do Estado. Recorde-se a comparação entre o escravo e o súdito. O escravo é capturado e subjugado. Vive sob as ordens do senhor, não porque o queira, mas porque é obrigado pela força e pelo cárcere. O súdito vive sob as ordens de um senhor porque quer, pois ele o instituiu como seu superior, comandante da pessoa artificial que lhe dá segurança e estabilidade social. O contrato social é então uma relação desta segunda forma, pois não há contrato sem consentimento e é o assentimento do súdito a única garantia de sobrevivência do

¹⁰¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília : Universidade de Brasília, 1982, p. 43. Já antes, mas noutro sentido, na obra de John Locke, se pode vislumbrar um ataque às concepções hobbesianas, como nesta eloqüente frase: “como se quando os homens deixassem o estado de natureza e entrassem em sociedade, eles concordassem que todos, menos um, deveriam estar sob as restrições das leis, mas que aquele que ainda retivesse toda a liberdade do estado de natureza, a tivesse ampliada pelo poder e tornada licenciosa pela impunidade. Isto seria pensar, que os homens são tão tolos que para evitar os problemas que lhes causariam os *furões-bravos* e as *raposas*, mas que estariam contentes, sentindo-se seguros, sendo devorados por *leões*.” LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Edited by C. B. Macpherson. Indianapolis : Hackett, 1980, § 93, p. 50. No original: “To ask how you may be guarded from harm, or injury, on that side where the strongest hand is to do it, is presently the voice of faction and rebellion: as if when men quitting the state of nature entered into society, they agreed that all of them but one, should be under the restraint of laws, but that he should still retain all the liberty of the state of nature, increased with power, and made licentious by impunity. This is to think, that men are so foolish, that they take care to avoid what mischiefs may be done them by pole-cats, or foxes; but are content, nay, think it safety, to be devoured by lions.”

¹⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ob. cit.*, p. 27.

¹⁰³ *Idem*, p. 25.

Estado¹⁰⁴.

Uma defesa da teoria de Hobbes, tendo em vista principalmente estes ataques, é feita com esmero por Martins Neto, partindo das distinções entre estado de natureza e estado primitivo, relacionando o primeiro a uma hipótese lógica negativa e o segundo à pesquisa antropológica interessada nas origens do homem. O estado da natureza seria assim o Não-Estado, ou a hipótese negativa que contrasta com o Estado e a causa do estado de guerra (mas não coincidindo com o próprio), uma consequência do estado da natureza que seria evitada com a instituição do Estado.¹⁰⁵

3.2.3 O deus mortal: nenhuma autoridade supra-humana

Observou-se anteriormente que Hobbes é um autor que viveu numa época intermediária entre o fim do feudalismo e o início da modernidade. É um autor renascentista e assiste ao estremecer da base da dogmática tradicional e da filosofia escolástica dos teólogos. Em virtude disto, insere-se no movimento intelectual e político que visa à elevação do poder soberano, para situá-lo acima das Igrejas, “bandos de fanáticos (aos seus olhos) que queriam impor opiniões absurdas aos seus concidadãos, e cujas atividades eram as principais responsáveis pela guerra civil na Europa.”¹⁰⁶

Se é o povo que delega a soberania ao titular desta, então o soberano não recebe o poder de Deus. Hobbes, acusado de ateísmo e incredulidade (a publicação do *Leviatã* chegou a ser proibida pelo bispado), é sem dúvida, um autor que rompe com a hierarquia social existente, de base divina. O soberano é assim, um “deus mortal”, e não um déspota. Embora se assemelhe a este último pelo fato de não ser controlado pelos súditos, difere na racionalidade. O déspota é um mandante caprichoso, irracional, comparado ao sultão oriental. O soberano hobbesiano é inexoravelmente dotado de racionalidade.

¹⁰⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto S. O poder soberano em Thomas Hobbes. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 1, jul-dez 1991. 2ª ed. Rio de Janeiro : Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1991, p. 128.

¹⁰⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes*. Florianópolis : OAB-SC, 1999, p. 61-81. “Noutras palavras, o que ele [Hobbes] sustenta é que destinados *por natureza* a querer e recluir, os homens serão sempre levados a perseguir o objeto de suas paixões, quaisquer que sejam, inatas ou adquiridas, nobres ou não, e se preciso for entrarão em combate com aqueles que se colocarem no meio do caminho, a menos que exista um poder que formule o direito de cada um e impeça as violações.” *Idem*, p. 80.

¹⁰⁶ TUCK, Richard. *Hobbes*. Ob. cit., p. 74. No original, o texto tem a seguinte redação: “bands of fanatics (in his eyes) who wished to enforce absurd opinions upon their fellow citizens, and whose activities were primarily responsible for the civil wars of Europe.”

Hobbes lutou contra os dogmatismos, que na sua opinião deveriam ser dissolvidos pelo soberano. O único dogma que aceitava era a necessidade de segurança dos cidadãos. O que fosse feito neste sentido deveria ser moralmente aceitável, pois “[a] responsabilidade primária de cidadãos e soberanos é assegurar a sobrevivência física deles próprios e dos seus concidadãos.”¹⁰⁷

Sua principal batalha era contra os dogmatismos religiosos. Para ele, a Igreja é serva do Estado. Hobbes queria destruir as superstições medievais.

Cabe ao homem sensato só acreditar naquilo que a justa razão lhe apontar como crível. Se desaparecesse este temor supersticioso dos espíritos, e com ele os prognósticos tirados dos sonhos, as falsas profecias, e muitas outras coisas dele decorrentes, graças às quais pessoas ambiciosas e astutas abusam da credulidade da gente simples, os homens estariam muito mais preparados do que agora para a obediência civil.¹⁰⁸

Ao dogma da revelação e da lei divina, Hobbes apresentará o dogma da máquina humana e da razão humana.

Hobbes talvez tenha extraído de Maquiavel a noção da ineficácia da religião e seus representantes como único instrumento de coesão social. Pois, para Maquiavel, a prece e a força são necessárias, mas um profeta desarmado não vence ninguém. “A natureza dos povos é mutável, e se é fácil persuadi-los de uma coisa, torna-se difícil mantê-los nesta persuasão.”¹⁰⁹

De acordo com Crossman: “Hobbes pertence à idade na qual os homens estavam destruindo a supremacia da teologia mediante argumentos filosóficos, e tratando de construir uma linguagem científica moderna que se adaptara às necessidades de seu pensamento”.¹¹⁰ Era a hora de destruir o domínio religioso sobre os representantes do Estado. Por isso, o soberano hobbesiano, dotado da legitimidade que lhe confere a vontade de todos manifesta no pacto social, e garantido pelo poder da coerção que lhe é inerente para que possa assegurar o objetivo para o qual fora instituído, é ilimitado, para não reconhecer o direito de qualquer outra instituição de limitar-lhe o poder. E o

¹⁰⁷ TUCK, Richard. *Hobbes*. Ob. cit., p. 73. No original: “*The primary responsibility of both citizens and sovereigns is to ensure the physical survival of themselves and their fellow citizens.*”

¹⁰⁸ HOBBS, Thomas. Ob. cit., cap. II, p. 35.

¹⁰⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. Ob. cit., p. 36.

¹¹⁰ CROSSMAN, R. H. S. Ob. cit., p. 63. O texto citado, na língua original: “*Hobbes pertenece a la edad en que los hombres estaban destruyendo la supremacia de la teologia mediante argumentos filosóficos, y tratando de construir un lenguaje científico moderno que se adaptara a las necesidades de su pensamiento;*”

objetivo último disto é a paz social.

3.2.4 As leis: construção do Estado futuro

O homem é uma criatura invejosa, ambiciosa e temente, e conseqüentemente, em permanente estado de guerra. Mas, como é dotado de razão, pode idealizar regras de comportamento capazes de beneficiar a todos, se aceitas e respeitadas.

A lei é o comando do soberano. Alia-se assim à larga tradição que se inicia com Justiniano (“o que o príncipe decreta tem força de lei”) e passa por Bodin (a lei é o “comando daquele que detém a soberania”). Porém, Hobbes explicita que a lei requer promulgação e deve estar amparada por sanções coercitivas. A lei natural prescreve obediência absoluta ao soberano, exceto quando este comanda aos homens a realização de atos autodestrutivos.

A autoridade, não a verdade, faz a lei. Esta célebre afirmação é uma insurgência contra as teorias jusnaturalistas (Bodin, Grócio) em que as leis eram reveladas por Deus ao homem. Ninguém pode ser obrigado a acreditar em nada.¹¹¹ Logo, a presumida verdade obtida pela revelação (processo sobre o qual Hobbes, autorizadamente, punha sérias dúvidas, pelo apego aos dogmas e pelas implicações sócio-políticas) deve ser substituída pela vontade daquele que atua em nome de todos por vontade da maioria destes (que se tornava a vontade de todos).

Hobbes não renunciava às leis da natureza por completo. Mas camuflava esta intenção ao afirmar que “[a] lei de natureza e a lei civil contêm-se uma à outra e são de idêntica extensão.”¹¹² A desnecessidade da revelação aparece mais uma vez quando Hobbes afirma que as leis da natureza não precisam ser públicas nem proclamadas, “pois estão contidas nesta única sentença, aprovada por toda a gente: *Não faças aos outros o que não consideras razoável que seja feito por outrem a ti mesmo.*”¹¹³

As leis da natureza são derivações do princípio da autopreservação. É por isso que o

¹¹¹ HOBBS, Thomas. Ob. cit., cap. XXXII, p. 292. *In verbis*: “Pois se alguém pretender que Deus lhe falou sobrenaturalmente, e imediatamente, e se eu de tal duvidar, não me é fácil ver que argumento pode ele apresentar para me obrigar a acreditar. É certo que, se ele for meu soberano, pode obrigar-me à obediência, impedindo-me de declarar, por actos ou palavras, que não acredito, mas não pode me obrigar a pensar de maneira diferente daquela de que a minha razão me convence. Mas alguém que não tenha sobre mim tal autoridade e pretenda o mesmo não terá nada capaz de impor seja a crença, seja a obediência.”

¹¹² *Idem*, cap. XXVI, p. 219.

¹¹³ *Idem*, cap. XXVI, p. 221.

soberano deve obedecê-las, para preservar a si mesmo no poder.¹¹⁴ As leis positivas divinas só são obrigatórias nos Estados modernos se os soberanos optarem por introduzi-las.

Hobbes defendeu ainda a intervenção do Estado na economia e na religião (para obter a uniformidade dos ritos).

Sobre a questão do costume, Hobbes dá um tratamento especial, porque implica preservação do passado, da tradição, dos dogmas, que ele rejeita. O costume por si próprio não é lei para Hobbes, mas se torna lei se o soberano assim o manda. Já os romanos reconheciam que o costume tinha força de lei só quando ele estava endossado pelo consentimento tácito do imperador. Suárez e Bodin concordaram. O legislador não é “aquele por cuja autoridade as leis pela primeira vez foram feitas, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis.”¹¹⁵ Por isso, o costume só é lei se a autoridade do legislador concordar em mantê-lo com esta força.

3.2.5 O temor da morte violenta: a força da espada

Estado da natureza e Estado são antíteses completas. No primeiro, a racionalidade permite ao homem temer e a paixão o faz vaidoso. Há aqui uma inspiração em Platão, que antepõe razão e paixão como antíteses completas. É o temor, originado na racionalidade, que o fará ver a necessidade do pacto social, pois a vaidade faz os homens cegos e o medo da morte os faz ver.

As palavras não são nada sem a força da espada. A coerção é a garantia da manutenção do pacto e torna os homens iguais, pois como já disse Maquiavel: “o que permite a outro tornar-se poderoso arruína-se a si próprio, pois esse poder é suscitado pela habilidade ou pela força e uma e outra são de temer no que se tornou poderoso.”¹¹⁶ Assim, com a instituição do soberano cria-se um ser artificial, portanto “algo” e não “outro” mais poderoso, amparado pelo poder da coerção, impedindo-se que um súdito se faça mais poderoso do que o outro a ponto de ameaçar o próximo. Pois nunca poderá ameaçar o poder do soberano. Isto porque o poder da coerção deve ser tamanho que permita ao Leviatã destruir qualquer súdito. Pois só temendo a morte violenta é que haverá a resignação de todos que autoriza a vida em sociedade. Como já dissera Maquiavel, é preferível ser amado e temido, mas se só se puder ser uma delas, é

¹¹⁴ SOMMERVILLE, Johann P. Ob. cit., p. 103.

¹¹⁵ HOBBS, Thomas. Ob. cit., cap. XXVI, p. 219.

¹¹⁶ MAQUIAVEL, Nicolau. Ob. cit., p. 26.

preferível ser temido.¹¹⁷ Com isto, pode-se afirmar que ele (Maquiavel) substitui, como princípio, a honra pelo medo, influenciando toda esta parte da teoria hobbesiana?

Em relação a este tópico em especial, a presença influente de Maquiavel é aparentemente ambígua. É certo que ele rompeu com a união entre moralidade comum e moralidade política. Para ele, a condução do Estado requer uma moralidade diferente, que admite por exemplo, a renúncia à honra, principalmente se em favor da estabilidade do Príncipe. Por outro lado, não renunciou completamente à idéia da honra como algo bom: “não se pode dizer que seja *virtú* matar os seus concidadãos, trair os seus amigos, não ter lealdade, nem compaixão, nem religião. Deste modo conquista-se qualquer senhorio, mas não se ganha honra.”¹¹⁸ Mesmo assim, não há muito para questionar: Maquiavel reconhece as benesses da honra, mas retira-lhe do posto de princípio. É *uma* virtude, mas não *a* virtude. E Hobbes não terá posição diferente acerca deste ponto.

A ligação deste tema com os demais é intrínseca. O poder da coerção é instituído pelo pacto social, que confere um poder a uma autoridade secular, refreando os instintos naturais do homem, através das leis civis. É novamente uma evolução da lição de Maquiavel: “Os principais alicerces de todos os Estados, quer sejam novos, quer antigos, quer mistos, são as boas leis e as boas armas.”¹¹⁹ Não é possível ter boas leis quando as forças não valem nada, e se as armas são boas é razoável supor que as leis também o são.

Posteriormente, Rousseau afirmou que: “a força não faz o direito e que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos.”¹²⁰ Não há contudo motivos para crer que Hobbes fosse discordar. O poder do soberano hobbesiano também necessita de um fundamento legítimo. Entretanto, ele encontra este fundamento no próprio pacto social. O fundamento do poder de coerção é o desejo universal de segurança.

3.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANÁLISE DE HOBBS

Procurou-se ao longo deste trecho em que se analisou a obra de Thomas Hobbes, seguir a trilha de uma pista deixada por Leo Strauss sobre a situação da teoria hobbesiana no virar a página da história, abandonando o feudalismo para a construção

¹¹⁷ Ob. cit., p.89.

¹¹⁸ *Idem*, p. 49.

¹¹⁹ *Idem*, p. 66.

¹²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ob. cit., p. 26.

da modernidade. Esta pista consiste na afirmação de que a teoria hobbesiana guarda uma relação particular com cinco movimentos (pretensamente identificáveis com os cinco tópicos do item 3.3 acima): 1) a monarquia deixa de ser a forma natural do Estado para ser o mais perfeito Estado artificial; 2) a obrigação natural, reconhecida como base da Moral, do Estado e da Lei, cede espaço à noção de necessidade natural, que a substitui; 3) o reconhecimento de uma autoridade supra-humana é trocado por uma autoridade do Estado exclusivamente humana; 4) abandona-se o estudo dos Estados passados e presentes para estudar a construção de um Estado futuro; 5) a honra, tida como princípio, é superada pelo medo da morte violenta como princípio. A filosofia de Hobbes é a conexão homogênea entre os estágios finais destes movimentos.¹²¹

Hobbes foi um filósofo político que avançou ao demonstrar que o Estado é um representante dos indivíduos e a eles serve, embora estes não possuam o efetivo exercício da soberania. O contrato social em Hobbes é assim a instituição de um Estado, movida pela esperança comum dos homens de viver em paz. O *Leviatã* é uma construção ideológica que tenta demonstrar o caminho da reconciliação entre o homem anti-social e a vida em sociedade.

Considera-se então que Hobbes não oferece a justificação do despotismo, mas as razões para a obediência civil. Indo mais além, Crossman afirma que “O *Leviatã* é o primeiro ataque democrático que sofreu a democracia.”¹²²

Sommerville, que expõe as idéias políticas de Hobbes sempre conectadas aos fatos e doutrinas do seu tempo, consegue demonstrar que muitas das idéias expostas no *Leviatã* são em grande parte lugar comum no pensamento da época. A pesquisa de Sommerville ajuda a desmistificar em parte a noção de que Hobbes foi um homem completamente fora de seu tempo, precursor original de inúmeras doutrinas da modernidade. Mas ao mesmo tempo, repara-se, com Strauss, que talvez não possa ser encontrado nenhum elemento da teoria política de Hobbes que não possa ser identificado em seus predecessores, mas tais elementos foram surgindo espalhadamente e só encontram sua unidade moderna na obra de Hobbes.¹²³ E a importância de sua obra em toda a teoria política que lhe sobreveio é inarredável. Kant, Hegel, Rousseau e outros tantos jamais teriam alcançado as conclusões que tiveram sem a existência de

¹²¹ STRAUSS, Leo. Ob. cit., p. 129.

¹²² CROSSMAN, R. H. S. Ob. cit., p. 73. O texto original: “*El Leviatán es el primer ataque democrático que sufrió la democracia.*”

¹²³ STRAUSS, Leo. Ob. cit., p. 1.

Hobbes e sua obra. Daí que, mais do que julgar a obra de Hobbes, deve-se lhe reconhecer a importância sem entretanto mitificar a si ou às suas idéias. Até porque, muito do que ele escreveu teve como objetivo dissolver mitos e dogmas e não construí-los.

Nesse sentido, é de se extrair a formulação que permite ir adiante. Para Hobbes, a noção de soberania está voltada principalmente para dentro, para o interior do Estado, e assim entendida pode-se afirmar que Hobbes pretendia concentrar no soberano o máximo de poder possível, dissociando o poder do Estado do poder eclesiástico e salvaguardando o primeiro da influência desmedida do segundo. No que se refere ao plano externo, a concepção hobbesiana faz crer na existência de um grande conflito entre nações fortes e fracas, um estado de natureza que deve ser enfrentado pelo monarca armando o seu Estado da melhor maneira possível.

Do ponto de vista estrutural, a grande modificação feita no poder soberano definido por Jean Bodin é decorrente da idéia de que é autoridade quem faz a lei, negando a "lei natural" como lei de cunho obrigatório para o soberano já que ninguém poderá constrangê-lo à sua obediência, sendo apenas portanto "regras de prudência". Em consequência desta negação, o poder será plenamente absoluto, pois os controles piamente armados por Bodin são retirados na concepção secular do poder hobbesiano.¹²⁴

¹²⁴ BOBBIO, N. *A teoria...*, ob. cit., p. 107: "Embora se possa dizer que absoluto não comporta superlativo, não chega a ser paradoxal afirmar que o poder soberano de Hobbes é ainda mais absoluto que o de Bodin." Na mesma linha, "[é] inegável porém que, de todos os grandes filósofos, Hobbes foi aquele que elaborou a fórmula mais drástica de soberania, aquele que mais alto e firme ergueu a espada do poder." MARTINS NETO, J. P. Ob. cit., p. 99.

CAPÍTULO II

“Se há um dever, se há ao mesmo tempo uma esperança fundada de tornar efetivo o estado de um direito público, embora somente em uma aproximação que progride ao infinito, então a *paz perpétua*, que sucede os até aqui falsamente assim denominados *tratados de paz* (propriamente armistícios) não é uma idéia vazia, mas uma tarefa que, solucionada pouco a pouco, aproxima-se continuamente de seu fim (porque os tempos em que iguais progressos acontecem tornar-se-ão oxalá cada vez mais curtos).” (Immanuel Kant. *À Paz Perpétua*. Ak 385, p. 80)

CAPÍTULO II - A SOBERANIA NO PLANO DO DIREITO INTERNACIONAL

1. INTRÓITO SOBRE DIREITO INTERNACIONAL

Este espaço da dissertação está dedicado a repassar as noções mais importantes do Direito Internacional para localizar o aproveitamento do conceito de soberania e sua influência neste campo do Direito. Conforme o ensinamento de Bobbio, percebe-se que “[a] soberania tem duas faces, uma voltada para o interior, outra para o exterior. (...) Correspondentemente, vai ao encontro de dois tipos de limites: os que derivam das relações entre governantes e governados, que são os limites internos, e os que derivam das relações entre os Estados...”¹

O capítulo anterior dedicou-se principalmente à soberania voltada para dentro (embora Hobbes já ensaiasse uma projeção ao exterior, que seria necessária numa obra sobre o Estado escrita numa época em que a obra de Grócio sobre o Direito Internacional tinha larga repercussão), e é notável que o conceito tenha sido formulado antes para isto, mas a utilização do conceito para a descrição das relações entre os Estados faz projetar o conceito para fora e o reforço do poder do ponto de vista interno faz reduzir as possibilidades de um condicionamento às condutas dos Estados vindo de fora, como é o Direito Internacional.

É que uma vez que o Direito Internacional se estabelece como um conjunto normativo entre os Estados, e que estes Estados têm como característica fundamental um poder soberano, com características de absoluto e ilimitado, como é formulado classicamente², a própria viabilidade deste Direito será um motivo de permanente inquietação entre os estudiosos preocupados com o Direito Internacional, uma vez que é da vontade dos soberanos que são produzidas as leis e que eles não têm, ontologicamente, superior.

¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo : Paz e Terra, 1992, p. 101.

² Lembre-se aqui que mesmo que Bodin tenha pensado em limites ao poder soberano, a efetividade deles estava condicionada ao respeito pelas leis divinas e naturais, sendo que o soberano que os traspassasse estaria sujeito ao julgamento divino, mas tão-só, uma vez que a resistência civil era condenada. A posterior laicização da sociedade internacional e o próprio trabalho de Hobbes aquebrantarão tais limites, demonstrado sua fraqueza na prática. É esta forma que sustentará o absolutismo que é tida como

A intenção neste capítulo é descrever a incorporação e construção da projeção externa do conceito de soberania, verificando como se pode responder à questão crucial da possibilidade da regência de relações entre Estados soberanos pelo Direito. Para contextualizar a questão posta e verificar seus diferentes tratamentos, é necessário repassar alguns tópicos relativos ao Direito Internacional.

Neste primeiro momento então, far-se-á um breve retrospecto da historiografia do Direito Internacional desde suas raízes até a obra de Grócio, que será analisada em pormenor, dada a sua relevância, já acima explicada, para o presente trabalho.

De acordo com Oppenheim:

O Direito Internacional como um Direito entre Estados soberanos e iguais baseado no consentimento comum destes Estados é um produto da civilização cristã moderna, e pode se dizer que tenha aproximadamente quatrocentos anos. Entretanto, as raízes deste Direito vão muito longe na história.³

Com efeito, as raízes do “Direito Internacional”⁴ estão firmadas na antiguidade. Os primeiros tratados de que se tem notícia remontam a mais de cinco mil anos. Autores citam um tratado entre o Reino de Lagash e a cidade de Umma (cerca de 3010 a.C.) e um outro subscrito pelo Faraó Ramsés II e o Rei dos Hititas, Katusil III, sobre cooperação militar mútua (cerca de 1291 a.C.).⁵ Este último já é da época dos cinco

a formulação clássica do conceito.

³ OPPENHEIM, L. *International Law : a treatise*. 7. ed., editada por H. Lauterpacht. London : Longmans, Green and Co., 1954, v. 1, § 37b, p. 68. No original: “*International law as a law between sovereign and equal States based on the common consent of those States is a product of modern Christian civilisation, and may be said to be about four hundred years old. However, the roots of this law go very far back into history.*”

⁴ Já de início, ressalva-se aqui que a referência à expressão “Direito Internacional” será feita objetivando o Direito Internacional Público, visto que o chamado “Direito Internacional Privado” é muito antes uma teoria geral ou regras gerais de aplicação das normas do que propriamente Direito Internacional. Kelsen é partidário desta posição. Para este autor, Direito Internacional Privado é Direito Interno de um Estado que se refere ao ou incorpora direito de outro Estado. Logo, ao aplicá-lo, o juiz não aplica direito de outro Estado, mas o direito do seu próprio Estado. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. Trad. Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 347-355. O “apêndice” “público” foi apostado ao Direito Internacional justamente para diferenciá-lo do Direito Internacional Privado (*conflict of laws* nos países de língua inglesa). Logo, será possível retirá-lo se se adotar a posição aqui exposta. ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. Saraiva : São Paulo, 1996, p. 3.

⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Evolução Histórica do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 115, jul.-set. 1992, p. 382; TRUYOL Y SERRA, Antonio. *História do Direito Internacional Público*. Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa : Instituto Superior de Novas Profissões, 1996, p. 19.

grandes impérios (Babilônia, Egito, Hitita, Mitani e Assíria), os quais “reconheciam-se entre si como iguais, e suas relações baseavam-se sobre as noções de equilíbrio e de reciprocidade, com esferas de influência em que os conflitos marcavam zonas de tensão política e militar”.⁶

Indícios da existência de um Direito entre povos de diferentes nações existiram também nas mais conhecidas civilizações da Idade Antiga. Os judeus permitiam que estrangeiros vivessem em igualdade no seu território e pressentiam a possibilidade das nações poderem viver unidas em paz. Os gregos mostraram que Estados independentes poderiam ter as relações entre si reguladas por certas regras e costumes baseados no consenso entre eles. Os romanos deram o exemplo de como aplicar o Direito a estas relações.⁷

Depois da derrocada do Império Romano, demorou muito tempo até que, do amálgama de povos bárbaros que o venceram e dos habitantes do império vencido, surgissem nações definidas e diferentes. Mas com coroação de Carlos Magno como Imperador Romano, no ano 800, uma nova estrutura surge, tendo como líder secular o Imperador e espiritual o Papa. Nesta ordem de coisas, que se estende, *grosso modo* até os séculos XV e XVI, não havia espaço para o desenvolvimento de um Direito Internacional, que, como já antes foi dito, acompanha o surgimento dos Estados territoriais.

Oppenheim aponta sete fatores que, nos séculos XV e XVI, preparam o campo para o surgimento de um Direito Internacional: 1) a retomada dos estudos de Direito Romano; 2) a aparição de coleções de Direito Marítimo, de grande importância em suas relações com o comércio internacional; 3) a criação de inúmeras ligas de proteção da população e do comércio entre cidades; 4) o uso crescente de missões diplomáticas; 5) a manutenção de exércitos permanentes; 6) a Renascença e a Reforma, com a retomada dos ideais filosóficos e estéticos dos gregos e romanos; 7) os projetos de paz perpétua, que vão desde Pierre Dusbois (*De Recuperatione Terre Sancte* - 1305) a Émeric Crucé (*Le nouveau Cynée* - 1623), que propôs uma união consistindo de todos os Estados do mundo conhecido.⁸

⁶ TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 20.

⁷ OPPENHEIM, L. Ob. cit., § 38-41, p. 70-74.

⁸ *Idem*, § 42, p. 75-79;

Como disciplina autônoma da ciência jurídica, o Direito Internacional aparece pela primeira vez em *De jure Belli ac Pacis* (1625), do jurista holandês Hugo Grócio, obra a seguir comentada.

2. A CONTRIBUIÇÃO DE HUGO GRÓCIO

2.1 CONTEXTO E OBJETIVO DO TRATADO SOBRE O DIREITO DA GUERRA E DA PAZ

Em grande parte os fatos históricos mais importantes ocorridos durante a época de Grócio já foram abordados anteriormente, quando das análises de Bodin e Hobbes. Então, cumpre fazer um breve relato da sua vida e da República Holandesa, neste período.

Grócio nasceu em Delft, no ano de 1583, filho de Jan de Groot, curador da Universidade de Leyden, para a qual Grócio entrara com apenas 11 anos. Em 1598, Grócio acompanhou Johan van Oldenbarneveldt, então o homem forte do governo da República Holandesa, em uma missão diplomática à França, onde recebeu o doutorado pela Universidade de Orleans. Foi também nesta viagem que Henrique IV chamou-o de “o milagre da Holanda”. No ano seguinte se estabeleceria como advogado em Haia. Em 1601, acumularia à prática forense o cargo de historiógrafo da Holanda.

Na República Holandesa daqueles tempos, que ainda lutava por afastar-se do jugo dos espanhóis unidos aos Habsburgo,⁹ o Estado estava organizado em torno dos Estados Gerais das Províncias Unidas dos Países Baixos desde a União de Utrecht. Este conglomerado surgiu em 1579 graças às iniciativas de Guilherme d’Orange, o Taciturno, que liderou a revolta das sete províncias protestantes unidas. Ele e seus descendentes, ocuparam o cargo de *stadholder*, um chefe de Estado com poucos poderes, dependentes dos Estados Gerais.¹⁰ Durante as duas primeiras décadas do século XVII, a incipiente república acumulou diversas conquistas e prosperidade econômica.

⁹ Embora as Províncias Unidas tenham se declarado independentes em 1581, o reconhecimento da independência da República Holandesa só vem com a Paz de Vestfália, de 1648. Todavia, um armistício fora firmado em 1609, quando o Império encontrava-se enfraquecido pela malograda invasão na Inglaterra e as intervenções na guerra civil francesa, e durara até 1621. ROELOFSEN, C. G. Grotius and the Development of International Relations Theory: ‘The Long Seventeenth Century’ and the elaboration of a European States System. *Quinnipiac Law Review*. Vol. 17, n. 1, Spring 1997, p. 41.

¹⁰ A divisão de poder na República Holandesa do período referido pode ser bem verificada a partir do relato de um embaixador inglês enviado àquela república, Sir William Temple: “...no Príncipe, [residia] o comando de todas as forças de terra e mar, como Capitão-Geral e Almirante, e desse modo a disposição de todos os comandos militares, o poder de perdoar as sanções por crimes, a escolha de

As ligações entre governo e alta burguesia eram fortes na República Holandesa do início do século XVI. Naquela época não havia lá a concentração do poder em mãos de um monarca absoluto, como ocorria em boa parte do restante da Europa. Os burgueses e capitalistas que desenvolviam o comércio, principalmente marítimo, exerciam o poder no país através dos Estados Gerais.¹¹ Assim, explica-se a relação entre o governo holandês da época e o maior conjunto de empreendedores daquele país, reunidos na Companhia Unida das Índias Orientais, fundada em 1602. A relação entre eles é importante para um fato que se passou dois anos depois e que envolveu Grócio de uma maneira ou de outra.

O fato aconteceu em 1603, quando navios da Companhia holandesa derrotaram uma pequena armada portuguesa perto de Málaga e trouxeram como butim o navio português “A Catarina” carregado de bens, parte deles perecíveis, que foram vendidos ainda antes da sentença que declarou a justiça da captura. A outra parte foi depois vendida em leilão divulgado com maior alarde. O butim era valioso, tanto que Henrique IV da França comprou parte dele.

Foi por causa deste processo, em que provavelmente tenha atuado como advogado da Companhia, e em que fora bem sucedido, que Grócio começou a escrever seus *De Jure Praedae Commentarius* (“Comentários sobre o Direito das Presas”).¹² Esta

magistrados a partir da nominata das cidades, pois elas apresentavam ao Príncipe uma lista com três nomes e ele elegia um desta lista. Originalmente, os Estados Gerais eram convocados pelo conselho de Estado, no qual o Príncipe tinha grande influência: da mesma forma, desde essa mudança, os Estados não resolveram qualquer coisa de importante sem o seu conselho. Além disso, assim como os Estados Gerais representaram a soberania, o Príncipe d’Orange representou a dignidade deste Estado,...” No original, lê-se: “...in the Prince, the command of all land and sea forces, as Captain-general and Admiral, and thereby the disposition of all military commands, the power of pardoning the penalty of crimes, the choosing of magistrates upon the nomination of the towns; for they presented three to the Prince, who elected one out of that number. Originally the States-General were convoked by the council of State, where the Prince had the greatest influence: nor, since that change, have the States used to resolve any important matter without his advice. Besides all this, as the States-General represented the sovereignty, so did the Prince of Orange the dignity, of this State,...” TEMPLE, Sir William. *From Observations upon the United Provinces of the Netherlands*. (Extraído de “The Works of Sir William Temple”, 4 vols. (London, 1814), Vol. 1, p. 118-119). Disponível na internet: <http://www.fordham.edu/halsall/mod/17dutch.html>. 03.01.2000.

¹¹ C. G. ROELOFSEN insiste numa analogia entre os Estados Gerais da Holanda daquele tempo e o atual Conselho das Comunidades Europeias, apontando uma identidade formal entre as duas instituições, pois havia uma presidência rotativa e o órgão só poderia exercer sua autoridade nos limites do que havia sido estabelecido por acordos entre as partes ou pela prática subsequente. Ob. cit., p. 45.

¹² A afirmação desta tese de que Grócio fora o advogado da Companhia no caso foi iniciada no século XIX por um professor da Universidade de Leyden, Robert Fruin, na época em que os manuscritos do *Direito das Presas* foram redescobertos. A suficiência e convencimento da tese de Fruin são questionados por autores posteriores, como W.J.M. van Eysinga, citado por KINGSBURY, Benedict. *A Grotian Tradition of Theory and Practice? Grotius, Law, and Moral Skepticism in the Thought of*

obra nunca havia sido lançada antes de 1868. Antes fora desmembrada, ao que indica a pedido da mesma Companhia, para a publicação em separado do seu décimo segundo capítulo, que veio a ser então conhecido como *De Mare Liberum*.¹³

Por outro lado, o sucesso político que lhe rendeu a aliança com Oldenbarneveldt, o Grande Pensionário da República, foi grande. Grócio foi nomeado Procurador Geral da Holanda e Primeiro Controlador Público das cortes da Holanda, Zelândia e Frísias Ocidentais em 1607, após ser escolhido a partir de uma lista tríplice pelo Príncipe Maurício de Nassau. Foi também Procurador Geral dos Estados Gerais. Em 1613 foi nomeado Governador de Rotterdam.¹⁴

Os tempos de boa sorte de Grócio acabam-se com a erupção do conflito religioso entre os calvinistas radicais e os tolerantes (arminianos). O povo tomou o lado dos radicais e o príncipe Maurício de Nassau achou aí um bom pretexto para livrar-se dos arminianos e somar poder político em torno do seu cargo de *stadholder*. Sendo parte do partido perdedor, cujo líder (Oldenbarneveldt) foi executado, Grócio foi alvo de um julgamento apressado que lhe resultou numa condenação à prisão perpétua. Na fortaleza de Loevestein foi colocado em 1619. Lá escreveu *Introdução ao Direito Holandês*. Escapou antes de completar dois anos preso, em um caixote que sua mulher lhe entregara com livros.

Em fuga, instalou-se então na França, onde foi sustentado inicialmente por um famoso mecenas, Nicholas Peiresc. Posteriormente, foi nomeado Embaixador da Suécia, título que fez questão de ostentar até a sua morte, inscrevendo-o inclusive no seu

Hedley Bull. *Quinnipiac Law Review*, vol. 17, n. 1, Spring 1997, p. 6, n. 12. Ocorre que o questionamento deve ser ponderado uma vez que os arquivos com os originais que poderiam atestar a veracidade da presença de Grócio como advogado no referido caso já não mais existem depois de um fogo que atingiu o prédio da Marinha Holandesa em que estavam guardados. O trabalho de Fruin então tem grande relevância, pois ele esteve em contato com a sentença original do caso, e alega que os argumentos vitoriosos estão todos presentes no *Direito das Presas*, atestando com firmeza que fora mesmo Grócio um dos advogados da Companhia, inclusive como redator de peças escritas analisadas em juízo. Um outro argumento é o de que Grócio seria um dos poucos advogados daquele local que gozava ao mesmo tempo de uma grande reputação acadêmica e influência política, capazes de atrair a atenção da Companhia. FRUIN, Robert, *apud* SCOTT, James Brown. *Introduction*. In: GROTIUS, Hugo. *De jure Belli ac Pacis libri tres*. Trad. Francis W. Kesley et alii. Oxford : Clarendon Press, 1925, p. XV-XVIII. Se não tiver atuado como advogado, sua posição nos cargos públicos da Holanda e sua proximidade a Oldenbarnevelt certamente teriam exigido um acompanhamento do caso por Grócio.

¹³ Uma abordagem mais detalhada sobre os trabalhos de Grócio relativos à liberdade dos mares pode ser obtida em CAUBET, Christian Guy. *Fundamentos político-econômicos da apropriação dos fundos marinhos*. Florianópolis : UFSC, 1977, p. 21-28.

¹⁴ ROELOFSEN, C. G. Ob. cit., p. 44; SCOTT, James. Ob. cit., p. XLI; TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 68.

epitáfio. Durante este estágio como diplomata, relacionou-se com o Cardeal Richelieu, homem que impunha a prática da razão de Estado na França, posição que Grócio se empenhará em contestar. Grócio morreu em 1645, em Rostock, após uma malsucedida viagem à Suécia em que seu navio naufragou.

O *Direito da Guerra e da Paz (De jure Belli ac Pacis)*, foi escrito durante o exílio do autor na França, tendo começado em 1623 os trabalhos com destino a escrevê-lo. O livro foi publicado em 1625. O fato de tê-lo escrito em tão pouco tempo, explica-se por uma tese comprovada só séculos depois, de que este Tratado era um melhoramento e ampliação de trabalhos desenvolvidos por Grócio ainda na juventude, o *Direito das Presas*.¹⁵

O objetivo imediato de Grócio no *De jure Belli* era condicionar as condutas de guerra às regras de direito. O mediato era preservar a paz alcançada. Segundo Scott, “nós estamos confrontados com um tratado cujo propósito era harmonizar as ações deste mundo em guerra com os princípios de justiça e a prática dos povos Cristãos.”¹⁶

A justificação da obra, no plano da prática historicamente observada pelo autor, é dada por ele mesmo:

Pelo mundo Cristão afora eu observei uma falta de comedimento em relação à guerra, de um modo que até as raças bárbaras ficariam envergonhadas disso; eu observei que homens correm para as armas por causas pequenas, ou por causa nenhuma, e que uma vez que as armas são tomadas não há mais nenhum respeito pelo Direito, divino ou humano; isto é como se, de acordo com uma decisão geral, a exaltação permitisse abertamente o cometimento de todos os crimes.¹⁷

¹⁵ É novamente de R. Fruin a tese, desta vez aparentemente incontestada. Ele promove uma comparação entre os *Commentarius* e o *De jure Belli*, observando profundas identidades entre as duas obras, sendo que a parte argumentativa dos *Comentarius* teria dado a Grócio já metade do Tratado posterior. *Apud* SCOTT, James B. Ob. cit., p. XX.

¹⁶ SCOTT, James B. Ob. cit., p. X. No original: “...we are confronted with a treatise whose purpose was to bring the actions of this world at war into harmony with principles of justice and the practice of Christian peoples.”

¹⁷ GROTIUS, Hugo. Ob. cit., *Prolegomena*, n. 28, p. 20. No original: “Throughout the Christian world I observed a lack of restraint in relation to war, such as even barbarous races should be ashamed of; I observed that men rush to arms for slight causes, or no cause at all, and that when arms have once been taken up there is no longer any respect for law, divine or human; it is as if, in accordance with a general decree, frenzy openly let loose for the committing of all crimes.”

Kingsbury prefere dar mais atenção a um outro elemento, também importante nos objetivos da obra de Grócio, qual seja, o combate ao ceticismo moral de Michel de Montaigne (1533-1592) e Pierre Charron (1541-1603). Eles refutaram as possibilidades de construir uma ética universal por causa da falta de crenças e práticas morais comuns entre os povos.¹⁸

O ponto de partida de Grócio para contrariar estas difundidas teses foi a necessidade de autopreservação do homem, afirmada como princípio moral. É deste modo que ao tratar da propriedade privada, afirma que a distribuição das coisas aos indivíduos foi feita com uma reserva em favor do direito primitivo de subsistência. Este “direito da necessidade” permaneceu desde a antiga comunidade de bens, mesmo após a instituição da propriedade privada.¹⁹ Logo, fazer o mal gratuita ou desnecessariamente a outro é injustificável.²⁰ Ampliando a idéia, esta necessidade de autopreservação justificará a escolha do público e do justo, permitindo verificar a existência de uma moral comum e de um Direito Natural.

Entretanto, ainda que reconhecida seja a sua importância, dentro dos objetivos desta dissertação, este segundo elemento não deve ser mais explorado, cingindo-se ao tratamento dado por Grócio ao Direito entre os Estados, sendo que para isso ter-se-á de adentrar também na sua concepção de Estado, aproveitando o ensejo para delinear a sua concepção de soberania.

A justificação científica dada por Grócio para a sua obra é dar um tratamento sistemático ao direito que lida com as relações entre os Estados, coisa inédita até então.²¹ Para isso ele esboça um sistema de Direito, que será abordado no tópico seguinte.

¹⁸ KINGSBURY, Benedict. Ob. cit., p. 21.

¹⁹ GROTIUS, Hugo. Ob. cit., II,II,VI-X, p. 193-195. As referências à obra de Grócio incluem, na ordem, o número do livro, do capítulo e do parágrafo, anteriormente à página, para facilitar a identificação em outras edições que não aquela que se usou para este trabalho, conforme mencionado na introdução, *supra*, p. 5.

²⁰ TUCK, Richard. *Hobbes*. New York : Oxford University Press, 1989, p. 21.

²¹ GROTIUS, Hugo. Ob. cit., *Prolegomena*, n.1, p. 9 (vide também ns. 36 e 37, p. 22). Nas palavras do autor: “Aquele corpo de leis, entretanto, que se preocupa com as relações mútuas entre os Estados e legisladores dos Estados. (...) até o presente ninguém tratou de uma maneira sistemática e abrangente.” “*That body of law, however, which is concerned with the mutual relations among states and rulers of states, (...) up to the present time no one has treated it in a comprehensive and systematic manner.*”

2.2 O DIREITO E O DIREITO INTERNACIONAL²² NA TEORIA DE GRÓCIO

O sistema de Direito de Grócio é composto por dois grandes ramos, com a divisão baseada nas fontes do Direito.²³ O primeiro é o ramo do Direito Natural. A lei natural é um ditado da razão. A conformidade de um ato com sua natureza racional implicará na sua aprovação ou proibição por Deus.²⁴ A lei natural foi posta assim por Deus, mas é inalterável, inclusive pelo próprio Deus,²⁵ devendo ser descoberta pela razão, primeiro caminho para revelação do Direito Natural. Entretanto, o Direito Natural tem uma segunda fonte, que é o consenso, que no esquema de Grócio exerce um papel de confirmação da lei natural revelada pela razão, ou seja, o que é comumente aceito como sendo lei natural demonstra o acerto dos argumentos da razão que a revelaram. O fundamento do Direito Natural é então a “eqüidade comum”, representando o adjetivo “comum” a parte relativa ao consenso.

O segundo ramo do direito seria o Direito voluntário (positivo), que tem base na vontade. Esta é subdividida em duas: humana e divina, gerando o Direito voluntário humano ou o Direito voluntário divino.²⁶ O último está consubstanciado em sua forma mais perfeita no Evangelho²⁷ e pode ser universal ou para um povo em particular, citando para este segundo caso as leis do Antigo Testamento destinadas ao povo judeu. O Direito voluntário humano tem também sua subdivisão. Ele pode ser nacional (*municipal law*), se emanado do poder civil, ou internacional (*law of nations - jus gentium*), se baseado na vontade das nações.²⁸

Sobre a definição de *jus gentium*, Grócio aduz:

Mas assim como as leis de cada Estado têm em vista a vantagem desse Estado, pelo consentimento mútuo tornou-se possível que certas leis pudessem se originar entre todos os Estados, ou entre muitos Estados; e é perceptível que as leis assim surgidas tenham em vista a vantagem, não de alguns Estados em particular, mas da

²² Uma ressalva deve ser feita, assim como anteriormente se fez sobre os termos “República” e “Estado” (*supra*, cap. I, p. 14, nota 18). O termo Direito Internacional será aqui usado, sob a mesma justificativa de manter uma coerência discursiva nesta dissertação, porém apontando que, a bem da verdade, Grócio não usara este termo, aliás, só usado a partir da obra de Jeremy Bentham (1748-1832), mas sim o termo “*jus gentium*”, traduzido para o inglês como “*law of nations*”.

²³ GROTIUS, Hugo. Ob. cit., I.IX.2, p. 38. O ponto de partida da divisão é referido como sendo a Ética a Nicômacos de Aristóteles, V.X. Marque-se apenas que a fonte propriamente dita do Direito para Grócio é a manutenção da ordem social e a essência do Direito a realização da justiça, dando a cada um o que é seu e cumprindo as promessas e obrigações contraídas para com os outros. *Prolegomena*, n. 10, p. 13 e III.III.II.1, p. 631.

²⁴ *Idem*, I.IX.1, p. 38.

²⁵ *Idem*, I.IX.5, p. 40.

²⁶ *Idem*, I.I.XIII, p. 44.

²⁷ *Idem*, I.III.III.1, p. 93.

²⁸ *Idem*, I.I.XIV.1, p. 44.

grande sociedade de Estados. E isto é chamado de Direito Internacional, quando quer que nós distingamos este termo do Direito Natural.²⁹

O Direito Nacional surge do pacto social e o cumprimento dele pelos homens que o formam, aceitando as determinações daqueles a quem eles entregaram a autoridade, é uma regra do Direito Natural.³⁰ Como os Estados não têm superiores e estão em estado de igualdade entre si, o meio de assegurar a autopreservação é o Direito. Se numa sociedade qualquer de homens há necessidade do Direito para mantê-la, então mais ainda numa sociedade entre Estados, que envolve toda a humanidade. Há então o Direito Nacional e o Internacional. O primeiro é obrigatório no Estado e o segundo entre os Estados.³¹

2.3 O DIREITO DA GUERRA E A GUERRA PELO DIREITO

Antes de adentrar neste tema, melhor será fazer um breve apanhado das doutrinas da guerra justa, o que permitirá situar a posição de Grócio nesta evolução, justificando a atribuição que se lhe dá, de ser um “divisor de águas” nas teorias que envolvem a relação entre os Estados.

A concepção de guerra justa deriva de Roma, do *fetiales*, colégio de sacerdotes que decidia se uma guerra era ou não justa, usando um conjunto de práticas e regras chamado *jus sacrum*. Se considerada justa, cabia ao Senado e ao povo romano a declaração da guerra justa e pia (*bellum justum et pium*). Destarte, a guerra nascia com fundamento religioso e transformava-se em matéria de Direito Público.³²

²⁹ Ob. cit., *Prolegomena*, n. 17, p. 15. O texto, no original: “But just as the laws of each state have in view the advantage of that state, so by mutual consent it has become possible that certain laws should originate as between all states, or a great many states; and it is apparent that the laws thus originating had in view the advantage, not of particular states, but of the great society of states. And this is called the law of nations, whenever we distinguish that term from the law of nature.”

³⁰ *Idem*, n. 15, p. 14.

³¹ Ao tratar das alianças entre os Estados, Grócio deixa claro que o Direito Internacional é um vínculo externo, de um povo com outro, como totalidades: “...uma aliança de Estados difere de um Estado em particular nisto, que os aliados devem evitar o cometimento de injustiças contra qualquer um deles, mas não têm de evitar o mal que se faz entre os cidadãos de um Estado aliado.” No original: “This is in harmony with the statement of Aristotle, that an alliance of states differs from a single state in this, that the allies are charged with preventing the commission of wrong against any one of them, not with prevention of wrong-doing among the citizens of an allied state.” Ob. cit., I.III.XXI.3, p. 133.

³² HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica : uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 28.

Após a decadência do Império Romano, a doutrina da guerra justa encontrou abrigo no meio teológico. Ali, foi São Tomás o seu principal representante. Para ele, os requisitos para qualificar a justiça da guerra eram a autoridade do príncipe, a justiça indiscutível e a intenção lícita. Ocorre que, muitas vezes, na dúvida sobre de que lado estava o bem, e com a Igreja envolvida politicamente, não foi raro considerar-se uma guerra justa para ambos os lados.

Esta controvérsia só teria sido resolvida pelos teólogos espanhóis do século XVI, com Suárez (1548-1617), que demonstrou que ambos podem estar com a injustiça, mas só um pode estar com a justiça, porque a vontade de Deus é indivisível e porque do contrário haveria uma devastação incontida, o que caracterizava os conflitos anteriores à sua época.³³

O rompimento com a doutrina da teologia católica começa com a obra de Gentili (1522-1608). Ele separou o conceito de guerra santa do conceito de guerra justa, abrindo campo para a secularização das relações internacionais. Para ele, iniciados os combates, as leis da guerra deveriam ser respeitadas por ambos os lados (o que está com a justiça e o que está sem ela).³⁴

Grócio irá então aprofundar e firmar estas noções. Para ele, o legal é o justo e o justo é aquilo que está de acordo com a natureza de seres dotados de razão. O Direito define as causas que tornam admissível o recurso à guerra, e, principalmente, a guerra justa é a guerra para impor o direito: "...a guerra não deveria ser deflagrada exceto para a aplicação de direitos; uma vez deflagrada, ela deveria ser conduzida nos limites do Direito e da boa fé."³⁵ Logo adiante, Grócio dá formulação a um outro argumento, qual seja, que a força só pode ser usada quando os argumentos forem vãos, quando não for possível levar a controvérsia ao conhecimento de um tribunal. Nesta esteira, "para que as guerras sejam justificadas, elas devem ser conduzidas com não menos escrupulosidade do que os processos judiciais devem ser."³⁶

As causas para a guerra podem ser ainda justificáveis ("pretextos", segundo Políbio) ou persuasivas ("causas"). Sem causas, as guerras são guerras de selvagens. As

³³ *Idem*, p. 43.

³⁴ *Idem*, p.

que são só persuasivas são guerras de ladrões. Uma causa justa é a autodefesa, só legitimada se necessária, só necessária se certa, não levando em conta só o poder do inimigo, mas também sua intenção.³⁷ Ao lado da defesa, é também causa justa o recobro do que é seu e está com outrem.

É preciso observar que estes argumentos também serviram ao debate acerca da liberdade dos mares. Com suas ponderações, Grócio ajuda na defesa da causa da Companhia das Índias, opondo-se às pretensões inglesas, cujo principal argumento era a força de uma poderosa armada.³⁸

De grande importância é observar que para submeter a guerra ao Direito, Grócio distinguiu o critério da conveniência, de índole política e ligado à “razão de Estado”, do critério da licitude, de índole jurídica.³⁹ A guerra, para ser deflagrada, não era então a que fosse conveniente para o bem público, mas aquela em que as causas justas estivessem presentes. Um grande valo aparece aqui em relação às idéias de Maquiavel, para quem “[o] desejo de conquistar é uma coisa muito comum e de acordo com a natureza, e todas as vezes que os homens que puderem fizerem conquistas, serão louvados por isso ou, pelo menos, não serão censurados.”⁴⁰

Porém, além da submissão da guerra ao Direito na definição da guerra justa, que é talvez a mais aclamada contribuição de Grócio neste tema, outros dois pontos merecem ser lembrados: o tratamento do comportamento dos beligerantes e a manutenção da paz.

Com efeito, para Grócio “existe uma lei comum entre as nações, que é válida tanto na guerra como para a guerra”.⁴¹ Só as leis internas dos Estados podem ser silenciadas durante a guerra, não as regras não escritas estabelecidas pelo Direito Natural e pelo acordo entre as nações.

As regras sobre o comportamento dos beligerantes começam mesmo antes dos exércitos se enfrentarem. Por isso, quem guerreia ao lado da causa justa tem que provar isto ao outro para tentar convencê-lo que a justiça está ao seu lado. É necessário destarte

less scrupulousness than judicial processes are wont to be.”

³⁷ GROTIUS, Hugo. Ob. cit., II.XXII.I-V, p. 546-549.

³⁸ CAUBET, Christian Guy. Ob. cit., p. 27.

³⁹ *Idem*, *Prolegomena*, n. 57, p. 29.

⁴⁰ MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Comentado por Napoleão Bonaparte. Trad. Fernanda Pinto Rodrigues (texto) e M. Antonieta Mendonça (comentários de Napoleão Bonaparte). Lisboa : Europa-América, 1976, p. 24.

⁴¹ Ob. cit., *Prolegomena*, n. 28, p. 20. No original: “*there is a common law among nations, which is valid alike for war and in war...*”

fazer uma declaração de guerra para que ela seja considerada legal. Pelo Direito Internacional, a declaração é necessária para resguardar alguns efeitos,⁴² entre eles o direito de restituição e o direito do beligerante à propriedade das coisas capturadas por ele numa guerra justa.⁴³ Além disso, ela assegura que a guerra não foi promovida por iniciativa privada, mas pelos povos através de seus governantes, ou seja, que a guerra era pública. Então, tem-se que a declaração de guerra deve ser feita pela autoridade competente, que é aquele que detém a soberania do Estado ou quem o soberano expressamente nomear para este fim.

Assim, de acordo com Truyol y Serra, “Grócio preocupou-se mais que os seus predecessores com o Direito na condução das operações, do *jus in bello*. Por aí, contribuiu para a humanização do Direito da guerra, introduzindo o que designa por *temperamenta* na maneira de fazer a guerra.”⁴⁴

A guerra, que é a condição daqueles que estão lutando pela força, é promovida para assegurar a paz e portanto deve ser feita objetivando a paz.⁴⁵ Três métodos são sugeridos para evitar a guerra: conferências; arbitragem, que é aplicável a todos que não têm uma autoridade judicial comum, sendo que o árbitro deve decidir com base na equidade; pela sorte (“*drawing lots*”), tida esta forma de encerrar os conflitos como um mal menor em relação à guerra. Coisa parecida com o sorteio é o combate único entre comandantes ou um número definido de combatentes, lícito perante o Direito Internacional, na opinião de Grócio.⁴⁶

2.4 O PODER CIVIL E A SOBERANIA NA VISÃO DE HUGO GRÓCIO

O poder civil aparece em Grócio delineado com a forma que lhe deu Aristóteles, dividindo o governo entre interesses gerais e particulares, sendo que o principal atributo do governo para os interesses gerais é o de fazer leis, seja para aspectos temporais ou eclesiásticos. É o que Aristóteles chamava de função “arquitetural”. Com relação aos interesses particulares, estes podiam ser públicos (função política), ou privados com relação com o público (função judicial). Aparentemente, a única alteração que introduz é

⁴² Ob. cit., III.III.VI.3, p. 635.

⁴³ *Idem*, III.XX.XXI, p. 812.

⁴⁴ Ob. cit., p. 71.

⁴⁵ Ob. cit., I.I.I-II, p. 33.

a divisão entre o governo por si e por outros (agentes, oficiais, magistrados, embaixadores), afirmando que a taxonomia de Aristóteles só abrangia o governo por si.⁴⁷

O Estado em Grócio aparece identificado com o poder civil, mas também é definido como a associação perfeita, um corpo moral que é o sujeito comum da soberania.⁴⁸ Para o erudito holandês, a questão do poder civil tornou-se complexa porque homens da época trataram-na do ponto de vista do seu uso nas condições daquela época e não do ponto de vista da verdade. Com essa premissa, procura a verdade na história das nações, permitindo-lhe distorcer em certa medida a visão da configuração do poder civil que se gerava em sua época, e que iria permanecer por muito tempo viva, para o seu provável espanto. É dizer, o fenômeno da concentração do poder em mãos de monarcas, e o absolutismo que daí advém, devem ter parecido a Grócio um episódio passageiro, haja vista a organização da República Holandesa e o largo conhecimento de história que possuía, permitindo-lhe identificar nestas manifestações apenas uma repetição efêmera de oscilações na titularidade do poder, subestimando sua importância.

Combaterá assim a soberania tal como exposta por Bodin, afirmando-a como alienável, uma vez que os reis podem possuir o poder soberano com caráter de propriedade. Contudo, os reis, em sua maioria, não podem alienar sua soberania, uma vez que eles mantêm a autoridade real não como um direito de propriedade, mas como em usufruto. A alienação da soberania requer o consentimento do corpo inteiro que faz parte do Estado e daquele que o governa.⁴⁹

A soberania não precisa também ser perpétua, já que o poder de um tirano é igualmente soberano. A duração não altera a essência da coisa.⁵⁰

Quanto à melhor forma de governo, Grócio desprezou a problemática, afirmando que a escolha é livre e pertence ao povo.⁵¹

Grócio considerou a soberania indivisível e una, tal qual Bodin. Mas para Grócio há um grande erro em pensar que um rei que requer que os seus atos sejam aprovados por um senado para terem força de lei está dividindo sua soberania. Na verdade, os atos

⁴⁶ *Idem*, II.XXII, VII-X, p. 560-565 e III.XX.LXII-LXVII, p. 820-824.

⁴⁷ *Ob. cit.*, I.III.VI, p. 101-102.

⁴⁸ *Idem*, I.III.VII.2, p. 103.

⁴⁹ *Ob. cit.*, III.XX.V.I, p. 806.

⁵⁰ *Idem*, I.III.XI.2, p. 114.

⁵¹ *Idem*, I.III.VIII.2, p. 104.

que não são aprovados são também um exercício da soberania do rei que quer se proteger contra acusações advindas contra atos emitidos por sua vontade.⁵²

Há maior concordância entre as noções expostas por Bodin e Grócio no que tange ao caráter absoluto da soberania. Para Grócio, “[o] poder chamado soberano é aquele cujas ações não estão sujeitas ao controle legal por outrem, de maneira que elas não possam ser tornadas nulas sem a interferência de outra vontade humana.”⁵³ Ele não negará os limites postos por Bodin, ou seja, que o poder soberano deve observar o Direito Natural, as leis de Deus e o Direito Internacional, independentemente de qualquer promessa por parte do soberano. Do mesmo lado, também reconhecerá a importância do Direito como expressão da soberania e pilar fundamental do Estado.

2.5 O LEGADO, A ESCOLA E O MITO “GROCIANOS”

Tendo analisado as principais idéias de Grócio pertinentes a este trabalho, cumpre introduzir um elemento crítico, sobre as influências da teoria de Grócio sobre o Direito Internacional. Independentemente de qualquer outra explicação, é necessário observar que a historiografia do Direito Internacional divide-se em um primeiro período que vai até Grócio e um outro que começa a partir de sua obra, que é assim um marco deste ramo do Direito. Com efeito, depois de Grócio, as teorias do Direito Internacional dividem-se em três ramos: positivistas, jusnaturalistas e “grocianos”.⁵⁴

O que interessa aqui neste tópico é dar um significado ao termo “grociano”, ainda dentro da sua teoria, pois a análise desta escola do Direito Internacional será objeto de tratamento logo adiante. O fato é que normalmente se lê referências a Grócio como o fundador do sistema de Estados da Paz de Vestfália, ou o precursor da integração das nações, ou mais ousadamente (e o que é mais comum), o “Pai do Direito Internacional”⁵⁵.

⁵² *Idem*, I.III.XVIII.1, p. 125.

⁵³ *Idem*, I.III.VII.1, p. 102. Na língua da edição usada: “*That power is called sovereign whose actions are not subject to the legal control of another, so that they cannot be rendered void by operation of another human will.*”

⁵⁴ OPPENHEIM, L. *Ob. cit.*, p. 91-93; TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Ob. cit.*, p. 90; KINGSBURY, Benedict. *Ob. cit.*, p. 19; SCOTT, James. *Ob. cit.*, p. XIV.

⁵⁵ Vide *v.g.*, OPPENHEIM, L. *Ob. cit.*, p. 5 e 87.

Quanto a isto, tem-se como certo que Grócio não aceitou a idéia de Hobbes de guerra de todos contra todos⁵⁶ e que ao contrário, ele acreditava na possibilidade de controlar a selvageria da guerra através da lei e da moralidade. Submeteu também a guerra ao Direito e colocou o Direito Internacional dentro de um sistema organizado, como ramo autônomo (ainda que não completamente).

Entretanto, é preciso considerar um apontamento crítico para não exagerar o emblema criado em torno da figura do estudioso holandês. Para Haggemacher, a visão de Grócio não é de um Direito Internacional, mas “extranacional”. O mesmo autor aponta cinco elementos que faltam a Grócio para justificar sua colocação: 1) o arcabouço das fontes do Direito Internacional é muito generalista; 2) sua concepção de Estado não é bem definida nos termos em que hoje se usa o termo; 3) sua teoria dos sujeitos do Direito Internacional é muito incipiente; 4) não há uma teoria da responsabilidade coletiva do Estado porque sua distinção entre a personalidade jurídica do soberano e a do poder governante dentro do Estado é obscura; 5) não há uma doutrina geral da igualdade das entidades soberanas.⁵⁷

Mesmo avaliando que o rigor exigido por Haggemacher é também exagerado para uma obra escrita no século XVI, e, principalmente, uma obra “fundacional” de uma nova ciência, que por certo sempre será incompleta e carecerá de inúmeras complementações, superações e evoluções, é preciso considerar que lhe assiste alguma razão em exhibir uma estátua de verdade, envelhecida pelo tempo, mas que muitos ainda vêem brilhar colocando para isto, - paradoxalmente -, belas vestes a cobri-la.

É de se reconhecer assim um certo “mito grociano”, que vem definido por Roelofsen como: “uma potente mistura de convicções acerca do papel histórico de Grócio no seu próprio tempo e de crenças acerca do necessário desenvolvimento de uma ordem planetária em nossos dias.”⁵⁸ Este mito vem reforçado por uma coincidência histórica relevante: pouco após a sua morte, foi assinado o Tratado de Vestfália, que estabeleceria uma nova organização entre as nações, inaugurando aquilo a que Wolfgang

⁵⁶ Esta contestação é o conteúdo de uma carta escrita para o irmão Willem de Groot, de 11.04.1643, que contém comentários sobre o *De Cive* de Hobbes. Vide, v.g., KINGSBURY, B. Ob. cit., p. 33.

⁵⁷ HAGGENMACHER, Peter. *Apud* KINGSBURY, Benedict. Ob. cit., p. 13-15.

⁵⁸ Ob. cit., p. 36. No original: “a potent mix of convictions about Grotius’ historical role in his own lifetime and beliefs about the necessary development of a planetary order in our own days.”

Friedmann chamou de Direito Internacional de Coexistência, baseado em imperativos negativos consolidados em normas de mútua abstenção.⁵⁹

Era um sistema consolidado pela vontade de soberanos, que se absteriam de intervir nos assuntos internos dos outros Estados, em nome da paz. Dali em diante também, as guerras religiosas seriam congeladas, sendo as guerras movidas unicamente pelo interesse dos Estados, então se estabelecendo sobre poderes absolutos, com alguma variação de intensidade, espaço e tempo.

Não é provável que todas estas conseqüências tenham advindo unicamente da obra de Grócio ou mesmo que ela tenha exercido neste contexto um papel preponderante na condução dos rumos da prática política dos Estados. Mas é certo que, do século XVII para cá, se exigiu que o sistema internacional se tornasse não só bem ordenado, mas também justo. E no *De jure Belli ac Pacis*, Grócio insistiu que o Direito se aplicava às relações entre Estados, abrindo campo para uma nova exploração do tema.⁶⁰ Truyol e Serra assevera: Grócio relevou o “papel do Direito como elemento de integração de uma civilização pluralista no plano religioso e no plano intelectual, moral e político”.⁶¹

No que toca ao problema central desta dissertação, Grócio é importante por acenar com a possibilidade de um outro limite ao poder soberano, qual seja, o Direito Internacional. Por outro lado, apesar da visão crítica de Grócio em relação às teorias de Bodin e Hobbes, a essência do conceito de soberania, com seus atributos característicos, permanece a mesma, embora já se despreendendo da figura pessoal do detentor do poder soberano e adquirindo, por conseqüência, um caráter abstrato.

3. POSITIVISTAS, JUSNATURALISTAS E ECLÉTICOS: A TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL DEPOIS DE GRÓCIO

Antes se expôs que Grócio entendia que o Direito Natural era um ditame da razão, confirmado pela verificação empírica do consenso entre as pessoas. Richard Zouch (1590-1660), um contemporâneo de Grócio (a quem expressamente refere-se como seu precursor), dedicou uma obra ao estudo dos feiciais romanos. Ali ele fez

⁵⁹ LAFER, Celso. *O convênio do café de 1976 - da reciprocidade no direito internacional econômico*. São Paulo : Perspectiva, 1979, p. 8.

⁶⁰ ROELOFSEN, C.G. Ob. cit., p. 59.

⁶¹ Ob. cit., p. 71.

claramente a diferença entre *jus gentium* e *jus inter gentes*, o último relativo às relações entre Príncipes e entre Povos.⁶² Este autor apostou no direito costumeiro como a parte mais importante do Direito Internacional. Desta dicotomia entre o Direito Natural ditado pela razão e o Direito consuetudinário é que surgem as três escolas mencionadas:

Os naturalistas negam o Direito Internacional, porque o entendem como parte do Direito Natural. Pufendorf (1632-1694) é o seu principal expoente. Para ele, seguindo a senda de Hobbes no seu *De Cive*, o Direito Natural divide-se em Direito Natural dos indivíduos e Direito Natural dos Estados. Thomasius (*Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 1705) e Jean Barbeyrac, francês tradutor e comentarista de Grócio e Pufendorf, são outros que podem ser citados.

Os positivistas têm seu lugar no século XVIII principalmente, com Bynkershoek (1673-1743), que fundamentava o Direito Internacional no consenso comum das nações, expresso em tratados ou no costume. Moser (1701-1785), Martens (1756-1821) são outros incluídos nesta escola, ainda que o último aceitasse a existência de um Direito Internacional Natural, o que justifica o fato de por vezes aparecer citado entre os ecléticos ou grocianos.

Os grocianos, posição intermediária entre jusnaturalistas e juspositivistas, são representados principalmente por Christian Wolff (1679-1754) e Emerich de Vattel (1714-1767). Eles mantêm uma fidelidade variável à tese de que o consenso deveria confirmar os ditames extraídos pela razão.

Paralelamente a esta controvérsia, as concepções da ordem internacional no período do Iluminismo foram objeto de um intenso debate. Por um lado, a idéia de progresso, aliada à de civilização, construída pela pacificação dos ânimos gerada pela afluência e interação comerciais, foi corrente entre uma escola do pensamento da época, os Modernistas, da qual faziam parte David Hume e Adam Smith. Era um pensamento fruto de uma ideologia criada em torno da estratégia de valorizar a modernização cultural e econômica do período. A guerra, neste contexto, servia apenas como mero instrumento de aplicação do Direito, uma vez que as grandes transformações no campo econômico aumentaram a interdependência entre as nações e neste mundo a guerra e os

⁶² TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 90; OPPENHEIM, L. Ob. cit., § 54, p. 90. É comum, entretanto, mencionar-se que a distinção já estivesse presente na obra de Francisco de Vitória (1483-1546), *Relectiones theologicae*, publicada em 1557, e claramente na de Suarez, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, de 1612.

exércitos têm um preço, financeiramente considerado, que não vale a pena ser pago. A noção de “balanço de poder” exerce nesta corrente do pensamento uma função de pressuposto para a aplicação do Direito nas relações entre os Estados.⁶³

Por outro lado, os neoclássicos, ou Antigos, opunham-se ao *statu quo*, relevando a ambigüidade deste processo, posto que ao mesmo tempo em que tornaria os homens mais “polidos”, ele tornava-os imprestáveis para as virtudes militares e políticas. O grande expoente foi o escocês Adam Ferguson. Ele desvincula as qualidades da humanidade civilizada pelo comércio da prosperidade, que pode ocorrer em tempos de guerra ou de paz, desmentindo o truísmo de que a prosperidade traz a paz, alardeado pelos Modernistas. A rivalidade e os conflitos entre os homens geram as guerras, mas também são o fator de união entre eles. A grande diferença entre Ferguson e os Modernos está em que ele retira o comércio para colocar a virtude cívica e o fator político como condição de viabilidade para a civilização.⁶⁴

Entre os enciclopedistas (Diderot, Condorcet, Voltaire), assenta-se a noção de que a guerra é incompatível com a ordem da natureza e com a razão, o que os posiciona ao lado dos Modernistas, na dicotomia exposta.

Já Jean-Jacques Rousseau colocou-se no contraponto dos Modernistas no que tange à evolução da sociedade. Para ele, quanto mais o tempo passou, mais o homem entrou em conflito e guerra com o seu semelhante.

Kant por sua vez entendeu que a ordem internacional estava num estado sem leis, num estado de natureza, por analogia à teoria do contrato social, como Hobbes e Rousseau apontaram. Para sair deste estado primevo, os Estados deveriam desistir de suas liberdades selvagens e consentir com leis públicas de coerção e formar um crescente Estado dos Povos que por fim compreenderia todos os povos da terra. Este é o sonho esboçado em *À Paz Perpétua*, que endossa também as teses dos Modernistas.⁶⁵ Todavia, como o próprio Kant admitira que isto é impossível pela vontade dos Estados, então idealizava que ao menos formassem eles uma liga de Estados que repelisse a guerra, uma

⁶³ PANIZZA, Diego. Conceptions of International Order in Eighteenth Century Political Thought: A Typology in Context. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, N. 1, Spring 1997, p. 77.

⁶⁴ *Idem*, p. 87.

⁶⁵ Vide *infra*, cap. III.1, p. 95.

associação permanentemente livre, “contudo com o perigo constante do seu rompimento”.⁶⁶

As concepções do século XVIII sobre a ordem internacional que a tinham como num estado de natureza, numa aplicação derivativa da teoria do contrato social, abriram a trilha para que o positivismo do século XIX pudesse vencer a contenda contra os naturalistas. É porque enquanto aqueles buscavam a explicação para o enigma da força impositiva das normas de Direito Internacional no consenso das nações, o que encaixa na idéia de um contrato social entre os diversos Estados, os jusnaturalistas buscavam para além dos poderes soberanos individuais dos Estados uma explicação para a mesma questão, encontrando-a na moral, na religião, na razão ou numa tendência para a ordem, apostando que a humanidade deve historicamente evoluir e não marchar para o caos.

Na historiografia do Direito Internacional, é comum saltar das antigas filosofias dos séculos XVII e XVIII para a moderna configuração que começa com a Liga das Nações. O período que vai da Revolução Francesa (1789) à Primeira Guerra Mundial (1914), passando por períodos de expansão imperial e colonialismo eurocêntrico, permanece assim como um vácuo em que se propagaram antigas teorias, ou quando muito, o momento de síntese destas teorias que definem o período clássico do Direito Internacional, que será objeto de uma incessante tentativa de superação por todo o século XX. Nas palavras de Kennedy: “Mais do que uma lacuna na memória, o século XIX oferece uma imagem do pré-moderno, uma linha de base contra a qual se mede o progresso da disciplina e o excepcionalismo deste século.”⁶⁷

Durante o século XIX, a soberania ostenta a feição de absoluta em seu território, numa concepção abstrata e artificial da autoridade, sujeita aos contornos ditados pela definição doutrinária. Este período corresponde à consolidação do Estado-Nação, qualificado

enquanto representação política que implica o fato de que as populações que constituem uma sociedade no mesmo território

⁶⁶ KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Trad. Marco Antonio de A. Zingano. Porto Alegre : L&PM, 1989, p. 42 (Ak 357). Tal liga, deveria ser uma "liga de tipo especial, que se pode denominar *liga da paz* (foedus pacificum), que deveria ser distinta do *tratado de paz* (pactum pacis), em que este simplesmente procura pôr fim a uma guerra, aquela, porém, a *todas* as guerras para sempre." (p. 41, Ak 356)

⁶⁷ KENNEDY, David. *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, N. 1, Spring 1997, p. 100. No original: “More than a gap in memory, the nineteenth century offers an image of the pre-modern, a baseline against which measure the discipline’s progress and this century’s exceptionalism.”

reconhecem-se como pertencentes essencialmente a um poder soberano que emana delas e que as expressa - surgido certamente com a Restauração Inglesa de 1690, afirma-se fortemente com a Revolução Americana de 1776 e com a Revolução Francesa...⁶⁸

Uma explicação doutrinária acompanha esta formação; buscando fazer a coincidência entre o Estado e a nação, principalmente com Hegel e depois com a Escola Histórica.⁶⁹ A idéia de nação começa com a participação política da sociedade civil através dos “estados”, “diets” e “parlamentos”.⁷⁰ Ela é construída com base em um espírito do povo (*Volksgeist*), constatado por uma base comum expressa na língua, nos costumes e nas tradições. Pode também ser construída sobre uma vontade de viver em comum, como fez Mazzini.⁷¹

Na mesma direção, remonta aos séculos XVIII e XIX o sistema do equilíbrio de poder, no qual

as relações entre os Estados são forçosamente competitivas, incertas e interesseiras. As conveniências próprias e o oportunismo são ostensivos. A primeira regra de conduta é a consecução da segurança nacional. A nação está pronta a passar de uma aliança para outra sempre que haja possibilidade de aumentar sua segurança.⁷²

No sistema de equilíbrio de poder, as características próprias do Estado repousavam no isolamento ideológico e na inexistência de um controle formal de corpos políticos exteriores mais altos.⁷³

⁶⁸ CHÂTELET, F. *et alii*. *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1985, p. 85.

⁶⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Sociedade*. 2. ed., rev. e amp. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 18-21. O autor resume preciosamente a posição de Savigny, baluarte da Escola Histórica (p. 20): “...o Direito tem sua fonte fundamental no costume que por sua vez é o reflexo histórico do *Volksgeist*.”

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização : o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Trad. Antônio Sérgio da Rocha. *Novos Estudos - CEBRAP*, n. 43, nov. de 1995, p. 89.

⁷¹ RENOUVIN, P.; DUROSELLE, J. B. *Introdução à História das Relações Internacionais*. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1967, p. 185.

⁷² KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Trad. Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro : Zahar, 1964, p. 45.

⁷³ *Idem*, p. 98. As principais características do período em foco são descritas por Lopez: “Revolução industrial, tecnologia em progresso vertical, aquisição de colônias, corrida armamentista, pactos secretos entre as potências, renovação das artes a partir do impressionismo e do pós-impressionismo e surgimento de novas concepções sobre o homem e a sociedade com os trabalhos intelectuais de Darwin, Marx e Freud resumem, em poucas palavras, a agonia de um século e a emergência de outro.” LOPEZ,

Não obstante, o sistema de equilíbrio do poder conseguiu manter a Europa em situação de relativa tranquilidade, sem a ocorrência de grandes guerras no período. Isto ocorreu sobretudo pelo impacto da derrocada das aspirações de Napoleão de assumir o papel da Casa dos Habsburgo, de tornar-se imperador de toda Europa, bem como pelas lutas internas nas principais potências do período, incluindo as lutas de unificação da Itália e da Alemanha.⁷⁴

Mas foi pelo desdém dos Estados à norma jurídica internacional, que a questão feita acima no “Intróito” aumentou seu rigor e desafio para os estudiosos do século XIX. Assim, “[a]o final do século vinte nós lembramos do século dezenove pelo desafio da possibilidade de uma ordem legal e por uma síntese da doutrina clássica. De um certo modo, nós respondemos ao desafio precisamente rejeitando esta síntese.”⁷⁵

O advento das duas grandes guerras marcaria para sempre a história do Direito Internacional. A humanidade do século XX contaria mortes em números inimagináveis e com a invenção de armas de destruição total, o banimento da guerra passa a ser uma questão de sobrevivência da espécie humana. Mas os três pactos⁷⁶ de reprovação da guerra de agressão firmados na primeira metade do século trariam em seu somatório duas das grandes mudanças vislumbradas no Direito Internacional Moderno: a emergência de instituições criadas para resolver problemas internacionais e a colocação da guerra unilateral na ilegalidade, substituindo-a pelas doutrinas da segurança coletiva⁷⁷. Com estes pactos, pretende-se fazer submergir a noção de guerra como “uma continuação do intercuro político, uma condução do relacionamento político por outros meios”,⁷⁸ um instrumento ilimitado por excelência, pois: “[a] guerra é um ato de força, e não há limites para a aplicação desta força.”⁷⁹

Luiz Roberto. *História do século XX*. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1983, p. 12.

⁷⁴ LOPEZ, Luiz R. Ob. cit., p. 11.

⁷⁵ KENNEDY, David. Ob. cit., p. 112. O texto, na língua original: “*At the end of the twentieth century we remember the nineteenth for a challenge to the possibility of legal order and for a classical doctrinal synthesis. In a way, we have responded to the challenge precisely by rejecting the synthesis.*”

⁷⁶ Refere-se aqui ao Pacto da Liga das Nações, de 1918, o Pacto Briand-Kellog, de 1928 e a Carta das Nações Unidas de 1948. Sobre a ilegalidade da guerra no século XX, vide HUCK, Hermes, ob. cit.

⁷⁷ Com efeito, estes tratados representarão o fim de uma opção individualista, baseada: 1) na liberdade de armamento dos Estados; 2) na política de alianças; 3) direito de guerra, mesmo ofensiva; 4) direito de neutralidade. Esta opção foi abandonada porque na prática, o regime da paz armada leva à corrida armamentista, as alianças geram contra-alianças que aumentam o tensionamento nas relações entre os Estados e a neutralidade não passa de uma ilusão. ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris : Recueil Sirey, 1953, p. 463.

⁷⁸ CLAUSEWITZ, Karl von. *War, Politics and Power*. Washington : Gateway, [199-?], p. 83. Na língua de origem: “*a continuation of the political intercourse, a conduct of the political intercourse by other*

Um terceiro avanço deve ainda ser obrigatoriamente citado: a emergência dos indivíduos como sujeitos de Direito Internacional, passando o assunto do tratamento dos cidadãos de qualquer Estado do mundo a ser um assunto internacional, mesmo contra os interesses do Estado dos quais estes indivíduos sejam nacionais.⁸⁰ Então, antes objeto ao dispor do poder soberano, o tratamento dos cidadãos de um Estado passou a exigir um mínimo de direitos fundamentais.⁸¹

Uma evolução doutrinária acompanhou os fatos que caracterizaram o século XX no âmbito das relações entre os Estados. É a ela que se dará atenção nos próximos tópicos.

4. O DIREITO INTERNACIONAL MODERNO

4.1 PANORAMA DA TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL NO SÉCULO XX

No século XX, os teóricos do Direito Internacional de diversos matizes mantiveram extensos debates em relação aos traços elementares da disciplina, que podem ser reduzidos a três problemas fundamentais: a) a existência de um caráter jurídico do Direito Internacional, é dizer, se ele é ou não Direito; b) o fundamento do Direito Internacional, isto é, de onde vem sua força vinculativa; c) a relação entre Direito Interno

means."

⁷⁹ *Idem*, p. 65. Na língua de origem: "War is an act of force, and there is no limit to the application of that force."

⁸⁰ Sobre o assunto, vide JANIS, M. W. Individuals as subjects of international law. *Cornell International Law Journal*. Vol. 17, p. 60-78, 1984.

⁸¹ Hermes Marcelo Huck, citando Fonteyene e Lipsky, aponta as condições necessárias para a intervenção da comunidade internacional por motivos humanitários: 1) deve ser um caso de extrema atrocidade e de ruptura da ordem pública; 2) deve haver proporcionalidade entre violação e ação; 3) não pode haver vantagem direta para o interventor; 4) deve-se dar preferência para ações coletivas; 5) deve-se verificar a cumplicidade dos governantes na violação dos direitos humanos. HUCK, Hermes, Ob. cit., p. 266. Mais adiante (p. 282), o autor alerta que a intervenção armada para coibir abusos humanitários ainda não encontra respaldo suficiente no direito costumeiro nem no direito convencional pós-carta, que contém um conteúdo de violação do direito de autodeterminação dos povos. O problema dos direitos humanos e do direito de intervenção tem sido objeto de bibliografia relevante, de que se pode citar, ligados a este Curso de Pós-Graduação: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *O discurso dos direitos humanos como veículo de dominação exercida pelos países centrais*. In: CAUBET, Christian Guy (org.). *O Brasil e a dependência externa*. São Paulo : Acadêmica, 1989, p. 35-56; sobre o reconhecimento do caráter supra-estatal dos direitos humanos, FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In: OLIVEIRA Jr. José Alcebiades (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 89-112, especificamente p. 106. A idéia das três grandes inovações do Direito Internacional no século XX é o tema do artigo de FRANCK, Thomas M. Three Major Innovations of international Law in the Twentieth Century. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17,

dos Estados e Direito Internacional, se de coordenação ou subordinação, e neste caso se a primazia pertence a um ou a outro. Todos estes problemas estão intimamente relacionados com a questão antes posta e agora traduzida em termos simplórios: como pode haver “Direito” Internacional, se não há um poder soberano que o produza e obrigue seus destinatários?

O caráter jurídico do Direito Internacional (primeiro problema) foi negado por vários autores, a começar por Hobbes, para quem “em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa da sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude dos gladiadores, com as armas assestadas, cada um de olhos fixos no outro”.⁸² Os Estados estão portanto em um estado natural, concepção que aliás foi sustentada por vários autores de Althusius até Kant. A grande diferença é que Kant acreditava na potencialidade de a humanidade sair deste estado a que Hobbes qualificou como miserável, enquanto o filósofo inglês não. O importante e o comum entre os autores que negam o Direito Internacional é, não obstante, a concepção de que não pode haver Direito sem poder soberano, porque para eles Direito só existe enquanto consubstanciado em regras de subordinação. O fato em si de haver normas entre Estados não é refutado por todos autores que negam o caráter jurídico do Direito Internacional, mas os autores que as aceitam como existentes atribuem sua pertinência a uma moral social ou a uma cortesia internacional (*comitas gentium*).⁸³ Há normas, mas não normas jurídicas.

Quanto ao fundamento do Direito Internacional (segundo problema), duas diferentes concepções o explicam: a) voluntarista, elaborada por Jellinek com base na autolimitação do Estado, e também por Triepel, desenvolvida com base na vontade coletiva dos Estados; b) objetivista, livrando o fator criador da ordem jurídica do monopólio da vontade, seja usando de uma norma fundamental da qual emana a força obrigatória das demais normas, como pensou Kelsen, seja apoiando-se no fato social, entendido como uma constrição que se impõe ela mesma aos indivíduos, posição

n.1, Spring 1997, p. 139-156.

⁸² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Lisboa : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995, cap. XIII, p. 112.

⁸³ MIAJA DE MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. 6a. ed. Madrid : Atlas, 1974, p. 39-42.

defendida por Scelle.⁸⁴ Ao rol das objetivistas é prudente acrescentar também a tendência jusnaturalista, ainda bastante defendida no século XX, porque nela o fundamento não está no fato social ou em uma norma fundamental, muito menos na vontade dos Estados, mas sim em um Direito Natural anterior e superior aos ordenamentos internos e ao Direito Internacional.

A divergência fundamental entre voluntaristas e objetivistas será relativa a três pontos básicos: a) fontes: conteúdo internacionalista dos tratados ou prevalência da constituição interna (necessidade de transformação do Direito Internacional em Direito Nacional); b) sujeitos: indivíduos ou Estado (ou o Direito Internacional dirige-se a atos de indivíduos ou aos próprios Estados, o que implica a aceitação da personificação do Estado); c) estrutura da ordem jurídica: soberania absoluta dos Estados ou centralização para que autoridades organizadas condicionem seus súditos.⁸⁵

Georg Jellinek defende que o Estado não está submetido ao Direito Internacional senão por sua vontade. É a doutrina da autolimitação do Estado, segundo a qual é o próprio Estado o único a poder impor-lhe qualquer limite. Mas não é o Estado que está em condições de criar o conteúdo das normas de Direito Internacional. Do ponto de vista formal, o Direito deriva de relações de vontade.⁸⁶

Para Carl Heinrich Triepel, os tratados exprimem a comunhão das vontades dos Estados, uma fusão de vontades diferentes com o mesmo conteúdo (“*Vereinbarung*”). Portanto, está na própria vontade dos Estados o fundamento da força vinculativa do Direito Internacional, fora do Direito, mas como também está fora o fundamento do Direito Interno. Aparteado o problema de situar a vontade como principal criadora do direito, questão aliás de todo repugnante à doutrina objetivista, uma outra consequência é atacada, a de que o costume só poderia ter fundamento então no consentimento tácito dos Estados.⁸⁷ James Brierly é um autor que discorda de Triepel e dos voluntaristas neste sentido, numa linha próxima a Kelsen e mais ainda a Hart, como adiante se verá, já que

⁸⁴ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 9. O autor, em um gesto denotador de um rigoroso positivismo, se absterá de tomar partido, pois “[o] fundamento do caráter obrigatório do direito não será demonstrado senão por considerações (morais, sociológicas) estranhas ao direito positivo.” No original: “*Le fondement du caractère obligatoire du droit ne saurait être démontré que par des considérations (morales, sociologiques) étrangères au droit positif.*” (*idem*)

⁸⁵ DUPUY, René- Jean. *O Direito Internacional*. Trad. Maria Clara Rocha. Lisboa : Arcádia, 1970, p. 31.

⁸⁶ JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 391.

⁸⁷ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., p. 45.

segundo ele, “a norma consuetudinária observa-se, não porque se tenha consentido nela, mas porque se acredita na sua obrigatoriedade.”⁸⁸

Mas as teses voluntaristas não foram abandonadas completamente após a década de 1920. Um dos defensores das teorias voluntaristas é o francês René-Jean Dupuy, para quem “[o] direito internacional constitui pelo contrário um direito de coordenação que se limita a favorecer a cooperação entre os Estados. Mas estes, não estando sob nenhuma autoridade de superposição, unem-se apenas numa base voluntária e permanecem todos senhores do seu próprio direito.”⁸⁹

Reconhece o autor francês uma relação desigual de poder na esfera internacional, na qual o Direito Internacional pouco influirá, pelo que se pode identificar de certo modo, - e correndo o risco de abusar dos significados dos termos empregados -, o seu voluntarismo com a teoria do realismo nas relações internacionais, fundada na *Realpolitik* alemã. O realismo contrapõe-se ao institucionalismo, teoria muito em voga no meio diplomático e assumida pelo corpo diplomático brasileiro,⁹⁰ porque enquanto o realismo enseja um enfoque mais orientado pelas relações de poder, o institucionalismo crê na força das instituições, tendo-as como capazes de balancear e mediar as relações de poder, o que, ao menos em tese, permitiria um enfoque mais igualitário dos entes estatais envolvidos.

Ao fazer referência à sociedade institucional, fenômeno observado pela crescente interdependência dos Estados e que se caracteriza pela ascendência de poderes sobre os Estados, Dupuy escreve: “‘Tudo o que sobe converge’. É esta subida que se revela árdua. As soberanias colam-se à terra. Não podem facilmente resolver-se à edificação de poderes inéditos e sobrepostos.”⁹¹

O voluntarismo poderá ser dualista ou monista com primazia do Direito Interno. Neste caso não há um verdadeiro Direito das Gentes, apenas a projeção na esfera internacional dos direitos internos dos Estados. Sua contraposição real não é à teoria que identifica uma ordem jurídica una, nem às que tentam explicar que são vários os sistemas jurídicos, mas sim às já mencionadas teorias objetivistas do Direito Internacional.

⁸⁸ BRIERLY, James L. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1963, p. 51.

⁸⁹ Ob. cit., p. 8.

⁹⁰ Vide, v.g., CANÍSIO, Márcia Jabôr. A dupla dialética das Relações Internacionais : elementos para a elaboração de uma visão do sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro : 1958-1992; Brasília 1993-. Ano 39, nº 2, 1996, p. 74-96.

Estas, com variadas orientações, têm em comum o argumento de que os Estados exercem competências que lhe são reconhecidas pelo Direito Internacional. Dentre três escolas que podem ser diferenciadas dentro da corrente objetivista, tem-se além do normativismo da escola de Viena, cujo principal autor é objeto de estudo mais detalhado logo adiante, a escola sociológica, influenciada pelas idéias de Duguit e que tem como principal precursor Georges Scelle. Para ele, a solidariedade internacional não pode prescindir da superioridade hierárquica do direito que a concretiza sobre o Direito Interno. A fonte do Direito Internacional é o fato social e seu caráter obrigatório é derivado da sua utilidade social ou da necessidade para as relações entre os povos por ele regidas.⁹² Como consequência destas duas teorias (normativista e sociológica) tem-se um monismo com primazia do Direito Internacional sobre os direitos internos.

Em relação à corrente objetivista faltante, as teses apresentadas tentaram demonstrar que o fundamento de validade do Direito Internacional seria derivado do Direito Natural. Brierly, por exemplo, aponta a origem do Direito Internacional e identifica ali a explicação última da sua obrigatoriedade na crença em que as nações devem estar ligadas entre si por normas jurídicas, pondo em relevo o princípio natural segundo o qual o mundo deve constituir um sistema ordenado e não um caos. Derivará tal conclusão da racionalidade do homem, pois o vê como ser racional, que como tal, é forçado a admitir que “é a ordem, e não o caos, o princípio que governa o mundo em que tem de viver.”⁹³

O terceiro problema estava imbricado no segundo. O relacionamento entre Direito Internacional e Direito Interno depende, em alto grau, do fundamento que se atribua ao Direito Internacional. Para um lado há as teorias dualistas e para outro as monistas, estas divididas ainda entre as monistas com primazia do Direito Interno e as monistas com primazia do Direito Internacional. Pode-se subdividir ainda as últimas entre radicais e moderadas. Sendo que todos os autores comentados diferenciam o Direito Internacional do Direito Interno, ou seja, identificam dois ordenamentos distintos, o problema aqui é optar, na terminologia de Bobbio, por um critério de extensão recíproca dos âmbitos de validade dos dois ordenamentos. Este critério pode ser de: exclusão total (o que atende aos pluralistas, pois haveria dois ordenamentos que

⁹¹ Ob. cit., p. 115.

⁹² MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., p. 57.

não se superpõem em nenhuma de suas partes, ou seja, não há intersecção alguma entre eles); inclusão parcial (há uma parte comum entre os dois); inclusão total (tese monista, pois o âmbito de validade de um está inteiramente contido dentro do outro).⁹⁴

O dualismo, ou pluralismo, foi uma doutrina defendida mais conhecidamente por Triepel (seu livro mais importante sobre o assunto é *Völkerrecht und Landesrecht* - Direito das Nações e Direito Nacional, 1920), não por acaso defensor do voluntarismo, como visto. Reprise-se que Triepel fundamentava o Direito Internacional na vontade comum ("*Gemeinwille*") dos vários Estados que compõem a ordem internacional, que criaria a combinação das vontades ("*Vereinbarungen*"). As fontes do Direito Internacional são diferentes das do Direito Interno: numa é a vontade comum dos Estados que cria o Direito, noutra é a vontade de um só Estado. A natureza das relações reguladas também será diferente; enquanto no Direito Interno a relação é de subordinação do súdito ao Estado, no Direito Internacional será de coordenação entre vários Estados soberanos. Os dois são então sistemas jurídicos isolados um do outro e nunca se superpõem.⁹⁵

O monismo é a doutrina que atribui um caráter de unicidade ao ordenamento jurídico, englobando num mesmo sistema jurídico o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados. Mas a relação entre os dois não é de coordenação. O monismo dá primazia ao Direito Internacional, derivando de uma mesma norma fundamental (ou de uma pluralidade de normas fundamentais ou de um Direito superior, natural) o Direito Interno e o Direito Internacional. Kelsen admitirá, do ponto de vista lógico, que haja um monismo que dê primazia ao Direito Interno dos Estados, mas tal posição é, nas palavras de Adolfo Miaja de la Muela, um "*pseudomonismo*", pois neste caso o Direito Interno absorve em cada Estado as normas que recebe do Direito Internacional e haverá assim tantas ordens quanto Estados.⁹⁶

Foi esta teoria monista do Direito Internacional o principal objeto das preocupações de Hans Kelsen ao escrever sobre o tema e é ao produto de tais preocupações e esforços⁹⁷ que se dedicará a análise do tópico seguinte.

⁹³ Ob. cit., p. 55.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 166-168.

⁹⁵ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., p. 232-234.

⁹⁶ Ob. cit., p. 235.

⁹⁷ Sobre a repercussão destes esforços, veja-se a nota de Lauterpacht sobre a influência da Escola de

4.2 O DIREITO INTERNACIONAL NA VISÃO DE HANS KELSEN

Já antes de escrever a *Teoria Pura do Direito*, e tentar elaborar um modelo de ciência que, à luz das ciências naturais, fosse o mais objetivo e exato possível, Kelsen deparou-se com o intrincado problema da ordem jurídica internacional e reservou-lhe particular atenção, tratando-o de forma sistemática tanto nesta obra como na *Teoria Geral do Estado e do Direito*. Inicialmente, ele teria de enfrentar as argumentações de que o Direito Internacional não é Direito, ou seja, com a negação do seu caráter jurídico.

Deste modo, deveria resolver dentro do arcabouço da sua Teoria do Direito questões como a alegada inexistência de sanção no Direito Internacional e a inexistência de órgãos centrais capazes de julgar os litígios de forma independente das partes envolvidas tais quais existem nas ordens jurídicas internas dos países.

Depois de formular uma teoria coerente justificando o caráter jurídico do Direito das Gentes, o autor trata das questões relativas aos sujeitos e fontes do Direito Internacional, para ao fim, defender sua teoria monista, sustentando que as esferas do direito entre os Estados e das diversas ordens jurídicas destes mesmos Estados formam um só todo, um só sistema, pois derivam sua validade de uma mesma norma fundamental.

4.2.1 O caráter jurídico do Direito Internacional

Antes de analisar mais detidamente qualquer aspecto respeitante à teoria de Kelsen sobre o Direito Internacional, é mister ressaltar sua concepção de Estado. Para este autor, Estado é a própria regulamentação jurídica. Todo o Direito é produzido pelo Estado e Direito não é, do ponto de vista da ciência jurídica, um complexo de fatos, mas um sistema de normas válidas. O Direito a que se refere Kelsen é o direito positivo.

Na *Teoria Geral*, Hans Kelsen expõe delito e sanção como dois lados de uma mesma moeda. Ambos são atos coercitivos, ingerências sobre o campo de interesses de

Viena: “[e]sta influência estendeu-se em particular para assuntos como as relações entre os sistemas de Direito Internacional e Direito Nacional, soberania do Estado, sujeitos do Direito Internacional, personificação do Estado, etc.” OPPENHEIM, L. Ob. cit., p. 16. No original: “That influence has extended in particular to such matters as the relations of the systems of International and Municipal

outrem, só que o primeiro é um ilícito e o outro uma resposta da comunidade a esta violação. Para haver sanção é necessário haver um delito e para haver um delito é necessário haver uma norma com uma sanção a ele ligada. Se não houver sanção e delito, não há de se falar em Direito.⁹⁸

Imaginando uma seqüência de argumentos mais afoita, já se afirmaria que o Direito Internacional é Direito então porque os tratados prevêem sanções para o descumprimento das obrigações neles contidas. Ocorre que um tratado que impõe uma obrigação ao Estado que o descumprir não contém propriamente uma sanção. Contém sim uma obrigação substituta para o caso da principal não ser cumprida. Apenas a consequência do descumprimento desta segunda obrigação pode ser considerada uma sanção. Além disso, ele comumente fará parte tão-só de um Direito Internacional particular, vinculante entre as partes signatárias.

No Direito Internacional tem-se então que as duas sanções mais comuns são a guerra e a represália. A guerra é uma interferência ilimitada imposta na esfera de interesses de um Estado (ato coercitivo ilimitado contra um Estado) e as represálias são da mesma maneira interferências, porém, limitadas.⁹⁹

No Direito Positivo, é incontroversa a aceitação da represália apenas quando reação contra um delito. O uso da força pode ser permitido, notadamente em caso de resistência (como na ordem nacional).

Relativamente à guerra, pode-se pensar que qualquer Estado que não tenha se obrigado por um tratado à solução pacífica de controvérsias (por exemplo através da assinatura da Carta da Organização das Nações Unidas), estará livre para guerrear com outros sem violar o Direito Internacional. Deste modo, a guerra nunca pode ser um delito e portanto, nunca estará ligada a uma sanção. Vista de outra maneira, a guerra é em princípio proibida e só é permitida quando for uma “contra-guerra”, portanto só quando for uma sanção dirigida contra um Estado causador de um delito. Esta segunda posição é a da teoria de *bellum justum*. Através dela, Kelsen se permitirá enxergar uma norma consuetudinária de reprovação à guerra que é válida para todos os Estados, ainda que alguns destes não tenham se obrigado por qualquer norma firmada por seus representantes. Isto será de particular importância para a sustentação da teoria monista.

Law, State sovereignty, the subjects of International Law, personification of the State, etc.”

⁹⁸ KELSEN, H. Ob. cit. (vide nota 4, p. 45, *supra*), p. 467.

⁹⁹ KELSEN, H. Ob. cit., p. 470.

Desde os primórdios da humanidade, a vingança é considerada uma reação a um dano. O Direito surge como organização social da força¹⁰⁰. Como já visto, desde Cícero, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, a guerra só é aceita quando tiver uma “causa justa”.

Argumentos contrários à doutrina da guerra justa fundamentam-se: na soberania dos Estados, não admitindo qualquer limitação ao seu direito de recorrer à guerra; na alegação de que os argumentos da doutrina de *bellum justum* só revelam que a guerra é moralmente reprimida; e no fato de que as decisões nas relações internacionais são políticas e assim não há como diferenciar se a guerra em questão é sanção ou delito.

Contudo, no Direito Internacional positivo, tratados como Versalhes, Briand-Kellog e o Pacto da Liga das Nações, têm enunciados que se ocupam da “ilegalidade” da guerra. Há então a revelação no Direito Internacional particular de uma convicção jurídica que admite o uso da força apenas quando for justo.¹⁰¹ O princípio da não-intervenção, constante da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e de várias outras organizações internacionais, tem como pressuposto a mesma convicção.

Também a opinião pública, manifesta na opinião dos estadistas em geral, partilha desta convicção e permite a guerra “apenas excepcionalmente como meio para concretizar uma causa boa e justa”.¹⁰² Aceitar a doutrina da guerra justa implica a assunção do caráter jurídico do Direito Internacional. A rejeição desta doutrina faz supor a rejeição deste caráter. Uma posição diferente destas duas (como a oposição a *bellum justum* cumulada com a defesa da juridicidade do Direito Internacional) é inaceitável e paradoxal, porque sem ela desaparece o consenso que confirma a existência de uma regra consuetudinária cuja idéia embasa todo o Direito Internacional.

A arquitetura da ordem monista começa por assegurar que o Direito Internacional é Direito e demonstrar como isto pode ser assim. Analisando algumas relações das sociedades primitivas, Kelsen afirmará que a iniciativa individual de repressão aos delitos ali existente é análoga ao Direito Internacional. Em ambos os casos convivem a convicção de que o monopólio dos atos coercitivos pertence à comunidade e a descentralização da aplicação do Direito.¹⁰³ O matador por vingança é um órgão da

¹⁰⁰ *Idem*, p. 30.

¹⁰¹ KELSEN, H. *Ob. cit.*, p. 476.

¹⁰² *Idem*, p. 473.

¹⁰³ *Idem*, p. 482.

comunidade como o Estado que reage com uma guerra a um delito cometido por outro Estado é um órgão da comunidade internacional. Apesar das técnicas rudimentares como a autotutela e de não ser o meio mais apropriado para defender os mais fracos dos mais fortes, este Direito pode ser considerado Direito, *in statu nascendi*.¹⁰⁴ Também a atividade legislativa é semelhante à primitiva, pois a formação das normas gerais processa-se pela via do costume ou através de tratados, ou seja, pelos próprios membros da comunidade e não por um órgão legislativo central e especializado.¹⁰⁵

Kelsen não será o único a dizer que o Direito Internacional é um direito primitivo. Hart defende tese próxima ao afirmar que o Direito Internacional é um sistema sem regras secundárias, tal qual as sociedades primitivas.¹⁰⁶ Ver-se-á mais adiante que a ausência de regras secundárias poderá ser lida, na teoria de Hart, como a própria negação da juridicidade do Direito Internacional (uma vez que para ele o Direito tem por característica principal unir regras primárias e secundárias). Também Oppenheim, partindo do pressuposto de que nem autoridades com poderes legislativos nem cortes de justiça sejam essenciais para que exista Direito, afirma que as relações entre os Estados são semelhantes àquelas de uma comunidade primitiva, embora aconselhe não se exagerar na importância deste argumento.¹⁰⁷ Derradeiramente, é de observar que tal analogia entre sociedade internacional atual e sociedades humanas primitivas permite conectar as teorias dos autores que a sustentam com a concepção de um estado da natureza existente nas relações internacionais, uma vez que a idéia de estado da natureza está intimamente ligada à falta de civilização dos povos e a de civilização à de organização social.

Mas o que Kelsen objetiva com tal analogia é apenas justificar a descentralização existente no direito internacional, afirmando que se não há um terceiro que julgue um

¹⁰⁴ *Idem*, p. 483.

¹⁰⁵ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1991, p. 338.

¹⁰⁶ HART, H. *O Conceito de Direito*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1960, p. 230.

¹⁰⁷ *Ob. cit.*, § 4, p. 9. É de ser anotado que Oppenheim não se contenta com esta afirmação e na construção de um conceito de Direito acaba achando espaço para incluir o Direito Internacional. Três elementos deveriam se achar reunidos para que se pudesse falar em Direito: uma comunidade, um corpo de leis para condutas humanas e um consentimento comum na comunidade de que aquelas regras devem ser aplicadas por um poder exterior. Os dois primeiros elementos não poderiam gerar problemas e por isto talvez a teoria seja interessante, por localizar o problema num só ponto, mais definido. Mas na resolução deste problema o caminho é o mesmo que depois traçou Kelsen: mostrar que existe um consenso entre os Estados que demonstram interesse no cumprimento das normas e não negam nas suas relações a existência de normas que as regulem. *Ob. cit.*, § 4-10, p. 8-15.

delito ou execute uma sanção é porque esta ordem jurídica é ainda uma ordem carente da evolução e complexificação que ocorreu nas ordens internas dos Estados. Não se trata de não haver um Direito (no sentido próprio que o autor dá ao termo), mas sim de ser uma ordem incipiente, descentralizada, porém jurídica.

4.2.2 Sujeitos de Direito Internacional

É comum encontrar-se em livros de Direito Internacional uma frase tal qual: “Os Estados são os sujeitos do Direito Internacional”. Mas se os Estados são os únicos sujeitos do Direito Internacional, a teoria de Kelsen teria problemas para definir o caráter jurídico deste em virtude da idéia de Direito que possui Kelsen, vinculando-o sempre a condutas humanas. Caso o Direito Internacional tivesse como destinação primordial condicionar ações dos Estados, enquanto entes artificiais, Kelsen, que pressupõe a vinculação do Direito a condutas humanas, encontraria na questão dos destinatários das normas um sério problema para a afirmação do caráter jurídico do Direito Internacional.

A maneira como o autor austríaco enfrenta esta questão é bifurcada: primeiro demonstra que indivíduos podem ser obrigados diretamente pelo Direito Internacional e depois demonstra que o modo pelo qual se obrigam indiretamente é justamente através do Estado.

Indivíduos podem ser diretamente obrigados pelo Direito Internacional em casos como a repressão à pirataria. Não importa a nacionalidade do pirata ou que tratados internacionais tenha o seu país de origem ou o país que o surpreende assinado; sempre haverá o direito do país agredido de reprimir a pirataria. A repressão aos crimes de guerra também pode atingir diretamente os indivíduos pelo Direito Internacional. São casos em que prevalece o princípio da responsabilidade individual: é o indivíduo infrator e não o Estado que será punido.¹⁰⁸ A sanção ficará ao encargo das ordens jurídicas nacionais. Porém, o Estado que a aplica estará agindo como órgão da comunidade

¹⁰⁸ A esse respeito, é de se notar a influência da doutrina kelseniana, que fez alterar a opinião expressa nas primeiras edições do tratado de Oppenheim que via os Estados como os únicos sujeitos do Direito Internacional. A edição analisada já contempla os exemplos trazidos por Kelsen de responsabilidade individual no Direito Internacional. OPPENHEIM, L. Ob. cit., §13a, p. 20.

internacional. Eventualmente, o próprio Direito Internacional irá determinar a sanção, como no caso do bloqueio e contrabando de guerra, em que será o confisco.¹⁰⁹

A segunda parte do argumento é determinar que as condutas reguladas pelo Direito Internacional não são condutas dos Estados, mas condutas dos seres humanos que estão incumbidos de governar o Estado. O Estado manifesta-se pela atuação de indivíduos que atuam como seus órgãos. Desta forma, não é só a regulamentação da conduta mútua dos Estados, mas também, indiretamente, a regulamentação da conduta dos indivíduos que atuam como órgãos do Estado, o objeto do Direito Internacional.¹¹⁰ A determinação destes indivíduos é encargo das ordens jurídicas nacionais. As normas do Direito Internacional só definem o aspecto material (o que deve ou não deve). São portanto normas incompletas, pois lhes falta o aspecto pessoal (quem deve ou não deve).

O Direito Internacional delega a complementação de suas normas às ordens jurídicas nacionais, que são ordens parciais dentro da ordem jurídica internacional. De qualquer modo, os indivíduos são sujeitos de Direito Internacional: “O Direito Internacional é um Direito entre Estados por ser um Direito entre indivíduos pertencentes a diferentes Estados.”¹¹¹

Uma consequência lógica à qual Kelsen fará referência mais adiante na sua obra é a aplicação do princípio da responsabilidade coletiva dos Estados nas sanções de Direito Internacional. Além de coletiva, a responsabilidade é absoluta, objetiva (independe de culpa). Com isto, apresenta-se um paradoxo: os atos do Estado são atos de alguns indivíduos e as sanções são de responsabilidade de todo o povo daquele território organizado. Mas o paradoxo é apenas aparente. Não são raros os casos em que uma ordem jurídica imputa a responsabilidade a outro que não aquele que cometeu o ato ao qual se vincula uma sanção. Ademais a delegação de poderes que se dá através dos sistemas políticos de representação justifica que a responsabilidade seja de todos, pois foram todos que escolheram aqueles que atuariam em seus nomes; e a delegação que o Direito Internacional faz às ordens internas do aspecto pessoal das suas normas, - para delimitar quais indivíduos atuarão em nome do Estado -, retira da ordem internacional a possibilidade de conflito entre o que atua e o que sofre as consequências da ação, pois a

¹⁰⁹ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado* [doravante “T. G. D. E.”], ob. cit., p. 489.

¹¹⁰ Segundo Oppenheim, citando Westlake: “As obrigações e direitos dos Estados são apenas as obrigações e direitos dos homens que o compõem.” Na língua original: “*The duties and rights of States are only the duties and rights of the men who compose them.*” Ob. cit., §13a, p. 21.

norma que decide quem atua é interna e a que determina que a sanção é coletiva é internacional.

Quanto à possibilidade de serem os indivíduos sujeitos de direitos internacionais, Kelsen é cético: só é possível haver indivíduos sujeitos de direitos internacionais se houver um tribunal ao qual possam recorrer. Ressalta ainda que, se os há ou houver, serão casos excepcionais. Do contrário, o Direito Internacional seria igual ao Direito Interno.

Tais argumentos ensejarão uma construção teórica da ordem jurídica formulada por Kelsen em que os elementos dos Estados são determinados pelo Direito Internacional, o que, ao final, vai dar azo a uma defesa da primazia deste sobre as ordens jurídicas internas dos Estados.

Segundo este arcabouço, “o Direito Internacional pressupõe as ordens jurídicas nacionais exatamente como estas pressupõem o Direito Internacional”.¹¹² Todas as esferas de validade do Estado são delimitadas pelo Direito Internacional. É a ordem jurídica internacional que determina as condições pelas quais podem ser estabelecidas as ordens nacionais e torna possível a organização destas.

O Estado está contido numa esfera de existência delimitada pelos aspectos pessoal e material. Esta delimitação “teve sua origem numa ordem normativa que compreend[e] as esferas de validade pessoal e territorial de todas as ordens jurídicas nacionais.”¹¹³ Esta ordem é o Direito Internacional. E é precisamente a determinação destas esferas de validade a sua função essencial.

O aspecto temporal também depende de determinação do Direito Internacional porque está condicionado à eficácia da ordem jurídica nacional. Pois é o Direito Internacional que determina que quando uma ordem jurídica nacional não for mais eficaz como um todo, não mais será válida.¹¹⁴ A esse respeito, pode ser dito que o problema da eficácia como condição de validade pode ser dividido em dois momentos. Primeiro,

¹¹¹ KELSEN, H. T. G. D. E., ob. cit., p. 492.

¹¹² *Idem*, p. 486.

¹¹³ KELSEN, H. T. G. D. E., ob. cit., p. 499.

¹¹⁴ Sobre o tema da relação entre validade e eficácia em Kelsen, vide CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 46 e ss.; SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría del derecho*. Granada, mimeo, 1999; também recente dissertação defendida neste Curso de Pós-Graduação por YOKOHAMA, Alexandre. *A eficácia como condição de validade em Hans Kelsen*. Florianópolis, 1999. Dissertação de Mestrado. CPGD-UFSC.

quando a norma é produzida, só tendo validade se for potencialmente eficaz, ou seja, se tiver possibilidade de ser aplicada ou cumprida por alguém. Num segundo momento, deve se verificar se depois de ser ela validamente produzida, ela é geralmente aplicada, pois do contrário ocorre a dessuetude. “Uma norma individual perde sua validade se permanece tanto tempo descumprida ou inaplicada que não mais pode ser seguida ou aplicada.”¹¹⁵ O princípio da eficácia tal como antes referido, isto é, como delimitador do âmbito de validade temporal de uma ordem jurídica nacional, diz respeito notadamente ao segundo momento.

Até o aspecto material é delimitado pelo Direito Internacional, pois uma vez que uma matéria é regulamentada nesta esfera, passa a haver uma limitação à esfera de validade material dos Estados pelo Direito Internacional.¹¹⁶

4.2.3 Fontes do Direito Internacional

Ao enumerar as fontes do Direito Internacional, Kelsen é taxativo: tratados e costumes. E o costume não é um tratado tácito. Quem advoga tal posição o faz sustentando a idéia de livre-arbítrio do Estado e insubordinação irrestrita dos Estados a qualquer outra ordem. É certo que aplicação jurisdicional e legislação internacionais só são possíveis com base em um tratado. Mas é igualmente certo que um tratado só tem força se baseado em uma regra de direito consuetudinário.

Para Kelsen, a norma geral que qualifica o tratado como fato criador de norma é uma ordem superior aos Estados, porque um Estado não pode conferir direitos a outro, vez que isso ultrapassaria sua esfera de validade. Esta norma é uma norma de Direito Internacional. E é uma norma consuetudinária. “O Direito Internacional, sobretudo por meio da sua regra *pacta sunt servanda*, estabelece a norma que obriga os Estados a respeitar tratados, a se conduzir da forma que os tratados firmados por eles prescrevem.”¹¹⁷

Na continuação:

¹¹⁵ KELSEN, H. *Teoria Geral da Norma*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1986, p. 178.

¹¹⁶ KELSEN, H. *T. G. D. E.*, ob. cit., p. 499.

¹¹⁷ KELSEN, H. *T. G. D. E.*, ob. cit., p. 503.

Sob a influência do dogma da soberania, diz-se que os Estados individuais criam Direito Internacional por meio de tratado. Na realidade, é a comunidade internacional que, usando os Estados individuais como seus órgãos, cria o Direito Internacional, exatamente da mesma forma que a comunidade nacional, o Estado, cria Direito Nacional por meio dos seus órgãos.¹¹⁸

4.2.4 A teoria monista

4.2.4.1 Fundamentos de validade dos ordenamentos jurídicos

Muito foi discutido acerca das idéias de Hans Kelsen a respeito de uma norma fundamental (*Grundnorm*) que ele propôs fosse tida como a fundadora de todo um sistema jurídico, organizado de forma piramidal. O raciocínio que delineia a pirâmide é indutivo: ao aplicar uma norma de conduta a uma conduta empírica, pode-se questionar qual o fundamento de validade daquela norma; este fundamento seria uma norma hierarquicamente superior que conferiria competência ao órgão que fez ou aplicou a norma inferior ou prescreveria como a inferior deveria ser produzida. Refazendo a pergunta, quantas vezes fosse necessário, chegar-se-ia a uma norma fundamental, não subordinada a nenhuma outra (ou seja, sua validade não estava condicionada a nenhuma outra norma). Em princípio, pode parecer que Kelsen defende a Constituição de um Estado como sendo esta norma fundamental. Mas a norma fundamental é hipotética¹¹⁹, pressuposta; é mais uma premissa epistemológica do que um dado empírico. Pode isto também ensejar uma interpretação contraditória: Kelsen diz que as várias ordens jurídicas são formadas a partir de uma norma fundamental, sobre a qual não há nenhuma outra, e defende a primazia do direito internacional, como uma ordem superior às internas dos Estados.

A maneira pela qual se resolve a questão na teoria kelseniana é derivando a norma fundamental dos Estados da ordem internacional. Para ser coerente com a visão monista que propõe, afirma que então as ordens jurídicas internas dos Estados têm a

¹¹⁸ *Idem*, p. 504.

¹¹⁹ Kelsen em seu último trabalho, já editado postumamente (*Teoria Geral da Norma*, ob. cit., p. 328-329), teria corrigido esta terminologia para afirmar que a norma fundamental devia ser entendida como fictícia, com sentido de ato meramente pensado, um recurso de pensamento.

mesma norma fundamental que o Direito Internacional. Logo, fazem parte do mesmo sistema jurídico.

Várias normas pertencem a um mesmo sistema jurídico se derivam sua validade da mesma norma fundamental. A ordem jurídica internacional determina o fundamento de validade da ordem interna pelo princípio da eficácia: os primeiros constituintes têm a autoridade para funcionar como legisladores de um Estado porque uma norma fundamental hipotética lhes confere esta autoridade; e esta ordem só se mantém válida enquanto for eficaz como um todo. Então, se existe uma só norma fundamental para todas as ordens jurídicas nacionais e internacional, esta norma deve ser o princípio da eficácia.

Mas Kelsen afirma apenas que o fundamento de validade de todas as ordens jurídicas nacionais é determinado pelo Direito Internacional por meio do seu princípio da eficácia.¹²⁰ Não diz que o próprio Direito Internacional tem como norma fundamental este princípio da eficácia. Ao contrário, vai afirmar que a norma fundamental do Direito Internacional é a regra consuetudinária que diz: “Os Estados devem conduzir-se como têm se conduzido de costume.” Manteve assim a linha exposta em *Teoria Pura*, na qual o autor austríaco afirmava que a norma fundamental do Direito Internacional é uma norma pressuposta que institui como “fato gerador de Direito o costume constituído pela conduta recíproca dos Estados.”¹²¹

Pode-se argüir que é paradoxal afirmar que a norma fundamental é a mesma e depois atribuir normas diferentes a cada tipo de ordem. Mas a explicação para tal questão reside na superioridade que Kelsen deseja atribuir ao Direito Internacional. Se o Direito Internacional é superior, pode ter uma norma fundamental própria e o Direito Nacional, se tiver seu fundamento de validade numa norma de Direito Internacional estará automaticamente subordinado a ele. Portanto, terá o mesmo fundamento de validade que o Direito Internacional, pois a sua norma fundamental só é fundamental de um ponto de vista interno. Assim é, porque se se questionar progressivamente qual o fundamento de validade da norma fundamental de um Estado, chegar-se-á à norma fundamental do Direito Internacional. É neste sentido que a norma fundamental de ambos é a mesma.

¹²⁰ KELSEN, H. T. G. D. E., ob. cit., p. 524.

¹²¹ Ob. cit., p. 339.

Uma construção escalonada, tal qual nas ordens internas, é aprestada no Direito Internacional. Num primeiro estágio, estão as regras de Direito Internacional consuetudinário (entre elas a regra *pacta sunt servanda*), a seguir os tratados internacionais e por último as normas criadas por órgãos constituídos com base em tratados internacionais.

4.2.4.2 Relação entre Direito Internacional e Direito Nacional dentro de uma ordem jurídica una

Inobstante formarem um mesmo sistema jurídico, por derivarem sua validade de uma mesma norma fundamental, Direito Internacional e Direito Nacional não são idênticos. A distinção das duas esferas é admitida por Kelsen, mas sem admitir que formem sistemas jurídicos distintos. O problema que se ergue agora é então o da relação entre Direito Internacional e Direito Nacional dentro daquele sistema único. Se o sistema é universal, então só pode haver entre duas ou mais ordens diferenciáveis que dentro dele convivam uma relação, que será de subordinação de uma a outra, ou de subordinação das duas a uma terceira. É dizer: ou o Direito Internacional ou o Direito Nacional são superiores um em relação ao outro ou ambos são inferiores a uma terceira ordem.

A relação de superioridade de um ou de outro vai possibilitar teoricamente a continuidade da validade de ambos no caso de alguma contradição mútua que exista entre eles, porque neste caso há um critério capaz de solver a antinomia: o critério da hierarquia. Se houver contradição, ambas continuam válidas até que a inferior seja revogada. Isto não pode afetar a validade do sistema, da mesma forma que uma norma inconstitucional que permanece em vigor até que alguém com a competência para tal a revogue não invalida toda a ordem constitucional interna de um país.

Kelsen admitiria mais uma possibilidade lógica na relação das duas esferas, a de que ambas estivessem sujeitas a uma terceira ordem superior. Entretanto, ressalva ser impossível haver coordenação entre as duas ordens sem subordinação a esta terceira. Como a terceira não existe, não há coordenação, mas subordinação. O que a teoria pluralista pretende é justamente a coordenação sem subordinação.

4.2.4.3 Demais argumentos contrários à teoria pluralista

Os demais argumentos lançados pelo autor contra as teorias pluralistas começam pela afirmação de que não pode haver normas simultaneamente válidas pertencentes a sistemas diferentes em um só território. Tampouco pode fundamentar a posição pluralista uma diferença de matéria, pois todas as matérias reguláveis pelo Direito Nacional podem ser reguladas pelo Direito Internacional. A diferença é apenas quanto à criação e não é suficiente para sustentar a divisão. Com efeito, direito consuetudinário e direito estatutário são muito diferentes e no entanto podem, e, efetivamente pertencem, a um mesmo sistema jurídico. E se assim é, não há razão para sustentar que Direito Internacional e Direito Nacional, cujas diferenças são menores, não possam pertencer a um mesmo sistema jurídico.

A outra tentativa da teoria da pluralista é a analogia à separação entre Direito e moralidade. Com efeito, a concepção dualista ou pluralista depende da existência de conflitos insolúveis entre os dois sistemas de normas. Kelsen rebate esta hipótese afirmando que se ambas são ordens válidas, admite-se que pertencem a um só sistema. “A deve ser” e “A não deve ser” são normas contraditórias e na teoria kelseniana não podem existir válida e simultaneamente num mesmo território. Qualquer “antinormalidade” de uma norma não significa conflito de normas, mas a anulabilidade da norma inferior ou a punibilidade do órgão responsável.¹²² Disto resultará uma implicação bastante combatida pelos teóricos do Direito, que é a da não-contradição lógica entre o ilícito e o Direito, que liga àquele uma sanção. Deste modo, normas jurídicas válidas podem ser criadas por atos qualificados como delitos.

Mas Kelsen explica que uma contradição lógica é “sempre uma relação entre o significado de julgamentos ou enunciados, nunca uma relação entre fatos.”¹²³ As normas neste aspecto são fatos, pertencem ao mundo do ser, e portanto não podem ser contraditórias. Um indivíduo pode sentir-se sob influência de duas idéias opostas, mas não significa que há duas normas contraditórias, pois a referência é ao mundo dos fatos, não ao do dever ser (campo da Moral e do Direito).

Seria logicamente possível apenas a visão que tem o Direito Internacional como Moral Internacional e nega-lhe o caráter jurídico. Esta é uma tese sustentável do ponto

¹²² KELSEN, H. T. G. D. E., ob. cit., p. 530-533.

¹²³ T. G. D. E., ob. cit., p. 533.

de vista lógico na opinião de Kelsen. Todavia, os pluralistas não negam o caráter jurídico do Direito Internacional. Então, sua tese é insustentável.

A transformação do Direito Internacional em Direito Nacional, seja, como no caso brasileiro, pelo referendo do Congresso e pela promulgação de um decreto pelo Presidente da República, não é necessariamente exigida por todas as constituições. Melhor, não precisa ser necessariamente exigida por todas as constituições. Se um tratado prever que a norma ali contida pode ser aplicada diretamente pelos tribunais de um Estado, a transformação em Direito Nacional será supérflua se a constituição do país não o exigir. A necessidade de transformação é portanto competência do Direito Nacional de cada Estado, e portanto, pode ser dispensada.¹²⁴ Se ela não é sempre indispensável, como Kelsen sustenta, então não há dois sistemas independentes e separados como querem os pluralistas.

A validade do Direito Internacional para um Estado não depende do reconhecimento daquele por este. Um novo Estado já assume todas obrigações de Direito Internacional com seu surgimento, independente de reconhecer as normas que originam tais obrigações como válidas. O próprio Direito Internacional, como é o delimitador das ordens jurídicas internas, é que deve ser válido para que o Estado seja reconhecido como tal. Então, para o Estado reconhecer o Direito Internacional, o Direito Internacional já tinha que ser válido.

Optando pela posição contrária a este último argumento, há o subjetivismo de Estado como consequência. Ter-se-á com isto a formulação hiperbólica do Estado soberano, que só por sua vontade obedece às normas de Direito Internacional. Se a soberania é absoluta, então a “soberania de um Estado exclui a soberania de todos os outros Estados”¹²⁵ e o Direito Internacional é parte do Direito Nacional. Neste caso, haverá tantos “Direitos Internacionais” quanto Estados.

Em síntese, o mais importante na teoria monista de Kelsen é entender que cada ordem jurídica estatal está ligada à ordem jurídica internacional e através desta, todas as ordens jurídicas se fundem num sistema integrado. Apesar de não declarar uma opção

¹²⁴ Sobre o assunto, vide MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1995 (especificamente p. 478), que analisa o problema da competência do executivo para celebrar tratados e da necessidade de o Congresso Nacional referendá-los, passando por todas as constituições brasileiras e disputas doutrinárias acerca do tema. Vide também *supra*, cap. IV.4, p. 178.

¹²⁵ KELSEN, H. *T. G. D. E.*, ob. cit., p. 548.

sobre qual das ordens deveria prevalecer e afirmar que qualquer das duas opções monistas seria logicamente viável, Kelsen ficou conhecido como um defensor da primazia do Direito Internacional.

5. CONTRAPONTO À EXPLICAÇÃO KELSENIANA DO DIREITO INTERNACIONAL

5.1 A POSTURA DE HART

Outro autor célebre da área da Teoria Geral do Direito é o inglês Herbert L. Hart. Em seu livro *O conceito de Direito*, dedicou ao problema do Direito Internacional o capítulo final. Sua teoria é uma importante contribuição para a afirmação e crítica da teoria de Kelsen. O intento destes próximos parágrafos é demonstrar em linhas gerais os pontos convergentes e divergentes dos dois autores referidos, no que toca ao problema do Direito Internacional.

Já se fez referência anteriormente à concordância de Hart com Kelsen, da idéia de que o Direito Internacional é um Direito em estágio primitivo. Para ele, a ausência de instituições centrais “significa que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta apenas de regras primárias de obrigação...”¹²⁶ Mas, se para Hart o Direito é uma união de regras primárias e secundárias, o Direito Internacional não pode ser Direito se efetivamente não possuir regras secundárias.

Mais adiante, referindo-se a Bentham, que afirmara ser o Direito Internacional “suficientemente análogo” ao Direito Interno e por isso merecedor do *status* de Direito, Hart responde que esta analogia é tão-somente de conteúdo, pois quanto à forma, a carência de regras secundárias será bastante para diferenciá-los. Porém, afirma que, no tangente ao conteúdo, não há outras regras sociais no Direito Interno tão próximas dele como as do Direito Internacional.¹²⁷

Ainda sobre o conteúdo, no qual se sobressai a atribuição de força vinculativa das regras de Direito Internacional, Hart também não destoia muito do que disse Kelsen,

¹²⁶ Ob. cit., p. 230.

¹²⁷ HART, H. Ob. cit., p. 253.

visto que para ele é o reconhecimento de sua obrigatoriedade pelos seus destinatários, somado à pressão geral para o seu acatamento e ao seu uso como justificativa para determinados atos coercitivos que comprovam a força vinculativa de um conjunto de regras. Ressalta que, mesmo quando não são acatadas, não se questiona sua força vinculativa. Como o próprio autor diz, neste caso se “fazem esforços para escamotear os factos.”¹²⁸

Hart também não difere de Kelsen no tocante às fontes do Direito Internacional. O tratado é fonte, mas para que ele seja reconhecido como fonte de direito é preciso que já existam regras que disponham que um Estado fica vinculado a fazer o que ele se comprometer a fazer através de um tratado.¹²⁹

Os opositores das teses voluntaristas sempre buscam minar a eficiência destas teorias com o argumento de que os novos Estados que surgem na esfera internacional não têm a faculdade de reconhecer ou aceitar o Direito Internacional para que este lhes seja vinculativo. Porque inclusive ele só poderá ser Estado porque o Direito Internacional o reconhece como tal. Hart acompanha este entendimento.

Porém, Hart vai se opor a Kelsen ao demonstrar que nem todo o sistema de regras precisa de uma norma fundamental. Para ele, se as regras forem aceites na forma antes descrita, são vinculativas. Uma regra de reconhecimento (que Hart equipara expressamente à norma fundamental de Kelsen¹³⁰) da qual derivem as regras primárias a sua força vinculativa é despicienda para que estas sejam efetivamente vinculativas. O efeito, de acordo com ele, seria o de que num sistema sem regras secundárias de reconhecimento, teria de se esperar para que uma norma fosse aceita ou não para que se afirme a sua força vinculativa, enquanto num sistema mais complexo, no qual haja tal regra, bastaria verificar sua conformidade com as exigências da regra de reconhecimento. A exigência de uma norma fundamental, tal qual fez Kelsen é refutada por Hart: “É como se insistíssemos em que um selvagem nu *tivesse* de estar realmente vestido com qualquer espécie de vestuário moderno.”¹³¹

A referência à regra pela qual os Estados devem se comportar como fazem costumeiramente é na opinião de Hart um tautologismo, pois há um único fato: um

¹²⁸ Ob. cit., p. 236.

¹²⁹ *Idem*, p. 241.

¹³⁰ *Idem*, p. 249.

¹³¹ *Idem*, p. 252.

conjunto de regras aceito pelos Estados; e este fato tenta-se duplicar com a elevação disto ao nível de regra de reconhecimento ou norma fundamental. Eles aceitariam as regras e com isso aceitariam uma regra exprimindo que as regras devem ser observadas.

5.2 A CORRENTE JUSNATURALISTA ESPANHOLA

O jusinternacionalista Adolfo Miaja coloca-se a si mesmo numa corrente espanhola do Direito Internacional que sustenta o monismo com base na primazia do Direito Natural, apresentando portanto uma visão objetivista e, ao mesmo tempo, monista. O autor espanhol explica que os atos dos Estados têm uma relação com o bem comum da sociedade internacional, que é subsidiário das comunidades menores (Estado, municípios, bairros, famílias), pois só aquilo que não é mais bem regulado pelo Estado é que pode ser regulado pelo Direito Internacional para consecução do bem comum.

Como Kelsen já havia explicado (*vide supra*, 4.2.4.2), entre sistemas jurídicos a relação será de subordinação ou de coordenação, mas ele não admitiria a existência de um sistema superior ao Direito Internacional e ao Direito Interno capaz de subordiná-los. Portanto, sua relação era obrigatoriamente de subordinação de um ao outro, pois sem um superior não pode haver entre os dois subordinados qualquer coordenação.

A doutrina espanhola jusnaturalista recente acredita na existência de um terceiro sistema, que coloca sob subordinação os dois primeiros, que estão um para o outro em relação de coordenação. A relação de superioridade entre os dois é portanto relegada a um segundo plano, mas Miaja faz a determinação desta relação com apoio em Verdross, distinguindo os âmbitos de validade do Direito Internacional e do Direito Interno, sendo que as contrariedades do segundo em relação ao primeiro, que tem uma esfera de validade espacial mais ampla, implicam não a revogação das normas, mas apenas a responsabilidade coletiva do Estado.¹³²

Sem negar portanto o Direito Internacional, apenas acreditando em valores extra-sistêmicos como fundamento deste Direito, esta corrente poderia bem ser incluída sob a marca do grocianismo.

A dicotomia entre jusnaturalistas e positivistas não é algo aparte do debate que há muito se trava no âmbito da teoria geral do Direito. Do mesmo modo, não seria de todo

¹³² Ob. cit., p. 240.

errôneo dividir os autores que fundamentam o Direito Internacional em valores extrajurídicos, - para usar o termo de Charles Rousseau -, a que se denominariam heteropoiéticos, e aqueles que fundamentam o sistema sobre si mesmo, atribuindo-lhe um caráter auto-referencial, a que se denominariam autopoiéticos, diferenciados mormente pelo ponto de vista interno dos últimos e externo dos primeiros.¹³³

Muito se discutiu aliás acerca da exclusão do sistema jurídico da sua própria fundamentação, atribuindo-a a elementos extra-sistêmicos. Um esforço para demonstrar a pertinência da norma fundamental ao sistema jurídico foi feito pelo italiano Roberto Ago. Segundo ele, existem duas acepções de Direito Positivo. Ora significa todo o Direito vigente numa sociedade, ora o direito posto, segundo emane de uma fonte formal. É notável que entre as diferenças das duas acepções haverá certamente um traço que divida a realidade que pertença a uma e que não pertença à outra. Para além deste traço, Ago identificou normas de direito vigente não derivadas de uma fonte formal, dentre as quais está a maior parte das normas consuetudinárias, inclusive as fundamentais da ordem jurídica internacional. A norma fundamental, ou os princípios constituintes da ordem internacional, existem portanto no direito positivo.¹³⁴

5.3 O MONISMO MODERADO DE VERDROSS

Verdross foi professor da Universidade de Viena, assim como Kelsen, e é comumente arrolado entre os autores da Escola de Viena do Direito Internacional. Seus aportes críticos aos primeiros trabalhos de Kelsen parecem tê-lo influenciado, uma vez que inicialmente Kelsen teria defendido pontos de vista mais radicais da teoria monista, assegurando a própria nulidade da norma nacional (inferior) quando estivesse em contrariedade com a norma de Direito Internacional e na versão utilizada da *Teoria Pura* e da *Teoria Geral* uma norma inferior continua válida até que seja revogada ou anulada pelo órgão competente, podendo gerar a responsabilização daquele que a editou ou aplicou, o que se aplica também para a relação entre normas de Direito Internacional e

¹³³ Sobre maiores detalhes do problema da divisão entre autopoiese e heteropoiese (ou alopoiese), que aqui não se pode adentrar por todos os limites que se impõem, vide CADEMARTORI, Sérgio. Ob. cit., p. 162-165; ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e direito*. Recife, 1997, mimeo, p. 5.

¹³⁴ Apud MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., p. 62.

Direito Nacional. A esta teoria o próprio Verdross denominou de “monismo moderado” ou “estruturado”.

Verdross parte da “idéia do Direito”, uma noção que o aproximará do jusnaturalismo mais recente:

O Direito não tem só um subsolo sociológico; tem também um fundamento normativo, ancorado na natureza social e teleológica do homem. Esta nos move a viver em uma ordem de paz, porque só assim podem os homens alcançar o pleno desenvolvimento de sua essência. Este fim, ao que nos induz nossa natureza social, é o que chamamos a *idéia do Direito*.¹³⁵

O referido subsolo sociológico do Direito Internacional é constituído por uma pluralidade de Estados soberanos que interagem e mantêm convicções jurídicas coincidentes. Verdross encontra esta “idéia do Direito” manifesta entre todos os autores que desenvolveram a doutrina da guerra justa, de Cícero a São Tomás. Ao silêncio das armas, Verdross acrescenta a garantia dos direitos vitais de todos os povos. A idéia de direito é assim a base de todo ordenamento jurídico, que sem ela é uma dominação arbitrária. Deste modo, qualquer disposição “*desumana*” de um Estado dá direito ao destinatário da norma de opor-lhe uma resistência passiva. Portanto, os comandos de quem exerce o poder só são obrigatórios se estiverem de acordo com a idéia de uma comunidade racional e ética.¹³⁶

O positivismo dogmático sustenta que o ordenamento jurídico é autônomo e fechado, formado por todo o direito posto pelo Estado. Existem dois positivismos dogmáticos, um ingênuo e outro crítico. O crítico questiona a fonte da obrigatoriedade das normas e segundo uma estrutura escalonada, chega a uma norma fundamental suprapositiva e hipotética que determina a obediência às demais normas, desde que tais imperativos se imponham com alguma regularidade. Verdross afirma então que a efetividade dos imperativos se justifica para explicar que só uma ordem jurídica que

¹³⁵ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid : Aguilar, 1976, p. 16. No original: “El derecho no tiene solo un subsuelo sociológico; tiene también un fundamento normativo, anclado en la naturaleza social y teleológica del hombre. Esta nos mueve a vivir en un orden de paz, porque sólo así pueden los hombres alcanzar el pleno desarrollo de sua esencia. Este fin, al que nos induce nuestra naturaleza social, es lo que llamamos la idea del derecho.”

¹³⁶ *Idem*, p. 19.

garanta a paz e a ordem pode ser reconhecida como Direito. Mas paz e ordem são valores suprapositivos.¹³⁷

A norma fundamental então não só investirá determinadas pessoas com autoridade para criar normas, como também delimitará a competência desta autoridade com referência a determinados valores que deve realizar. No Direito Internacional, a norma fundamental tem consubstanciações distintas. Anzilotti asseverou que esta seria equivalente à regra *pacta sunt servanda*. Kelsen sustentou que é o comportamento dos Estados de acordo com os usos estabelecidos. Verdross critica tais posições porque assevera serem vazias de conteúdo:

Se, pois, há de se formular a norma fundamental do D.I.P., tem que ser dito que os sujeitos de D.I.P. devem comportar-se segundo o que prescrevem os princípios gerais de direito que emanam da natureza social das coletividades humanas, e as normas do direito convencional e consuetudinário que sobre a base daqueles se estabelecem.¹³⁸

Esta formulação expressa princípios que o positivismo pressupõe. “Daí que seja mais exato falar, não propriamente de *uma* norma fundamental, mas de uma *trama de normas fundamentais*. Esta trama constitui o fundamento normativo que dá unidade às relações entre os Estados.”¹³⁹

O Direito Internacional tem primazia por isso na ordem monista de Verdross. Mas as normas de Direito Interno não podem ser nulas, nem revogadas automaticamente pela contrariedade ao Direito Internacional. Tais normas têm um caráter de efetividade provisional e interno, pois o Estado prejudicado poderá requerer a responsabilidade coletiva do Estado que emitiu a norma contrária ao Direito Internacional. Portanto, os conflitos entre Direito Internacional e Direito Interno não têm um caráter definitivo,

¹³⁷ *Idem*, p. 21.

¹³⁸ Ob. cit., p. 26. No original: “Si, pues, ha de formularse la norma fundamental del D.I.P., tiene que decir que los sujetos de D.I.P. deben comportarse según lo que prescriben los principios generales del derecho que dimanar de la naturaleza social de las colectividades humanas, y las normas del derecho convencional y consuetudinario que sobre la base de aquellos se establezcan.”

¹³⁹ *Idem*, *ibidem*. No original: “De ahí que sea más exacto hablar, no propriamente de una norma fundamental, sino de una trama de normas fundamentales. Esta trama constituye el fundamento normativo que da unidad a las relaciones entre los Estados.”

resolvendo-se na unidade do sistema jurídico, no qual a primazia é do Direito Internacional.¹⁴⁰

Daí resulta que “o D.I.P. precede normativamente ao Direito estatal, mas (...) a plena *eficácia* da primazia do D.I.P. só poderia se alcançar dando aos Estados a possibilidade de fazer valer e executar suas faculdades jurídico-internacionais mediante um procedimento arbitral ou judicial.”¹⁴¹

Em suma, aceitando o caráter jurídico do Direito Internacional, embora concebendo-o como um sistema em evolução, pode-se tratar da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, optando por separá-los (dualismo ou pluralismo) ou uní-los (monismo). A partir da opção pela segunda alternativa, se deve optar por subordinar ambos os sistemas a um terceiro (o direito natural), ou um ao outro, não reconhecendo normas além das positivas (posições positivistas).

Deixando em segundo plano a questão relativa à fonte do poder vinculativo do Direito Internacional, que oscila entre a vontade (voluntarismo) e um fato ou uma norma postos ou pressupostos (objetivismo), e uma vez adotada uma postura positivista (ainda que não seja indispensável para se prosseguir nesta senda), enfrenta-se o problema da relação hierárquica entre Direito Internacional e Direito Interno, necessariamente colocando um acima do outro. O monismo com primazia do Direito Internacional considera que cada um dos ordenamentos jurídicos dos vários Estados é parte do Direito Internacional. Ao contrário, o monismo com primazia do Direito Interno considera que o Direito Internacional é uma parte do ordenamento interno de um Estado, relativa às relações deste Estado com os demais.

Finalmente, o monismo com primazia do Direito Internacional pode ser radical ou moderado, conforme considere que a norma estatal em confronto com a norma de Direito Internacional deva ser considerada automaticamente revogada ou inválida (monismo radical) ou que apenas possa gerar a responsabilidade do Estado pelo descumprimento das normas de Direito Internacional (monismo moderado).

Como fator conclusivo para esta parte, cumpre anotar a preferência nesta análise pelo monismo de Verdross ou das obras mais recentes de Kelsen, como a explicação do fenômeno do Direito Internacional mais adequada do ponto de vista lógico-sintático e

¹⁴⁰ *Idem*, p. 96-98.

¹⁴¹ VERDROSS, Alfred. *Ob. cit.*, p. 103.

também do ponto de vista material-semântico, na qual se encaixa a análise da soberania aqui pretendida, tendo em conta os contrapontos e críticas levantadas à teoria preferida.

Deste modo, como proposta de convenção argumentativa que permita o aprofundamento das questões específicas que formam o propósito deste trabalho, adotar-se-á a noção monista com primazia do Direito Internacional, pois como expõe Celso Lafer, a concepção dualista baseia-se principalmente num direito de coexistência, incluindo normas negativas de abstenção, enquanto a concepção monista parece mais adequada aos tempos modernos, em que além das normas negativas, há normas positivas de colaboração mútua, mormente no campo econômico.

Segundo as palavras do próprio autor:

Em verdade, a progressiva presença dos imperativos positivos, de Direito Interno e Internacional, requer, tanto do ponto de vista da validade quanto da eficácia, uma estratégia pragmática de integração dos ordenamentos na pluralidade de suas manifestações. Essa estratégia, sem dúvida, se vê mais atendida pelo Monismo do que pelo Dualismo, na medida em que o Monismo visa reforçar não apenas a coerência sintática de ordem legal, mas também a eficácia das normas ao postular, pragmaticamente, a ampliação, ao invés da cisão, dos destinatários dos novos imperativos positivos.¹⁴²

Vários exemplos podem ser dados para comprovar a melhor adequação do monismo como teoria explicativa dos fatos nas relações internacionais. À guisa de trazer alguns desses exemplos à colação, aponta-se para os artigos 27 e 53 da Convenção de Viena¹⁴³ as teorias da supranacionalidade dos direitos humanos, a primazia das normas comunitárias no interior da União Europeia, entre outros, que são melhor explicados por uma teoria que reconheça a primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno dos Estados.

¹⁴² LAFER, Celso. Ob. cit. (vide nota 59, p. 59, *supra*), p. 12.

¹⁴³ Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 23 de maio de 1969. In: RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 297-334. O artigo 27 determina: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 42 [validade e vigência de tratados]." O Artigo 53 tem a seguinte redação: "É nulo um tratado que, na época de sua conclusão, esteja em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os 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."

A opção pelo monismo terá profundas implicações nas conclusões interlocutórias e finais desta dissertação. A título de exemplo, já no próximo capítulo, permitirá tomar uma posição coerente na taxonomia do Direito Internacional Econômico. Ao final, a limitação do âmbito de validade material de uma norma de Direito Nacional por uma norma de Direito Internacional, fenômeno cuja extensão será explorada no próximo capítulo, depende da mesma opção. Isto porque, ao pretender subordinar a validade de uma norma de Direito Interno a uma ordem jurídica internacional, esta relação pressupõe a existência de uma relação de subordinação e não de coordenação entre sistemas jurídicos, a ser resolvida pela primazia do Direito Internacional.

CAPÍTULO III

O “adensamento da juridicidade” resultante da aplicação do Entendimento sobre Solução de Controvérsias significa, em resumo, que o sistema de solução de controvérsias da OMC visa muito mais do que ao cumprimento de uma mera “obrigação de comportamento”, a ser seguida de boa fé, como no caso da transparência. É também radicalmente diferente da “obrigação de comportamento”, relativa à solução pacífica de controvérsias do direito internacional público geral que decorre do Artigo 2(3) da Carta da ONU.

O “adensamento da juridicidade” contido no ESC constitui, na realidade, uma obrigação de resultado, previsto nas normas de organização da OMC. É por isso que o “adensamento da juridicidade” proveniente da aplicação do ESC é uma medida de construção da confiança (*confidence building measure*), voltada para resultados, tutelando a segurança e a previsibilidade do sistema multilateral de comércio.

(Celso Lafer. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*, p. 31-32)

CAPÍTULO III - MULTILATERALISMO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

1. DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

Ao dar seqüência à exposição encerrada no capítulo anterior, cabe, antes de tratar das relações econômicas internacionais contemporâneas, esboçar uma delimitação do ramo do Direito que delas se ocupa.

O Direito Internacional Econômico está fortemente centrado em dois pontos: a formação de instituições internacionais e a mudança de paradigma no Direito Internacional que ocasiona a criação de tais instituições, inserindo normas positivas para os Estados, que ao invés de simplesmente acomodar as várias forças estatais para permitir sua coexistência passa a ditar-lhes também certas regras exigindo ações em sentido determinado pelas próprias normas internacionais.

É tal passagem que explica Lafer com a seguinte frase:

A presença dos imperativos positivos nos ordenamentos do Direito das Gentes, marca um novo estágio de aprofundamento das relações da comunidade internacional, em que o Direito assume um papel positivo na cooperação entre os seus sujeitos, deixando de ser apenas o *jus strictum* das soberanias territoriais.¹

A construção destas instituições internacionais surgiu dos escombros da Primeira Guerra Mundial com a Sociedade das Nações. A crise do entre-guerras, lembrada pela alta inflação na Alemanha e pela queda da Bolsa de Nova Iorque de 1929, levou o Estado liberal a tornar-se intervencionista, regulamentando a economia, atuando junto aos atores privados através de empresas públicas e delimitando o campo da liberdade contratual privada. Mas não seria ainda a hora do surgimento efetivo do Direito Internacional Econômico. Sua vinda foi adiada pelo malogro político na Sociedade das Nações e pelo protecionismo interno adotado pelos Estados, que regulando a economia elaboraram um complexo regime de importações e exportações.²

¹ LAFER, Celso. *O convênio do café de 1976 - da reciprocidade no direito internacional econômico*. São Paulo : Perspectiva, 1979, p. 12.

² *Idem*, p. 11.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e a destruição de boa parte do continente europeu, simultaneamente ao crescimento do socialismo no Hemisfério Leste, a idéia de construir uma ordem internacional mais calcada no Direito, em detrimento de outra criada apenas sobre o equacionamento das relações de poder, ganha força. Assim, através de regras jurídicas, esperava-se dar uma maior previsibilidade às relações internacionais, favorecendo o investimento empresarial em outros países. Esta nova ordem teria como objetivo político impedir que os países europeus caíssem em crises econômicas que poderiam levá-los a uma aproximação com o bloco socialista ou a rompimentos nas políticas econômicas relativas ao fluxo internacional de capitais, pondo em risco os investimentos oriundos de outros países e causando através de políticas protecionistas uma ruptura no fluxo de comércio internacional.³ A finalidade última da cooperação internacional seria o alcance da paz e da prosperidade, fins conjugados e reciprocamente complementares, pois causas econômicas também estiveram na raiz dos conflitos que culminaram na Segunda Grande Guerra.⁴ Além disso, já em Montesquieu e Kant se encontrava a concepção de que o espírito do comércio traz a paz aos povos, sendo portanto notável que há tempos se percebe que paz e bem estar social são fatores complementares.⁵

Foi deste modo então que, quando o mundo ressentia-se dos efeitos da Segunda Guerra Mundial e buscava formas de regular a economia, a política e as finanças da nova ordem que se moldava nas relações internacionais, foi vislumbrada a criação de instituições internacionais que deveriam coordenar a cooperação entre os Estados nestas áreas, evitando as guerras comerciais, - caracterizadas por desvalorizações concorrenciais de moedas e pelo aumento das barreiras ao comércio -, e a utilização da guerra como meio de solução dos conflitos entre Estados. A estrutura derivada deste projeto incluiu por um lado a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), e por

³ PRADO, Luiz Carlos Delorme. *Comércio Internacional*. In: GONÇALVES, Reinaldo, BAUMANN, Renato, PRADO, Luiz Carlos Delorme, et al. *A Nova Economia Internacional : uma perspectiva brasileira*. 3. ed. São Paulo : Campus, 1999, p. 56.

⁴ NASSER, Rabih Ali. *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT - OMC*. São Paulo LTr, 1999, p. 23; JACKSON, John Howard. *The world trading system : law and policy of international economic relations*. 2. ed. Boston : MIT, 1997, p. 13.

⁵ “O efeito natural do comércio é trazer a paz. Duas nações que comerciam juntas tornam-se reciprocamente dependentes; se uma tem interesse em comprar, a outra tem em vender; e todas as uniões estão baseadas nas mútuas necessidades.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília : Universidade de Brasília, 1982, p. 358; “É o espírito comercial, que não pode subsistir juntamente com a guerra e que mais cedo ou mais tarde se apodera de cada povo.” KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Trad. Marco Antonio de A. Zingano. - Porto Alegre : L&PM, 1989, p. 55, (Ak 367).

outro a criação do FMI (Fundo Monetário Internacional), do Banco Mundial (como passou a ser conhecido o BIRD – Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento) e de uma organização encarregada de promover a liberalização do comércio internacional e sua regulação. O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) foi assinado em Genebra, no ano de 1947, com caráter provisório, pois seria substituído pela OIC (Organização Internacional do Comércio). Entretanto, a Carta de Havana, de 1948, que criaria esta instituição, não foi ratificada pelo Congresso estadunidense e a tentativa de criar uma organização internacional para o comércio malogrou.⁶

O tripé que seria formado pelas organizações de Bretton Woods (FMI, BIRD e OIC), em que pese sua incompletude decorrente da não-implantação da OIC, tinha três instituições, complementares entre si, todas atendendo aos objetivos políticos e econômicos acima descritos. O FMI seria um fundo de estabilização, encarregado de auxiliar os países em épocas de crises no balanço de pagamentos. “Este fundo abria um mecanismo de curto prazo, para países que, sem esse suporte, só teriam como alternativa as condenadas políticas de desvalorização cambial ou protecionismo alfandegário.”⁷ O Banco Mundial, contribuiria para a reconstrução dos países atingidos pela guerra, incentivando políticas de desenvolvimento de longo prazo e atacando prioritariamente a questão do desemprego, evitando que uma massa de desempregados favorecesse a emergência de idéias comunistas ou de nacionalismos radicais.⁸ A OIC daria a previsibilidade e a segurança necessárias para o desenvolvimento do comércio internacional, que alimentaria as políticas de longo prazo fomentadas pelo Banco Mundial.

Daí que liberalização e regulamentação da economia mundial, através de instituições internacionais, são aspectos complementares e não contraditórios, como poderia parecer à primeira vista, pela acepção que se dá ao termo liberal, justamente oposto a regulamentações.⁹ Assim, a regulamentação internacional, diminuindo o poder

⁶ BARRAL, Welber, REIS, Geraldo. Globalização e o novo marco regulatório do comércio internacional : a inserção brasileira. *Ensaio FEE - véspera dos 500 anos*. Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, ano 20, n. 1, Porto Alegre, 1999, p. 184.

⁷ PRADO, Luiz C. D. Ob. cit., p. 56. Para um histórico do primeiro período do FMI, que vai dos acordos de Bretton Woods até o Acordo de Jamaica, vide SOLOMON, Robert. *O sistema monetário internacional 1945-1976*. Trad. Nathanael Caixeiro. Rio de Janeiro : Zahar, 1976.

⁸ PRADO, Luiz C. D. Ob. cit., p. 56.

⁹ Esta é uma das conclusões do estudo de NASSER, Rabih Ali. Ob. cit., p. 13; 17 e *passim*.

dos Estados de agir unilateralmente é justamente o que propicia uma maior liberalização do comércio.¹⁰

A percepção da repercussão deste fenômeno sobre o Direito Internacional já aparecia claramente em Miaja, em 1974:

Em via avançada de formação encontra-se um Direito internacional do Desenvolvimento econômico, do investimento de capitais em país estrangeiro, do comércio internacional e das limitações à soberania monetária de cada Estado, questões cuja regulamentação tem tido a seu encargo diferentes Organizações internacionais, e que, ainda que cada uma delas possua sua própria autonomia, em conjunto integram o que, com expressão cômoda, se há podido denominar *Direito internacional econômico*.¹¹

Como se denota do pensamento citado, o surgimento do Direito Internacional Econômico está embrionariamente ligado às instituições de Bretton Woods. Neste sentido, Lafer afirma:

O conjunto de organizações internacionais criadas no segundo após-guerra, visando a institucionalizar a colaborações econômica e que, nestes termos, estenderam *ratione materiae*, o objeto das normas do Direito das Gentes, constitui o núcleo do Direito Internacional Público Econômico.¹²

Num sentido muito amplo, o Direito Internacional Econômico é o conjunto das regras e princípios jurídicos que regulam as relações econômicas internacionais. Esta definição é, contudo, muito lata.¹³ Visto assim, praticamente toda a normatização na esfera internacional seria abrangida pelo Direito Internacional Econômico.

¹⁰ Neste sentido a afirmação de John Jackson, definindo a liberalização do comércio internacional como o “objetivo de minimizar quantitativamente a interferência dos governos nos fluxos de comércio que atravessam as fronteiras nacionais.” No original: “the goal to minimize the amount of interference of governments in trade flows that cross national borders.” Ob. cit., p. 11.

¹¹ No original: “En vía avanzada de formación se encuentra un Derecho internacional del Desarrollo económico, de la inversión de capitales en país extranjero, del comercio internacional y de las limitaciones a la soberanía monetaria de cada Estado, cuestiones cuya reglamentación han tenido a su cargo diferentes Organizaciones internacionales, y que, si bien cada una de ellas posee su propia autonomía, en conjunto integran lo que, con expresión cómoda, se ha podido denominar Derecho internacional económico.” MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. 6a. ed. Madrid: Atlas, 1974, p. 34.

¹² Ob. cit., p. 13.

¹³ Esta é por exemplo a opinião de John Jackson: “Alguns o teriam como uma rede muito ampla, que abarcaria quase todos os assuntos de natureza econômica.” “Some would have it cast a very wide net, and embrace almost any aspect of international law that relates to any sort of economic matter.” Ob. cit., p.

Em contraste com esta definição, John Jackson afirma:

Uma definição mais restrita do Direito Internacional Econômico, contudo, abarcaria comércio, investimento e serviços, quando eles estão envolvidos em transações que atravessam fronteiras nacionais, e aqueles assuntos que envolvem o estabelecimento em território nacional de atividade econômica de pessoas ou firmas originárias de fora do território.¹⁴

O elemento fundamental da definição faz lembrar do famoso critério econômico criado pelo Procurador-Geral Matter para determinar quando um contrato é internacional: “fluxo e refluxo” através das fronteiras de dois ou mais Estados.¹⁵ Entende-se também assim a definição de Lafer, para quem o Direito Internacional Econômico pode ser entendido como a “regulamentação jurídica da transferência internacional de recursos”.¹⁶

Uma delimitação mais simples e precisa para as relações abrangidas pelo Direito Internacional Econômico é buscada por Dominique Carreau *et alii*. Para estes autores, o Direito Internacional Econômico cuida essencialmente das relações macroeconômicas, ou seja, da regulação da organização das relações econômicas internacionais.¹⁷ Na continuação, expõem:

25. Dominique Carreau também faz referência a uma definição extensiva do Direito Internacional Econômico, que compreenderia qualquer operação financeira que não se restringisse à ordem jurídica de um só Estado. Depois rejeita esta definição, pois “ela está comprometida por um vício fundamental: como sua extensão é ilimitada, sua compreensão torna-se nula.” No original: “*Elle est entachée d'un vice fondamental: lors que son extension est illimitée, sa compréhension devient nulle.*” CARREAU, Dominique, FLORY, Thiébaud, JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 3. ed. Paris : LGDJ, 1990, p. 7.

¹⁴ Ob. cit., p. 25. No original: “*A more restrained definition of international economic law, however, would embrace trade, investment, and services when they are involved in transactions that cross national borders, and those subjects that involve the establishment on national territory of economic activity of persons or firms originating from outside that territory.*”

¹⁵ Matter criou tal critério no caso Pélissier du Besset, em 1927, quando este francês alugou de um inglês um imóvel em Alger. Neste processo, pronunciou-se Matter pela posição que não considerava o contrato como internacional, pois não havia ocorrido “o movimento de fluxo e refluxo sobre as fronteiras, e consequências recíprocas em um país e outro.” *Apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 16.

¹⁶ Ob. cit., p. 16.

¹⁷ CARREAU, Dominique *et alii*. Ob.cit., p. 7. As relações macroeconômicas diferenciam-se das microeconômicas: “Como aí se observa, a Teoria Econômica pode ser desdobrada em dois ramos principais: o da *Análise Microeconômica*, que cuida, individualmente, do comportamento dos consumidores e produtores, com vistas à compreensão do funcionamento geral do sistema econômico, e o da *Análise Macroeconômica*, que cuida do estudo agregativo da atividade econômica, ocupando-se de magnitudes globais, com vistas à determinação das condições gerais de crescimento e de equilíbrio da

Sem dúvida, o direito internacional econômico mantém-se como um direito moldura. Mais precisamente, o D. I. E. é aquele ramo do direito que compreende o estabelecimento de pessoas e de seus investimentos, o comércio internacional de bens e serviços assim como o financiamento destas atividades. Isto significa que o direito internacional econômico se ocupa ao mesmo tempo da criação internacional de riquezas, de sua mobilidade e de seu financiamento.¹⁸

De um modo ou de outro, as definições dadas circulam em torno dos mesmos pólos: as organizações internacionais e suas normas, as transações econômicas efetuadas entre operadores de Estados diferentes, a circulação de bens, serviços e capital, o financiamento e o estabelecimento de empreendimentos internacionais.

Assim, será suficiente para todos os efeitos, considerar que as normas da Organização Mundial do Comércio (OMC) integram este conjunto normativo a que se denomina Direito Internacional Econômico. Agora surge um outro problema, é saber, se apesar do nome que lhe dão, o Direito Internacional Econômico é mesmo Direito Internacional, ou um outro ramo separado e autônomo do Direito.

Dominique Carreau *et alii* defendem que o Direito Internacional Econômico é um Direito desvinculado do Direito Internacional, por seu escopo (relações econômicas e não, ao menos diretamente, a proteção da paz) e por suas fontes. No problema das fontes, eles identificam um privilégio do Direito Internacional aos tratados e ao costume, enquanto o Direito Internacional Econômico dá mais relevância aos atos unilaterais dos Estados e das organizações internacionais, bem como aos princípios gerais de direito.¹⁹

Entretanto, vai-se optar aqui por posição diversa, entendendo o Direito Internacional Econômico como parte do Direito Internacional.²⁰ A primeira razão para isto está em que o mero privilégio de umas fontes em relação às outras não instituiria diferença suficiente entre o Direito Internacional e o Direito Internacional Econômico.

economia como um todo.” ROSSETTI, José Pascoal. *Introdução à Economia*. 12. ed. rev., atual., ampl. São Paulo : Atlas, 1987, p. 71.

¹⁸ Ob. cit., p. 8. No original: “*Sans doute, le droit international économique demeure-t-il un droit cadre. Plus précisément, le D.I.E est cette branche du droit qui appréhende l'établissement des personnes et leurs investissements, le commerce international des biens et services ainsi que le financement de ces activités. C'est dire que le droit international économique s'occupe à la fois de la création internationale de richesses, de leur mobilité et de leur financement.*”

¹⁹ Ob. cit., p. 13.

²⁰ Nesse sentido MELLO, Celso Dudivier de Albuquerque. *Perspectivas do Direito Internacional Econômico*. In: CASELLA, Paulo B., MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coord.). *Guerra*

Segundo, que, como Jackson afirma²¹, a base do Direito Internacional Econômico é o Direito Internacional convencional, ou seja, são tratados, que também são uma das principais fontes do Direito Internacional.

Aliás, pela opção monista feita nesta dissertação, o caminho não pode ser outro. Pois por esta opção feita, uma norma nacional e outra internacional têm o mesmo fundamento de validade. Embora se reconheça a existência de diferenças entre o sistema nacional e o internacional, ambos pertencem a uma só ordem. Assim, as ações unilaterais dos Estados são normas produzidas pelas ordens jurídicas nacionais, mas que derivam sua validade do ordenamento internacional, que, se controla o âmbito de validade material das normas de Direito Interno através de uma norma de Direito Internacional, põe o Estado dentro de certos limites à sua atuação, sendo portanto a fonte última da norma não o Estado mas o Direito Internacional. É dizer, as normas nacionais devem guardar determinada conformidade com as normas internacionais, sob pena de gerar a responsabilidade do Estado. Não haveria portanto diferença de fundamento de validade das fontes arroladas para um e para outro ramo do Direito.

Deste modo, o Direito Internacional Econômico é parte do Direito Internacional, mas é preciso reconhecer que a acepção que se dá a este último não é só a de regras entre Estados para sua coexistência, mas outra que aceita sua evolução, estendendo as matérias por ele reguladas, fazendo do Direito Internacional Econômico um ramo do Direito Internacional.

Portanto, o Direito criado para a conformação da OMC e do sistema multilateral de comércio, bem como as normas nele produzidas, constituem um dos objetos do Direito Internacional Econômico, inserido dentro da taxonomia do Direito Internacional moderno, caracterizado por imperativos positivos que instituem normas de cooperação entre os Estados, para além do objetivo de assegurar meramente a sua coexistência.

comercial ou integração mundial pelo comércio? : a OMC e o Brasil. São Paulo : LTr, 1998, p. 93; NASSER, Rabih Ali. Ob. cit., p. 19; LAFER, Celso. Ob. cit., p. 16-19.

²¹ Ob. cit., p. 27.

2. COMÉRCIO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

As relações econômicas internacionais giram fortemente em torno do comércio internacional. Tanto a OMC como o Mercosul têm preponderância de elementos ligados ao comércio. Daí que o comércio internacional será o objeto regulado pelo Direito Internacional Econômico no qual se insere em grande parte a problemática que se pretende apresentar neste capítulo.

O comércio internacional representa um fator de suma importância para as economias abertas, hoje a grande maioria, quase absoluta no Ocidente. O interesse do comércio internacional para a economia de um Estado pode ser explicado, ao menos de forma preliminar, pela teoria das vantagens comparativas, que pode ser assim resumida: “o comércio bilateral é sempre mais vantajoso que a autarquia para duas economias cujas estruturas de produção não sejam similares.”²² Este modelo, de David Ricardo, “implica a especialização de cada país na exportação do produto do qual tem vantagens comparativas.”²³

O fluxo de mercadorias incrementa o consumo interno, gerando um aquecimento da economia. A possibilidade de vender em outros mercados permite às empresas obter ganhos de escala, vendendo muito mais, mesmo que por um preço mais baixo. Estes ganhos geram investimentos e poupança, dando maior estabilidade e solidez à economia do país. Por outro lado, os valores que são injetados nas economias dos exportadores em troca dos produtos comercializados aumentam a quantidade de moeda estrangeira, permitindo ao país exportador a valorização da moeda.²⁴

²² PRADO, Luiz. C. D. Ob. cit., p. 14.

²³ *Idem*, p. 15. O autor traz o exemplo usado por David Ricardo: “suponha-se que na Inglaterra fossem necessários 100 homens por um ano para produzir uma determinada quantidade de tecido; e que fossem necessários 120 homens pelo mesmo tempo para produzir uma determinada quantidade de vinho. Imagine ainda que em Portugal fossem necessários 90 homens para produzir a mesma quantidade de vinho que na Inglaterra. Nesse caso seria do interesse da Inglaterra dedicar-se exclusivamente à produção de tecidos e de Portugal exclusivamente à produção de vinho. Assim, embora a Inglaterra desse em pagamento pelos vinhos, que custaram o trabalho de 80 homens, tecidos que custaram o trabalho de 100, ela poderia obtê-los mais baratos do que se produzisse domesticamente. Nesse caso, a mesma quantidade de tecidos que iria custar o equivalente ao trabalho de 90 homens durante um ano uma quantidade de vinho equivalente ao trabalho de 80 homens durante esse período. Dessa forma, ambos lucraram com a operação.” *Idem, ibidem*. A teoria das vantagens comparativas conforme David Ricardo é explicada também por JACKSON, J., ob. cit., p. 14-18.

²⁴ Os ganhos econômicos e vantagens sociais que os países envolvidos em processos de integração buscam são num primeiro momento: “1) maior eficiência na produção, pela especialização crescente dos agentes econômicos segundo suas vantagens comparativas ou competitivas; 2) altos níveis de produção pelo maior aproveitamento das economias de escala permitidas pela ampliação de mercado; 3) uma

A liberdade de comércio leva os atores privados a adquirirem mobilidade, instalando-se nos países onde o custo de produção é menor. Um outro atrativo é o mercado interno do país onde a empresa transnacional pode se instalar. Por estes dois fatores, o Brasil depois da abertura comercial e estabilização política, tornou-se um grande captador de investimentos diretos.

A estabilidade institucional e política é fundamental para a atração de capitais. É por isso que países instáveis, como a Rússia em 1999, têm que aumentar significativamente as suas taxas de juros, visando atrair o capital estrangeiro. É que os riscos de um choque na economia ou de um rompimento institucional amedrontam o investidor, fazendo-o optar por outros mercados mais seguros. A taxa de juros que remunera os investimentos é controlada pelo poder executivo dos países, através dos bancos centrais, fazendo o jogo de equilíbrio entre risco e compensação pelo risco (maior remuneração do capital) para garantir os investimentos externos.

Os investimentos feitos pelo chamado “capital volátil”, que circula sem bandeira e que foge de um país ao menor sinal de um melhor negócio (outro mercado em que a relação risco/benefício seja mais favorável), sustentam o valor das moedas nacionais porque ajudam a manter o nível de oferta de moeda estrangeira (principalmente dólares) no país, gerando um equilíbrio no preço da moeda estrangeira em relação à nacional, que dita o valor desta.²⁵

Noutro viés, os fluxos de divisas que adentram as economias dos países através do comércio internacional dão uma sustentação mais segura à economia, por sua maior regularidade e previsibilidade. Além disso, o aumento das exportações gera o aquecimento da economia interna, pois se as empresas têm mais vendas elas precisam produzir mais, gerando empregos, investimentos internos, maior recolhimento de tributos e assim por diante.

melhor posição de barganha no plano internacional, em virtude das dimensões ampliadas da nova área, resultando em melhores termos de intercâmbio; 4) mudanças positivas (e obrigatórias) na eficiência econômica dos agentes em virtude de maior concorrência intrasetorial; 5) transformações tanto na qualidade quanto na quantidade dos fatores de produção por força de avanços tecnológicos.” Num estágio mais avançado, de mercado comum ampliado, são: “6) mobilidade de fatores através das fronteiras entre os países membros, permitindo uma alocação ‘ótima’ de recursos; 7) coordenação de políticas monetárias e fiscais num sentido teoricamente mais racional, já que subordinadas a uma lógica impessoal e não à pressão de grupos setoriais ou correntes politicamente influentes em escala nacional; e 8) os objetivos do pleno emprego (ou quase), de taxas estáveis de crescimento econômico e de uma melhor distribuição de renda tornam-se metas comuns dos países membros do processo.” ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. Brasília: Grande Oriente do Brasil, 1998, p. 3.

²⁵ RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 8. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1994, p. 129-135.

Ocorre que o mercado internacional é extremamente competitivo. Daí que para poder exportar as empresas e os governos têm de fazer maciços investimentos em qualidade e diminuição de custos. São estes dois gêneros (qualitativos e de preço), tomando-os em acepções bem amplas, os determinantes para a competitividade das exportações. Os fatores qualitativos refogem aos alcances deste trabalho, permitindo não traçá-los com detalhe. Os fatores de preço são os mais importantes para esta análise, porque é sobre eles que incide a maioria das normas do Direito Internacional Econômico.

O custo de um produto para exportação é maior do que aquele que será comercializado no mercado interno. O transporte, o seguro, o frete, os custos financeiros e tarifas de exportação e importação,²⁶ aumentarão o gasto do produtor que pretende vender ao exterior.²⁷ Para que esta transação seja vantajosa, ele deve obter ganhos de escala, vendendo muito mais, para que, mesmo com uma margem de lucro menor sobre cada produto, seu lucro final total seja maior do que se vendesse apenas no mercado interno.

Ocorre que todo o esforço para obter ganhos de escala pode ser vão se as políticas econômicas ditadas pelo governo do país do importador adotarem um rumo protecionista, ou seja, se procurarem evitar o desequilíbrio de suas balanças comerciais através da proteção do mercado interno e da produção nacional. Acaso descontroladas, as tarifas de importação tornam-se uma variável geradora de instabilidade e falta de previsibilidade que podem inviabilizar as transações comerciais. Com efeito, um produtor que tem uma distribuição eficiente no mercado do país onde produza, pode se sentir pouco atraído a exportar se souber que os riscos de todo o investimento em infraestrutura e qualidade do produto que ele terá obrigatoriamente de fazer para poder competir em outros mercados pode a qualquer momento tornar-se inócuo em

²⁶ A responsabilidade de cada um dos contratantes em relação aos itens mencionados é definida geralmente em fórmulas contratuais padronizadas, sendo as mais comuns as da Câmara de Comércio Internacional, conhecidas como Incoterms. As fórmulas mais conhecidas são: FOB - *Free On Board*, na qual o exportador deve entregar a mercadoria a bordo do navio e responsabilizar-se pelas formalidades de exportação; e CIF - *Cost Insurance and Freight*, pela qual o exportador embarca a mercadoria e ainda paga o seguro e o frete. DEL CARPIO, Rómulo Francisco Vera. *Carta de Crédito e UCP 500 (comentada)*. São Paulo : Aduaneiras, 1994, p. 151-162; MURTA, Roberto de Oliveira. *Incoterms 1990 : publicação n. 460 da CCI*. Trad. Roberto de Oliveira Murta. 2ª ed. São Paulo : Aduaneiras, 1995.

²⁷ O contrato de compra e venda internacional pode ser pago por antecipadamente, por cobrança (à vista ou a prazo) ou Carta de Crédito (*Letter of Credit - L/C*). DEL CARPIO, Rómulo E. V. Ob. cit., p. 169-170.

decorrência de uma elevação súbita das tarifas de importação de um país ao qual ele destina suas mercadorias.

Frisando então o que se disse, os acordos internacionais de comércio visam num primeiro momento obter a redução das tarifas de importação e dar uma certa previsibilidade aos agentes particulares em suas transações comerciais.

É importante observar que no jogo da competição comercial internacional, empresas e governos podem em conjunto alterar as condições de competitividade nas variáveis de formação do preço, principalmente nos custos de produção. Deste modo, pode-se reduzir o preço de uma mercadoria destinada à exportação, eliminando ou aliviando os custos tributários incidentes sobre a produção (oferecendo subsídios), diminuindo o lucro para conquistar outros mercados (praticando dumping)²⁸, oferecendo facilidades para o manejo de capitais e operações financeiras (outro tipo de subsídios). De uma maneira mais aviltante, pode-se reduzir a proteção aos trabalhadores e a influência de sindicatos de operários, o chamado “*dumping social*”, que se traduz em vantagens comparativas ao país produtor advindas da exploração da mão-de-obra com o mínimo de encargos possível.²⁹ Também deste modo pode-se reduzir os encargos gerados pela necessidade de preservação ambiental, gerando vantagens comparativas advindas da exploração do meio ambiente com o mínimo de cuidados e custos possível.³⁰

Por toda esta influência que governos e empresas podem exercer sobre a formação do preço no mercado internacional, é que os acordos de comércio buscam num estágio posterior erradicar ou anular esta influência. É neste âmbito que se inserem o Acordo Antidumping da OMC negociado na Rodada Uruguai, o Acordo de Subsídios da OMC, o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (TRIMs - “*Trade Related Investment Measures*”) e o Acordo sobre Salvaguardas e Medidas Compensatórias, bem como as polêmicas sobre os aspectos trabalhistas e ambientais

²⁸ Sobre o assunto vide BARRAL, Welber. *Dumping*. In: BARRAL, Welber (org.). *O Brasil e a OMC*. Florianópolis : Diploma Legal, 2000.

²⁹ LAFER, Celso. *Dumping Social*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, HUCK, Hermes Marcelo, CASELLA, Paulo Borba (org.). *Direito e Comércio Internacional : tendências e perspectivas*. São Paulo : LTr, 1998, p. 161-164.

³⁰ WATHEN, Tom. Um guia para o comércio e meio ambiente. Trad. Eduardo Lycurgo Leite. In: *Comércio e meio ambiente : Direito, Economia e Política*. São Paulo : Governo do Estado de São Paulo - Secretaria do Meio Ambiente, Center for International Environmental Law - CEIL-US, [1997?], p. 21-30.

relacionados ao comércio, geradores de tensão nas malogradas negociações de Seattle, durante a reunião da Conferência Ministerial da OMC, no final do ano de 1999.³¹

O Direito Internacional Econômico tende assim, a uma expansão de seu âmbito de validade material, regulando aspectos do comércio internacional que vão além da simples redução tarifária e previsibilidade das políticas comerciais dos Estados. Esta expansão está expressa hoje em grande medida nas normas da OMC, analisadas nos tópicos seguintes.

3. A OMC E O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

3.1 HISTÓRICO DO ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO

No período que sucedeu à Primeira Guerra Mundial, afora os acordos bilaterais firmados, vários acordos para liberalização comercial surgiram em conferências de caráter episódico promovidas em geral pela Sociedade das Nações. Eles eram preenchidos por expressões retóricas que contrastavam com o protecionismo e o nacionalismo praticados. Na década de 1940, iniciam-se as negociações para a expansão dos acordos comerciais em âmbito internacional, marcadas por uma reunião em 1943 entre delegações dos Estados Unidos e do Reino Unido. Após o encontro, estes países começaram a elaborar propostas para a criação da OIC, aceitas em 1946 pelo Conselho Econômico e Social da ONU. O consenso subjacente a estas propostas implicava justamente o contrário dos acordos anteriores: compromissos objetivos e vinculativos supervisionados por instituições permanentes. Um comitê foi reunido pela ONU para elaborar a carta que seria submetida à Assembléia Geral para criar a OIC como uma agência especializada da ONU. Na reunião deste comitê que elaborava o terceiro esboço da Carta da OIC, foi assinado o GATT, como uma demonstração do compromisso que as partes signatárias dele tinham com a liberalização do comércio que estavam propondo.³²

³¹ Sobre os assuntos mencionados e as negociações futuras da OMC, cf. BARRAL, Welber (org.). Ob. cit.

³² HUDEC, Robert E. *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*. New York : Praeger, 1975, p. 4-18. O GATT foi assinado em 23 de outubro de 1947, em Genebra, por 23 países. Ele entrou em vigor no Brasil, um dos signatários do acordo original, com a promulgação da Lei n. 313, de 30 de julho de 1948.

A OIC foi estruturada para ser um órgão das Nações Unidas, aberto à adesão de todos os seus membros. Ela seria constituída por um Secretariado permanente, auxiliado por peritos e técnicos, uma Conferência, com poderes de decisão, um órgão executivo, composto por dezoito membros, o Conselho Executivo (*Executive Board*) e comissões menores, para lidar com aspectos específicos da Carta.³³

Sobre os aspectos jurídicos da Carta, por um lado ela teve de contar com inserções de grandes margens de liberdade aos Estados, como ocorreu com o problema das sanções, que foram substituídas por eufêmicas compensações destinadas a reequilibrar o sistema, e com o recurso à Corte Internacional de Justiça, que seria apenas consultivo, ficando com a própria Organização o poder de dirimir a controvérsia definitivamente e aplicar as medidas necessárias. Por outro lado, a Carta não abandonou completamente o ideal de um modelo mais objetivo e jurídico inspirado nos fracassos do período entre-guerras. Um exemplo desta segunda postura era a cláusula que concedia à OIC poderes amplos para tomar providências nos casos de anulação ou redução (“*nullification or impairment*”) dos benefícios acumulados para os membros da Organização.³⁴

Já o GATT foi assinado para ser um acordo provisório, vigente apenas até a entrada em vigor da OIC. Por este motivo, as obrigações que prescreve são em geral muito semelhantes àsquelas previstas no Capítulo de Política Comercial na Carta. Tinha contudo algumas limitações. Em primeiro lugar, havia uma reserva para as normas que estivessem em vigor internamente mas que fossem contrárias aos termos do GATT. Em segundo lugar, ele não tinha a ambição de ser uma organização internacional formal. Suas decisões eram tomadas pelas Partes Contratantes reunidas e não por órgãos com funções decisórias. Por último, tinha um sistema de solução de controvérsias bem mais primitivo, baseado nas cláusulas de anulação e redução dos acordos de comércio norteamericanos do começo do século que davam direito ao Estado prejudicado de entrar em consultas com o Estado causador da anulação ou redução.³⁵

³³ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 22. O autor afirma que esta estrutura formal diferia do modelo efetivo, no qual uma “Diretoria” (“*Directorate*”) composta pelas maiores potências econômicas (EUA, Reino Unido, França, Canadá, os países do Benelux e alguns outros) vinha delimitando nas negociações a Carta de acordo com suas próprias necessidades. *Idem, ibidem*.

³⁴ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 19-43; CHO, Sung-joon. GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework : Are They the Achilles’ Heel of the Dispute Settlement Process? *Harvard International Law Journal*. Spring 1998, Vol. 39, n. 2. Cambridge : Harvard Law School, 1998, p. 314-315.

³⁵ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 44-52.

A urgente opção por um acordo tarifário sem os traços de uma organização internacional se justificou principalmente pela necessidade que tinham os negociadores americanos de aproveitar o mandato que lhes foi concedido pelo congresso estadunidense em 1945, que renovou por três anos o mandato para a celebração de acordos comerciais recíprocos. Dentro deste mandato, os representantes norte-americanos aproveitaram para retirar do texto do GATT qualquer referência que sugerisse a elaboração de uma organização, o que garantiria sua rápida e certa entrada em vigor, pois deste modo o acordo não precisaria ser submetido à aprovação do Congresso (embora houvesse quem divergisse de tal opinião). A urgência se devia também ao fato de que havia muitas concessões tarifárias negociadas, o que poderia fazer com que os comerciantes particulares resolvessem cessar os fluxos de comércio até a entrada em vigor das novas tarifas.³⁶

Porém esta opção gerou também problemas. Alguns governos viam dificuldades sérias em obter a aprovação do GATT em seus parlamentos nacionais e logo depois pleitear a aprovação da OIC, convindo que tal manobra seria desperdiçar cartas no jogo político, enfraquecendo as possibilidades de ratificação da Carta da OIC. A legislação estadunidense também tinha dispositivos em franca contrariedade ao texto do GATT. A solução encontrada foi o Protocolo de Aplicação Provisória. Por este protocolo ficaram excluídas de aplicação imediata as disposições da parte II do GATT, enquanto permanecessem em vigor regras internas contrárias ao GATT. As outras duas partes entrariam em vigor imediatamente.³⁷

O GATT tornou-se assim uma alternativa viável quando começaram a aparecer sinais de reprovação à Carta de Havana tanto pelos grupos de pressão favoráveis ao protecionismo, que não queriam a liberalização imbricada pela Organização, como pelos favoráveis ao livre comércio, que se opunham ao sem número de exceções contidas na Carta que poderiam tornar a situação pior do que estava. Em compensação, o GATT tinha uma estrutura mais leve e flexível, sem o peso de uma organização formal e com a vantagem de permitir aos países mais interessados no empreendimento que se mantivessem em um clube no qual poderiam fazer os seus negócios mais livremente dentro de suas pretensões. Como afirma Robert Hudec: “O grupo menor dos

³⁶ JACKSON, John. Ob. cit., p. 36-38.

³⁷ JACKSON, John. Ob. cit., p. 38-40. Por este Protocolo para Aplicação Provisória do GATT, lê-se no primeiro parágrafo que as Partes Contratantes concordaram “em aplicar, a título provisório e a partir de 1

países do GATT poderia mesmo vir a dizer adeus às sutilezas da política mundial, pois era confortável ter um lugar (poder-se-ia quase dizer um clube) onde pessoas de mesma opinião poderiam juntar-se e fazer o seu trabalho em paz.”³⁸

Os primeiros anos de funcionamento do GATT, em que ainda se esperava a ratificação da Carta de Havana e a conseqüente concretização da OIC, foram marcados por intensos trabalhos, que começaram logo após a Conferência de Havana, com vistas a ajustar o Acordo Geral à recém aprovada Carta. As Partes Contratantes do GATT reuniram-se assim seguidamente em sessões, praticamente a cada seis meses, tratando dos vários temas pertinentes ao Acordo, resolvendo controvérsias surgidas entre as partes e paralelamente criando um suporte institucional que crescia em proporção inversa às expectativas de ratificação da Carta de Havana pelo Congresso dos EUA.

O primeiro passo tomado nesta direção foi a criação de um Comitê Intersessional, que daria andamento às determinações das Partes Contratantes no período transcorrido entre as sessões. A Comissão Interina da OIC foi incorporada ao GATT gradativamente, dando origem ao seu secretariado.³⁹ Nas primeiras sessões o lugar preponderante pertencia ao presidente da sessão das Partes Contratantes (*chairman of the Contracting Parties*), mas o secretariado foi ganhando força com o desenvolvimento das atividades do GATT.

As atividades do GATT no primeiro período, que vai de 1947 a 1958, foram marcadas por um grande aprofundamento da confiança no sistema e em seu funcionamento, decorrente em muito da pouca visibilidade garantida por sua estrutura pouco formal. A confiança mencionada vem comprovada pelo esforço das Partes Contratantes de propor novamente uma organização formal para o comércio internacional, a Organização para a Cooperação Comercial (*OTC - Organization for*

de janeiro de 1948: a) as partes I e III do Acôrdo Geral sôbre Tarifas Aduaneiras e Comércio; b) e a parte II dêste acôrdo em tudo que fôr compatível com a legislação em vigor.”

³⁸ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 51. No original: “*The smaller group of GATT countries might even come to say “good ridance” to the niceties of world politics, for it was comforting to have one place (one might almost say a club) where likeminded people could get together and do their work in peace.*” É preciso observar que a não ratificação da Carta de Havana pelo Congresso dos EUA e sua conseqüente não-entrada em vigor projetaram o GATT institucionalmente, sendo que ele passou a significar ao mesmo tempo uma série de normas sobre relações comerciais internacionais e um foro para as negociações diplomáticas em matéria de comércio internacional, com um espaço para a solução de controvérsias surgidas entre as Partes Contratantes. SOARES, Guido F. *A compatibilização da ALADI e do Mercosul com o GATT*. Disponível na internet: <http://www.mre.gov.br>. 17.09.1999, p. 2.

³⁹ JACKSON, John. Ob. cit., p. 42.

Trade Cooperation), projeto abandonado quando novamente se tornara clara a resistência à ratificação no congresso dos Estados Unidos.⁴⁰

A partir de 1958, muitas mudanças foram produzidas. A primeira foi na composição do GATT. A Europa uniu-se na Comunidade Econômica Européia, o Japão entrou no GATT e os países em desenvolvimento aliaram-se formando uma maioria que poderia interferir na política do GATT. Com efeito, o Tratado de Roma que constituía a CEE continha potenciais violações das obrigações dos seis membros do GATT que nele estavam incluídos. Mas as suas potenciais violações ao GATT eram o resultado de um debate intenso, sendo praticamente impossível rever medidas específicas que poderiam contraditar o Acordo Geral. A questão era, portanto, aceitá-lo como um todo ou rejeitá-lo da mesma forma. A sugestão de uma abordagem mais pragmática para o problema, resolvendo as controvérsias quando elas surgissem efetivamente, foi adotada, na base de uma sugerida decisão de “esperar para ver” (“*wait-and-see*”) que foi apresentada pelo Comitê Intersessional à décima terceira sessão.⁴¹ Com o alargamento da CEE e dos acordos de união comercial e de preferências tarifárias, incluindo vários deles propostos por países em desenvolvimento que pretendiam usar destes acordos sem responder aos Estados desenvolvidos estendendo as concessões na base da cláusula da nação mais favorecida, a discriminação, de exceção, passou a ser a regra. Com a discriminação, oposta ao sistema legal do GATT, este foi avariado.⁴²

O mecanismo principal para o aprimoramento das relações econômicas entre as Partes Contratantes do GATT foi constituído pelas sucessivas rodadas de negociação. As quatro primeiras, incluindo a vestibular, em 1947, que originou o Acordo, foram dedicadas quase que exclusivamente a negociações tarifárias. Foi apenas na Rodada Dillon (1960-1961) que se começou a tentar a dar maior atenção com vistas à regulamentar aspectos não tarifários que afetavam o comércio internacional, mas nesse momento não foi este um empreendimento bem sucedido. Alguns avanços só foram obtidos na rodada posterior, chamada Rodada Kennedy (1964-1967). O ponto de maior tensão desta rodada ocorreu quando os EUA, após várias insistências com relação à necessidade de se regulamentar aspectos não tarifários, e ameaçar abandonar as negociações caso o setor agrícola não fosse objeto de regulamentação, sobretudo nestes aspectos, colocaram-se num grande impasse com a Comunidade Européia. Também

⁴⁰ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 64-65.

⁴¹ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 193-198.

⁴² *Idem*, p. 207.

durante a Rodada Kennedy houve um certo choque institucional no GATT por ocasião da realização em paralelo da reunião da UNCTAD (*United Nations Conference for Trade And Development* - Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), que poderia vir até a incorporar o GATT. Em decorrência desta ameaça, as Partes Contratantes demonstraram sua intenção de continuar a investir no GATT e responderam institucionalmente incluindo, em 1966, a Parte IV do GATT, que tratava de temas de comércio e desenvolvimento.⁴³

Os resultados da Rodada Kennedy não haviam proporcionado mudanças suficientes no sistema multilateral de comércio e as Partes Contratantes chegaram à rodada seguinte com um certo consenso sobre a necessidade de mudanças, principalmente sobre os aspectos não tarifários. Com este intuito e com a missão de resgatar a autoridade normativa do GATT, durante esta rodada que se estendeu de 1973 a 1979, foram negociados e aprovados diversos acordos em paralelo ao GATT, sobre subsídios, antidumping, outros acordos setoriais e um entendimento sobre consultas, notificações e solução de controvérsias.

A grande característica da Rodada Tóquio era assim a sua “balcanização” ou “fragmentação”, com vários acordos paralelos sujeitos à adoção pelas Partes Contratantes que a eles quisessem aderir, podendo, por exemplo, uma Parte Contratante aderir ao Código Antidumping da Rodada Tóquio e não aderir ao acordo sobre compras governamentais aprovado na mesma rodada. Isto deu origem à expressão “*GATT à la carte*”, muito difundida e que caracteriza em termos simples o resultado das negociações da Rodada Tóquio. É preciso explicar, porém, que os Acordos da Rodada Tóquio foram feitos separadamente, porque o sistema de votação requeria unanimidade para certas emendas e dois terços para outras decisões, um requisito difícil de cumprir quando o número de Partes aumentou⁴⁴.

Apesar de ter havido um certo avanço na rodada da década de setenta, as Partes Contratantes continuavam insatisfeitas com o funcionamento do sistema multilateral, especialmente o grande bloco dos países em desenvolvimento. Tal descontentamento se fez registrar na Declaração da Reunião Ministerial de 1982, que inicia com um diagnóstico da crise da economia mundial, observando que mais brechas foram criadas nos acordos do que mudanças capazes de efetivamente implementar uma maior

⁴³ LACARTE MURÓ, Júlio A. *Ronda Uruguay del GATT - La globalización de la economía*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 12.

⁴⁴ JACKSON, John. Ob. cit., p. 69.

liberalização do comércio em bases não discriminatórias. Mas outra vez as manifestações contidas nestas declarações não ultrapassaram o plano da retórica. Documentos e declarações circularam, reuniões foram feitas em grande número, porém seus resultados efetivos não foram percebidos, apesar da gravidade da situação.⁴⁵

O clima que antecedeu a Rodada Uruguai (1986-1994) foi assim permeado por uma insatisfação generalizada com o funcionamento e efetividade do GATT, acentuado por uma paralela onda de protecionismo que contribuía significativamente para aquela insatisfação, ao mesmo tempo em que era por ela alimentada.

As negociações tiveram início em Punta Del Este, Uruguai, justificando assim o nome que recebeu a Rodada. Em princípio, não estavam previstos objetivos tão ambiciosos como aqueles a que se chegou ao final da Rodada. Pensada como mais uma rodada de negociações das Partes Contratantes do GATT, ela transcorreu com previsíveis impasses, sobretudo na área da agricultura.

A questão da regulamentação do comércio agrícola pelo GATT sempre fora complicada. Desde os primórdios do GATT, muitas controvérsias emergiram relativas a produtos agrícolas. Entretanto, os EUA obtiveram uma derrogação de suas obrigações perante o Acordo Geral (*waiver*) para esta área em 1955, introduzindo um elemento de desconstrução da reciprocidade, que culminou com a ineficácia quase absoluta das regras do comércio de mercadorias contidas no GATT para o setor agrícola.⁴⁶

Países como o Brasil, por exemplo, dependem fortemente das exportações agrícolas. Assim, ao chegar à Rodada Uruguai, o Grupo de Cairns,⁴⁷ do qual o Brasil faz parte, condicionou os avanços nas negociações à resolução do impasse no setor agrícola, exigindo regulamentação em três setores cruciais: acesso a mercados, medidas de apoio interno e subsídios à exportação.

Diante da firmeza indelével dos países exportadores de produtos agrícolas, a Conferência de Bruxelas, de 1990, oportunidade em que se encerraria a Rodada, fracassou. Ao sentir que a resistência da (então) Comunidade Européia, grande

⁴⁵ LACARTE MURÓ, Júlio A. Ob. cit., p. 17-20.

⁴⁶ JACKSON, J. Ob. cit., p. 314; HUDEC, R. E. Ob. cit., p. 200; MATTIA, Fábio Maria De, BARBAGALO, Erica Brandini. A Organização Mundial do Comércio e o Acordo sobre a Agricultura. In: CASELLA, Paulo B., MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coord.). *Guerra comercial*, ob. cit., p. 277.

⁴⁷ O Grupo de Cairns representa ¼ das exportações mundiais de produtos agrícolas. MATTIA, F. M. BARBAGALO, E. B. Ob. cit., p. 271. O Grupo tem atualmente 15 membros: África do Sul, Austrália, Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Fiji, Filipinas, Indonésia, Malásia, Nova Zelândia, Paraguai, Tailândia e Uruguai. O grupo tem este nome por causa da cidade onde ele primeiro se reuniu em 1986. O objetivo dele é manter a liberalização do comércio agrícola nas pautas de negociações da OMC.

importadora destes produtos, seria igualmente firme, um clima tenso, recheado por acusações múltiplas e recíprocas acabou por causar a suspensão dos trabalhos com o encerramento da Conferência sem o previsto encerramento da Rodada.⁴⁸

A tarefa de criar uma solução foi atribuída ao Diretor Geral. Assim, Arthur Dunkel, que ocupava esta posição encetou consultas com as Partes Contratantes e depois formulou um grande projeto que consolidava acordos nas diversas áreas (*Dunkel Draft*). O problema central das negociações, o setor agrícola, só foi resolvido numa reunião de cúpula entre EUA e CE, conhecida como encontro de Blair House. As negociações ali entabuladas produziram o resultado que foi posteriormente apresentado às demais Partes do GATT, formando o Acordo sobre Agricultura, parte do Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC, que trata do comércio de bens.⁴⁹

Todavia, apesar da crise e dos impasses, a solução para os problemas que abalavam as Partes Contratantes do GATT antes da Rodada Uruguai não culminou com uma acentuação do protecionismo. Ao contrário, a solução foi uma liberalização muito mais ampla, livrando as amarras de setores até então pouco tocados, de interesse de todas as partes envolvidas. Os países desenvolvidos obtiveram desta forma um grande êxito na liberalização em áreas de seu maior interesse, trazendo ao seio do sistema multilateral do comércio a regulamentação dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPs - *Trade Related Intellectual Property Rights*) e do setor de serviços, cuja crescente expansão tem colocado-o numa posição de destaque no fluxo de investimentos mundial.⁵⁰ Os países em desenvolvimento membros conseguiram por sua vez dar os primeiros passos rumo à liberalização no setor agrícola, da qual dependem largamente suas exportações, com a assinatura do Acordo sobre Agricultura, bem como na melhoria do sistema de solução de controvérsias, embora este último não fosse um pleito exclusivamente dos países em desenvolvimento.

⁴⁸ LACARTE MURÓ, Julio A. Ob. cit., p. 106-113.

⁴⁹ *Idem*, p. 142. O autor anota que os países em desenvolvimento se apresentaram desapontados com os resultados no setor agrícola, inclusive com uma manifestação formal do Brasil neste sentido. *Idem*, p. 187.

⁵⁰ Dados da OMC indicam que o comércio de serviços já responde por 61% do Produto Bruto Mundial. A agricultura, por sua vez, apesar de ter grande influência na balança comercial de países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, representa hoje cerca de 5% do Produto Bruto Mundial e 10,5% das exportações mundiais. OMC. *Publicação para imprensa - Negociações de Serviços e Agricultura na OMC : encontros previstos para começar em Fevereiro e Março - Dados de suporte*. Press 167. 07.02.2000. Este e todos os outros documentos da OMC e do GATT citados neste trabalho foram obtidos no sítio da Organização na Internet: <http://www.wto.org>.

Os acordos da Rodada Uruguai revelam uma profunda aposta no sistema que se criou em torno da nova Organização, com um sistema de solução de controvérsias mais efetivo que inclui um Órgão de Apelação para analisar questões de direito invocadas nos relatórios dos grupos especiais (*panels*), além de manter os procedimentos já tradicionais do GATT, consultas e negociações diretas, conforme os artigos XXII e XXIII do Acordo Geral. Uma outra grande inovação que se detecta nos acordos da Rodada Uruguai é o chamado “*single undertaking*” ou “*single package*”, que pôs fim ao “*GATT à la carte*” da Rodada Tóquio obrigando à aceitação em bloco dos acordos negociados.⁵¹ Isto trouxe um novo nível de harmonização e homogeneização ao GATT. Algumas exceções a esta regra persistiram, se as encontrando nos acordos plurilaterais que constam do anexo 4 do GATT 1994.⁵²

A Rodada Uruguai completou-se com a assinatura na reunião de Marraqueche dos acordos que criaram a OMC e estenderam significativamente a abrangência material da regulamentação do comércio internacional efetuada pelo GATT. Em um período de transição, que durou o ano de 1995, conviveram o GATT e a OMC conjuntamente. Atualmente, porém, o GATT existe apenas enquanto conjunto de acordos, decisões e práticas anteriores à existência da OMC que servem para direcionar a sua atividade. O texto do Acordo de 1947 com suas posteriores alterações e interpretações foi incorporado pelos acordos da OMC, constituindo o GATT 1994.

Em sua grande maioria, as declarações e estudos publicados logo após a Rodada Uruguai davam sinais de uma certa euforia com a nova Organização animada pela evolução do sistema rumo a uma estrutura mais institucionalizada e orientada por normas (*rule-oriented*). Fatores externos, porém, precisam ser observados como importantes componentes para este sucesso. O primeiro deles, e o mais significativo com certeza, foi a queda do socialismo na Europa Oriental e o desmantelamento da União Soviética, com a posterior guinada russa rumo à economia de mercado. Esta grande mudança na geometria das forças internacionais proporcionou uma maior homogeneidade na economia internacional, uma vez findos os chamados “conflitos de concepção” sobre os modos de organizar a economia.⁵³

⁵¹ Artigo II.2 do Acordo Constitutivo (AC) “Os acordos e os instrumentos legais conexos incluídos nos Anexos 1, 2 e 3 (denominados a seguir “Acordos Comerciais Multilaterais”) formam parte integrante do presente Acordo e obrigam a todos os Membros.”

⁵² JACKSON, John. Ob. cit., p. 47-53.

⁵³ LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994, p. 21, 90 e 143.

O tamanho da empreitada assumida com a criação da OMC nesta Rodada pode ser mensurado na tabela seguinte, que apresenta alguns dados das diversas rodadas do GATT.⁵⁴

| Data | Local | Nº de Participantes | Comércio Afetado (US\$ bilhões) |
|---------|--------------------------|---------------------|---------------------------------|
| 1947 | Genebra - Suíça | 23 | 10 |
| 1949 | Annecy - França | 13 | n.d. |
| 1951 | Torquay - Reino Unido | 38 | n.d. |
| 1956 | Genebra | 26 | 2,5 |
| 1960-61 | Rodada Dillon - Genebra | 26 | 4,9 |
| 1964-67 | Rodada Kennedy - Genebra | 62 | 40 |
| 1973-79 | Rodada Tóquio - Genebra | 102 | 155 |
| 1986-94 | Rodada Uruguai - Genebra | 123 | 3.700 |

(n.d. - não disponível)

3.2 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

Dos resultados das negociações da Rodada Uruguai, que constituem o arcabouço normativo da OMC, constam, além da Ata Final, assinada em Marraqueche, em 15 de abril de 1994, o Acordo Constitutivo da OMC e seus anexos. Os anexos são quatro, sendo o primeiro sobre comércio de bens (anexo 1A), que inclui o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (GATT 1994) e mais doze acordos, o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS - anexo 1B) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs - anexo 1C); o segundo é o entendimento sobre solução de controvérsias (ESC); o terceiro é o Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais; e, o quarto é composto pelos Acordos Comerciais Plurilaterais, exceções à regra do *single undertaking* da Rodada Uruguai, firmados por apenas alguns dos Membros da OMC, embora estejam abertos à adesão dos demais. Dos acordos do anexo 4, o Brasil só firmou o Acordo Internacional sobre Carne Bovina. O Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que incorporou à ordem jurídica

⁵⁴ Tabela apresentada conforme THORSTENSEN, Vera. *OMC - Organização Mundial do Comércio : as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo : Aduaneiras, 1999, p. 31.

nacional os resultados da Rodada Uruguai, traz ainda o cronograma tarifário do Brasil, a Lista III (cada Membro tem a sua Lista de Concessões, ou cronograma tarifário, por tradução do inglês “*tariff schedule*”) e a Lista de Compromissos do Brasil em Matéria de Serviços.

Este tópico apresentará brevemente alguns pontos do Acordo Constitutivo da OMC, para delinear a estrutura organizacional da nova Organização. Tratar-se-á portanto do aspecto funcional do sistema multilateral do comércio, “representado, principalmente, pelas normas que integram o seu Acordo Constitutivo (AC), englobando as que tratam da sua instituição, de sua estrutura, dos diversos órgãos que a compõem e que lhe estabelecem as competências.”⁵⁵

Enquanto o GATT assumiu, por necessidade, alguma forma anômala de institucionalização, conformando-se como uma agência internacional intergovernamental, a OMC já surgiu com o *status* de organização internacional, com personalidade jurídica de Direito Internacional (artigo VIII.1 do AC), tendo por escopo servir de quadro institucional para a condução das relações comerciais entre os seus Membros (artigo II.1, AC).

Entre as principais funções da nova Organização, destaca-se a de tutelar a aplicação e administração dos acordos multilaterais entre seus Membros, com a constituição de um quadro jurídico para auxiliar nesta tarefa (artigo III.1, AC). Outras funções são a de servir de foro para as negociações comerciais dos seus Membros, administrar os procedimentos de solução de controvérsias e o Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais (artigo III, parágrafos 2, 3 e 4, respectivamente, do AC).

De um ponto de vista mais amplo, a OMC insere-se no tripé da regulação econômica mundial, completando-o. Como desde 1948, quando foram criados o FMI e o Banco Mundial, a organização do comércio não vingou, o GATT fez-lhe as vezes, mas sem a estrutura institucional, que só aparece com a OMC, em 1995. A pertinência da OMC neste conjunto de instituições internacionais econômicas vem destacada no artigo III.5 do AC, que determina a obrigação da OMC de cooperar, no que couber, com os dois outros órgãos já mencionados e seus órgãos afiliados, para lograr o “objetivo de alcançar uma maior coerência na formulação das políticas econômicas em escala

⁵⁵ NASSER, Rabih Ali. Ob. cit., p. 56.

mundial”, o que só comprova o inter-relacionamento necessário entre as três instituições já aqui antes identificado.⁵⁶

A estrutura orgânica da OMC está composta pela Conferência Ministerial, que é o seu órgão máximo, composto por representantes de todos os Membros. Ela se reúne no mínimo uma vez a cada dois anos (artigo IV.1, AC). Até o presente momento, em três oportunidades já houve reuniões da Conferência Ministerial (Cingapura, 1996, Genebra, 1998, Seattle, 1999). É este órgão o competente para fazer o lançamento de uma nova rodada de negociações, algo que foi esperado para acontecer na última reunião. Esta nova rodada se chamaria de Rodada do Milênio, mas os impasses internos com relação a temas críticos, como agricultura, serviços e propriedade intelectual, e a outros novos, como normas trabalhistas e ambientais relacionadas ao comércio, somados a uma forte pressão da sociedade civil, que se manifestou vistosamente nos locais onde se realizou a reunião, formaram um clima tenso e impróprio para o lançamento da nova rodada.

O outro órgão de cúpula da OMC é o Conselho Geral, composto igualmente por representantes de todos os Membros, possuindo a função de desempenhar as funções da Conferência nos intervalos entre as suas reuniões (artigo IV.2, AC). O Conselho Geral exerce também a função de Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), podendo contudo este ter um presidente próprio e estabelecer suas próprias regras de procedimento (artigo IV.3, AC). Igual disposição há para o Órgão de Exame das Políticas Comerciais, que também é um desdobramento do Conselho Geral, com alguma identidade própria (artigo IV.4, AC)

Subordinados ao Conselho Geral, há os Conselhos de Comércio de Bens, de Comércio de Serviços e outro para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, cada um com competência para supervisionar o acordo do anexo 1 relativo à sua matéria (artigo IV.5, AC). O Conselho de Comércio de Bens tem subordinados a si onze comitês⁵⁷ e o Conselho de Comércio de Serviços dois comitês (serviços financeiros e compromissos específicos) e quatro grupos de trabalho.

⁵⁶ Vide *supra*, cap. III.1, p. 95 e ss.

⁵⁷ Comitês de: acesso a mercados, agricultura, medidas sanitárias e fitossanitárias, barreiras técnicas ao comércio, subsídios e medidas compensatórias, práticas antidumping, valoração aduaneira, regras de origem, licenciamento de importações, medidas de investimento relacionadas ao comércio, salvaguardas. Há ainda ligados ao mesmo órgão, o corpo de monitoração de têxteis e os grupos de trabalho de empresas estatais e inspeção pré-embarque. OMC. *Organograma*. Disponível na internet: www.wto.org/wto/about/organsn2.htm. 23.04.2000.

Nenhum destes órgãos exige a participação de todos os Membros, dispondo o Acordo Constitutivo apenas que poderão participar deles todos os Membros.

Ao Conselho Geral ainda estão diretamente vinculados quatro grupos de trabalho (interação entre comércio e política da concorrência, transparência nas compras governamentais, relação entre comércio e investimento e adesão de novos Membros) e cinco comitês (acordos regionais, restrições por balança de pagamentos, comércio e meio ambiente, assuntos orçamentários, financeiros e administrativos, e comércio e desenvolvimento, que possui um subcomitê dos países de menor desenvolvimento relativo).

Em relação aos acordos plurilaterais, estes são supervisionados por dois conselhos internacionais subordinados diretamente ao Conselho Geral (conselhos internacionais de carne e de laticínios) e dois comitês (compras governamentais e aeronaves civis).

A OMC possui ainda uma Secretaria, chefiada por um Diretor Geral, que é indicado pela Conferência Ministerial. O Diretor Geral e o pessoal da Secretaria não poderão buscar nem aceitar instruções de qualquer governo ou autoridade externa à OMC (artigo VI, AC).

A regra de tomada de decisões na OMC é por consenso, como era no GATT. Quando for impossível alcançá-lo, proceder-se-á a uma votação (artigo IX, AC). Na Conferência e no Conselho Geral, cada Membro tem um voto, inclusive os países da CE, porque se ela votar, tem o número de votos dos países que a compõem. As decisões são tomadas em regra por maioria, exceto quando para adotar interpretações dos acordos e para conceder *waivers* (autorização para derrogação de uma obrigação de um Membro), casos em que se exige três quartos dos votos, e no caso de alterações dos acordos, cuja competência pertence exclusivamente à Conferência e cuja votação poderá ser decidida por maioria de dois terços (artigo X.1). A concessão de *waivers* também é de competência exclusiva da Conferência, enquanto as interpretações também podem ser tomadas pelo Conselho. Entretanto, há cinco normas dos acordos da OMC que não podem ser alteradas senão por consenso. São: o artigo IX do AC, que trata do processo decisório, os artigos I e II do GATT 1994 (cláusula NMF e o dispositivo sobre os cronogramas tarifários dos Membros), o artigo II:1 do GATS (cláusula NMF no comércio de serviços) e o artigo 4 do TRIPS (cláusula NMF no âmbito deste Acordo).

A Rodada Uruguai terminou com a assinatura de 128 Membros, que eram as Partes Contratantes do GATT à data da entrada em vigor do AC. Atualmente, oito outros Membros já conseguiram aceder à Organização⁵⁸ e há mais de trinta países em fase de acesso. O processo de acesso culmina com a aprovação desta pela Conferência Ministerial, por maioria de dois-terços (art. XII.2, AC).

3.3 SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

É notório que de um acordo com a complexidade que possui o GATT e mais ainda o conjunto dos acordos da OMC, muitas controvérsias podem emergir em relação à sua aplicação e interpretação. Além disso, o rompimento de regras acordadas é um fato comum, havendo a necessidade de um poder que exija o seu cumprimento, ou, quando este já houver causado algum dano que não cesse pelo retorno à conduta exigida, que obrigue o causador do dano à reparação devida ao lesado.

Assim, como disse Jackson, a mera existência de regras não assegura às partes os seus objetivos. É preciso força para implementá-las. Esta função de pacificação dos conflitos na esfera internacional pode ser atribuída a mecanismos diplomáticos ou mecanismos jurisdicionais. No primeiro caso, há as negociações diretas, as consultas, os bons ofícios, as conferências e congressos, as comissões de inquérito e a mediação. No caso dos mecanismos jurisdicionais, há a arbitragem e os órgãos de jurisdição institucional, como a Corte Internacional de Justiça e o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.⁵⁹

Os conflitos por sua vez podem ser políticos (honra, dignidade política ou economia de um Estado) ou jurídicos (violação ou descumprimento de um tratado ou ofensa a direitos de estrangeiros).

Do ponto de vista da forma de resolver os conflitos, pode-se dividir entre os meios que refletem a relação de poder entre as partes e aqueles cuja decisão é feita com referência a normas que as partes consideram aplicáveis à sua relação. Neste sentido, há

⁵⁸ Considerando como último Membro a aceder à OMC a Jordânia, que obteve a acesso em 11.04.2000.

⁵⁹ Este seria o aspecto formal, na divisão proposta por NASSER, Rabih Ali. Ob. cit., p. 56. "O aspecto formal pode ser localizado em diversos dispositivos, sendo mais clara a sua presença nos Anexos 2 e 3, justamente por estabelecerem procedimentos a seguir para a solução de controvérsias no âmbito da OMC e para o exame das políticas comerciais dos Estados integrantes do Sistema Multilateral do Comércio. Como a fiscalização da conformidade das normas adotadas no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais em relação aos direitos e obrigações assumidos no âmbito internacional é uma competência da OMC, surge a necessidade de haver normas formais que regulem o exercício dessa função." *Idem*, p. 56-57.

portanto uma abordagem orientada pelo poder (*power oriented*) e outra orientada por normas (*rule-oriented*). As últimas garantem previsibilidade e estabilidade. Destarte, representam a tendência da humanidade em suas relações. É dizer, a humanidade tem caminhado de sistemas mais orientados pelo poder para sistemas mais orientados por normas.⁶⁰

A implementação da regra de direito (*rule of law*) com base em sistemas jurisdicionais de solução de controvérsias é uma tendência exigida pela crescente interdependência econômica do mundo atual. O sistema de solução de controvérsias da OMC, obrigatório, pode contribuir e servir de modelo para a “juridicização” e “legalização” das relações internacionais, para o benefício da comunidade internacional.⁶¹

Deste modo, o sistema da OMC contribuiu para promover aquilo que Lafer denominou de “adensamento de juridicidade”, ou seja, um processo de transformação de um mecanismo de abordagem mais orientada pelo poder em um mecanismo mais orientado por normas. Na explicação do autor citado:

O “adensamento da juridicidade” resultante da aplicação do Entendimento sobre Solução de Controvérsias significa, em resumo, que o sistema de solução de controvérsias da OMC visa muito mais do que ao cumprimento de uma mera “obrigação de comportamento”, a ser seguida de boa fé, como no caso da transparência. É também radicalmente diferente da “obrigação de comportamento”, relativa à solução pacífica de controvérsias do direito internacional público geral que decorre do Artigo 2(3) da Carta da ONU.

O “adensamento da juridicidade” contido no ESC constitui, na realidade, uma obrigação de resultado, previsto nas normas de organização da OMC. É por isso que o “adensamento da juridicidade” proveniente da aplicação do ESC é uma medida de construção da confiança (*confidence building measure*), voltada para resultados, tutelando a segurança e a previsibilidade do sistema multilateral de comércio.⁶²

⁶⁰ JACKSON, John. Ob. cit., p. 109-111. Esta tendência, tal como apontada por Jackson, encaixa-se na tese de Kelsen de que o Direito Internacional é uma ordem primitiva de Direito, em evolução.

⁶¹ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System. *Journal of International Economic Law*. Vol. 1, n. 1. Oxford : Oxford University Press, mar. 98, p. 47.

⁶² LAFER, Celso. *A OMC...*, ob. cit., p. 31-32.

3.3.1 O sistema de solução de controvérsias do GATT (1947-1994)

No Acordo Geral de 1947, o artigo XXII previa a obrigação de cada Parte Contratante de facilitar as consultas relativas a representações que contra si fizesse outra Parte Contratante. No artigo XXIII, estava disposta uma sistemática para proteção das concessões e vantagens que as Partes tinham sob o Acordo Geral. Dois tipos de causas eram previstos como motivos para iniciar o procedimento ali previsto: o não-cumprimento dos compromissos assumidos por uma Parte Contratante e a aplicação de uma medida interna, fosse ou não contrária às disposições do Acordo.

Este segundo tipo de reclamação, baseada no prejuízo independentemente de violação, foi aos poucos sendo separado da reclamação por violação, em que pese a posição contrária dos EUA, que não permitiram que a distinção fosse expressamente consignada nos entendimentos sobre solução de controvérsias do GATT e da OMC.

Em geral, o procedimento iniciava com a manifestação da Parte lesada, que deveria fazer representações ou propostas às demais Partes Contratantes com vistas a resolver o incidente. Não havendo uma solução mutuamente satisfatória, as Partes Contratantes estavam autorizadas a iniciar uma investigação e, isto feito, poderiam fazer as recomendações apropriadas à solução do caso ou baixar normas sobre a questão. Em casos graves, as Partes Contratantes poderiam autorizar a suspensão de concessões e obrigações em relação à Parte causadora do prejuízo.

Este mecanismo, embora adequado para um Acordo cuja vida útil estava já desde o início comprometida pela potencial entrada em vigor de uma organização internacional que o incorporaria, estava aquém daquele discutido para a OIC, que incluía a arbitragem e até a possibilidade de um recurso à Corte Internacional de Justiça, já que aquela organização seria uma agência especializada da ONU.

A primeira reclamação da qual se tem notícia no âmbito do GATT, foi uma formulada pelo Benelux contra taxas consulares de Cuba. Ela foi resolvida pela intervenção do presidente (“*chairman*”) das Partes Contratantes. Tendo falhado as consultas, o delegado da Holanda perguntou ao presidente na segunda sessão: “O Artigo I (cláusula NMF) se aplica a taxas consulares?” Com a resposta afirmativa, o presidente respondeu que sim e pouco depois Cuba removeu as taxas discriminatórias.⁶³

⁶³ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 66. No original, a pergunta do delegado holandês aparece assim formulada: “*Did Article I (MFN obligation) apply to consular taxes?*”.

A partir da terceira sessão, as controvérsias começaram a ser passadas para grupos de trabalho (*working parties*). Num primeiro momento, apesar de haver a participação esporádica de elementos neutros, os grupos eram constituídos basicamente por representantes dos litigantes, visando alcançar acordos. No caso relativo às taxas internas do Brasil, reclamado pela França, um relatório bastante completo já foi apresentado, contendo os votos e manifestações das partes. A necessidade de aprovação dos relatórios assim produzidos pelas Partes Contratantes ficou clara no caso dos subsídios australianos, reclamado pelo Chile, em que o número de participantes neutros já era maior do que o de interessados diretos.⁶⁴

O interesse pelos grupos de trabalho para solução de controvérsias foi crescente nas sessões seguintes, chegando na agenda para a sétima a doze casos. Diante do número, o presidente, Johan Melander, da Noruega, sugeriu que se formasse um grupo de trabalho para tratar de todas as questões arroladas. Cinco dias depois anunciou a criação de um “*panel*”, para este fim. O termo de referência, que estabelecia os poderes do mandato outorgado ao painel⁶⁵ era:

Considerar, em consultas com os representantes dos países envolvidos e outros países interessados, reclamações submetidas às Partes Contratantes sob o Artigo XXIII e aquelas outras reclamações que as Partes Contratantes podem expressamente submeter ao painel, e submeter conclusões e recomendações às Partes Contratantes.⁶⁶

A partir da criação dos painéis, a tendência crescente foi apontar seus componentes não de acordo com o país que representavam, mas de acordo com sua capacidade técnica, recomendando que a usassem para chegar aos veredictos. Isto foi um passo importante para a implementação de um sistema mais “jurisdicionalizado”.

No período inicial do GATT (1947-1958), quarenta reclamações foram protocoladas. Após 1959, houve uma parada abrupta das disputas, que, exceto por dois

⁶⁴ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 69-70.

⁶⁵ A denominação usada aqui é a mais comum e praticamente unânime entre os autores que escrevem sobre a OMC, embora a tradução oficial constante do Decreto 1.355/94 use o termo “Grupo Especial”.

⁶⁶ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 74-75. No original: “To consider, in consultation with the representatives of the countries concerned and of other interested countries, complaints referred to the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII and such other complaints as the CONTRACTING PARTIES may expressly refer to the Panel and submit findings and recommendations to the CONTRACTING PARTIES.”

surtos de reclamações dos EUA em 1962-63 e em 1970-73, deixaram praticamente inerte o sistema de solução de controvérsias do GATT.⁶⁷

O motivo para a queda na atividade dos painéis foi em grande parte a alteração da composição do GATT, provocada pela criação da CEE, a entrada do Japão no GATT e a aliança dos países em desenvolvimento. Esta nova configuração rumou para uma condução mais política e diplomática de conduzir o GATT, o que chocava com a atividade mais jurídica dos painéis.

Os EUA e alguns países em desenvolvimento não compartilhavam da opinião predominante sobre o modo de conduzir o GATT. Em seqüência à manifestação uruguaia contra os países desenvolvidos, o Brasil juntou-se àquele país para propor uma renegociação do artigo XXIII, requerendo um reforço do mecanismo legal formal do GATT. Conseguiram uma Decisão em 1966 das Partes Contratantes que aceitou a inclusão de uma mediação pela Secretaria Executiva. Em 1971 foi criado o Grupo dos Três (representantes dos governos eleitos para presidente das Partes Contratantes, do Conselho e do Comitê de Comércio e Desenvolvimento). O Grupo funcionou por três anos.⁶⁸

Na Rodada Tóquio já se tentou uma mudança brusca nestes procedimentos, mas a CEE conseguiu evitá-la. Nos acordos ali formulados, inclusive nos Entendimentos referentes a Notificação, Consultas, Resolução de Disputas e Vigilância da Rodada Tóquio, uma parte poderia bloquear a decisão do painel, tendo em vista que este só poderia ser aprovado por consenso das Partes Contratantes, que dependia inclusive do voto da Parte contra a qual o relatório do painel poderia decidir.⁶⁹ Além disto, os procedimentos de solução de controvérsias não eram unificados, em decorrência dos

⁶⁷ HUDEC, Robert E. Ob. cit., p. 96. No período de 1962 a 1963 foram seis as reclamações, sendo quatro dos EUA, por pressões do congresso deste país sobre o executivo, pouco antes da Rodada Kennedy. a mais famosa, conhecida como "*chicken war*" foi contra a CEE por causa de uma compensação que ela devia aos EUA pela retirada de benefícios outorgados ao país reclamante quando da formação da sua tarifa externa comum. A resolução da disputa que quase pôs fim à Rodada Kennedy, numa verdadeira guerra comercial, permeada por momentos de alta tensão, se deu por um painel neutro, que arbitrou a compensação em US\$ 26 milhões (os EUA pediam US\$ 44 milhões e a CEE oferecia US\$ 19 milhões). Uma outra reclamação foi do Uruguai contra 15 países desenvolvidos, em virtude do fato sentido de que o GATT estava lhe gerando mais obrigações do que benefícios, e outra do Brasil contra o Reino Unido. *Idem*, p. 217-219. Também por motivos semelhantes aos mencionados, os EUA iniciaram um novo ataque no GATT, protocolando onze controvérsias entre 1972 e 1973, período anterior à Rodada Tóquio. As outras duas reclamações do período foram uma da CEE contra os EUA e outra da Austrália contra o Japão.

⁶⁸ *Idem*, p. 220-222.

⁶⁹ JACKSON, John. Ob. cit., p. 116.

acordos paralelos, submetidos à aceitação voluntária e isolada das Partes Contratantes, ao contrário do empreendimento único (*single undertaking*) da Rodada Uruguai.

3.3.2 O sistema de solução de controvérsias da OMC

Insatisfeitas com as falhas do sistema de solução de controvérsias do GATT a partir da Rodada Tóquio, as Partes Contratantes tentaram alterá-lo seguidamente. Assim, uma decisão de 1982 tentou mudar o esquema que permitia o bloqueio do painel e a iniciativa foi novamente formulada em 1984 e 1989.⁷⁰

Contudo, a mudança definitiva só ocorreria com os Acordos da Rodada Uruguai, dentre os quais figura o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC - Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC).

As principais mudanças no processo de instalação das disputas a partir do ESC são:

- (a) A adoção de relatórios não pode ser bloqueada pela parte perdedora;
- (b) O restrito limite do tempo implica como resultado numa distribuição dos casos com notável velocidade;
- (c) O gerenciamento das disputas por parte da OMC gerou credibilidade;
- (d) A existência de um processo de apelação tem sido fundamental para a credibilidade do sistema;
- (e) A assistência a países em desenvolvimento para formular e defender suas queixas, como requisito, foi decisivo para introduzir um sistema justo.⁷¹

A estas mudanças, valorativamente já consideradas em sentido positivo, poderiam ser acrescentadas: a criação de um sistema integrado e unificado de resolução de controvérsias (ao contrário do sistema aprovado na Rodada Tóquio), centrado no ESC; o estabelecimento de um Órgão de Solução de Controvérsias, responsável pela administração das regras e procedimentos de solução de controvérsias, pela adoção dos relatórios, pela supervisão da implementação das decisões e pela adoção das medidas necessárias em caso de seu descumprimento; a existência de um procedimento de revisão do relatório antes da sua circulação para os Membros (*interim review*); a

⁷⁰ GATT. *Declaração Ministerial sobre Procedimentos de Resolução de Disputas*. 29 GATT BISD 9. 29.11.1982; GATT. *Procedimentos de Resolução de Disputas*. 31 GATT BISD 9. 30.11.1984; GATT. *Melhoras no Processo de Resolução de Disputas do GATT*. 36 GATT BISD 61. 12.04.1989.

introdução da possibilidade de recorrer à arbitragem, como meio alternativo de solução dos conflitos, tanto no estágio de decisão como no de implementação.⁷²

A vedação à possibilidade de bloqueio do relatório do painel ocorreu com a inserção da regra do consenso negativo, ou seja, um relatório só poderá ser rejeitado se houver consenso quanto à rejeição (artigo 16.4 para relatórios dos painéis e artigo 17.14 para relatórios do Órgão de Apelação - OA, ambos dispositivos do ESC). A mesma regra se aplica ao direito de obter a instauração de um painel, que só será negado se o OSC consensualmente decidir neste sentido (artigo 6.1 do ESC).

A limitação temporal ao procedimento de solução de controvérsias se dá pela fixação de prazos para cumprimento das etapas previstas. Assim, na fase de consultas, que devem ser respondidas em dez dias contados da data de recebimento da solicitação, o Membro questionado deve estabelecer as consultas num prazo não maior do que trinta dias (artigo 4.3, ESC). Apesar de serem as consultas um procedimento tipicamente diplomático, a referência a normas no procedimento de consultas é obrigatória, devendo o Membro reclamante indicar as medidas controversas e o embasamento legal da reclamação (artigo 4.4, ESC). Não havendo resposta em dez dias, início das consultas em 30 dias, ou solução mutuamente aceitável em 60 dias, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um painel. Caso ambos concluam que é melhor desde logo iniciar o painel, o prazo de 60 dias não precisa transcorrer até o final (artigo 4.7, ESC). Os prazos podem ser diminuídos em casos de urgência (artigo 4.8 do ESC).

Há a previsão de outros mecanismos diplomáticos para a solução de controvérsias, utilizáveis voluntariamente se as partes na controvérsia assim o quiserem. São eles: os bons ofícios, a conciliação e a mediação (artigo 5). O Diretor Geral tem competência para oferecê-los de ofício, mas as partes só aceitam os procedimentos se quiserem (artigo 5.6, ESC).

Do mesmo modo que nas consultas, ao pedido de instauração de um painel é necessária a indicação das medidas controversas e o embasamento legal da reclamação. A petição deve indicar ainda se houve consultas (artigo 6.2, ESC).

⁷¹ TOULMIN, John. A OMC e seu sistema de resolução de disputas. In: GOYOS JR., Durval de Noronha (coord.). *O Direito do Comércio Internacional*. São Paulo : Observador Legal, 1997, p. 25.

⁷² COCCUZZA, Cláudio, FORABOSCO, Andrea. Are the states relinquishing their sovereign rights? The GATT dispute settlement process in a globalized economy. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Volume 4, summer 1996, issue 2. New Orleans : Tulane University, School of Law, 1996, p. 167-169.

É a parte reclamante que estabelece os limites da cognição do painel, elegendo os termos de referência e apontando as medidas ou ações objeto da reclamação e as normas dos acordos abrangidos que foram violadas, acontecendo o mesmo na fase de apelação. Todavia, há uma válvula de escape no sistema para o rígido enquadramento das medidas ou ações reclamadas nas normas dos acordos abrangidos pelo ESC. Trata-se da reclamação independente de violação, já antes mencionada.

Tal vindicação, fundada na anulação ou redução dos benefícios atinentes aos Membros da Organização, pode ser de dois tipos: suplementar ou independente. Para o primeiro há certos critérios: a medida questionada não poderia ter sido antecipada pelo reclamante; a medida questionada deve ter prejudicado a posição competitiva do produto em questão; e deve haver o nexó de causalidade entre a medida e o prejuízo alegado. As reclamações que preenchem estes três requisitos são reclamações de modo suplementar, porque preenchem um vazio deixado pelas normas do GATT/OMC, restabelecendo o valor original das concessões tarifárias.⁷³

Outro tipo de reclamação sem violação é aquele que se preocupa apenas com as expectativas legítimas do reclamante, protegendo o amplo conceito de balanço geral de benefícios que podem ser legitimamente esperados pelos governos como resultado dos compromissos assumidos no GATT ou na OMC. Esta é a reclamação de modo independente.⁷⁴

Os painéis devem ser compostos por especialistas, incluindo aqueles que já atuaram no GATT em painéis, comitês, conselhos ou secretariado, pessoas com desempenho acadêmico na área de direito ou política comercial internacional e altos funcionários na área de política comercial de um dos Membros (artigo 8.1, ESC). Em

⁷³ CHO, Sung-joon. Ob. cit., p. 318.

⁷⁴ CHO, Sung-joon. Ob. cit., p. 319. O autor analisa em detalhe neste artigo os riscos que este tipo de reclamo traz ao sistema de solução de controvérsias da OMC, por sua grande ambigüidade. Para ele, um grande abalo à legitimidade do sistema poderá ocorrer no caso de casos errados (*wrong cases*) de anulação ou redução dos benefícios serem protocolados, pois as partes perdedoras dificilmente se resignariam a cumprir as determinações do OSC. Assim, sugere que se restrinja a possibilidade de fazer reclamos por não-violação, sugere a transformação destes em reclamos por violação ou para solução através de cooperação intergovernamental, e ainda, sugere que sejam admitidos os particulares como postulantes diretos no sistema de solução de controvérsias da OMC. Num caso sobre anulação ou redução submetido ao OSC, o OA firmou-se no sentido de separar os dois tipos de reclamação, limitando as interpretações teleológicas nos casos de violação, sustentando que se aplicam apenas aos reclamos por anulação ou redução de benefícios. OMC. *Comunidade Europeia - Classificação Aduaneira de Certos Equipamentos de Computador*. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS62, 67, 68/AB/R (todas as citações de relatórios dos painéis e do OA da OMC incluem o nome do país reclamado, o tema do caso e o código do relatório, com o qual se pode obter acesso ao relatório no sítio da OMC na internet). A decisão foi criticada por TRACHTMAN, Joel P. *European Communities - Customs Classification of*

suma, devem ser especialistas e devem atuar a título pessoal, desvinculados dos governos ou organizações que representam ou representaram (artigo 8.9, ESC). Os painéis têm em regra três membros, podendo excepcionalmente ter cinco quando as partes assim quiserem (artigo 8.5, ESC).

Além das partes envolvidas na controvérsia, terceiros podem participar, inclusive manifestando-se oralmente e por escrito perante o painel (artigo 10, ESC).

Quem formula as recomendações ao Membro julgado em desconformidade com suas obrigações perante a OMC é o OSC. Contudo, tais recomendações são feitas com base nos relatórios dos painéis e do OA. Destarte, ao painel requer-se que proceda a uma avaliação objetiva dos fatos, da aplicabilidade e da concordância com os acordos abrangidos e pertinentes, formulando as conclusões que ajudem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas nos acordos abrangidos pelo ESC (artigo 11, ESC).

Os procedimentos dos painéis são flexíveis, porém, os prazos devem ser definidos com exatidão e respeitados. Em todo caso, o procedimento perante o painel não deverá superar o prazo de seis meses. Em casos de urgência, este prazo deverá ser reduzido pela metade (artigo 12.8, ESC). Por outro lado, em casos em que o painel pressinta impossível julgar a causa em seis meses, o prazo pode ser estendido a nove meses (artigo 12.9, ESC).⁷⁵

A reunião do OSC que seguir à divulgação aos Membros do relatório do painel deverá considerá-lo, a menos que o prazo de 20 dias desde a divulgação ainda não haja sido ultrapassado, caso em que se postergará a consideração à próxima reunião do Órgão (artigo 16.1, ESC).

Na fase de apelação, em que a controvérsia é apreciada por um órgão permanente da instituição, os prazos são também bem delimitados. O OA é composto por sete membros, que atuam em grupos de três, alternadamente (artigo 17.1, ESC). Seus mandatos duram quatro anos, renováveis uma vez por um período igual. As

Certain Computer Equipment. *European Journal of International Law*. Disponível na internet: <http://www.ejil.org/journal/surveys.html>. 18.08.1999.

⁷⁵ Entretanto, já houve ao menos um caso em que o procedimento não pôde ser concluído no prazo de nove meses. No caso da Comunidade Européia, relativo ao regime de importação, venda e distribuição de bananas (reclamado por Equador, Guatemala, Honduras, México e EUA), o relatório do painel só foi concluído após 12 meses do início do procedimento. OMC. *Comunidade Européia - Regime para Importação, Venda e Distribuição de Bananas*. Relatórios dos painéis. WT/DS27. Maio, 1997. Um comentário do relatório do OA no caso foi desenvolvido por GARCÍA, Mercedes. Banana III: European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. *European Journal of International Law*. Disponível na internet: <http://www.ejil.org/journal/surveys.html>. 18.08.1999.

peças que o compõem não podem ter vínculos com nenhum governo, devem estar sempre disponíveis em breve espaço de tempo e ter reconhecida competência, com experiência comprovada em Direito, comércio internacional e nos assuntos tratados pelos acordos abrangidos em geral (artigo 17.3).

O procedimento não deve exceder 60 dias, permitindo-se uma prorrogação máxima por mais 30 dias (artigo 17.5, ESC). Uma vez adotado o relatório do OA, o Membro para o qual se formulou recomendações deverá na próxima reunião do OSC em 30 dias informar ao Órgão suas intenções para a implementação da decisão (artigo 21.3, ESC).

Só podem ser submetidas ao OA as questões de direito tratadas no relatório do painel e as interpretações jurídicas por ele formuladas (artigo 17.6).

Caso não sejam cumpridas as determinações do OSC, podem ser autorizadas a compensação e a suspensão de concessões ou de outras obrigações (artigo 22, ESC). Estas são medidas temporárias, que funcionam como uma sanção unilateral, autorizada pela Organização.

Conforme apontado acima, a criação do OA garantiu ao sistema da OMC uma maior credibilidade, assegurada por uma maior “juridicização” da atividade de solução de controvérsias. Isto está claro na delimitação feita no ESC do mandato do OA. Ele só pode analisar as questões de direito tratadas pelo grupo especial e as interpretações jurídicas por ele formuladas (artigo 17.6). Assim, a apreciação da matéria de fato fica encerrada no procedimento perante o painel.

A grande vantagem adquirida com o OA é a maior uniformidade das interpretações dos acordos. O OA, que tem poderes para confirmar, modificar ou reformar as decisões dos painéis, tem-no feito com frequência, e suas decisões têm servido de orientação para análises posteriores por outros painéis e pelo próprio OA.

As fontes de Direito que podem ser invocadas perante os painéis e o OA são os dispositivos dos Acordos da OMC, os entendimentos, decisões, interpretações e declarações ministeriais, assim como o trabalho preparatório do GATT, princípios gerais de direito e a disposições de Direito Internacional costumeiro. Entretanto, acordos como a Convenção de Viena e o material preparatório do GATT são fontes subsidiárias de interpretação, só utilizáveis quando fontes primárias não puderem resolver o litígio.⁷⁶

⁷⁶ JACKSON, J. Ob. cit., p. 121-122.

Duas outras inovações citadas anteriormente restam ser detalhadas. A primeira é a oportunidade que se dá às partes envolvidas de revisarem o relatório do painel antes de sua circulação (*interim review*). Ela está prevista no artigo 15 do ESC, devendo ocorrer após a consideração das réplicas e apresentações orais, permitindo às partes que façam comentários sobre o relatório a elas submetido, que contém os fatos e as argumentações por elas trazidas ao conhecimento do painel. Os comentários formulados pelas partes na etapa intermediária de exame deverão ser analisados pelo painel nas conclusões do relatório final (artigo 15.3, ESC).

A outra inovação é a alternativa ao uso da arbitragem, possibilitada pelo artigo 25 do ESC. O recurso a ela e a concordância de submissão ao laudo arbitral deverão contudo ser objeto de acordo mútuo entre as partes (artigo 25, parágrafos 2 e 3, ESC). O procedimento de supervisão das recomendações formuladas pelos painéis e pelo OA deve ser aplicado, *mutatis mutandis*, também àquelas formuladas no laudo arbitral (artigo 25.4, ESC).⁷⁷

A credibilidade trazida pelo novo sistema de solução de controvérsias decorre do seu amplo uso desde a criação da OMC, do alto grau de implementação das determinações do OSC e da concordância, expressa no ESC, de todos os Membros no sentido de ser o sistema de solução de controvérsias da Organização o único recurso para resolver disputas relativas aos acordos da OMC por ele abrangidos (artigo 1, ESC).

Então, refazendo a linha argumentativa traçada, há no sistema da OMC: o direito à instalação de um painel; a jurisdição compulsória do OSC para resolver a controvérsia; limites temporais para resolvê-la; o recurso a um Órgão de Apelação; um procedimento praticamente automático de adoção das decisões; procedimentos de supervisão para assegurar o cumprimento das decisões adotadas; e procedimentos para compensação e retaliação autorizada. Estas características permitem qualificar um sistema assim construído como um sistema “*quasi-judicial*”⁷⁸.

⁷⁷ Um exemplo do uso da arbitragem ocorreu no caso *Japão - taxas sobre bebidas alcólicas*, em que ao membro que presidia o OA no caso foi solicitado que arbitrasse qual seria o período razoável para implementação das disposições do OSC, de acordo com o artigo 21.3.c do ESC. Ele arbitrou em 15 meses. (OMC. *Japão - taxas sobre bebidas alcólicas*. WT/DS58/15. 14.02.1997). PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Ob. cit., p. 44.

⁷⁸ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Ob. cit., p. 34 e 47.

3.4 NORMAS E PRINCÍPIOS MAIS IMPORTANTES DOS ACORDOS DA OMC

Acima se fez menção à liberalização comercial e aos seus efeitos. Este tópico tratará da maneira como se operacionaliza esta liberalização através de regras jurídicas, mais precisamente, das normas e princípios dos acordos da OMC. Será abordado portanto o aspecto material do sistema multilateral do comércio.⁷⁹

As obrigações centrais do GATT são as concessões tarifárias. No GATT 1994, tal qual no GATT 1947, elas vêm consignadas no artigo II e nos cronogramas tarifários de cada Membro. Tais compromissos delimitam pormenorizadamente as tarifas que cada Membro imporá aos produtos importados dos outros Membros. Nos mais de cinquenta anos que se passaram desde a entrada em vigor do GATT 1947, a redução das tarifas aplicáveis às importações e exportações foi significativa. A tarifa média no mundo hoje é de 3,9%, o que passa a ser quase insignificante como efeito restritivo ao comércio.⁸⁰ Daí porque na exposição inicial se avaliou que, num primeiro momento, o objetivo primordial dos acordos de livre comércio é a redução de tarifas, e que, num segundo momento, eles se voltam para a eliminação do tratamento discriminatório e às medidas não tarifárias.

O princípio fundamental para o sistema multilateral do comércio é o da **não-discriminação**, visando alcançar condições de concorrência o mais igualitárias possível. A posição privilegiada deste princípio no sistema multilateral do comércio aparece já no preâmbulo do GATT, no qual após uma declaração do reconhecimento das Partes Contratantes dos benefícios que pode trazer a cooperação internacional na área econômica e comercial, introduz-se como maneira de atingir os benefícios almejados “a conclusão de acôrdos recíprocos e mutuamente vantajosos, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório, em matéria de comércio internacional”.

O princípio assume várias formas no acordo, sendo as duas mais relevantes a cláusula da nação mais favorecida (cláusula NMF) e o princípio do tratamento nacional. A primeira está prevista no artigo I do GATT e o segundo no artigo III.

Pela cláusula NMF, uma concessão ou privilégio concedido a um Membro da OMC deve ser estendido aos demais Membros. Esta cláusula já aparecia nos acordos

⁷⁹ Conforme a divisão já mencionada de NASSER, Rabih Ali. Ob. cit., p. 56

⁸⁰ JACKSON, John. Ob. cit., p. 51.

comerciais do Reino Unido pelo menos desde o século passado, como se rememora no Tratados de Aliança e Amizade e de Comércio e Integração, ambos de 1810, que estabeleciam a cláusula NMF a favor do Reino Unido. Naquela época, se Portugal fizesse uma concessão tarifária no Brasil para um determinado produto da França, por exemplo, deveria estendê-la ao Reino Unido, como agora deve estender a todos os Membros da OMC.⁸¹

Pelo princípio do tratamento nacional, tributos e outras imposições não podem ser exigidos de produtos importados se não são exigidos na mesma medida dos produtos nacionais. É claro que tal princípio só se aplica após o produto ter atravessado a aduana, pois tarifas de importação não estão abrangidas por este princípio. Destarte, por outras palavras, o princípio do tratamento nacional do artigo III do GATT estabelece que depois de ter entrado no território aduaneiro de um Membro, não pode haver discriminação entre o produto importado e o nacional.⁸²

O artigo III do GATT já foi levado ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC várias vezes. A partir de uma reclamação oposta por Venezuela e Brasil aos EUA, foi instaurado um painel e houve recurso ao OA. No relatório do painel, foi declarado que os EUA estavam em violação com suas obrigações no sistema multilateral por decorrência do CAA (*Clean Air Act* - Lei do Ar Puro). O problema surgiu quando ao implementar esta lei, o órgão para isto designado, a Agência de Proteção Ambiental (EPA - *Environmental Protection Agency*), foi incumbido de estudar os diferentes níveis de qualidade das fórmulas da gasolina no mercado americano, não tendo levado em consideração determinados dados, inclusive dos importadores, por julgá-los não

⁸¹ A parte inicial do artigo citado do GATT é a seguinte (conforme redação da Lei n. 313 de 30 de julho de 1948): "PARTE I - Artigo I - *Tratamento Geral de Nação mais Favorecida* 1. Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma parte contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras partes contratantes ou ao mesmo destinado. Êste dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, nos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 1 e 2 do art. III."

⁸² Da mesma forma da nota anterior: "PARTE II - Artigo III - *Tratamento nacional em matéria de impostos e de regulamentação internos* 1. Os produtos de qualquer Parte Contratante importados no território de outra Parte Contratante serão isentos de parte dos tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam aos aplicados, direta ou indiretamente, a produtos similares de origem nacional. Além disto, nos casos em que não houver no território importador produção substancial de produto similar de origem nacional, nenhuma Parte Contratante aplicará tributos internos novos ou mais elevados sobre os produtos das Partes Contratantes com o fim de conceder proteção à produção de produtos, diretamente competidores ou substitutos, não taxados de maneira semelhante; os tributos internos dessa natureza, existentes, serão objeto de negociação para a sua redução ou eliminação."

confiáveis. O estudo formulado sem estes dados gerou um nível base de qualidade da gasolina superior ao nível da exportada por Brasil e Venezuela. Em decorrência disto, o painel, reconhecendo que gasolinas importada e nacional são produtos similares e que o tratamento dado à importada era menos favorável do que aquele deferido à nacional, encontrou uma violação do artigo III.4 do GATT 1994.⁸³ Não houve apelação sobre este ponto, o que impediu o Órgão de Apelação de se manifestar sobre o assunto diretamente.⁸⁴

Num outro caso, relativo a taxas exigidas pelo Japão para certas bebidas alcoólicas, o Órgão de Apelação teve a oportunidade de se manifestar sobre o artigo III do GATT. Então, estabeleceu que para haver violação ao artigo III.2, era preciso ver se os produtos importados eram substitutos ou diretamente concorrentes, se a sua taxa não era similar e se a taxa diferenciada era aplicada para proteger a produção interna. No caso em foco, os três requisitos foram considerados preenchidos e foi recomendado ao OSC que determinasse ao Japão que colocasse suas medidas em conformidade com suas obrigações perante a OMC.⁸⁵

Ambos os princípios inscritos nas cláusulas citadas do GATT são portanto facetas do princípio da não-discriminação, sendo a cláusula NMF relativa à não-discriminação entre concorrentes externos ao mercado aduaneiro de um Membro e o princípio do tratamento nacional relativo à não-discriminação entre o produto importado e o nacional, depois daquele ter cruzado a aduana.

Mas os dois artigos citados, apesar da importância crucial que ostentam, não são os únicos a lidar com as normas criadas para orientar o comércio internacional em bases não discriminatórias. Para este fim, merecem ser citados, ao menos brevemente, o artigo XXVIII do GATT, que permite aos Membros da OMC negociar alterações nos cronogramas tarifários, através de acordos com os Membros que possuam interesse essencial no tratamento tarifário que se pretende alterar, e o artigo XI do GATT que trata da eliminação das restrições quantitativas, tais como quotas, licenças de

⁸³ OMC. *Estados Unidos - Padrões para Gasolina Reformulada e Convencional*. Relatório do Painel. WT/DS2/R. 29.01.1996. Sobre o caso enfocado, vide CHO, Sung-joon. Gasoline : United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. *European Journal of International Law*. Disponível na internet: <http://www.ejil.org/journal/surveys.html>. 18.08.1999; SILVA NETO, Orlando Celso da. O Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC : análise de caso - estudo do contencioso Brasil e Venezuela x Estados Unidos. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo, MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo : Necin-Capes, 1998, p. 195-222.

⁸⁴ OMC *Estados Unidos - Padrões para Gasolina Reformulada e Convencional*. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS2/AB/R. 29.04.1996, p. 9.

⁸⁵ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Ob. cit., p. 43.

importação e outras medidas que restrinjam o comércio. Este artigo XI é genérico o bastante para abranger as barreiras não tarifárias ao comércio. Contudo, uma regulamentação mais específica foi formulada nos Acordos sobre o Comércio de Bens da Rodada Uruguai, elaborando um Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações, outro sobre Inspeção Pré-Embarque e outro sobre Barreiras Técnicas ao Comércio, entre outros relacionados à matéria, todos partes do Anexo 1A ao Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio. Alguns dispositivos destes acordos serão abordados no próximo tópico, quando se passar à análise do caso escolhido.

Um outro princípio fundamental na construção normativa da OMC é o princípio da **transparência**, definido no artigo X do GATT e reforçado pela “Decisão sobre Procedimentos de Notificação” da Rodada Uruguai. O ideal contido no artigo é a obrigação para os Membros de notificar à OMC cada medida que eles adotem que possa afetar o comércio internacional. Decorrência do mesmo princípio é a obrigação de dar publicidade às medidas adotadas, permitindo que governos e operadores do comércio se tornem familiarizados com elas. Celso Lafer expõe a importância deste princípio como uma medida de construção da confiança mútua (*confidence building measure*) entre os Membros da Organização:

A publicidade expõe *erga omnes* políticas públicas jurídicas à luz de uma visível e assim não restrita ou secreta avaliação de sua razoabilidade. Reforça assim uma perspectiva democrática de ordem econômica internacional, uma vez que numa democracia o público, por ser do interesse de todos, é concebido ao mesmo tempo como sendo aquilo que é comum e visível.⁸⁶

Insistiu-se aqui que não bastaria a redução das barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio. Incidindo diretamente sobre a formação do preço e as estratégias de conquista de mercados, medidas governamentais podem distorcer o comércio internacional, alterando as condições de competição entre os produtores. Isto pode ocorrer com medidas que ofereçam subsídios às empresas nacionais, com medidas que exijam um conteúdo mínimo de componentes nacionais para a obtenção de benefícios por parte das empresas produtoras, como também pode ocorrer com a criação de medidas de atração de investimentos que alterem o destino das inversões em favor de um determinado Membro. Para lidar com estas medidas arroladas, o GATT dedicava

⁸⁶ LAFER, Celso. *A OMC...*, ob. cit., p. 27-28.

artigos a medidas antidumping e compensatórias (artigo VI) e subsídios (artigo XVI). Da mesma forma que ocorrera com o artigo XI, uma regulamentação mais explícita e detalhada foi elaborada na Rodada Uruguai, tendo como precedentes os acordos das rodadas anteriores, principalmente da Rodada Tóquio. Neste ensejo, aparecem no Anexo 1 os Acordos sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio, sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, sobre Salvaguardas e sobre a Implementação do Artigo VI do GATT 1994 (Acordo Antidumping).

Todas estas medidas citadas envolvem ações que causam desvio ou distorção dos fluxos de comércio. As medidas de investimento, por exemplo, podem favorecer a produção local ao exigir que uma empresa adquira ou utilize produtos de origem nacional, ou ao limitar a quantidade de importações desta empresa um montante relacionado ao valor ou ao volume de sua produção local (parágrafo 1 da Lista Ilustrativa, TRIMs).⁸⁷

Os **subsídios** são medidas governamentais que podem favorecer produtores locais através de pagamentos diretos ou renúncia fiscal, por exemplo. Já as medidas compensatórias são “medidas tarifárias que se aplicam quando um produto entra num país, de maneira a se equalizar o valor deste produto que é subsidiado no país de origem.”⁸⁸ O **dumping**, por sua vez, é uma atividade privada, significando a colocação no mercado de produtos com preços inferiores ao praticado no mercado exportador, com vistas a obter maior participação no mercado.⁸⁹

⁸⁷ O Brasil foi já questionado em relação a este acordo, com o qual estaria em desacordo em virtude da adoção do Regime Automotivo Especial e Geral (Leis 9.440/98 e 9.449/98). Não houve contudo a instalação de um painel para lidar com o caso, tendo se resolvido no âmbito das consultas (OMC. *Brasil - Certas Medidas de Investimento no Setor Automotivo*. Reclamado pelo Japão. WT/DS51.30.07.1996; OMC. *Brasil - Certas Medidas que Afetam o Comércio e o Investimento no Setor Automotivo*. Reclamado pelos EUA. WT/DS52. 09.08.1996; OMC. *Brasil - Certas Medidas que Afetam o Comércio e o Investimento no Setor Automotivo*. Reclamado pelos EUA. WT/DS65. 10.01.1997; OMC. *Brasil - Certas Medidas que Afetam o Comércio e o Investimento no Setor Automotivo*. Reclamado pela CE. WT/DS81/1. 07.05.1996). O Brasil também aproveitou o *waiver* concedido à Argentina, que havia notificado em tempo o seu regime automotivo à OMC, sob a justificativa de que se tratava de uma mesma união aduaneira, que não poderia se sustentar caso a um dos países fosse permitida uma condição negada ao outro. O problema relativo ao Acordo TRIMs poderia ser contornado por uma exceção relativa ao balanço de pagamentos contida no Acordo. Sobre isto, vide o pronunciamento do Brasil, no procedimento de consultas, feito por Celso Lafer, sustentando a pertinência desta exceção: LAFER, Celso. *A OMC...*, ob. cit., p. 155-168.

⁸⁸ PRADO, Victor Luiz do. *A Organização Mundial do Comércio e a Questão dos Subsídios*. In: GOYOS JR., Durval Noronha (coord.). *O Direito do Comércio Internacional*. São Paulo : Observador Legal, 1997, p. 42.

⁸⁹ Há ao menos quatro casos já julgados sobre dumping na OMC: *Guatemala - Investigação Antidumping Concernente à Importação de Cimento Portland do México*. WT/DS60; *México - Investigação Antidumping de Xarope de Milho de Alta Frutose (HCFS) dos Estados Unidos*. WT/DS132; *Estados Unidos - Taxa antidumping sobre Semicondutores para Memórias Dinâmicas de Acesso Aleatório*

Os subsídios tratados pelo acordo específico da OMC sobre este assunto tratam de subsídios governamentais à produção de bens industriais, porque para os produtos agrícolas há disposições especiais no Acordo sobre Agricultura.

No Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, há três tipos de subsídios, em analogia às luzes de um semáforo: proibidos, como a vinculação do subsídio ao desempenho exportador ou ao conteúdo de componentes de fabricação nacional; acionáveis, que não são proibidos, mas que podem autorizar a imposição de medidas compensatórias; não acionáveis, ou permitidos, que são os não específicos e aqueles concedidos para fins de pesquisa e desenvolvimento, adequação a padrões ambientais e a regiões economicamente mais desfavorecidas de um país Membro.⁹⁰

Um precedente na experiência do GATT foi significativo para a maior regulamentação dos subsídios. Foi o caso dos subsídios pagos pela CE aos produtores de sementes oleaginosas e proteínas de alimentação animal, que teve dois painéis. Os subsídios eram dados na forma de pagamentos diretos aos processadores de sementes que comprassem oleaginosas oriundas da própria Comunidade Européia. O primeiro painel deu razão aos EUA, que reclamavam a conformidade das medidas da CE com suas obrigações perante o artigo III.4 do GATT e o restabelecimento dos benefícios que teriam sob o Acordo Geral e que foram reduzidos pelos subsídios europeus.⁹¹ O segundo painel, instaurado para verificar o cumprimento das disposições do primeiro pela CE, concluiu que embora o sistema instalado pela CE tivesse em vista a adequação

(DRAMs) de um Megabit ou Mais da Coreia. WT/DS99/1. 29.01.1999; Estados Unidos - Lei Antidumping de 1916. WT/DS136/R. 31.03.2000. Em todos os casos o Reclamante teve ganho de causa, exceto no caso Guatemala - cimento, em que o OA anulou o relatório do painel que tinha sido favorável ao México, por problemas processuais. Sobre o assunto, vide BARRAL, Welber. *A regulamentação Antidumping na Organização Mundial do Comércio*. São Paulo, 1999. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo.

⁹⁰ PRADO, Victor. Ob. cit., p. 44; BARRAL, Welber. *Subsídios e Medidas Compensatórias*. In: CASELLA, Paulo B., MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coord.). *Guerra comercial...*, ob. cit., p. 371-382. As consultas sobre o Regime Automotivo incidiram igualmente sobre a violação alegada do Acordo sobre Subsídios da OMC pelo Brasil, tanto pela vinculação das importações ao consumo de bens nacionais, como pelo índice mínimo de nacionalização exigido, como pela renúncia fiscal concedida. Contudo, havia uma disposição invocável no artigo 27.4, que poderia sustentar, ao menos em parte, a defesa brasileira, pois permitia a concessão de subsídios em países em desenvolvimento com vistas a fomentar o crescimento de regiões do país menos desenvolvidas. Outra exceção seria o prazo de cinco anos previsto no acordo, em que não se aplicaria aos países em desenvolvimento a proibição dos subsídios vinculados ao uso preferencial de produtos nacionais. SILVA NETO, Orlando Celso da. *O regime automotivo brasileiro (Lei 9.440/97) e a Organização Mundial do Comércio*. In: CASELLA, Paulo B., MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coord.). *Guerra comercial...*, ob. cit., p. 383-412; BARRAL, Welber. O regime automotivo brasileiro e as regras da OMC. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, n. 4, p. 129-144, 1997. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

⁹¹ GATT. *Comunidade Européia - Pagamentos e subsídios pagos a processadores e produtores de oleaginosas e proteínas de alimentação animal relacionadas*. L/6627 - 37S/86. 14.12.1989, p. 40.

ao artigo III.4, a redução dos benefícios estadunidenses sob o Acordo continuava, pelo que o painel sugeriu que as Partes Contratantes autorizassem medidas contra a CE na forma do artigo XXIII:2 se rapidamente a CE não removesse as medidas que provocavam tal redução.⁹²

Por outro lado, é preciso observar que os direitos compensatórios aplicados por um Membro da OMC em virtude da prática de dumping (direitos antidumping), da concessão de subsídios (medidas compensatórias) ou da aplicação de salvaguardas (medidas temporárias para proteger a indústria doméstica de um Membro contra importações que estejam causando grave prejuízo a esta indústria), constituem uma exceção ao princípio da não-discriminação, por serem casos em que um Membro poderá, sujeito a vários critérios estabelecidos nos acordos, aplicar um tratamento discriminatório, diferenciado do tratamento tarifário negociado em âmbito multilateral. Isto ocorre pois as medidas arroladas revestem-se de medidas restritivas das importações, como sobretaxas (aumento nas tarifas) e quotas (restrições quantitativas), que podem ser específicas, ou seja, direcionadas à importação de produtos originários de um ou de vários Membros.

A amplitude da abrangência material das normas tuteladas pela OMC vai ainda além, disciplinando o comércio de serviços, o comércio de bens agrícolas, até então nominalmente inserido nas regras do GATT mas não efetivamente sujeito à aplicação de suas normas, e os TRIPs.

O Acordo sobre o Comércio de **Serviços** (GATS) é regido por dois princípios, como no GATT, que são a transparência e a não-discriminação. O primeiro está exteriorizado na necessidade de publicação das medidas que afetem o comércio de serviços e na exigência de se manter pontos de informação. O segundo está assegurado por outros princípios: acesso a mercados (artigo XVI), tratamento nacional (artigo XVII) e cláusula NMF (artigo II).⁹³

Há ainda pelo menos outros dois artigos importantes, o artigo VI, que dispõe sobre a regulamentação nacional, determinando que os requisitos e procedimentos referentes a normas técnicas e qualificação profissional, não serão considerados como

⁹² GATT. *Continuação do relatório do painel Comunidade Européia - Pagamentos e subsídios pagos a processadores e produtores de oleaginosas e proteínas de alimentação animal relacionadas*. DS28/R - 39S/91. 31.03.1992, p. 23. As medidas compensatórias foram tomadas pelos EUA um pouco antes do encontro de Blair House. LACARTE MURÓ, Júlio. Ob. cit., p. 142.

⁹³ MARCONINI, Mário. A OMC, o Mercosul e o Comércio de Serviços: aspirações regionais na era pós-GATS. In: GOYOS JR., Durval Noronha (coord.). Ob. cit., p. 52.

restrições ao comércio de serviços, e o artigo VII, que se refere a medidas de reconhecimento de diplomas, principalmente às decorrentes de acordos internacionais, que não serão consideradas violações à cláusula NMF, embora tais acordos devam estar abertos a adesões pelos outros membros.⁹⁴

O Acordo sobre **Agricultura** será comentado em maior detalhe no tópico seguinte. Entretanto, já se adiantou que ele foi o resultado possível, obtido em difíceis negociações, resolvidas de forma praticamente definitiva numa reunião entre EUA e CE. No Acordo, se alcançou uma regulamentação nos três setores pleiteados pelo Grupo de Cairns (subsídios à exportação, acesso a mercados e medidas de apoio interno), mas as fórmulas usadas para fazer os cálculos da liberalização a ser efetivamente concedida no setor diluíram muito o seu efeito, bem como o grande número de exceções previstas no Acordo.

Não obstante, houve a inserção de uma cláusula que veda, por um prazo de nove anos, o recurso ao mecanismo de solução de controvérsias, à aplicação de medidas compensatórias, a ações antidumping e ações por anulação ou redução dos benefícios concedidos a um Membro no sentido do artigo XXIII.1.b do GATT (reclamações por não-violação), por matérias relativas a subsídios à exportação e medidas de apoio interno nele abrangidas (cláusula da paz, artigo 13 - devida moderação). Contudo, uma revisão do Acordo, agendada no artigo 20 do próprio Acordo, já foi iniciada.⁹⁵

O Acordo sobre Direitos de **Propriedade Intelectual** Relacionados ao Comércio (TRIPs) é extenso, abrangendo uma vasta área relativa tanto à propriedade industrial como aos direitos de autor. O Acordo também está regido pelos princípios gerais do GATT, aplicáveis por disposições específicas do próprio Acordo relativas ao princípio do tratamento nacional e à cláusula NMF. A Convenção de Berna sobre direitos autorais, de 1971, continua em vigor e os Membros devem cumpri-la, exceto no que tange aos direitos morais do autor (artigo 6, bis da Convenção), que o sistema americano do *copyright* tradicionalmente excluiu (artigo 9, TRIPs).⁹⁶ De forma semelhante, a Convenção de Paris sobre propriedade industrial, de 1967, deve ser respeitada pelos Membros (artigos 15 e 22, TRIPs).

⁹⁴ MARCONINI, M. Ob. cit., p. 53.

⁹⁵ Sobre o assunto, vide ANDERSON, Kim. *Agriculture, WTO and the next round of multilateral trade negotiations*. Adelaide : Centre for International Economic Studies, University of Adelaide, 1998. Disponível na internet: <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade>. 20.02.2000; MATTIA, F. M., BARBAGALO, E. B. Ob. cit.; LUPI, André L. P. B. *Agricultura*. In: BARRAL, Welber (org.). Ob. cit.

O que se observa deste amplo espectro agora abrangido pelas normas do sistema multilateral do comércio, é uma extensão *ratione materiae* das normas do GATT, que corre em paralelo a uma extensão *ratione personae*, decorrente do aumento significativo do número de Membros.⁹⁷

Há, contudo, diversas **exceções** às disposições dos acordos tutelados pela OMC. Um primeiro grupo destas exceções seria formado por exceções gerais, previstas no artigo XX do GATT e que incluem o respeito das regras do Acordo Geral às medidas adotadas para proteger a moralidade pública (XX.I.a), a saúde e a vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais (XX.I.b), os tesouros nacionais de valor artístico, histórico ou arqueológico (XX.I.f), relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais (XX.I.g); às medidas essenciais à aquisição e repartição de bens essenciais (XX.II.a), entre outras previstas no mesmo artigo. Esta relação entre as medidas arroladas no artigo XX e as regras do GATT/OMC deve ser interpretada como a inexistência de violação das regras do GATT/OMC no caso de implementação daquelas medidas, mas apenas desde que nelas não esteja contida nenhuma restrição disfarçada ao comércio internacional.

A aplicação destas exceções já foi objeto de análise dos painéis do GATT, durante a Rodada Uruguai, quando os Estados Unidos embargaram as importações de atum de países que não tinham mecanismos adequados para a preservação dos golfinhos, cetáceos que vinham sendo mortos em larga escala por causa da pesca do atum. Nas duas oportunidades que tiveram de lidar com o caso, os painéis concluíram que os embargos dos EUA violavam o artigo XI e que não se enquadravam na exceção do artigo XX.I.b porque não eram necessárias, tendo em conta que o resultado poderia ser obtido através de negociações multilaterais, e que o artigo XX não se aplicava quando um Membro quisesse proteger animais fora do seu território. Além disto, o painel concluiu que as medidas estadunidenses não se enquadravam no artigo XX porque tinham como objetivo primordial coagir outros governos a adotar determinadas

⁹⁶ Vide LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Proteção jurídica do software : eficácia e adequação*. Porto Alegre : Síntese, 1998.

⁹⁷ LAFER, Celso. *A OMC...*, ob. cit., p. 23, 52 e 144.

medidas ambientais e portanto não tinham como objetivo direto a proteção ambiental.⁹⁸ Nenhum dos dois relatórios foi adotado pelas Partes Contratantes do GATT.

Um caso mais recente envolvendo a mesma matéria foi o caso das tartarugas marinhas. Neste caso, também uma medida tomada pelos EUA, desta vez contra a importação de camarões e produtos derivados deste marisco, foi objeto da reclamação. Na alegação norte-americana, a medida tinha como objetivo salvar as tartarugas marinhas da prática predatória que seria praticada quando da pesca de camarões, pois os pescadores de alguns países não possuíam equipamentos adequados para permitir a liberação das tartarugas das redes e mecanismos usados para a pesca do marisco. O enquadramento foi idêntico. A medida era uma violação ao artigo XI, não cabendo dentro da exceção geral formulada no artigo XX. Mas o painel adotou um novo argumento, o de que a proliferação de medidas semelhantes acabaria por solapar o sistema multilateral do comércio. O Órgão de Apelação rejeitou a linha de raciocínio do painel e construiu sua própria fundamentação. Em primeiro lugar, reconheceu, com apoio na Cites (*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*), que a espécie era uma espécie em extinção e que era para os efeitos do artigo XX.1.g, um recurso natural esgotável. Então, procedeu ao exame da medida em si, para verificar se ela era o meio menos restritivo ao comércio à disposição do Membro que a adotou. Sua conclusão foi negativa, apoiada na arbitrariedade da Seção 609 da legislação dos EUA, primeiro porque a proibição às importações era feita aos países não certificados pelos EUA. Segundo, porque ela era unilateral e melhores efeitos seriam obtidos se propostos multilateralmente, e, terceiro, porque os EUA falharam na entabulação de negociações internacionais requeridas em virtude da medida adotada. Por uma argumentação diferente, chegaram à conclusão de inconsistência da medida dos EUA com suas obrigações no sistema multilateral.⁹⁹

Entre estes dois casos acima citados, foi julgado pelo Órgão de Solução de Controvérsias o caso da gasolina, já mencionado. O painel decidiu contrariamente ao principal argumento constante da defesa estadunidense, que era a exceção prevista no artigo XX. O argumento foi afastado pelo painel, pois o mecanismo não era “necessário”, o método de estabelecer o nível base era inadequado e a medida não

⁹⁸ GATT. *Estados Unidos - Restrições às Importações de Atum*. 39 BISD 155, 204, 1993; GATT. *Estados Unidos - Restrições às Importações de Atum*. DS 29/R, 1994.

⁹⁹ OMC. *Estados Unidos - Proibição às Importações de Certos Camarões e Produtos de Camarão*. WT/DS58/AB/R (98-0000). 06.11.1998.

estava prioritariamente dirigida à conservação dos recursos naturais (XX.1.g). O Órgão de Apelação, em sua primeira atuação, manteve a conclusão do painel, considerando que os métodos da legislação americana eram uma discriminação injustificada ao comércio mundial.¹⁰⁰

Da análise destes casos, pode-se observar que as exceções previstas no artigo XX não podem ser facilmente invocadas e que, para fazê-lo, o melhor é intentá-lo em âmbito multilateral, definindo claramente o objetivo das medidas e utilizando o mecanismo que menos cause distorções aos fluxos comerciais.

Exceções outras existem nos Acordos, algumas para situações contingenciais, como é o caso das salvaguardas para os casos de dificuldades no balanço de pagamentos, pois qualquer parte tem autorização para restringir importações com vistas a melhorar sua posição financeira externa (art. XII do GATT). Do mesmo gênero é a salvaguarda prevista no artigo XIX do GATT, que autoriza medidas temporárias que sejam necessárias para evitar um grave dano à produção interna.

De outro gênero, existem ainda as exceções previstas no artigo XXIV do GATT, tratada novamente mais adiante, relativa a pactos regionais de livre comércio, e na Parte IV do GATT, inserida em 1966, que estabelece algumas exceções à aplicação das normas a países em desenvolvimento Membros da OMC. Uma outra categoria, chamada de “países de menor desenvolvimento relativo” também tem alguns privilégios que se traduzem em exceções específicas dos acordos da Rodada Uruguai.

3.5 ESTUDO DE CASO: COMUNIDADE EUROPÉIA - MEDIDAS QUE AFETAM AS IMPORTAÇÕES DE PRODUTOS AVÍCOLAS

3.5.1 Dados pertinentes ao comércio dos produtos e Membros envolvidos

O Brasil é um dos maiores parceiros da CE na América Latina. Ele absorve 46% do total das exportações europeias para o subcontinente e responde por 44,3% das importações provenientes da América Latina com destino à CE.¹⁰¹ Também com relação à direção dos investimentos europeus, o Brasil tem posição privilegiada, recebendo 35%

¹⁰⁰ OMC. *Estados Unidos - Gasolina*. Relatório do Órgão de Apelação. Doc. cit. p. 29.

¹⁰¹ INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS (IRELA). *Latin America and Europe: beyond the year 2000*. Dossier n. 65. Madrid, set. 1998, p. 7.

do fluxo de investimentos diretos da Europa para a América Latina. O Mercosul fica com 56% deste fluxo.¹⁰²

O acesso ao mercado europeu tem facilidades: 45% das exportações provenientes da América Latina com destino ao bloco econômico entram sem taxas, graças à cláusula NMF do GATT, e outros 23% têm acesso livre graças ao Sistema Generalizado de Preferências (SGP) da CE.

Contudo, países latino-americanos têm reclamado que as limitações do sistema continuam a impedir o acesso ao mercado. Isto inclui controles administrativos e barreiras não-tarifárias como certificados de importação, quotas, preços de entrada, direitos antidumping e regras fitossanitárias. Os críticos alegam que estes mecanismos protegem as indústrias européias da competição internacional, evitando investimentos de longo prazo no comércio com a Europa por parte dos produtores latino-americanos.¹⁰³

O Brasil é o segundo maior exportador de produtos agrícolas para a CE, ficando atrás apenas dos EUA. No setor específico da carne de frango, o Brasil é hoje um dos maiores exportadores do mundo, ao lado de EUA e França. No período entre 1975 e 1992, o Brasil teve um crescimento de 10.714% no período. Entre as causas para este aumento destacam-se a política de modernização do parque fabril, a melhoria genética das aves e a intensa publicidade. A maioria destes avanços contou com apoio governamental, reduzindo impostos, e com os baixos custos reprodutivos dos plantéis.¹⁰⁴ Segundo Luiz Fernando Furlan, presidente da Associação Brasileira dos Exportadores de Frango (ABEF), os fatores de sucesso nas indústrias de frangos e suínos podem ser divididos em: a) fatores de competitividade tradicional (economia de escala e baixo custo, eficiência na produção e industrialização, tecnologia na produção e industrialização homogênea); b) fatores de competitividade dinâmica (alto nível de

¹⁰² *Idem*, p. 21.

¹⁰³ *Idem*, p. 6. No original: "However, Latin American countries have claimed that the system's limitations continue to impede access to the market. These include administrative constraints and non-tariff barriers, such as import certificates, quotas, entry prices, anti-dumping duties and phytosanitary norms. Critics argue that these mechanisms protect European industries from international competition, while preventing Latin American producers from making long-term investments in trade with Europe." Sobre a Política Agrícola Comum da CE, vide OLIVEIRA, Maria Odete de. *União Européia : processos de integração e mutação*. Curitiba : Juruá, 1999, p. 201-217.

¹⁰⁴ ESPÍNDOLA, Carlos José. *As agroindústrias do Brasil: o Caso Sadia*. Chapecó : Grifos, 1999, p. 185.

coordenação do sistema, associações organizadas e com representatividade e percepção clara das demandas dos consumidores).¹⁰⁵

Dentre os maiores mercados importadores, destaca-se: Arábia Saudita (160.367 toneladas de frangos inteiros e 7.627 toneladas de cortes, em 1998), Japão (73.359 toneladas em 1998) e Hong Kong (72 mil toneladas no total, em 1998). A Europa é o terceiro maior bloco econômico importador dos produtos brasileiros, adquirindo no total 70.182 toneladas do produto brasileiro em 1998, somando mais de 122 milhões de dólares em divisas cambiais. Dentro da Comunidade Européia, os maiores destinos são: Espanha (22 mil toneladas), Alemanha (17 mil toneladas) e os Países Baixos (10 mil toneladas), dados de 1998.¹⁰⁶

3.5.2 Exposição breve dos fatos e acordos envolvidos¹⁰⁷

A Comunidade Européia subsidiou a produção de sementes oleaginosas e os países afetados obtiveram decisão de um painel estabelecido à luz das antigas previsões do GATT (visto que as negociações da Rodada Uruguai ainda estavam em curso), que lhes foi favorável.¹⁰⁸ A Comunidade propôs-se a negociar com estes Membros para prover as compensações pelos prejuízos causados pelos subsídios. O Brasil, como era o principal fornecedor (em torno de 45% do mercado), estabeleceu em separado as negociações com a CE. Um acordo bilateral denominado Acordo das Oleaginosas (*Oilseeds Agreement*), foi firmado pelas partes em 1992, portanto antes da assinatura dos acordos finais da Rodada Uruguai.

Este Acordo previu que haveria uma quota para importação de carne congelada de aves pela CE, dividida em três classificações¹⁰⁹, num limite global de 15.500 toneladas por ano dentro da qual as importações não seriam tarifadas. A importação

¹⁰⁵ FURLAN, Luiz Fernando. *As cadeias produtivas e seus desafios*. In: *Seminário O Agronegócio brasileiro e as negociações agrícolas da virada do milênio*. Florianópolis, 18 de outubro de 1999, mimeo, p. 15.

¹⁰⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE FRANGO (ABEF). *Relatório 1998*. Disponível na internet: <http://www.abef.com.br>. 07.10.1999.

¹⁰⁷ A exposição do caso neste e nos outros tópicos é inteiramente fundada nos relatórios do painel e do OA sobre o caso. OMC. *Comunidade Européia - Medidas que afetam a Importação de Certos Produtos Avícolas*. Relatório do Painel. WT/DS69/R. 12.03.1998; OMC. *Comunidade Européia - Medidas que afetam a Importação de Certos Produtos Avícolas*. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS69/AB/R. 13.07.1998.

¹⁰⁸ GATT. *Continuação de Comunidade Européia - oleaginosas*. Doc. cit. (vide nota 92, p. 135, *supra*).

¹⁰⁹ O relatório do painel (§ 9, p. 2) faz referência aos três tipos: "CN sub-headings 0207 41 10, 0207 41 41 e 0207 41 71".

excedente pagaria tarifas variáveis e o cálculo era feito por trimestre, exceto no primeiro ano de implantação da resolução que a instituiu, 1994, em que era semestral.

O Brasil entendeu que esta quota seria alocada somente para si, numa concessão específica para o país, por compensação aos prejuízos sofridos pelos subsídios às sementes européias. Entretanto, a CE interpretou diferentemente o acordo bilateral, implantando a quota através do Regulamento 774/94, no qual aloca apenas 7.100 toneladas para o Brasil, distribuindo o restante da quota entre outros dois grupos, Tailândia (5.100 toneladas), e “Outros” (3.300 toneladas). No grupo “Outros” incluiu-se a China, que não é Membro da OMC.

Além disso, uma norma posterior da CE determinou que, para usar a quota, os importadores deveriam obter licenças, não automáticas, que implicavam o depósito de uma caução, além de exigir cálculos precisos sobre o preço do produto e vasta documentação que comprovava o preço do produto a ser importado. Para poder importar, o candidato a obtenção da licença deveria ter importado ao menos duas toneladas de carne de frango nos dois anos anteriores. As licenças eram intransferíveis.

Em 28 de junho de 1995, a CE implantou o Regulamento 1484/94, que fixava um preço de gatilho (“*trigger price*”), limitando o preço mínimo para importação, pois caso o preço de importação fosse inferior ao gatilho, era aplicada uma sobretaxa. A formação do preço de gatilho tinha por base preços do mercado mundial e do mercado interno da Comunidade.

Em diversas correspondências, o Brasil reclamou diplomaticamente para as autoridades diplomáticas da CE sobre esta divergência na aplicação do Acordo. Sem obter respostas e inexitosas as negociações, requisitou consultas em 24 de fevereiro de 1997. Como não houve uma solução mutuamente aceitável, solicitou o estabelecimento de um painel do OSC da OMC para dirimir a controvérsia em 12 de junho de 1997. O termo de referência do painel era o padrão constante do artigo 7 do ESC.

Relevante para o caso é o cronograma tarifário da CE acordado na Rodada Uruguai, que inclui os termos do acordo bilateral (inclusive a quota mencionada, TRQ – *tariff rate quota*) e das salvaguardas, que reservam à CE o direito de introduzir uma tributação adicional se algumas condições previstas no artigo 5 do Acordo sobre Agricultura do GATT 94 fossem preenchidas. Tais condições referem-se basicamente à manutenção de um preço mínimo de entrada no mercado para efeitos de proteção da produção do país Membro.

As questões levantadas para análise do painel são basicamente: 1) as disposições do artigo XXVIII do GATT, segundo o qual os Membros podem modificar seus cronogramas tarifários, estabelecendo negociações bilaterais, em especial o artigo XXVIII:4, que o Brasil alegou ter sido violado pois não houve a implantação da compensação estipulada nas negociações bilaterais efetuadas com fulcro neste artigo; 2) o artigo XIII do GATT que trata das restrições tais como as quotas do caso em questão; 3) o Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações; 4) o Acordo sobre Agricultura, no tocante às salvaguardas invocadas pela CE; 5) o artigo X do GATT que trata da publicação de normas gerais que devem ser transparentes e administradas de modo a que exportadores, importadores e governos possam se tornar cientes das mesmas; 6) o artigo II do GATT, relativo à limitação das barreiras alfandegárias aos cronogramas tarifários que são parte do acordo geral; 7) o artigo III também do GATT, sobre tratamento nacional, relativo à discriminação de produtos importados em relação aos nacionais; 8) o termo de referência do painel sobre a abrangência da análise que este poderia desenvolver; 9) anulação ou redução (*nullification or impairment*) das vantagens brasileiras no sistema multilateral em decorrência das medidas tomadas pela CE.

O procedimento teve o curso previsto no ESC, ou seja, após a apresentação dos argumentos do reclamante e do reclamado, ouviram-se os Membros inscritos como terceiros interessados (Tailândia e EUA). Após este passo, foi realizada a etapa intermediária de exame (*interim review*) e apresentado o relatório da primeira parte aos participantes que se manifestaram sobre o mesmo. Finda esta parte e modificados alguns itens do relatório por reclamação principalmente do Brasil, o painel apresentou suas posições (*findings*) e conclusões. Inconformado com o relatório o Brasil apelou e a CE apresentou resposta ao recurso brasileiro e um contra-recurso contestado oportunamente pelo Brasil. Os terceiros também apresentaram suas argumentações perante o Órgão de Apelação. Este analisou a questão nos limites previstos no ESC (questões de direito analisadas pelo painel) e proferiu seu relatório, adotado posteriormente pelo OSC.

Os tópicos abaixo analisam os principais argumentos e as conclusões sobre eles encontradas pelo painel e pelo OA.

3.5.3 Questões jurídicas analisadas nos relatórios do painel e do Órgão de Apelação

3.5.3.1 Determinação das normas aplicáveis: a relação entre o acordo bilateral sobre as sementes oleaginosas e o cronograma tarifário europeu da Rodada Uruguai

A reclamação brasileira fundamenta-se no acordo bilateral firmado para reequilibrar o sistema após a decisão de um painel que condenou a CE em matéria de subsídios à sua produção de sementes oleaginosas. O acordo previa a abertura de uma quota de 15.500 toneladas de carne de aves que entrariam livremente no mercado da CE. Porém, a aplicação do acordo seria duvidosa, uma vez que ele não é um acordo abrangido pelo termo de referência padrão do ESC, escolhido pelo Brasil. Então, para reforçar os termos do acordo e sua aplicabilidade ao caso, o Brasil apoiou-se no artigo XXVIII do GATT, que foi na verdade o dispositivo que respaldou a negociação bilateral relativa à compensação pelos subsídios europeus.

Para a CE, o cronograma fixado na Rodada Uruguai é a única norma aplicável, porque já contém os resultados do “*Oilseeds*” e porque foi negociado com todos os Membros, inclusive com o Brasil, que os aceitou voluntariamente e portanto não teria motivos para reclamar. A CE apontou também a natureza procedimental do artigo XXVIII, que obriga apenas a procurar, não a alcançar um acordo.

Invocando a Convenção de Viena, sob a permissão do artigo 3.2 do ESC, e alegando sua natureza de direito internacional geral, a CE traz à tona o artigo 59 (1) desta Convenção, que consagra o critério da posterioridade para solucionar conflitos de normas, com o fito de tornar inaplicável ao caso o acordo das sementes oleaginosas. Para tal, procurou demonstrar a identidade de objeto e de partes entre o acordo das sementes e o cronograma europeu da Rodada Uruguai. Havendo tal identidade, só as disposições do tratado posterior é que são aplicáveis.

Sobre a questão, o painel decidiu com base em precedentes que analisaram acordos bilaterais, determinando que como o conteúdo do acordo bilateral foi incorporado pelo cronograma, ele deve ser analisado pelo painel, ainda que apenas para esclarecer as concessões e os compromissos tarifários da CE no seu cronograma.

O acordo também não pode deixar de ser analisado pela aplicação da Convenção de Viena porque esta não o exclui com firmeza. Ao mesmo tempo, assinala o painel que a CE “multilateralizou” as concessões bilaterais resultantes do acordos das sementes e comunicou isto à Organização e nenhum Membro reclamou.

3.5.3.2 A relação entre as concessões estabelecidas com base no artigo XXVIII e a cláusula NMF

Depois de decidir sobre a validade do acordo bilateral para a análise do caso, a questão que segue é da coerência das disposições deste acordo com as normas do GATT. O principal conflito emerge do confronto entre a concessão bilateral e a cláusula NMF. É que se a cláusula NMF for aplicável às negociações sob o artigo XXVIII, e particularmente ao acordo bilateral firmado, a concessão nunca poderia ser no sentido que pretendia o Brasil, ou seja, de abertura de uma quota exclusivamente para um país, porque isto contrariaria a cláusula NMF e no conflito entre esta norma e o acordo bilateral, ela deveria prevalecer. O Brasil portanto não teria qualquer interesse na ligação do artigo XXVIII com a cláusula NMF e é a CE que vai se interessar então em demonstrar a relação entre as duas normas.

A CE trouxe como fundamento a aplicação de mais um artigo da Convenção de Viena, o artigo 31, que determina que a interpretação de tratados deve ser feita de boa fé, segundo seu contexto, objeto e finalidade. Então, com base nos trabalhos preparatórios para o GATT 1947, em que foi criado o artigo XXVIII, a CE afirmou que este artigo não deve interferir na aplicação da cláusula da nação mais favorecida (cláusula NMF).

Os Estados Unidos, em sua manifestação como terceiro interessado, afirmaram que o artigo XXVIII não pode interferir na aplicação do artigo I (cláusula NMF). O artigo XXVIII é, segundo este país, uma norma procedimental, violável apenas pela recusa de um Membro em negociar com outro que tivesse direito a essa negociação.

O painel aceitou a posição externada pelos Estados Unidos, baseada nos trabalhos preparatórios do artigo XXVIII, de que as compensações tarifárias da CE estão adstritas à aplicação da cláusula NMF. Logo, o painel concluiu que não há prova de que as 15.500 toneladas previstas no acordo bilateral fossem inteiramente reservadas aos produtos brasileiros.

O Brasil alegou ainda que suas expectativas legítimas de receber compensações pelo problema das sementes foram atingidas, importando em redução dos seus benefícios no GATT. A CE respondeu que a anulação e a redução são avaliáveis apenas em casos de reclamações por não-violação, o que não é o caso.

No que toca às expectativas legítimas, reclamadas pelo Brasil, o painel ateve-se a um ponto técnico-processual: o Brasil não especificou as provisões que queria invocar, nem fez uma distinção entre “expectativas na relação de competição” (entre produtos) e “expectativas razoáveis relativas às condições de acesso a mercados”.¹¹⁰ Ao agir deste modo, o painel se julga impossibilitado de chegar a uma conclusão sobre esta reclamação, porquanto a primeira locução refere-se a reclamações por violação e a segunda por não-violação. Faltando clareza no pleito brasileiro, o painel acolheu os argumentos europeus de que não se trata no caso de um reclamo por não-violação.

Em síntese, o painel concluiu que não houve demonstração de falha europeia na implementação da quota com relação aos seus compromissos no GATT.

Ambas partes apelaram. O Brasil sustentou que o painel errou por não ter analisado todo o acordo bilateral, verificando apenas os objetivos e propósitos do artigo XXVIII e não do acordo bilateral. A negociação foi em separado porque justamente havia a intenção de compensação singular, não com aplicação da cláusula NMF. Para o Brasil, o acordo é *lex specialis*, e se as partes fazem um acordo sem aplicar a cláusula NMF e os demais não reclamam, as negociações sob o artigo XXVIII podem ser exceções ao artigo I (cláusula NMF).

O Órgão de Apelação não encontrou erro na decisão do painel. O acordo bilateral das sementes só pode servir como suporte histórico para análise da quota tarifária incluída no cronograma da CE, porque não é parte do Acordo da OMC, nem está abrangido pelo ESC, nem tampouco é um instrumento feito à luz do GATT 47 mantido no GATT 94. Somente as “decisões, procedimentos e práticas costumeiras” sob o GATT 47 praticadas pelos Membros em conjunto são incorporadas pelo sistema da OMC.

¹¹⁰ OMC. *Comunidade Europeia - Frango*. Relatório do Painel, doc. cit., §§ 219, 220 e 293, p. 65-66 e 82.

3.5.3.3 Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações

A importação de produtos avícolas dentro da quota aberta pela CE para promover a compensação pelos subsídios aos produtores de sementes oleaginosas exigia um procedimento de licenciamento da importação. É dizer, para poder importar algum produto para a CE com os benefícios tarifários da quota, o importador deveria obter uma licença. O procedimento para obtenção destas licenças não era automático, pois dependia de um requerimento a autoridades da CE. A OMC possui um acordo específico sobre os procedimentos para licenciamento de importações, que tem como principais escopos evitar distorções no comércio provocadas por este tipo de procedimentos e reforçar a transparência do sistema multilateral do comércio através da imposição de determinadas regras para a administração e aplicação destes procedimentos.

O Brasil entendeu que as obrigações contidas no Acordo sobre Procedimentos para o Licenciamento de Importações (APLI) (como também as do artigo X:3 do GATT) são mandatórias, isto é, são obrigações substantivas. Para cumpri-las é preciso aplicar e administrar os procedimentos com os seguintes requisitos: 1) os procedimentos não podem distorcer o comércio (1.3); 2) a alocação deve ser feita com base no desempenho importador do requerente (3.5 “j”); 3) comerciantes e governos devem ser capazes de lidar com os procedimentos e acostumar-se com eles (1.4; 3.3; 3.5 “b”, “c” e “d”); 4) nada deve dificultar a utilização plena das licenças (3.5 “j”); 5) as licenças devem ser lançadas em quantidades econômicas (3.5 “i”); 6) regras específicas devem cuidar dos “newcomers” (3.5 “j”). Todos estes requisitos teriam sido violados pelo sistema europeu de licenciamento das importações de carne de aves, além da inexistência da transparência subjacente às regras do APLI e da falha na coibição da especulação de licenças, fato que dificultava a utilização plena das licenças.

O painel encontrou uma infração da CE com respeito ao artigo 1.4 do APLI, por não ter a Comunidade notificado o comitê da OMC, quando deveria indicar as fontes da publicação. Sobre as constantes mudanças no sistema, apesar de demonstrar simpatia pelo argumento brasileiro, concluiu que objetivamente a transparência exigida pelo acordo refere-se à publicação das regras e informações relevantes. O painel não acolheu a reclamação mais importante, que era a de distorção no comércio, e não o fez reiterando as afirmações européias de que a reclamação brasileira baseada nos volumes

de importação dizia respeito ao comércio fora da quota e que o APLI só era aplicável aos volumes importados dentro da quota. Lembrou ainda, como fundamentos para a sua decisão, a utilização total das licenças e o crescimento do volume de importações do Brasil. Mantendo-se baseado na utilização plena das licenças, entendeu que se presume que estas foram lançadas em quantidades econômicas. Finalmente, sobre a transparência e o dever de prestar informações, o painel concluiu que estas deveriam ter sido requisitadas para que surgisse o dever de prestá-las, o que o Brasil não fez.

A apelação brasileira englobou o problema das licenças, sob o foco de que o painel teria enfatizado exageradamente o uso da quota, uma vez que as quotas foram usadas porque aqueles que a adquiriram teriam benefícios com o seu uso. O Brasil demonstrou a queda na divisão do mercado (*market share*) após a introdução do sistema de licenças e a CE não provou que não havia relação entre os dois fatos. Além disso, afirmou o Brasil que o APLI aplicava-se também ao comércio praticado fora da quota. A CE alegou que a restrição ao comércio está sempre ligada aos seus efeitos. Se houve utilização da quota, não houve efeito restritivo sobre o comércio.

O OA concluiu que especulação, mudanças nas regras, vinculação ao desempenho exportador e emissão em quantidades não-econômicas não eram evidências de que o procedimento de licenças provocou distorção no comércio. O Brasil não conseguiu demonstrar como os procedimentos de licenças afetaram sua parcela no mercado, ainda mais tendo em vista que a parcela foi mantida no comércio realizado dentro da quota, com a utilização plena das licenças e com o aumento dos volumes importados do Brasil. Em relação à transparência, afirmou que o painel acertou ao analisá-lo e não precisou analisar o princípio “subjacente” da transparência no acordo porque o analisou sob uma disposição expressa do acordo (artigo 3.5.a). Em suma, o OA manteve a decisão do painel.

3.5.3.4 O Artigo II do GATT

A reivindicação brasileira com base no artigo II do GATT diz respeito à necessidade de os cronogramas tarifários refletirem os compromissos dos Membros, que nunca podem diminuir no sistema do GATT. Em decorrência desta constatação, o Brasil viu infração da CE ao artigo II, pois a CE não inseriu no cronograma os compromissos assumidos com o Brasil negociados sob o artigo XXVIII. A reclamação foi ampliada

pela referência ao sistema de licenças, pois quando era exigido que um exportador tivesse que comprar licenças para alcançar quantidades economicamente viáveis, isto configurava uma taxa não incluída no cronograma, pois o artigo menciona a locução “todas outras tarifas de qualquer tipo impostas”. A CE respondeu que não havia qualquer taxa adicional no sistema legal da CE e que a proteção das expectativas legítimas deve ser objeto de reclamações por não-violação, o que não era o caso. O painel decidiu que se o pagamento não era decorrência de uma medida governamental, e o Brasil não demonstrou que fosse, não havia aplicação possível ao caso do artigo II do GATT. Não houve apelação sobre este tema.

3.5.3.5 Acordo sobre Agricultura (AA)

O acordo sobre agricultura firmado na Rodada Uruguai tem como um dos princípios norteadores na parte de acesso a mercados, a “tarifação”, ou seja, a transformação de todas as barreiras comerciais não tarifárias em tarifas, para atender a uma das vigas mestras da construção normativa do GATT 1994, que é o princípio da transparência, pois as tarifas são barreiras mais palpáveis e menos sujeitas a escamoteações. Há contudo no acordo duas exceções para este processo, que são a cláusula do tratamento especial prevista no anexo 5 do acordo e a permissão da aplicação de salvaguardas, previstas no artigo 5 do acordo. É justamente sobre estas salvaguardas que incide o protesto brasileiro. O problema reside no exame do preço de entrada do produto no território da CE para efeitos de aplicação das taxas extras incidentes toda a vez que o preço do produto fosse inferior a um preço de referência, o “preço de gatilho” (*trigger price*).¹¹¹ Estas tarifas adicionais estavam previstas no artigo 5.5 e fundamentadas no artigo 5.1.b que permitia a aplicação do artigo 5.5. Este mecanismo foi criado para possibilitar uma proteção mínima aos mercados agrícolas internos dos Membros, evitando a queda ostensiva dos preços.

O Brasil sustentou que a CE invocou salvaguardas desde julho de 1995 para os produtos em questão e que a taxa adicional variável cobrada para produtos fora da quota viola o artigo 4 do AA, porque este dispõe que “nenhum Membro manterá, estabelecerá

¹¹¹ O sistema funcionava da seguinte maneira: toda vez que o preço passasse de 10% do preço de gatilho, havia tolerância; ficando entre 10% e 40%, uma taxa adicional de 30% era aplicada ao montante que ultrapassasse os 10% do preço de gatilho; o preço que fosse mais de 40% inferior era taxado em 50%

ou restabelecerá” medidas convertidas em direitos alfandegários, citando entre elas as taxas variáveis (artigo 4.2 e nota 1 ao parágrafo).

Além disso, a história das negociações do AA indica que a salvaguarda existe para proteger os mercados antes protegidos por outras barreiras eliminadas pela consolidação tarifária. O argumento surgiu para sustentar o reclamo brasileiro no que tange à ausência de um prejuízo que tornasse necessária a aplicação das salvaguardas, ou, por outras palavras, que a CE aplicou a salvaguarda sem verificar se houve dano ao seu mercado.

Um outro mecanismo foi montado pela CE com o Regulamento 1.484/95. Era o preço representativo, que substituía o preço real do embarque, para efeito de cálculo das taxas exigíveis quando o preço CIF da importação superasse o gatilho, no caso de o importador não querer estabelecer o preço CIF real do embarque em questão. Ao usar o preço representativo, uma taxa adicional era devida. Do contrário, o pagamento só seria devido se o preço fosse igual ou inferior ao preço representativo. Esta segunda maneira trazia contudo outros ônus, pois exigiam a apresentação de uma documentação¹¹², e, em caso de falha na documentação, o importador tinha que pagar juros, aumentando os encargos. Se houvesse diferença entre o preço alegado e o preço real, uma pesada taxa incidiria sobre o carregamento. Segundo o Brasil, os usuários em sua maioria optaram por usar o preço representativo, para evitar estes encargos e a demora que isto ocasionava. O processo era oneroso, ainda mais porque a taxa era sempre devida, funcionando portanto como uma caução e recebendo-a de volta o importador se satisfeitas as condições impostas.

O preço representativo era resultado de uma média de preços CIF, que excluía taxas e tarifas. Do total das importações, 5% foram feitos embarque a embarque, os demais 95% preferiram o preço representativo. Para a CE, o Brasil não comprovou a redução das oportunidades de competição dos seus produtos por causa da salvaguarda. O Brasil defendeu-se sobre esta última alegação, afirmando que o Brasil não tem como provar, pois todas as informações pertencem à CE. O procedimento era oneroso e isto foi reconhecido pela CE.

sobre o que ultrapassasse os 40%, e assim por diante, podendo chegar a 90% de sobretaxa sobre a diferença superior a 75% do gatilho.

¹¹² Esta documentação, incluía o contrato de compra, o contrato de seguro, o contrato de transporte, o certificado de origem, o conhecimento (“*the invoice*”) e o “*bill of lading*”, quando aplicável.

O painel entendeu que o preço de entrada no território, calculado com base no preço CIF, de que trata o artigo 5.1.(b) do AA, incluiria as taxas e tarifas alfandegárias, porque estas têm que ser pagas antes de entrar no território. O preço CIF é apenas um dos parâmetros a serem utilizados. A interpretação do artigo 5 do AA deve ser restritiva, porque ele é uma exceção ao artigo 4 do AA. Além disso, se o preço de mercado é transformado em preço CIF e o gatilho também é calculado em preço CIF, então não há o efeito de proteção almejado pelo artigo. Assim, concluiu que a CE falhou em relação a este artigo porque não utilizou corretamente os parâmetros indicados no AA para fixar o preço de referência. Por princípio de economia processual, o painel não analisou os artigos 4.2, letras “a” e “d”, porque já se havia encontrado uma inconsistência em relação ao artigo 5.1.(b). Sobre a necessidade de demonstrar prejuízo, o painel entendeu que esta só há em casos de salvaguardas invocadas sob os artigos XIX do GATT, Acordo de Salvaguardas ou dos que tratam das salvaguardas temporárias do Acordo de Têxteis. Não era o caso, evidentemente.

Quanto ao preço representativo, o painel entendeu que o Brasil estaria reclamando do cumprimento pela CE dos seus próprios regulamentos e que não havia demonstrado violação dos demais artigos apontados, mas que não aprofundaria a análise por já ter encontrado violação ao artigo 5.1.(b).

Todavia, o painel não foi unânime. Apesar de ser incabível neste sistema de solução de controvérsias da OMC qualquer recurso no modelo dos embargos infringentes, a opinião dissidente de um membro do painel pode ser registrada, para o efeito de fundamentar posteriores conclusões pelo Órgão de Apelação, ou simplesmente para constar do relatório como prova de suas convicções pessoais. Um membro registrou esta opinião dissidente, no que tange à determinação do preço de entrada no território, que para ele só poderia ser o preço CIF sem incluir as taxas, porque do contrário, o gatilho (preço de referência) nunca seria maior ou igual ao preço CIF, impossibilitando sua utilização. Com efeito, se o preço de importação era o preço CIF mais as taxas, ele nunca seria inferior ao preço do gatilho que era o preço médio CIF.

Acatando o que foi defendido pelos EUA e pelo Brasil na resposta ao recurso da CE, o OA considerou que deveria analisar o caso à luz do artigo 5.5, mesmo que o painel não o tenha analisado e o Brasil não tenha apelado em relação ao AA, e assim concluiu com fundamento nos artigos 17.13 e 17.6 do ESC, respectivamente. Também acolheu a alegação brasileira de ligação entre os artigos 5.1 e 5.5, já que o 5.5 diz

respeito ao método de cálculo das tarifas adicionais, para as salvaguardas aplicadas no âmbito do artigo 5 do AA.

A questão passou a ser saber se é permitido ao Membro importador substituir o cálculo do artigo 5.5 por um cálculo alternativo, no caso o preço representativo instituído no Regulamento 1.484/95 da CE. O artigo 5.5 usa o termo “deve” (“*shall*”) e não “pode” (“*may*”), o que significa que é mandatório. Então, o cálculo das taxas adicionais só podia ser feito embarque por embarque. Outro método não é admitido pelo AA.

Finalmente, o OA conclui que só um dos métodos previstos no Regulamento 1.484/95 da CE é consistente com as obrigações deste Membro na OMC, que é o método de cálculo de preço embarque a embarque. Não servem como desculpas a intenção de reduzir burocracia e a alegação de que havia liberdade de escolha para o importador. Se há outro cálculo que não embarque a embarque, há inconsistência com o artigo 5.5 do AA. Encontrando esta violação por parte da CE, abstém-se o OA de analisar a questão relativa ao artigo 4.2 do AA.

Em virtude das conclusões a que chegou, o OA “*recomenda* ao OSC que determine à CE que coloque as medidas analisadas neste relatório, e no relatório do Painel, modificado por este relatório, que foram consideradas inconsistentes com o *Acordo sobre Agricultura* e com o *Acordo sobre Procedimentos de Licenciamento às Importações* em conformidade com suas obrigações sob estes acordos.”¹¹³

3.5.4 Anotações sobre o caso

Repasse-se para consolidação do que foi exposto, os temas abordados nas análises do caso: o Brasil alegava a violação do artigo XXVIII:4 pela não-implementação das compensações negociadas com base neste artigo e o painel concluiu que o Brasil não demonstrou a falha da CE neste ponto; o Brasil alegou a inaplicabilidade ao caso dos artigos I e XIII do GATT, porque do contrário a alocação da quota inteiramente para o Brasil seria contrária ao GATT e o painel achou que eles eram aplicáveis; o Brasil alegou, alternativamente, a falha da CE nos procedimentos de

¹¹³ OMC. *Comunidade Européia - Frango*. Relatório do Órgão de Apelação. Doc. cit., § 173, p. 60. No original: “*The Appellate Body recommends that the DSB request that the European Communities bring its measures found in this Report, and in the Panel Report as modified by this Report, to be inconsistent with the Agreement on Agriculture and the Licensing Agreement into conformity with its obligations under*

alocação da quota, previstos no artigo XIII, e o painel concluiu que o Brasil não demonstrou tal falha; o Brasil invocou violações aos artigos II, III e X do GATT e o painel teve conclusão idêntica à anterior. Todas estas decisões foram mantidas pelo Órgão de Apelação. Sobre o APLI, o Brasil alegou a incompatibilidade do sistema da CE com os artigos 1 e 3 do Acordo e o painel determinou que a não-comunicação ao comitê da OMC para licenças constituía uma violação do artigo 1.4 (a) e determinou que a CE tomasse as medidas cabíveis para se por em conformidade com o Acordo. Não houve apelação sobre este assunto. Sobre o AA, o painel acolheu uma das alegações brasileiras, de violação do artigo 5.1 (b) e negou as demais relativas ao artigo 4 e aos demais parágrafos do artigo 5. O Órgão de Apelação reformou este tópico, entendendo que a violação ocorrera, mas ao artigo 5.5.

É interessante observar como no sistema do ESC, as partes delimitam o conteúdo do pleito, pois não há imperativos de ordem pública como nos reclamos perante os judiciários nacionais. Com isso, se, ao formular sua reclamação, um Membro não menciona um dispositivo que seria aplicável à questão, o painel não poderá ter conhecimento de um argumento formulado posteriormente com base num dispositivo não referido. É o que se poderia denominar de “limites eletivos do conhecimento da causa”, pois a decisão do painel deve ficar restrita à análise das argumentações das partes. Neste caso analisado, isto foi percebido quando o painel excluiu o argumento brasileiro de anulação ou redução de suas concessões e também quando ignorou a alegação dos Estados Unidos relativa ao termo de referência por não ter sido este problema reclamado pelas partes, no caso a parte a quem interessaria o argumento, que seria a CE. Daí se conclui também que nem as partes nem os terceiros podem inovar na causa aduzindo outros argumentos não contidos na reclamação e na defesa iniciais. Isto reduz a interferência material na causa pelos terceiros, pois suas manifestações estão restritas às questões trazidas ao painel pelas partes.

Outro ponto a se observar é a construção de um rol seletivo de fontes de direito que podem ser invocadas perante o OSC. Na análise do caso, verifica-se que as fontes principais foram a jurisprudência do GATT e as fontes normativas aceitas no ESC, notadamente normas de direito internacional público (Convenção de Viena) e os acordos do GATT/OMC (acordos sobre agricultura, licenças, GATT 94).

Em relação às fontes utilizadas para interpretação das normas e construção das decisões, vê-se que a referência às decisões anteriores do OSC é uma constante, sendo reiteradamente invocadas no caso em questão as disposições do OA de casos anteriores. Outra fonte invocada e admitida pelo painel, usada inclusive para fundamentar sua posição sobre o artigo XXVIII do GATT foi a história das negociações que levaram à construção de uma determinada disposição de um acordo. Curiosamente, naquele ponto a história das negociações foi invocada pelos EUA e aceita como argumento, mas num outro momento, referente ao AA, quando o Brasil invocou as negociações travadas para construção do artigo 5 do AA, a CE desmereceu-as como fonte relevante para o caso, citando o artigo 31 da Convenção de Viena, que dita que as palavras de um tratado constituem a fundamentação do processo interpretativo.

É importante frisar como o OSC acatou nas suas diferentes instâncias, mas principalmente na fase de apelação, as alegações da CE delineadas com um certo rigorismo processual, quase formalista em determinadas passagens do relatório. Foi o que ocorreu quando o painel acolheu a alegação europeia que impediu a análise do argumento de anulação ou redução das concessões obtidas pelo Brasil no GATT, de que o Brasil não formulara uma reclamação de anulação ou redução nos termos do artigo XXIII.1.b do GATT. A CE seguidamente esvaziou o conteúdo de determinadas normas, redigidas com certa amplitude sujeita a interpretações subjetivas, como as provisões do artigo 3.5 do APLI, que determina na alínea “i” que os Membros “levarão em consideração a conveniência de emitirem licenças para produtos em quantidades econômicas” e na alínea “j” que “será considerada a possibilidade de distribuir um número razoável de licenças a novos importadores”.

Outro ponto a ser destacado é a decisão do OA de não analisar as questões relativas à criação de um grupo “Outros” para alocação da quota e à inclusão de um não-Membro neste grupo, justificando não poder fazê-lo porque o painel foi omissivo. Em certa medida, isto pode levar à idéia de que se o painel não analisa uma questão, esta omissão impede a transferência do conhecimento desta ao OA, o que geraria uma certa instabilidade no sistema, porquanto permitiria que conflitos continuassem sem resolução. Seria uma válvula de escape para o OSC quando não quisesse enfrentar determinado problema. Entretanto, parece que não existe tal possibilidade numa interpretação mais atenta do ESC. Em caso de omissão do painel, dá-se às partes a oportunidade de reclamar pela integração do relatório quando da distribuição do

relatório intermediário, na revisão interina (*interim review*). Além disso, se a omissão decorresse da má fé, seria aplicável o artigo 11 do ESC e o OA teria competência para analisar a questão.¹¹⁴

Da conexão com os dados e fatos expostos inicialmente com o caso estudado, conclui-se que esta controvérsia não é muito significativa pelo seu peso no comércio internacional dos produtos em questão, vez que a cota de 15.500 toneladas que estava em discussão representa 2,5% das exportações totais brasileiras de carne de frango e cerca de um décimo do que é exportado para a Arábia Saudita, principal mercado de destino de nossas exportações.¹¹⁵

Mas houve um significado especial na reclamação brasileira perante o OSC, que foi revelar o protecionismo contido em várias medidas utilizadas pelos países desenvolvidos, que ainda são os grandes atores no comércio mundial dos produtos em questão, dentre as quais estão as medidas de apoio interno, os subsídios às exportações e barreiras fitossanitárias. Ainda que estas medidas não estejam necessariamente sendo questionadas no caso analisado, o que importa é que se estava desvelando práticas que podem até não ter sido provadas pelo Brasil, mas cujos indícios ajudam a ganhar maior poder de barganha em futuras negociações por exhibir a todos os Membros da Organização a maneira como são tratados os países em desenvolvimento pelos países desenvolvidos Membros.

De qualquer forma, é preciso reconhecer a força normativa do sistema multilateral de comércio regulado pela OMC, que estendeu a regulamentação na esfera internacional para âmbitos de validade material antes restritos à gerência estatal. O estudo de caso aqui apresentado tem justamente a finalidade de demonstrar a que ponto as políticas internas expressas em medidas legislativas de um Membro da OMC podem ser reprimidas ou suprimidas por ela.

Para este objetivo, parece que o condicionamento das políticas “internas” dos Membros da OMC às regras da Organização é uma realidade, tanto pela abrangência das normas do sistema multilateral do comércio como pela efetividade na sua aplicação, à qual se poderia juntar dois adjetivos, o segundo vitimado por um eufemismo apenas acautelatório: minuciosa e quase judicial.

¹¹⁴ De qualquer forma, o direito de o OA submeter o processo novamente ao painel para integração ou esclarecimento da decisão vem sendo clamado por respeitados estudiosos. PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *ob. cit.*, p. 41; TRACHTMAN, Joel. *Ob. cit.*

¹¹⁵ ABEF. Doc. cit.

CAPÍTULO IV

Podemos falar então do Mercosul máximo e do Mercosul mínimo. No Mercosul máximo, o mínimo é a comunidade. O máximo é a união política, econômica e social. No Mercosul mínimo, o mínimo é a zona de livre comércio, e o máximo é a união aduaneira. No campo das instituições e no Mercosul máximo, as mínimas instituições são comunitárias, as máximas instituições são uma federação. No Mercosul, as instituições mínimas são instâncias *ad hoc* para resolver situações especiais, casuísticas, e aqui há uma grande diferença de perspectivas. No Mercosul máximo há perspectiva, esforço para resolver o problema e para evitar as crises, visto que sempre se suportou as crises que se apresentaram, mas há uma vontade política de prever essas crises. No Mercosul mínimo, as instâncias *ad hoc* atendem as urgências e as crises de forma casuística e representam um grande perigo, o de que muitos problemas individuais frustrem o processo, por não existirem os mecanismos para evitar uma crise generalizada. Aqui, então, vamos ter que fazer nesta etapa da integração, um profundo debate. (Diego Guelar. *A integração na América Latina*, p. 255)

CAPÍTULO IV - REGIONALISMO NAS RELAÇÕES ECONÔMICAS INTERNACIONAIS

1. BLOCOS ECONÔMICOS E INTEGRAÇÃO REGIONAL

O conjunto de mutações na ordem político-econômica mundial, correspondente ao chamado fenômeno da globalização da economia, tem alterado toda a estrutura do comércio internacional, tendo reflexos em praticamente todos os mercados do mundo. Os Estados do mundo desenvolvido buscam expandir os seus mercados consumidores, pressionando governos pelo fim dos protecionismos existentes nos mercados nacionais dos países do terceiro mundo e também entre si, fomentando o abandono gradativo das barreiras tarifárias e não tarifárias.

O processo de globalização vem acompanhado de perto pela evolução das tecnologias, principalmente na área de comunicação, com os cabos de fibra óptica e a Internet, que deve chegar a 200 milhões de usuários até final do ano 2000. No setor industrial, verifica-se de um lado a expansão das grandes corporações transnacionais e de outro o desemprego estrutural, decorrente das políticas empresariais de diminuição de custos. No setor financeiro há o aumento das transações financeiras, com facilidade de migração, fortalecendo o “capital volátil” (aquele que é transferido para outro local quando há sinais de crise).

Toda esta mudança no cenário mundial pós-guerra propiciou a maior integração dos países em blocos econômicos, que são associações de países de uma determinada região geográfica, que visam uma atuação conjunta no mercado internacional e estabelecem privilégios comerciais e aduaneiros para os países associados, instalando zonas de livre comércio (sem entraves e restrições ao comércio entre os países, tarifárias ou não) e uniões aduaneiras (aplicação de uma política comum de importações, adoção de uma tarifa externa comum). A integração pode ir mais longe, passando pelos estágios de mercado comum (além das medidas concernentes à união aduaneira, implicam a liberdade de fatores de produção e de estabelecimento) e união econômica e monetária (adoção de uma moeda única, com unificação das políticas monetárias e fiscais). Num

último estágio, poderia chegar à união política, criando uma federação ou uma confederação.¹

O principal bloco econômico é a União Européia, mas outros surgem ao redor do globo, como a Comunidade dos Estados Independentes, formada pelas ex-repúblicas da União Soviética, e a Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean)². No continente americano, desenvolveram-se as seguintes tentativas de integração: a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), substituída depois pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) (ambas tratadas logo adiante); o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA)³; o Mercado Comum do Caribe (Caricom)⁴; o Mercado Comum Centro-Americano (MCCA)⁵ e ainda o Pacto Andino⁶, também conhecido como “Acordo de Cartagena”, além, é claro, do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Os blocos econômicos não se encontram à margem do sistema multilateral do comércio, nem são regidos por uma lógica a ele oposta. Ambos têm afinidade de princípio e objetivo e a relação entre ambos é de respeito e complementaridade.

Ambos têm um viés a favor do livre comércio, da livre iniciativa e da concorrência, através da não-discriminação entre países e da transparência regulatória. Tanto a OMC como o Mercosul baseiam-se na noção de que a interdependência entre os mercados mundiais, fato já consagrado há algum tempo na economia internacional, beneficia-se de regras e princípios que a disciplinem e a tornem previsível assim como, em casos de litígio, recorrível.

¹ PRADO, Luiz Carlos Delorme. *Comércio Internacional*. In: GONÇALVES, Reinaldo, BAUMANN, Renato, PRADO, Luiz Carlos Delorme, et alii. *A Nova Economia Internacional : uma perspectiva brasileira*. 3. ed. São Paulo : Campus, 1999, p. 82-83. O mesmo autor define integração econômica como “o processo de criação de um mercado integrado, a partir da progressiva eliminação de barreiras ao comércio, ao movimento de fatores de produção e de criação de instituições que permitam a coordenação, ou unificação, de políticas econômicas em uma região contígua ou não.” *Idem*, p. 81.

² Asean - *Association of Southern Asian Nations*: inclui Brunei, Filipinas, Vietnã, Malásia, Cingapura, Tailândia, Indonésia e foi constituída em 1967.

³ O NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) foi constituído em 1992 quando o México juntou-se ao FTA - *Free Trade Agreement*, um pacto de liberação comercial entre EUA e Canadá firmado de 1988.

⁴ Caricom - *Caribbean Free Trade Association*, criado em 1973, do qual fazem parte Antígua e Barbuda; Bahamas; Barbados; Belize; Dominica; Granada; Guiana; Jamaica; Montserrat; São Cristóvão e Nevis; Santa Lúcia; São Vicente e Granadinas; Trinidad e Tobago.

⁵ O Mercado Comum Centro-Americano é constituído por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicarágua e ainda Costa Rica.

⁶ Formam o Pacto Andino, instituído em 1969 pelo Acordo de Cartagena, Bolívia, Equador, Colômbia, Chile (que saiu em 1976), Peru e Venezuela (que aderiu em 1973). O acordo surgiu tendo como uma das suas causas principais a insatisfação dos países que o compõem com a estrutura e os resultados da ALALC. CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul : exigências e perspectivas*. São Paulo : LTr, 1996, p. 134.

De maior importância ainda, tanto a OMC como o Mercosul refletem o desejo de seus Estados Partes de consolidar importantes progressos regulatórios alcançados internamente através do recurso a tratados e outros instrumentos internacionais, contribuindo assim para a sua irreversibilidade.⁷

A acomodação institucional dos acordos regionais dentro da OMC é possibilitada pelo artigo XXIV do GATT. Nele se reconhece a importância destes acordos para a liberalização do comércio mundial, mas se impõe a necessidade de que estes acordos se constituam em aberturas para os países envolvidos e não barreiras para os demais (art. XXIV.2.b do GATT). Isto implica que o total de barreiras ao comércio depois da consolidação do acordo de integração seja inferior àquele existente antes do acordo ser implementado. Por outros termos, o acordo deve ser criador de comércio (“*trade creating*”) e não dispersor de comércio (“*trade diverting*”).⁸

A partir da Rodada Tóquio do GATT, foi adotada a “cláusula de habilitação”, que serve aos países em desenvolvimento, permitindo a eles que usufruam sistemas de preferências comerciais estabelecidos entre si ou para si por Estados desenvolvidos. A cláusula tem esse nome porque não institui automaticamente as preferências, mas “habilita” os Estados-Partes a instituí-las.⁹

2. O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

2.1 DO CONGRESSO DO PANAMÁ À CONFERÊNCIA DE BOGOTÁ

O primeiro grande marco em termos de integração latino-americana costuma ser apontado como o Congresso do Panamá de 1826. As diretrizes deste Congresso já estavam presentes e são em grande medida o resultado do pensamento de Simon Bolívar, exteriorizado na Carta da Jamaica de 1815. Neste documento, ele almeja a convergência das várias nações latino-americanas de língua espanhola em um sistema próximo ao

⁷ MARCONINI, Mário. A OMC, o Mercosul e o Comércio de Serviços: aspirações regionais na era pós-GATS. In: GOYOS Jr., Durval Noronha (org.). *O Direito do Comércio Internacional*. São Paulo : Obserador Legal, 1997, p. 49.

⁸ SOARES, Guido. *A compatibilização da ALADI e do Mercosul com o GATT*. Disponível na internet: www.mre.gov.br. 17.09.1999, p. 4.

⁹ *Idem*.

confederativo, como a única via para a obtenção e manutenção da liberdade junto à metrópole ibérica.¹⁰

No Congresso do Panamá, foi firmado o Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua, que frustrou as expectativas geradas ao não ser ratificado pela grande maioria dos países signatários, assim como ocorreu depois nas sucessivas tentativas que se fizeram aspirando os mesmos objetivos bolivarianos de integração latino-americana.¹¹

Já no final do século XIX, o modelo de integração inspirado na Carta da Jamaica cede lugar gradativamente ao pan-americanismo, liderado pelos EUA. O molde confederacionista é afastado e predominam os interesses nacionais de cada país.¹² É neste espectro que se realiza a Primeira Conferência Internacional Americana, em Washington, entre outubro de 1889 e abril de 1890 e as outras oito que se realizaram até a Conferência de Bogotá, em 1948, que criou a OEA, com o objetivo de assegurar a paz e promover o bem-estar social através da cooperação econômica.¹³

2.2 DA ALALC AO MERCOSUL

Uma nova guinada surge nos ritmos da integração, ao mesmo tempo em que a OEA vai se convertendo em um instrumento de promoção do alinhamento dos países americanos em torno dos EUA no jogo da bipolaridade surgido no pós-guerra. Ao invés do modelo isolacionista opta-se pela integração econômica. Assim foi constituída em 18 de fevereiro de 1960 a ALALC, pelo Tratado de Montevideú, cujos signatários eram os países que depois formaram o Mercosul, o Chile, o México e Peru. Logo depois ao mesmo Tratado aderiram a Colômbia, o Equador, a Venezuela e a Bolívia. A ALALC tinha como principais objetivos: aumentar os mercados regionais e alargar os nacionais, através da eliminação das barreiras; propiciar o melhor aproveitamento dos fatores de

¹⁰ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial : aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998, p. 24.

¹¹ Entre os acordos firmados neste âmbito, é de se destacar: o Primeiro Congresso de Lima, de 1847, entre Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru e o Tratado Continental de Aliança e Assistência Recíproca de 1856, entre Chile, Equador e Peru. SANTOS, Ricardo S. S., ob. cit., p. 31-33; SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Mercosul : direitos humanos, globalização e soberania*. Belo Horizonte : Inédita, 1997, p. 51.

¹² SANTOS, Ricardo S. S., ob. cit., p. 34.

¹³ SOARES, Mário L. Q., ob. cit., p. 72.

produção disponíveis; incrementar o comércio entre os países-membros; buscar fórmulas de adaptação do comércio.¹⁴

Os mecanismos para a liberalização comercial pretendida pelo Tratado de Montevideu eram: as listas nacionais de concessões, negociadas anualmente e revogáveis, que seriam reduzidas à razão de 8% ao ano em relação às tarifas praticadas com outros Estados; as listas comuns, negociadas a cada três anos, em caráter irrevogável e incorporando um quarto do comércio recíproco entre os países signatários em cada negociação; os acordos de complementação, negociados bilateralmente, de caráter setorial, que depois seriam incluídos nas listas nacionais, para estender os benefícios a todos os Estados-Partes.¹⁵

Após um primeiro período de sucesso favorecido pela conjuntura mundial, a iniciativa malogrou, principalmente em virtude dos regimes militares que vigoravam nos países que compunham a ALALC, que dificultavam o entendimento entre os governantes, exacerbavam o espírito de soberania nacional e portanto impediam a existência de uma autoridade supranacional ou mesmo de coordenação intergovernamental mas com alguma autonomia, que pudesse exigir o cumprimento do Tratado original.¹⁶ Além disto, as indústrias dos países da Associação eram similares, pouco complementares e de custos muito divergentes.¹⁷

Fracassada a ALALC, os países envolvidos resolveram criar novo Tratado, que foi igualmente firmado em Montevideu, em 12 de agosto de 1980, criando a ALADI. Este novo acordo “[d]iferencia-se do Tratado anterior pela limitação de seu objetivo e por um suposto realismo e flexibilidade para a consecução do mesmo. Tem o propósito de se compatibilizar a tendência anterior de acordos bilaterais ou sub-regionais com a estrutura parcialmente modificada, da experiência integracionista anterior.”¹⁸

¹⁴ Recebem destaque como fator para esta mudança os estudos da Comissão Econômica das Nações Unidas Para a América Latina (Cepal), que apontaram para a necessidade de ampliar o comércio entre os países da América Latina, tendendo à conformação de um mercado comum, como forma de absorver a tecnologia dos países desenvolvidos através de uma maior especialização dentro do continente. SOARES, M. L. Q., ob. cit., p. 72-73; SANTOS, Ricardo S. S., p. 38-39; nos estudos da Cepal, uma ênfase foi dada às políticas desenvolvimentistas calcadas na substituição das importações, contudo, a corrente que defendia estas idéias da Cepal foi deslocada pela corrente “neoclássica”. SCHAPOSNIK, Eduardo C. *As Teorias da Integração e o Mercosul : Estratégias*. Florianópolis : UFSC, 1997, p. 39-47; vide tb. PRADO, Luiz C. D. Ob. cit., p. 53 e 70.

¹⁵ SANTOS, Ricardo S. S. Ob. cit., p. 40-41.

¹⁶ *Idem*, p. 56.

¹⁷ RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 8. ed. São Paulo : Aduaneiras, 1994, p. 427.

¹⁸ SANTOS, Ricardo S. S., ob. cit., p. 60.

A ambição maior deste novo Tratado é a formação de um mercado comum latino-americano, que enfatiza o bilateralismo entre os países participantes. Alguns mecanismos são estabelecidos pelo Tratado de Montevideu de 1980 para o estabelecimento da área de preferências econômicas na região, quais sejam: preferência tarifária em relação a terceiros países; acordos de alcance regional, dos quais participam todos os países-membros; acordos de alcance parcial, dos quais participam apenas alguns dos países da ALADI.

Os problemas que impediam o avanço da liberalização na ALALC só foram modestamente contornados pela estrutura mais flexível da ALADI, permanecendo praticamente os mesmos óbices opostos ao progresso da ALALC, agora somados ao aumento considerável da dívida externa das maiores economias (Brasil, México e Argentina).

No âmbito da ALADI e com a redemocratização, Brasil e Argentina aproximaram-se, firmando a Ata de Iguazu em 1985, a Ata para Integração Brasil-Argentina de 1986 e o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento em 1988.

O progresso desta aproximação culminou com a assinatura do Tratado de Assunção (TA) por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, em 26 de março de 1991, para a constituição de um mercado comum, que recebeu o nome de Mercosul (Mercado Comum do Sul). A partir de 26 de março de 1996 o Tratado abriu-se à adesão, mediante negociação, dos demais países da ALADI. Apesar de haverem Tratados entre o Mercosul e outros países da ALADI, como o de complementação econômica com o Chile, nenhuma adesão posterior ao Mercosul foi efetivada até o momento.

O objetivo maior do TA é promover a maior inserção dos países do bloco na economia mundial, através da complementarização e abertura de suas economias. Regem este Tratado os princípios da flexibilidade, gradualidade, reciprocidade e equilíbrio dos benefícios concedidos.¹⁹

¹⁹ Através da flexibilidade procura-se evitar que uma estrutura mais rígida torne logo inviável o curso da integração, como ocorreu com a ALALC. A reciprocidade é constituída por “um sistema de mútuo controle da execução e aplicação do Tratado, em que cada parte assume direitos e obrigações equitativas, dentro das diferenciações reconhecidas pelo próprio pacto.” SANTOS, Ricardo S. S., ob. cit., p.80. Com a gradualidade se quer conceder um prazo para adaptação ao processo dos setores produtivos nacionais, mantidos até então sob forte proteção dos governos. “Logicamente, com este critério, não há detalhamento de políticas de longo prazo. É como se houvesse concebido a idéia não explicitada, que se deve concluir uma etapa para começar outra e, portanto, não se tem que fazer previsões.” SCHAPOSNIK, Eduardo C., ob. cit., p. 204.

Foi então estabelecido um período de transição, findo em 31 de dezembro de 1994, em que se buscou um programa de liberalização do comércio, com reduções lineares e automáticas nos gravames aduaneiros, uma coordenação na política macroeconômica, uma tarifa externa comum, além de acordos outros com o objetivo de otimizar o aproveitamento dos fatores de produção.²⁰

Segue-se o período definitivo, que tem início com o Protocolo de Ouro Preto (POP). Este novo período tem como marcos iniciais a institucionalização do Mercosul, com a constituição de sua personalidade jurídica de direito internacional (POP, 34) e a gradativa adoção de uma tarifa comum, que é um passo além da zona de livre comércio, visto que esta pressupõe apenas a livre circulação de mercadorias. O estágio de mercado comum será alcançado quando efetivadas as cinco liberdades, constantes do TA: liberdade de circulação das mercadorias, liberdade de estabelecimento, liberdade de circulação dos trabalhadores, livre circulação dos capitais e liberdade de concorrência.²¹

3. ESTRUTURA INSTITUCIONAL ORGÂNICA DO MERCOSUL

3.1 ÓRGÃOS DO MERCOSUL

O Mercosul possui atualmente três órgãos decisórios (Conselho do Mercado Comum, Grupo Mercado Comum e Comissão de Comércio do Mercosul), um órgão de representação dos setores econômicos e sociais (Foro consultivo Econômico-Social) e um órgão de representação parlamentar (Comissão Parlamentar Conjunta), além do órgão de apoio operacional (Secretaria Administrativa do Mercosul). Esta configuração institucional foi estabelecida no Protocolo de Ouro Preto que também afirmou a personalidade jurídica de Direito Internacional do Mercosul (art. 34)²².

²⁰ RATTI, Bruno. Ob. cit., p. 441.

²¹ BAPTISTA, Luis Olavo. Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, MERCADANTE, Araminta Azevedo e CASELLA, Paulo Borba (org.). *Mercosul : das negociações à implantação*. 2. ed. São Paulo : LTr, 1998, p. 23; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Mercosul : alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão*. In: RODRIGUES, H. W. (org.). *Solução de controvérsias no Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 24.

²² O próprio Protocolo delimita o mandato concedido à instituição no artigo seguinte (35): "O Mercosul poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, em especial contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências."

A estrutura anterior, vigente no período de transição (TA, art. 9), continha apenas o Conselho do Mercado Comum, com função decisória e o Grupo Mercado Comum, como órgão executivo, que teria para seu apoio uma Secretaria Administrativa (TA, art. 15). Estava prevista ainda a Comissão Parlamentar Conjunta (TA, art. 24) e a faculdade de o Grupo criar Subgrupos de Trabalho para tratar de matérias específicas (TA, art. 13).

A manutenção dos moldes da estrutura provisória no Protocolo de Ouro Preto, principalmente nos âmbitos executivo e decisório, foi a posição defendida pelo Brasil, Paraguai e Uruguai. A Argentina preferia a fusão do Grupo e do Conselho num só órgão e a criação do Parlamento Mercosul e do Foro de Consulta Econômico-Social (este último acabou sendo criado). A criação de um órgão jurisdicional foi defendida pelas delegações paraguaia e uruguaia, que pleitearam a instituição de um Tribunal de Justiça, e argentina, que propunha um Colégio Arbitral para solução de controvérsias.²³

3.1.1 Conselho do Mercado Comum

O CMC está previsto nos artigos 10 a 12 do Tratado de Assunção e 3 a 9 do Protocolo de Ouro Preto. Ele é definido como órgão superior do Mercosul e tem a função de conduzir a política do processo de integração e de tomar as decisões necessárias para assegurar o cumprimento dos objetivos do Tratado (TA, art. 10 e POP, art. 3²⁴).

É constituído pelos Ministros das Relações Exteriores e da Economia dos quatro países (POP, art. 4), que devem reunir-se pelo menos uma vez por semestre, com a presença dos presidentes dos Estados-Partes (POP, art. 6). A presidência do CMC é rotativa, alternada em ordem alfabética, a cada seis meses (POP, art. 5). O CMC foi inspirado na Comissão de Execução do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento firmado por Brasil e Argentina em 1988. A Comissão possuía quatro

²³ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996, p. 49.

²⁴ O Protocolo de Ouro Preto acrescentou “para lograr a constituição final do mercado comum”, o que é despicendo, uma vez que este é o objetivo último do Tratado.

ministros por país, era coordenada pelos chanceleres e aberta à participação de autoridades competentes em assuntos específicos.²⁵

Este órgão manifesta-se através de Decisões, de caráter obrigatório para os Estados-Partes (POP, art. 9). Marcos Figueiras define o processo de formação da vontade através das seguintes etapas: convocação para a sessão, reunião do corpo com certo quorum, deliberação e votação.²⁶ A tomada de decisões no CMC, como nos outros órgãos decisórios do Mercosul, é feita por consenso e com a presença de todos os Estados-Partes (TA, art. 16, POP, 37).²⁷

Já durante o período de transição o CMC emanou atos de natureza constitutiva, de criação de órgãos e entidades, como a Decisão 5/91, que criou a “Reunião de Ministros”. Estas reuniões devem ocorrer com os ministros de cada área de cada Estado Parte. No caso específico das reuniões dos ministros da Economia e dos Bancos Centrais (Decisão 1/95), o GMC deve participar e coordenar a reunião. Além disso, em qualquer reunião de ministros deve estar presente um membro do GMC do país-sede da reunião. As reuniões vêm sendo criadas, por novas decisões do CMC e atualmente estão previstas: a reunião de ministros da educação, da justiça, do trabalho e da agricultura, além das já citadas reuniões de ministros dos bancos centrais e economia (Decisão 1/95),

²⁵ Este Tratado previa a integração dos territórios dos dois países em um espaço econômico comum e estabeleceu em dez anos o prazo para eliminação dos entraves tarifários ao comércio de bens e serviços. ABREU BONILLA, Sergio de. *Mercosur e Integración*. 2. ed. Montevideu : Fundação de Cultura Universitaria, 1991, p. 42.

²⁶ FIGUEIRAS, Marcos Simão. *Mercosul no contexto latino-americano*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo : Atlas, 1996, p. 28.

²⁷ Alguma divergência tem surgido acerca da interpretação da regra de tomada de decisões. Guido Soares interpreta os dispositivos citados da seguinte maneira: “Portanto, os quorums de reunião e de deliberação serão determinados, o primeiro, por unanimidade, e o segundo, por consenso, ou seja, considera-se aprovada qualquer medida desde que não haja oposição expressa de nenhuma parte com direito a voto.” SOARES, Guido. Uma revisão em profundidade em 1996 de: As instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito - sugestões. In: BAPTISTA, Luiz Olavo, *et alii* (org.). Ob. cit., p. 99. Renato Marques sustenta que “a diferença principal entre o consenso e a unanimidade, e a razão pela qual preferimos o primeiro, é que, na unanimidade, todos os países teriam que votar formal e favoravelmente a uma medida ou ao contrário. Então, o que se fez foi dar a possibilidade a um Estado, em não querendo apoiar, de não ter que necessariamente votar contra. Ou seja, ele poderia acompanhar o consenso, sem com isso estar pública e formalmente votando favoravelmente a uma medida.” MARQUES, Renato. Transcrição da palestra proferida em 21 de novembro de 1996 sobre a integração na América Latina: repercussões políticas e jurídicas. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 269-270. Ricardo Stersi dos Santos por sua vez afirma que a forma do consenso prevista no dispositivo citado do TA “deve ser interpretada como voto afirmativo dos representantes de cada Estado-Parte.” Ob. cit., p. 82.

da cultura (Decisão 2/95)²⁸, da saúde (Decisão 3/95), do interior (Decisão 7/96) e da indústria (Decisão 7/97).

Ainda no período transicional, atos de natureza legislativa foram emanados pelo CMC, como o Regimento Interno do GMC (Decisão 4/94) e também atos de natureza administrativa, como a Decisão 1/92, que trata das medidas relativas à coordenação de políticas macroeconômicas a serem adotadas pelos membros.

Dentre suas funções e atribuições previstas no artigo 8º do Protocolo de Ouro Preto, destaca-se o exercício da personalidade jurídica de Direito Internacional do Mercosul.²⁹

3.1.2 Grupo Mercado Comum

O Grupo Mercado Comum (GMC), é o órgão executivo do Mercosul, encarregado de velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, propor medidas para a administração do mesmo, tomar providências para o cumprimento das decisões do CMC, fixar programas de trabalho que assegurem o avanço da constituição do mercado comum (por exemplo Cronograma de Las Leñas) e levar a cabo a coordenação setorial e de políticas macroeconômicas (TA, art. 13). Tais competências foram ampliadas pelo Protocolo de Ouro Preto. Dentre as novas atribuições destaca-se a eleição do Diretor da SAM, controlar as atividades desta Secretaria e aprovar o orçamento e a prestação de contas anual por ela apresentada.³⁰

²⁸ Diz o artigo único da decisão: O CMC decide: “Art. 1º - Crear la Reunión de Ministros de Cultura o funcionarios de jerarquía equivalente, la que tendrá como función promover la difusión e conocimiento de los valores y tradiciones culturales de los Estados-Partes de Mercosur así como la presentación a este Consejo de propuestas de cooperación y coordinación en el campo de la cultura.”

²⁹ As atribuições do CMC, segundo o artigo citado, são: “I – Velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito; II – Formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum; III – Exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul; IV – Negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14; V – Manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam elevadas pelo Grupo Mercado Comum; VI – Criar reuniões de Ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos pelas mesmas; VII – Criar órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extingui-los; VIII – Esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas decisões; IX – Designar o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul; X – Adotar decisões em matéria financeira e orçamentária; XI – Homologar o Regimento Interno do Grupo Mercado Comum.”

³⁰ “Artigo 14. São funções e atribuições do Grupo Mercado Comum: I - velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos Acordos firmados

O GMC é formado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, designados pelos respectivos Governos, dentre os quais devem constar necessariamente representantes dos Ministérios da Economia (ou equivalentes), dos Bancos Centrais dos Estados-Partes e dos Ministérios das Relações Exteriores, que devem coordenar o grupo (POP, art. 10).

O GMC manifesta-se através de Resoluções (POP, art. 15), tomadas por consenso, ou seja, aprova-se uma resolução no GMC se não houver oposição de nenhum membro. As Resoluções podem ser de iniciativa, como as propostas ao CMC, e de organização, que são as pautas dos Subgrupos de Trabalho. Esta função de elaboração de normas, assim como aquela manifesta nas Decisões do CMC, constitui aquilo que a doutrina denomina "Direito Derivado". Como exemplo de exercício desta função, tem-se as normas de natureza organizacional e de criação e extinção de grupos de trabalho, como o Grupo *Ad-Hoc* de Relações Externas, encarregado do relacionamento do Mercosul com terceiros países (Resolução 34/95).

3.1.3 Comissão de Comércio do Mercosul

A Decisão 13/93 do CMC criou a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), com a missão precípua de coordenar as políticas comerciais dos países membros, em especial as tarifárias. Incumbe-se de assistir o GMC, velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum adotados pelos membros, acompanhar e

em seu âmbito; II - propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum; III - tomar as medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum; IV - fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum; V - criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos; VI - manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências; VII - negociar com a participação de representantes de todos os Estados-Partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum, quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul; VIII - aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul; IX - adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum; X - submeter ao Conselho do Mercado Comum seu Regimento Interno; XI - organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar; XII - eleger o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul; XIII - supervisionar as

revisar os temas relacionados à política comercial comum, tanto no comércio intra-Mercosul como no comércio com terceiros países.³¹ A CCM iniciou suas atividades em outubro de 1994 e foi incluída no Protocolo de Ouro Preto, passando a fazer parte da estrutura orgânica definitiva do Mercosul.

Seu Regimento Interno é a Diretiva 1/94, e prevê a participação de seções nacionais dos Estados-Partes, coordenadas pelo representante do Ministério das Relações Exteriores de cada país. Tem quatro membros titulares e quatro alternos, como o GMC, porém sem a exigência de conter um membro de cada um dos Ministérios da Economia, Relações Exteriores e dos Bancos Centrais (POP, art. 17). As sessões regulares são mensais, além das extraordinárias, solicitadas pelo GMC ou pela seção nacional de um Estado-Parte (POP, art. 18).

Manifesta-se por Propostas, expondo à apreciação do GMC regulamentações nas áreas de sua competência, mormente a tarifa externa comum e a política externa comum; e por Diretivas, estas obrigatórias para os Estados-Partes (POP, art. 20).

Vários comitês foram criados pela CCM, entre eles o Comitê de Defesa Comercial e Salvaguardas (Dec. nº 17/96) e o Comitê de Defesa da Competência (Dec. nº 18/96).³²

atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul; XIV - homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social;"

³¹ O rol completo de atribuições da CCM encontra-se no artigo 19 do POP: "I - velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio; II - considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados-Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum; III - acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados-Partes; IV - analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para funcionamento da união aduaneira e formular propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum; V - tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados-Partes; VI - informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentais de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas; VII - propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul; VIII - propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul; IX - estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos; X - desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum; XI - adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação."

³² Também foram criados Comitês Técnicos: 1 - Tarifas, Nomenclatura e Classificação de Mercadorias, 2 - Assuntos Aduaneiros, 3 - Normas e Disciplinas Comerciais, 4 - Políticas Públicas que distorcem a competitividade (suspensão desde a décima nona reunião do CCM, ocorrida entre 5 e 7 de fevereiro de 1997), 5 - Defesa da Competência, 6 - Práticas Desleais e Salvaguardas, 7 - Defesa do Consumidor, 8 - Restrições e Medidas não Tarifárias, 9 - Setor Automotivo, 10 - Setor Têxtil. Além destes há os Comitês Técnicos de Especialistas: Sal, IMESI - Bebidas Alcoólicas, IMESI - Bebidas Não-alcoólicas, Carne

Por proposta da CCM, foram aprovados o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (Dec. nº 18/96 - Protocolo de Fortaleza) e o Regulamento de Salvaguardas do Mercosul.

3.1.4 Comissão Parlamentar Conjunta

Com o objetivo de facilitar o avanço até a conformação do mercado comum, foi criada a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), prevista inicialmente no Tratado de Assunção, artigo 24, e posteriormente no Protocolo de Ouro Preto no artigo 22 e seguintes. O artigo 25 atribui ao órgão a incumbência de acelerar os procedimentos internos para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos do Mercosul e colaborar na harmonização legislativa.

O Regimento Interno foi aprovado em dezembro de 1991, e prevê a participação de 64 parlamentares, sendo 16 o número máximo por país (artigo 2º). O mandato mínimo é de dois anos. Cada Estado tem um presidente, um vice-presidente e um secretário, alternando-se em conjunto com as delegações dos outros países na chefia da CPC e na secretaria geral do órgão. A CPC tem caráter consultivo, deliberativo e de formulação de propostas (artigo 3º do Regimento Interno).

Suas principais atribuições são os estudos para harmonização legislativa, o acompanhamento do processo de integração regional e informação aos Congressos Nacionais a respeito do seu andamento. A CPC pode enviar ao CMC, através do GMC, Recomendações sobre a condução do processo de integração (POP, art. 26).

As reuniões da Comissão devem ocorrer duas vezes ao ano, mais as extraordinárias, convocadas pelos presidentes. Nestas reuniões, quatro relatores, um de cada país, têm de apresentar relatório por escrito em 30 dias e esta apresentação aos demais países deve ser feita no mínimo 15 dias antes da sessão.

As decisões da CPC são adotadas por consenso, de acordo com o já mencionado art. 37 do POP. A Comissão manifesta-se através de: 1) Recomendações, emitidas com direção ao CMC; 2) Disposições, que tratam de matérias relativas ao seu funcionamento

Suína e os Comitês Técnicos Sobre Reclamação por não-incorporação das Res. Nºs 48, 87, 149 e 156/96, pela não-implantação da Res. Nº 23/95 e suas complementares, e pela Reclamação sobre os Comunicados DECEX Nºs 37/97 e 7/98.

interno, isto é, são normas intra Comissão; 3) Declarações, reservadas a questões de importância fundamental.

A Resolução do Congresso Nacional nº 1/1996 dispôs sobre a Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Em número de 16 titulares e 16 suplentes, a comissão é integrada ainda pelos Presidentes das Comissões de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, tidos como “membros natos”, conforme disposição do artigo 1º, § único, da resolução.³³

A Comissão também possui subcomissões, que podem por ela ser extintas, modificadas ou criadas.³⁴

3.1.5 Foro Consultivo Econômico-Social

De caráter unicamente consultivo, o Foro foi criado pelo Protocolo de Ouro Preto, que sobre ele dispõe nos artigos 28 e 29. Formado por igual número de representantes de cada Estado Parte, é o órgão de representação dos setores econômicos e sociais (art. 28). Usualmente tem sido constituído por apenas um representante de cada setor de cada membro. Manifesta-se mediante Recomendações ao GMC (art. 29).

³³ As competências estão definidas no artigo 2º, que traz a seguinte redação: “Caberá à Representação: I - apresentar relatório sobre todas as matérias de interesse do Mercosul que venham a ser submetidas ao Congresso Nacional; II - emitir relatório circunstanciado sobre as informações encaminhadas ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo retratando a evolução do Mercado Comum, conforme o disposto no artigo 24 do Tratado de Assunção; III - apresentar, à deliberação da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, proposições que devam, nos termos do disposto no artigo 26 do Protocolo de Ouro Preto, constituir recomendações ao Conselho do Mercado Comum.

§ 1º. Para os fins do disposto nos incisos I e II as matérias serão encaminhadas, preliminarmente, à Representação, sem prejuízo de sua apreciação pelas comissões competentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, conforme o disposto nos respectivos Regimentos Internos.

§ 2º. A Representação terá quinze dias, contados do recebimento da matéria, para emitir o seu relatório, o qual servirá de subsídio para o estudo das demais comissões incumbidas de seu exame e parecer.”

³⁴ O artigo 5º do Regimento Interno da CPC aprovou a criação das seguintes subcomissões: Indústria e Regulamentos Técnicos, Energia e Mineração; Agricultura e Meio Ambiente; Assuntos Laborais, Emprego, Seguridade Social, Saúde, Desenvolvimento Humano e de Gênero; Tecnologia e Comunicações; Transporte e Infra-estrutura; Assuntos Aduaneiros, Tarifários, Financeiros e de Coordenação de Políticas Macroeconômicas, de Políticas Fiscais e Monetárias; Assuntos Comerciais,

3.1.6 Secretaria Administrativa

O artigo 15 do Tratado de Assunção determinou a criação de uma Secretaria Administrativa para apoio ao GMC. Único órgão com sede própria e fixa, em Montevideu, a SAM foi criada para desenvolver as atividades de guarda de documentos e comunicações do GMC. No Protocolo de Ouro Preto foi expressamente mantida, e nomeada como órgão de apoio operacional, exercendo as funções burocráticas necessárias ao funcionamento dos demais órgãos (art. 32).³⁵

O diretor da SAM, eleito pelo GMC e designado pelo CMC, tem mandato de dois anos, proibida a sua recondução.

3.1.7 Subgrupos de Trabalho

Através de Resoluções do GMC, são criados os subgrupos de trabalho, que são 11 atualmente: 1) Assuntos Comerciais; 2) Assuntos Aduaneiros; 3) Normas Técnicas; 4) Políticas Fiscal e Monetária relacionadas com o Comércio; 5) Transporte Terrestre; 6) Transporte Marítimo; 7) Política Industrial e Tecnológica; 8) Política Agrícola; 9) Política Energética; 10) Coordenação de Políticas Macroeconômicas (todos criados pela Resolução nº 20/95); 11) Relações Trabalhistas, Emprego e Seguridade Social (Res. 151/96). Há ainda o Comitê de Cooperação Técnica (Res. 20/95), os grupos *ad-hoc*: Aspectos Institucionais, Açúcar, Relações Externas (Res. 34/95), Orçamento SAM (Res. 39/95), Tratamento de Políticas Públicas que distorcem a competitividade (Res. 15/96), Compras Governamentais (Res. 20/95). Finalmente, há as reuniões especializadas, nas áreas de Ciência e Tecnologia (Res. 20/95), Turismo (Res. 20/95), Comunicação Social (Res. 155/96), Mulher (Res. 20/98) e Grupos de Serviços (Res. 31/98).

Defesa da Concorrência e Defesa do Consumidor; Assuntos Institucionais, Culturais e Educacionais e Direito da Integração. A última posteriormente passou a abranger temas municipais.

³⁵ O Regulamento Interno do GMC, em seu artigo 33 prevê as principais atribuições da secretaria: arquivo e difusão da documentação; centro de comunicações; verificação do cumprimento dos prazos e compromissos assumidos nos subgrupos de trabalho; organização dos aspectos logísticos das reuniões do Grupo; facilitação do contato direto entre autoridades do Grupo; comunicação dos projetos de agenda para as reuniões do Grupo, subgrupos e reuniões especializadas, e outras tarefas determinadas pelo Grupo. Entre estas outras tarefas estão a de realizar, em coordenação com os Estados-Partes, as traduções autênticas nos idiomas espanhol e português de todas as decisões adotadas pelos órgãos do Mercosul, conforme o Artigo 39 do Protocolo de Ouro Preto e ainda, editar o Boletim Oficial do

Os subgrupos são formados por funcionários do Estado ou de entidades públicas, sendo que cada país tem um coordenador. A fase preparatória pode incluir a participação da iniciativa privada. A fase decisória é sempre consubstanciada através de acordos. Havendo consenso, faz-se a recomendação ao GMC. Em não havendo, as várias alternativas são encaminhadas ao GMC.

3.2 ANÁLISE DA ESTRUTURA INSTITUCIONAL ORGÂNICA DO MERCOSUL

3.2.1 Comparação com outros processos de integração Regional

O eixo das análises a serem feitas sobre a forma institucional do Mercosul é a verificação do grau de autonomia conferido às suas instituições e normas.³⁶ Comparando o modelo de integração previsto no Tratado de Assunção com o de outros tratados, poder-se-á observar o grau de autonomia, em relação aos governos nacionais envolvidos, que terá o organismo internacional para desenvolver suas atividades.

As experiências de porte semelhante na América Latina mantiveram em sua estrutura básica um órgão político, diretamente vinculado aos executivos dos Estados, um órgão executivo, também movido por funcionários dos Estados, geralmente de alto lugar nas hierarquias da administração, e uma secretaria para dar apoio a este órgão executivo.

Foi assim com a **ALALC**, constituída por uma Conferência, formada por delegados dos Estados, cujas atribuições principais eram a negociação das listas nacionais e comuns e a adoção das providências necessárias à execução do Tratado; pelo Comitê, órgão com funções executivas e constituído por representantes permanentes de cada Estado-Parte e por uma Secretaria vinculada ao Comitê. Havia também uma Comissão Técnica responsável por estudos e propostas em assuntos interessantes à integração. Desde 1975, a **ALALC** incluiu em sua estrutura o Conselho de Ministros, composto pelos Ministros das Relações Exteriores e incumbido de conduzir a política superior da Associação. A **ALADI** seguiu o modelo da **ALALC**, dando apenas mais

Mercosul. A Secretaria deve prestar anualmente um informe de suas atividades e a prestação de suas contas ao Grupo Mercado Comum.

³⁶ A comparação analítica dos dois grandes paradigmas de integração regional, intergovernamentalidade e supranacionalidade, é feita no próximo capítulo. *Infra*, p. 257.

autonomia à Secretaria, elevada à categoria de órgão técnico incumbido de elaborar propostas, gerir e controlar os objetivos da integração.³⁷

O **Mercado Comum Centro Americano**, possui dois órgãos principais, o Conselho Econômico Centro-americano, integrado pelos ministros da área econômica de cada Estado-Parte, com função de guiar a integração das economias, coordenar as políticas econômicas e regular as recomendações do Conselho Executivo, e o Conselho Executivo do Tratado Geral, encarregado de administrar o Tratado Geral, vigiar o cumprimento das decisões e o trabalho necessário para levar à prática a união centro-americano, tendo como integrantes um representante de cada um dos Estados por eles indicados. Há também um secretariado permanente.³⁸

No **Caricom**, há também uma secretaria geral permanente, com funções de administração e coordenação perante o Conselho Mercado Comum (em sua maioria ministros do comércio). Este bloco econômico conta ainda com uma reunião anual da Conferência dos Chefes de Estado.³⁹

Destes modelos analisados não destoa o Mercosul, principalmente na estrutura prevista no TA, que como visto, sustentava-se com um órgão político superior (CMC) e um órgão executivo (GMC), assessorado por uma secretaria (SAM).

O **Pacto Andino** tem uma Comissão, órgão político composto por representantes de cada Estado. Ela reúne-se três vezes ao ano, tendo como funções principais a formulação de uma política geral do acordo e adotar as medidas necessárias para lograr seus objetivos, aprovar as normas principais para a coordenação dos planos de desenvolvimento dos países membros, velar pelo cumprimento harmônico das obrigações do acordo e das derivadas do Tratado de Montevideu e aprovar o orçamento anual e as contribuições dos países membros. A Junta (ou Conselho), tida como o órgão técnico comunitário, com sede em Lima, é formada por três membros nomeados pela Comissão por um período de três anos. Tem como funções velar pela aplicação correta do acordo, cumprir os mandamentos da Comissão e realizar os estudos e propor as medidas necessárias para a aplicação correta dos tratamentos especiais para Bolívia e Equador. Dois Comitês, tidos como órgãos auxiliares, um consultivo e outro denominado "Assessor Econômico e Social" têm funções semelhantes às previstas para o Foro

³⁷ SANTOS, Ricardo S. S. Ob. cit., p. 42-47 e 63.

³⁸ ABREU BONILLA, ob. cit., p. 19; CASELLA, Paulo B. Ob. cit. (vide nota 6, p. 152), p. 119-120.

Consultivo Econômico-Social do Mercosul.⁴⁰ Ao contrário da ALALC e da ALADI, que nem previram sistemas de solução de controvérsias, o Pacto Andino instituiu em 1979 um Tribunal. Em 1984, passou a vigorar o tratado que agregou a esta estrutura o Parlamento Andino. Mas esta maior institucionalização no Pacto Andino não lhe assegurou resultados positivos. “O Pacto Andino coloca o paradoxo da adequação da formulação institucional e escassez de resultados.”⁴¹

No **Benelux**, há o Conselho da União Econômica, com competência propositiva e de execução das deliberações do órgão superior, o Conselho de Ministros, além de coordenar as atividades das Comissões e das Comissões Especiais, equivalentes aos Subgrupos de Trabalho do Mercosul. Por tudo isto, tal Conselho assemelha-se bastante ao GMC.⁴²

O modelo da estrutura definitiva do Mercosul, segundo o POP, incorpora, portanto, outros órgãos à estrutura inicial, um pouco à sombra do Pacto Andino, mas sem a sua ousadia (ou precocidade⁴³), surgindo assim um órgão de índole parlamentar (CPC), outro ligado à sociedade civil (FES) e um órgão técnico (CCM).

A **União Européia** (UE), símbolo maior da integração regional e cujo processo integracionista alcança grau de desenvolvimento único com a implantação da união monetária, possui uma Comissão, órgão colegiado comunitário e supranacional. A Comissão tem em sua função executiva dois aspectos, emanar atos de execução e fiscalizar os tratados e sua aplicação pelos Estados ou cidadãos aos quais se referem as suas normas. Em outras palavras, ela é a guardiã dos tratados comunitários e adota as medidas que forem necessárias para implementar a política comunitária. A instituição é incumbida do planejamento econômico e é marcada por forte atuação diplomática.⁴⁴ A supranacionalidade verifica-se no elevado grau de autonomia que possui em relação aos

³⁹ CASELLA, Paulo B. Ob. cit., p. 123; SOARES, Mário L. Q. Ob. cit., p. 83.

⁴⁰ ABREU BONILLA, ob. cit., p. 32-33.

⁴¹ CASELLA, Paulo B. Ob. cit., p. 141.

⁴² BAPTISTA, Luiz Olavo. *As instituições do Mercosul, comparações e perspectiva*. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). *O Mercosul em movimento*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 61-62. O Benelux é o pacto de integração econômica constituído por Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Também encontra grande proximidade entre o Benelux e o Mercosul ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. Brasília: Grande Oriente do Brasil, 1998, p. 21.

⁴³ REZEK, Francisco J. Transcrição da conferência proferida em 19 de novembro de 1996 sobre Recepção da regra de Direito Comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.). *Direito Comunitário...*, ob. cit. (vide nota 27, p. 164, *supra*), p. 42-43; SOARES, Guido. *Uma revisão...*, ob. cit., p. 53-54.

⁴⁴ BAPTISTA, L. O. *As instituições...*, ob. cit., p. 61.

Estados-Membros. Os comissários são nomeados de comum acordo pelos respectivos governos, mas não podem se sujeitar nem requisitar instruções dos governos dos Estados ou de organizações. Eles trabalham em caráter de exclusividade para a União, estando impedidos de exercer outras atividades profissionais.⁴⁵

Há na UE o Conselho Europeu, órgão intergovernamental que define a política geral da União, reunindo duas vezes por ano os chefes de Estado e de governo, além do Presidente da Comissão. Seus membros são representantes dos Estados que os designam. É o Conselho que coordena as políticas principais da União. Ele também delimita a competência da Comissão para execução das normas que ele estabelece (Tratado da Comunidade Econômica Européia, art. 146).⁴⁶

A UE também está integrada pelo Parlamento Europeu, eleito pelo voto direto desde 1979, em sistema que assegura a proporcionalidade à densidade populacional dos Estados-Membros, levando em conta também o peso político e econômico do Estado na União. Ele manifesta-se por pareceres às consultas feitas pelo Conselho, pode censurar a Comissão, obrigando-a a demitir-se coletivamente, e aprova o orçamento comunitário. Os parlamentares são divididos em grupos de acordo com suas tendências políticas e não de acordo com os países de que são originários.⁴⁷ Dois órgãos com funções consultivas estão também na estrutura organizacional da UE, o Comitê Econômico e Social, formado por representantes de diversas categorias econômicas, e o Comitê de Regiões, com representantes das coletividades menores.

A Corte da Justiça da Comunidade Européia tem jurisdição contenciosa e consultiva, com competência sobre as matérias abrangidas pelo Direito Comunitário. Funciona também como tribunal administrativo para julgar controvérsias entre os funcionários da União e as instituições européias para as quais trabalhem. Possui ainda competência para julgar questões prejudiciais sobre Direito Comunitário em processos movidos nas jurisdições estatais⁴⁸ e também para atuar como pacificador de jurisprudência, julgando recursos e dando interpretação harmônica às normas do Direito

⁴⁵ PEREIRA NETO, Mario. *Direito, política, economia das Comunidades Européias*. São Paulo : Aduaneiras, 1994, p. 133-151.

⁴⁶ PEREIRA NETO, Mario. Ob. cit., p. 151-165.

⁴⁷ *Idem*, p. 166-192.

⁴⁸ BARAV, Ami. Recepção da regra de direito comunitário pelas ordens jurídicas nacionais. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.). *Direito Comunitário...*, ob. cit., p. 42-43; SOARES, Guido. *Uma revisão...*, ob. cit., p. 107-110.

Comunitário. Um Tribunal de Primeira instância foi criado em 1989 para casos envolvendo particulares, cabendo recurso à Corte sobre matéria de Direito.

Por fim, a UE possui um Tribunal de Contas (desde 1975), o Instituto Monetário Europeu (desde 1994), o Banco Europeu de Investimentos (desde 1957) e o Banco Central Europeu. Como se observa, trata-se de uma estrutura muito mais complexa, erigida sobre outros moldes, dificilmente comparável com aqueles adotados pelo Mercosul, até pela modéstia de seus objetivos, se postos ao lado dos objetivos da UE.

3.2.2 Observações sobre os órgãos do Mercosul

O modelo adotado na estrutura definitiva do Mercosul, de "natureza francamente cooperativa e consensual"⁴⁹ consagra a posição defendida pela diplomacia brasileira que evita uma estrutura mais rígida que, por se tratar de uma integração de países em diferentes estágios de desenvolvimento e com proporções grandemente diversas, traria dificuldades às políticas nacionais de desenvolvimento do País. Assim é que Luiz Olavo Baptista conclui ser inadequada uma estrutura com órgãos administrativos dotados de poderes semelhantes aos da UE. O mesmo autor justifica a posição brasileira e a atual estrutura do Mercosul: "Com efeito, não convém permitir que mecanismos dessa ordem condicionem toda a política de comércio exterior do país, nem a sua política industrial."⁵⁰

Os dois principais órgãos da estrutura institucional do Mercosul, CMC e GMC, assim como a CCM, por sua composição, pelo modo como devem formar suas decisões e pelas listas das suas competências, demonstram o claro caráter meramente intergovernamental das instituições do Mercosul, posição esta defendida abertamente pela diplomacia brasileira, pelo menos para o atual estágio da integração.⁵¹

Guido Soares explica o paradigma adotado para a estrutura do Mercosul:

⁴⁹ BAPTISTA, L. O. *As instituições...*, ob. cit., p. 55.

⁵⁰ *Idem*, p. 57.

⁵¹ *Vide, v.g.*, do então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores: "No que tange à estrutura orgânica, a posição brasileira governamental sempre tendeu à leveza e agilidade, ou seja, a rarefação não só do nome como do poder dos órgãos." RODAS, João Grandino. Transcrição da conferência proferida em 19 de novembro de 1996 sobre Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.). *Direito Comunitário...*, ob. cit., p. 75; vide tb. artigo do Diretor-Geral do Departamento de Integração do Ministério das Relações Exteriores, MARQUES, Renato. Ob. cit., p. 270-271.

Trata-se de dois órgãos colegiados que, pela sua composição, já revelam instituições típicas de cooperação interestatal, sem no entanto constituírem órgãos administrativos e legislativos supranacionais, que possam vir a ter uma atuação supranacional, independentemente das diplomacias oficiais dos Estados-Partes. São órgãos diplomáticos das relações externas dos Estados-Partes, sem o caráter de serem compostos por pessoal anacional e a serviço do Mercosul.⁵²

No que tange à Comissão Parlamentar Conjunta, esta em nada se aproxima do modelo do Parlamento Europeu, pois não se trata de representantes da comunidade, mas de representantes dos órgãos legislativos dos Estados que se reúnem para desenvolver algumas atividades com vistas a incrementar o processo de integração na sua área de competência. É portanto um instrumento criado com a expectativa de envolver os poderes legislativos dos Estados Membros com o processo de integração, o qual ficaria completamente entregue aos membros do poder executivo. Entretanto, mesmo este objetivo de conferir maior legitimidade ao processo por meio da representação dos órgãos legislativos nesta Comissão Parlamentar Conjunta é alcançado apenas em parte, pois como bem explica Deisy Ventura, “resta claro que não se trata de uma instituição, mas apenas uma tentativa de aproximação entre os legislativos nacionais, a ser promovida pelos Estados, individualmente.”⁵³

A secretaria de apoio ao GMC, segundo Lipovetzky e Lipovetzky, tem funções muito limitadas, “diferenciando-se totalmente da Secretaria da ALADI, criada pelo Tratado de Montevideu de 1980, que é mais um órgão técnico, com autonomia e capacidade de decisão.”⁵⁴ As delegações dos países membros ao apresentarem suas

⁵² SOARES, Guido F. S. As instituições do MERCOSUL e as soluções de litígios no seu âmbito – sugestões de lege ferenda. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (organizadores). *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo : LTr, 1994, p. 264. A afirmação vem repetida no já antes mencionado artigo que revisou as posições do autor expostas neste primeiro, incluindo apenas a referência a três órgãos colegiados, para não olvidar a CCM, ainda inexistente na época da redação do primeiro artigo. SOARES, Guido F. S. *Uma revisão...*, ob. cit., p. 98.

⁵³ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Ob. cit. (vide nota 23, p. 158), p. 47. A mesma autora, em artigo posterior, aponta a ineficácia da CPC: “A CPC não acelerou os procedimentos relativos à vigência de regras, tampouco ateuve-se à harmonização de legislação.” A mesma crítica (ineficácia) ela faz ao FES, só reunido pela primeira vez dois anos após sua criação pelo POP. VENTURA, Deisy F. L. *Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul*. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.). *Direito Comunitário...*, ob. cit., p. 103.

⁵⁴ LIPOVETZKY, Jaime César e LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *Mercosul, estratégia para integração : mercado comum ou zona de livre comércio? : análise e perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo : LTr, 1994, p. 167.

propostas para a estrutura orgânica definitiva do Mercosul incluíram os problemas de funcionamento da SAM, principalmente Argentina e Paraguai. Mesmo após a estrutura definitiva os problemas persistem, falhando a SAM na sua missão de emitir o Boletim da Integração do Mercosul.⁵⁵

4. SISTEMA NORMATIVO DO MERCOSUL

A análise da estrutura institucional do Mercosul revela o modelo de integração adotado, que é o de cooperação intergovernamental. Mas não é só esta a afirmação que basta para que se perceba o eventual comprometimento da soberania dos Estados-Membros pelo processo de integração. Com efeito, a função de dar leis aos súditos é a mais importante em praticamente todos os autores que delineiam as atribuições do poder soberano. E ela pode ser influenciada ou mesmo gerida por órgãos criados para a promoção da integração econômica. Em dois níveis tal influência se revela. Primeiro, no nível do Direito produzido na esfera das relações entre os Estados, ou seja, normas de Direito Internacional, que podem introduzir limitações aos âmbitos de validade dos ordenamentos nacionais. Segundo, nos próprios ordenamentos nacionais, que devem se tornar mais homogêneos com vistas a propiciar uma integração mais ampla e a viabilizar a evolução do processo em determinados setores.

A denominação do Direito produzido no nível internacional foi objeto de várias tentativas, tendo aparentemente se consolidado aquela que chama ao ordenamento que compõe as normas do Mercosul de Direito da Cooperação, que assim como o Direito Comunitário é espécie do gênero Direito da Integração.⁵⁶ Seja qual for a denominação que se lhe dê, o Direito produzido pela integração no Cone Sul ainda é Direito Internacional Público, regional e integracionista.⁵⁷

O Direito Comunitário é uma espécie existente somente na União Européia, sendo dotado de superioridade hierárquica e autoaplicabilidade.⁵⁸ Pela superioridade

⁵⁵ VENTURA, Deisy F. L. *Avaliação...*, ob. cit., p. 102-103. A autora relata ainda a falha no apoio operacional às reuniões dos órgãos do Mercosul, que fica ao encargo dos Ministérios das Relações Exteriores que ocupam a presidência *pro tempore* na data da reunião. (*Idem, ibidem*)

⁵⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ob. cit., p. 29-32.

⁵⁷ REZEK, Francisco J. *Transcrição...*, ob. cit., p. 53-54.

⁵⁸ RODRIGUES, Horácio. Ob. cit., p. 29; PINHEIRO NETO, Mário. Ob. cit., p. 81-84. Fausto de Quadros, mesmo escrevendo antes do Tratado de Maastricht, de 1992, que instituiu a União Européia, deduziu que o Direito Comunitário não era nem Direito Internacional Público clássico nem Direito

hierárquica ou primazia, as normas produzidas por órgãos da Comunidade implicam a derrogação das legislações nacionais no que lhe forem contrárias. A autoaplicabilidade, ou efeito direto, é um corolário da supranacionalidade e da primazia do Direito Comunitário, significando a desnecessidade de “internalização” das normas, ou seja, da transformação do Direito derivado dos órgãos comunitários em Direito interno dos Estados-Membros.⁵⁹

Em contraste com o sistema europeu, as decisões do CMC só valem quando introduzidas nos ordenamentos jurídicos internos, que no caso brasileiro têm trâmite bastante complexo. Aqui as normas internacionais são firmadas pelo executivo, referendadas pelo Congresso e promulgadas pelo Presidente da República (CF, arts. 84, VIII e 49, I).⁶⁰ A vigência interna fica sujeita a todo este trâmite, surgindo apenas com a

Federal, sendo um Direito Internacional em estágio superior de evolução. QUADROS, Fausto. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Lisboa : Almedina, 1991, p. 179 e ss. Pela sua diferenciação dos ordenamentos nacionais, alguns autores colocam como característica sua a autonomia em relação a eles. Também a uniformidade de aplicação e interpretação, possibilitada por um “aparato ordenador e harmonizador da sua interpretação e aplicação”, é arrolada como uma característica do Direito Comunitário. PIRES, Alice, FONSECA, Amanda, CROSHERE, Indira. *Soluções de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo : LTr, 1998, p. 20. No mesmo sentido, AMIN, Espiridião. O Direito no Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Mercosul no cenário internacional : Direito e Sociedade*. Vol. II. Curitiba : Juruá, 1998, p. 202-208.

⁵⁹ As normas produzidas pelos órgãos da União Européia são de várias espécies (Tratado da Comunidade Econômica Européia, art. 189): Regulamentos, emitidos pelo Conselho, pela Comissão ou pelo Parlamento, tratando-se de normas de âmbito geral, obrigatórias e diretamente aplicáveis a todos os Estados-Membros, variando a definição da competência de acordo com o princípio de atribuição, segundo o qual cada órgão tem competência para formular Regulamentos nas áreas que lhe foram atribuídas pelos Tratados; Diretivas, que podem também ter caráter geral, mas mais freqüentemente são endereçadas a determinados Estados-Membros, sendo-lhes vinculativas, não quanto à forma ou quanto aos meios, apenas quanto aos resultados a serem atingidos. Elas têm portanto uma eficácia mediada pelos ordenamentos nacionais que devem incorporar os objetivos delimitados pela Diretiva. Entretanto, a eficácia das Diretivas deve ser assegurada, já tendo a Corte de Justiça da Comunidade Européia determinado que atos administrativos não são válidos para atuações das Diretivas; Decisões, de abrangência reduzida, destinada a determinado Estado-Membro ou indivíduo. Há ainda as Recomendações e Pareceres, emanados do Conselho ou da Comissão, com a característica de não serem vinculantes. Por fim, há atos atípicos, como os Programas, os Convites, as propostas, que são outras categorias de atos jurídicos da Comunidade, mas não previstos no artigo 189 do TCEE. PINHEIRO NETO, Mário. Ob. cit., p. 267-305.

⁶⁰ Horácio Rodrigues expõe com detalhe o procedimento de incorporação das normas oriundas de tratados internacionais ao ordenamento brasileiro: “a) fase de negociações, realizadas por agentes do Poder Executivo; b) assinatura, realizada pelo Presidente da República ou por agentes munidos de carta de plenos poderes; c) submissão do ato pelo Presidente da República ao Congresso Nacional; d) discussão e aprovação, através de decreto legislativo, do ato internacional pelo Congresso Nacional; e) publicação do decreto legislativo; f) ratificação do ato internacional; g) troca ou depósito do instrumento de ratificação; h) registro e publicação do ato na ordem jurídica internacional; i) promulgação do ato internacional por decreto do Presidente da República; e (j) publicação do ato internacional no Diário Oficial da União (DOU), como anexo do respectivo ato presidencial.” Ob. cit., p. 26. Uma análise profunda do tema é feita pelo atual Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre : Sérgio Antonio

publicação do ato internacional no Diário Oficial da União, como anexo do decreto presidencial que o promulga. A vigência internacional ocorre a partir da troca (mais comum em pactos bilaterais) ou depósito (utilizado seguidamente em acordos multilaterais) dos instrumentos de ratificação e dá à norma o poder de obrigar o Estado.⁶¹

Também a superioridade hierárquica inexistente, pois pela posição assentada no STF um projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, sendo ele ou não proveniente de harmonização legislativa, sempre modificará a lei interna anterior, pelo princípio *lex posteriori derogat anteriori*. Neste sentido está o seguinte acórdão:

Tratados e convenções internacionais – tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) – guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de Direito Internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá

Fabris, 1995. O autor observa aí que: “[H]á, assim, entre os artigos 84, VIII, e 49, I, uma aparente antinomia, de caráter solúvel, pois percebe-se, mediante a aplicação de princípios hermenêuticos, que o legislador constituinte desejou estabelecer a obrigatoriedade do assentimento do Congresso para os tratados internacionais, dando ênfase para aqueles que acarretarem encargos, gravames, ônus financeiros, para o patrimônio nacional. Embora tenham ocorrido tentativas isoladas, tanto no terreno doutrinário, como no próprio Parlamento, de interpretar restritivamente os mencionados preceitos constitucionais, no sentido de que só devem passar pelo crivo do Congresso os tratados que aceitem *encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*, prevaleceu a interpretação extensiva, e os poderes constituídos, tanto o Executivo como o Legislativo, não colocam em dúvida a compulsoriedade da deliberação do Congresso para os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, quer acarretem ou não *encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*.” *Idem*, p. 479. O mesmo autor dá conta, contudo, que a prática do Executivo de celebrar acordos internacionais de forma simplificada (os chamados *executive agreements*, na prática estadunidense) não foi abandonada. *Idem, ibidem*. Defendeu-se, neste Curso de Pós-Graduação, dissertação que critica o sistema brasileiro de internalização das normas firmadas na esfera internacional, com base no excesso de poderes conferidos ao poder executivo, o que subverteria a separação de poderes, NERCOLINI, Gian Marco. *Tratados Internacionais e o Direito brasileiro : sistema de convalidação*. Florianópolis, 1999. Dissertação de mestrado. CPGD-UFSC.

⁶¹ RODRIGUES, H. W. Ob. cit., p. 25-29. Observe-se, sobre a vigência internacional, que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados admite outras formas para entrada em vigor de um tratado que não a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação (artigo 11). O Paraguai e a Argentina, onde a jurisprudência exerceu função muito importante, são os Estados-Partes que têm as constituições mais avançadas neste ponto, diminuindo os entraves para a eficácia plena das normas da integração. DALLA VIA, Alberto Ricardo. El Mercosur y los aspectos constitucionales e institucionales. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.), *Direito Comunitário...*, ob. cit., p. 77-79. O autor destaca os acórdãos proferidos pela Corte Suprema Argentina que auxiliaram nesta tarefa: “‘Ekmedkjian c/ Sofovich’, ‘Fibraca c/ Tribunal Arbitral de Salto Grande’ y ‘Cafes La Virginia’”. *Idem*, p. 77.

– presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade.⁶²

A doutrina costuma distinguir entre o Direito Originário e o Derivado.⁶³ No primeiro encontram-se as normas produzidas pelos Estados através da convergência das suas vontades expressas num acordo internacional. Já o Direito Derivado é aquele produzido pelos órgãos criados pelos acordos de Direito Originário. No caso do Mercosul, o Tratado de Assunção é Direito Originário e as Recomendações do GMC são um exemplo de normas de Direito Derivado. A divisão pode ser feita a partir do rol das fontes jurídicas do Mercosul apresentado no artigo 41 do POP:

Artigo 41. As fontes jurídicas do Mercosul são: I - o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; II - os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; III - as Decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo Mercado Comum e as Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção.

Nesta conceituação, as normas dos incisos I e II são Direito Originário e as do inciso III Direito Derivado.

No âmbito do Direito interno dos membros, já se disse que a maior influência decorre da necessidade de promover a harmonização legislativa. Ela ocorre quando o Direito de alguns Estados é modificado num determinado sentido para torná-los mais semelhantes entre si. Com efeito, a harmonização

implica efetuar certas trocas nos ordenamentos nacionais para criar semelhança entre eles com o objetivo de obter os resultados perseguidos. Por seu lado, a unificação significa normas idênticas nos ordenamentos envolvidos, e a coordenação supõe ordenar normas distintas de dois ou mais sistemas jurídicos – que podem

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário. N. 662-PU-TP. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, 30.05.1997. O ex-ministro e atual juiz da CIJ Francisco Rezek comenta a posição do STF: “Embora consternado, o Tribunal vê-se na obrigação de dizer que é preciso, neste caso, prestigiar a última palavra do Congresso, valorizando a lei porque mais recente que o tratado, com a perfeita consciência de que isso é a confissão pública do mais alto nível de que o país está cometendo um ilícito internacional.” REZEK, Francisco. Ob. cit., p. 56.

⁶³ Vide, v.g., PIRES, Alice, *et alii*. Ob. cit., p. 19; PINHEIRO NETO, Mário. Ob. cit., p. 253.

continuar sendo diferentes – para se chegar a um equilíbrio entre elas.⁶⁴

Estas definições parecem indicar que harmonização é gênero do qual unificação e coordenação de políticas legislativas seriam espécies. Entretanto, parece possível identificar a harmonização com o termo coordenação utilizado na citação acima, e diferenciá-la, portanto, da uniformização (unificação). Há deste modo duas espécies, diferentes entre si. Na espécie denominada uniformização, não há apenas a delimitação de objetivos, mas também a obrigatoriedade de adoção de um mesmo texto legislativo, como, por exemplo, a Convenção de Genebra sobre títulos de crédito.⁶⁵

Na União Européia, tal como no Mercosul, ocorre a harmonização, só que por um sistema mais avançado, que é o sistema de diretivas. Tais diretivas traçam os escopos que devem ser alcançados pelas legislações internas dos Membros, sem no entanto impor a padronização do texto legislativo.

No Mercosul, os casos de uniformização situam-se no plano do Direito Internacional convencional. São os próprios acordos, o direito originário do Mercosul, que é incorporado pelos Estados membros sem alterações. Neste caso há a plena identidade dos textos legislativos, contudo com outros escopo e âmbito.

A competência para promover a harmonização legislativa reside em todos os órgãos decisórios do bloco. Deste modo, tanto o CMC, manifestando-se através de decisões, como o GMC, por meio das suas resoluções, como a CCM, através de suas diretivas, podem promovê-la, dentro de seus âmbitos de competência material. Um papel importante é exercido pelos Subgrupos de Trabalho, que lidam com os temas específicos, sugerindo passos para a harmonização.

A harmonização legislativa é mais ampla do que o significado primeiro que a expressão pode aparentemente induzir. Com efeito, não apenas as leis dos países membros podem ser harmonizadas, mas também as medidas administrativas, tais quais portarias e atos administrativos variados.⁶⁶ É o que acontece com as medidas fitossanitárias, cuja harmonização se dá em âmbito administrativo mais do que legislativo

⁶⁴ CZAR DE ZALDUENDO, Suzana, *apud* LIPOVETZKY e LIPOVETZKY, ob. cit., p. 110.

⁶⁵ BRASIL. Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as Convenções para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias.

⁶⁶ SANTOS, Ricardo S. S. Ob. cit., p. 98.

propriamente dito. A harmonização se dá, portanto, no âmbito de competência da autoridade prevista na ordem jurídica interna para regular a matéria harmonizada.

Deste modo, qualquer ato que implique adequação das normas pode ser passível de harmonização, e esta pode se dar através da modificação, criação ou extinção de regras. No capítulo I do tratado de Assunção, que trata dos propósitos, princípios e instrumentos, determina o artigo 1: “Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (Mercosul). Este Mercado Comum implica: (...) O compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.”

A harmonização se dará, portanto, nas áreas referidas inicialmente no artigo 1, quais sejam, a liberalização do comércio, a política aduaneira e tarifária e as políticas macroeconômicas e setoriais. Mas não são somente estes setores e estas áreas que serão passíveis de harmonização legislativa. Toda e qualquer área que exija a harmonização para o avanço do processo de integração estará a ela sujeita. A lista não é, portanto, taxativa. São exemplos de áreas para a harmonização: direito do consumidor⁶⁷, a área fiscal⁶⁸ e propriedade industrial⁶⁹.

⁶⁷ Sobre este tema, vale ressaltar que a edição de um conjunto de leis unificadas e uniformes, denominado Regulamento Comum de Defesa do Consumidor, está em fase de aprovação pelo GMC. Este Regulamento deve conter um mínimo de direitos do consumidor, mas não deve ser adotado como padrão para os Países-Membros, suplantando as legislações nacionais. Ao proceder do modo indicado, serão evitadas as críticas que lhe fazem por não ter incluído “entre suas normas dispositivos fundamentais presentes no CDC brasileiro, como o que presume a vulnerabilidade do consumidor (Princípio da Vulnerabilidade), o do consumidor equiparado e o da cláusula da boa-fé (Princípio da Boa-Fé Objetiva) nas relações pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais (...)” BOLSON, Simone Hegele. O direito do consumidor à luz da globalização e do Mercosul. *Jornal Síntese* nº 20 - out/98. Porto Alegre : Síntese, p. 3. O CMC já aprovou em dezembro de 1996 o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo (Dec. 10/96).

⁶⁸ Sobre a temática em questão, afirma o Professor Ubaldo César Balthazar: “Os três países [Paraguai, Uruguai e Argentina] levam, entretanto, uma vantagem sobre o Brasil: é que já possuem a estrutura montada para uma futura harmonização da tributação sobre o consumo. Nosso sistema, neste plano, está ainda incipiente. Se queremos criar realmente um mercado comum com nossos vizinhos do sul, é tarefa urgente pensarmos numa tributação igualmente comum, pelo menos harmonizada, com alíquotas senão iguais, próximas, para que não haja privilégios fiscais para os agentes econômicos, uns em relação aos outros. Devemos adotar uma política de isenções semelhantes, onde o resultado final seja o menor número possível de bens e serviços isentos, para que o sistema possa funcionar de forma neutra e transparente. Com um sistema de créditos físicos, e não financeiros (como adotam hoje os regimes do IPI e do ICMS), para que a atividade econômica, como um todo, possa usufruir do mecanismo todos os benefícios que ele pode lhe dar.

Vale notar que a União Européia está há 40 anos construindo seus alicerces embasada, entre outros pilares, na não-cumulatividade da tributação indireta, através do IVA. Um mercado comum, seja constituído por dezesseis ou por quatro países, não pode permitir que os impostos indiretos sejam um fator de desequilíbrio concorrencial entre seus agentes econômicos. O efeito cascata, que a CPMF

Tais setores foram enumerados apenas a título de exemplo. Vários subgrupos foram formados, cada qual para um setor específico e os debates que se dão para cada setor não são menos importantes do que os aqui citados. Todavia, como lembra Luiz Olavo Baptista, “Seria praticamente impossível fazer a lista completa das leis que serão afetadas, pois somente as situações concretas indicarão a conveniência de modificá-las ou adaptá-las.” E continua: “Sem dúvida, o campo dos conflitos de leis é imprescindível, pois a adoção de regras únicas nesse campo conduz à maior segurança jurídica e mais uniformidade nas decisões.”⁷⁰

O procedimento de harmonização legislativa pode incluir várias fases, dependendo da classificação adotada, dentre as quais, a fase de estudo das legislações de cada Estado, seguida das discussões e negociações para buscar suas semelhanças e diferenças, para depois reduzir ou excluir estas diferenças (ao menos as mais substanciais), até a redação da proposta de harmonização e sua aprovação pelas instituições do bloco. Esta fase inicial é uma etapa variável em cada caso concreto, voltada ao ofício diplomático. Uma vez editada pelo órgão competente no Mercosul, a proposta deve ser incorporada pela legislação interna de cada Estado, para que seus juízes possam aplicá-la internamente. Caso seja possível a emissão de um ato administrativo por uma autoridade competente, a incorporação pode ser imediata. A exigência de apresentação de determinados documentos nas alfândegas é um exemplo,

inevitavelmente provoca, mesmo que temporariamente, encarece ainda mais o produto brasileiro no mercado externo. No âmbito do Mercosul, prejudica consideravelmente o processo de integração. Nas relações comerciais externas ao Mercosul, prejudicando a posição concorrencial da mercadoria brasileira. É necessário, portanto, acabar com estas experiências pequenas, transitórias, e absurdas. Se, de um lado, nossos problemas internos dispensam reformas macro, por outro, a proposta de um mercado comum exige a adoção de um imposto único sobre o consumo, tal como o IVA.” BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *Reforma Tributária, Mercosul e IVA. Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Vol. 1. Porto Alegre : Síntese, 1998, p. 199.

⁶⁹ No Brasil, o novo Código de Propriedade Industrial, a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, tem um dispositivo com a seguinte redação: “Art. 242. O Poder Executivo submeterá ao Congresso Nacional projeto de lei destinado a promover, sempre que necessário, a harmonização desta Lei com a política para propriedade industrial adotada pelos demais países integrantes do MERCOSUL.” Entretanto, vislumbra-se tal artigo como uma “carta de boas intenções”, em decorrência da posição atual do STF com relação à hierarquia normativa dos tratados e demais normas providas de acordos internacionais. Sobre o assunto, vide PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual. In: BARRAL, Welber (org.). O Brasil e a OMC*. Florianópolis : Diploma Legal, 2000; PRADO, Maurício. *A implementação do Mercosul e a propriedade industrial. In: BAPTISTA, Luis Olavo (coord.). Mercosul : a estratégia legal dos negócios*. São Paulo : Maltese, 1994, p. 109-122.

⁷⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo et alii (org.), p. 23.*

pois havendo proposta de harmonização legislativa, bastaria ao órgão competente dos ministérios da justiça editar a norma que disponha sobre isto.

5. SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

Todo processo de integração ou união de países implica a discussão sobre a criação de um mecanismo de solução pacífica de controvérsias, sob pena de estar fadado ao fracasso.⁷¹ Com efeito, o bom êxito de um projeto integracionista depende muito da legitimidade e dos mecanismos de autolegitimação que se possam produzir dentro dele. Sem a referência à necessidade de se resolver os conflitos de forma pacífica, a associação seria tendente à efemeridade e correria o risco permanente de transformar-se em guerras ou represálias.

No Mercosul, que possuiu inicialmente um objetivo ambicioso (a constituição de um mercado comum), previu-se a necessidade de adotar um sistema flexível, rápido e obrigatório. A sua obrigatoriedade é necessária para evitar as atitudes comuns dos Estados, que são sempre reticentes em aceitar a aplicação de um tratado quando este prejudica seus interesses. Já a flexibilidade é a inserção de uma margem de manobra para evitar que os Estados possam ter seus interesses muito prejudicados com a aplicação obrigatória do sistema de solução de controvérsias, fazendo-se portanto um contrapeso entre as duas características.

Um mecanismo provisório de solução de controvérsias tinha sua existência prevista no anexo III do TA, vigente até que o GMC apresentasse proposta ao CMC de mecanismo hábil para gerir o assunto durante o período de transição. Tal proposta foi enviada no final de 1991, com base num esboço da chancelaria argentina, e aprovada pela Decisão 01/91 do CMC, tendo sido analisados também os acordos sobre solução de controvérsias do GATT, da ALALC, do Acordo de Complementação Econômica subscrito pelo México e pelo Chile (de 22 de janeiro de 1991), do Acordo de Livre Comércio firmado entre Estados Unidos e Canadá (de 02 de janeiro de 1988) e ainda,

⁷¹ HUCK, Hermes M. *Da guerra justa à guerra econômica : uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 88. Esta foi aliás uma das causas apontadas para o malogro da ALALC. STERSI, Ricardo S. S. Ob. cit., p. 90. Tal Associação teve todavia um Protocolo de Solução de Controvérsias assinado em seu âmbito no ano de 1967, instituindo uma Corte de Arbitragem *ad hoc*. KLAES, Marianna Izabel Medeiros. *Supranacionalidade : paradigma necessário ao Mercosul*. Florianópolis, 1999. Dissertação de mestrado. CPGD-UFSC, p. 36.

realizadas consultas aos regulamentos dos tribunais de justiça da Comunidade Européia e do Pacto Andino.⁷² Este seria o mecanismo provisório, que deveria ser substituído por um definitivo na reunião extraordinária para definir a estrutura institucional do Mercosul (artigo 18 do TA). A proposta aprovada em 1991 e vigente desde 22 de abril de 1993 (data do depósito do último instrumento de ratificação, pelo Uruguai) é conhecida como Protocolo de Brasília (PB). O artigo 1 define o âmbito de aplicação do Protocolo:

As controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o descumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões que emanem do Conselho do Mercado Comum serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no presente protocolo.

O POP confirmou o sistema de solução de controvérsias do PB na estrutura definitiva do Mercosul. Ao artigo 1 acima citado o POP acrescentou apenas as diretivas da CCM (art. 43).

O Direito tutelado pelo Protocolo é tanto o Direito Originário como o Derivado. O artigo fala em “interpretação, aplicação ou descumprimento” do Direito tutelado. Na Comunidade Européia, a interpretação pode ser requisitada à Corte Européia de Justiça, quando um juiz de um Estado-Parte assim o necessitar para elucidar a norma que deve aplicar. No caso do Mercosul, não há competência consultiva, até porque na Europa a sentença é proferida com efeitos *erga omnes*, enquanto no Mercosul seus efeitos são *inter partes*. A interpretação pode assim variar (pois o tribunal arbitral é *ad hoc*), o que torna inútil o exercício de uma competência consultiva, haja vista que o parecer não teria condições de uniformizar a interpretação ou aplicação do Direito tutelado.

Em linhas gerais, o que o Protocolo de Brasília prevê é a solução de dois tipos de controvérsias: entre Estados (Capítulos I a IV) e entre particulares de um Estado e outro Estado (Capítulos V e VI).

O mecanismo de solução de controvérsias entre Estados possui três etapas: 1) negociações diretas; 2) conciliação; 3) arbitragem.

As negociações devem durar no máximo 15 dias, se outro prazo não foi estipulado pelas partes. Sobre a possibilidade de prorrogação, manifestam-se Lipovetzky

⁷² FIGUEIRAS, ob. cit., p. 55.

e Lipovetzky: “Cremos que deveria ser permitido somente prorrogar o prazo de 15 dias, através de um acordo entre as partes, por outros 15 dias mais, no máximo.”⁷³ O andamento das negociações deve ser informado à Secretaria Administrativa do Mercosul (PB, art. 3).

A conciliação, que exige a participação do GMC, deve durar no máximo 30 dias. Nesta etapa é exigida a ouvida das partes, que devem expor suas posições. Caso haja necessidade, um grupo de peritos pode ser requisitado para solucionar a lide (o que funciona sobretudo como um modo de contornar a regra do consenso, POP, art. 37). O GMC fornecerá recomendações às partes, que podem acatá-las ou não. Há quem equipare esta intervenção do GMC às comissões de inquérito⁷⁴, possível pelo caráter investigativo (inclusive com a intervenção de peritos) e por culminar também em um laudo com sugestões para solução do conflito que as partes podem ou não acatar.

Em não acatando as recomendações do GMC, passar-se-á à terceira fase, que é a da arbitragem. Esta se inicia com a comunicação pelo Estado envolvido à SAM da intenção de recorrer ao tribunal arbitral e deve durar no máximo 60 dias, prorrogáveis por mais 30. Tem como pressuposto o esgotamento dos procedimentos anteriormente referidos das duas etapas iniciais. Importante ressaltar o conteúdo do artigo 8 do PB:

Os Estados-Partes declaram que reconhecem como obrigatória, *ipso facto*, e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere o presente Protocolo e se comprometem a cumprir suas decisões.

A importância deste artigo reside no reconhecimento compulsório da jurisdição do tribunal arbitral, evitando discussões demoradas sobre o assunto.

A composição do Tribunal Arbitral é de pelo menos três membros, um de cada Estado envolvido e mais um terceiro, nomeado de comum acordo. Se o Estado envolvido demorar em nomear o seu árbitro ou se não há acordo acerca da nomeação do terceiro árbitro (num prazo máximo de 15 dias), a indicação é feita pela SAM, que procede de ofício no primeiro caso e mediante requerimento das partes no segundo, por

⁷³ Ob. cit., p. 250.

⁷⁴ RAUPP, Klaus da Silva. *Solução de controvérsias entre os Estados-Partes do Mercosul*. In: Rodrigues, Horácio Wanderlei (org.). Ob. cit. (vide nota 21, p. 157), p. 53-54.

sorteio entre os árbitros constantes da lista prévia elaborada pelo GMC e arquivada na SAM.

A única norma que devem obrigatoriamente respeitar os árbitros na confecção das normas procedimentais para o caso designado é o princípio do devido processo legal. As partes têm que ser ouvidas. O procedimento tem que ser célere e pode incluir cautelares e outras medidas preventivas quando houver risco de danos graves e irreparáveis.

Lipovetzky e Lipovetzky consideram perigosa a discricionariedade conferida aos árbitros:

É que desta maneira o procedimento pode diferir totalmente de um laudo arbitral para outro, e isto conspira contra a segurança jurídica do Mercosul e contra a credibilidade da sentença arbitral mais que tudo, uma vez que um Estado-Parte pode considerar que o procedimento estabelecido pelo Tribunal Arbitral não se ajusta às bases do artigo 15 e pode usar disto para não cumprir com a sentença arbitral.⁷⁵

As fontes de direito que podem ser usadas pelos árbitros são o Direito Originário e Derivado do Mercosul, mais as normas de Direito Internacional. A lista não é taxativa, permitindo que sejam também utilizados os princípios gerais de direito e os tratados anteriores (como o tratado entre Brasil e Argentina de 1980). As decisões do Tribunal não podem ser usadas como fonte. A decisão pode ser também por equidade, desde que haja prévia autorização pelas partes (PB, art. 19).

A sentença arbitral é um laudo, adotado por maioria e tem de ser motivada. A votação deve ser sigilosa e está proibida a consignação de voto em dissidência (PB, art. 20). A decisão é inapelável e tem força de coisa julgada. Ela deve ser cumprida imediatamente, se um prazo não for estipulado pelo Tribunal (PB, art. 21), cabendo apenas um recurso de esclarecimento (como os embargos de declaração), restrito ao pedido de esclarecimento de disposições do laudo ou sobre a interpretação da forma que deverá ser cumprido (PB, art. 23). Este recurso não possui efeito suspensivo.

O eventual descumprimento do laudo pela parte que foi “condenada” origina sanções, que são autorizações para os parceiros do bloco adotarem medidas compensatórias temporárias, como a suspensão de concessões ou outras equivalentes (PB, art. 22). Entretanto, não há determinação por parte do Tribunal Arbitral da medida

da reação ao dano causado. É dizer, o Estado que o Tribunal julgar prejudicado em virtude da ação de outro Estado do Mercosul poderá aplicar as sanções na medida que julgar adequadas, pois não há um terceiro que demarque os limites das compensações. Ricardo S. Stersi dos Santos sustenta entretanto que “[a]s medidas compensatórias, dentro do espírito dos princípios que regem o Tratado, deverão guardar um certo equilíbrio com o dano que vem sendo ocasionado com o não-cumprimento do laudo. Não guardado o devido equilíbrio, também poderão as medidas compensatórias tornar-se objeto de nova controvérsia.”⁷⁶

Outro problema diz respeito à participação de particulares nas controvérsias que os envolvam. No caso do Mercosul, o particular que se sentir lesado por medidas legislativas ou administrativas que tenham efeitos restritivos ou discriminatórios sobre o comércio, que violem o Direito do Mercosul (Originário e/ou Derivado), pode se valer do mecanismo previsto no Protocolo de Brasília. Remarque-se que “pode”, pois o mecanismo ali previsto não é obrigatório neste caso (como é para as controvérsias entre Estados).

O procedimento inicia-se com a reclamação do particular perante a Seção Nacional do GMC, do país em que o particular tiver domicílio, que é a residência habitual para pessoas físicas ou a sede dos negócios para as pessoas jurídicas (PB, art. 26). Entretanto, uma possibilidade curiosa foi deixada em aberto pelo Protocolo: uma empresa com sede em todos ou mais de um dos Estados-Partes, poderá interpor através da Seção Nacional de uma Parte, reclamação contra medida legislativa ou administrativa de outra Parte, no qual ele também tem sede. E isto não retira o seu direito de pleitear diretamente perante o judiciário do país que emitiu a medida.

Para acolher a reclamação, a Seção Nacional deve verificar a verossimilhança da violação e o prejuízo ou ameaça dele (PB, art. 26). A rejeição pela Seção Nacional deixa o particular desamparado. Só lhe cabe impetrar recurso administrativo ou judicial contra a autoridade responsável pela decisão da Seção Nacional. Segundo Lipovetzky e Lipovetzky: “não deveria ser outorgada à Seção Nacional uma margem tão ampla de discricionariedade quando se admite ou não a reclamação.”⁷⁷ Além do mais, como a reclamação deverá ser analisada também pelo GMC, tem-se um procedimento

⁷⁵ Ob. cit., p. 255.

⁷⁶ Ob. cit., p. 94.

excessivamente burocrático que obstaculiza o acesso do particular ao exigir que a viabilidade da reclamação seja analisada duas vezes e em dois âmbitos (nacional e do bloco).

A segunda etapa é a de consultas entre as seções nacionais dos países envolvidos. Não havendo êxito, o GMC é chamado a intervir. Ele obrigatoriamente deve convocar um grupo de três peritos, que tem 30 dias a partir da sua designação para dar seu parecer (PB, art. 29). Os particulares e Estados envolvidos devem ser ouvidos. Se for julgada procedente a reclamação, qualquer Estado pode requerer a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas, mas o Estado do particular que apresentou a reclamação deve também fazê-lo (PB, art. 32). Os custos do processo são arcados pelas partes (inclusive o particular), em proporção estabelecida pelo GMC ou, na falta de um acordo, em proporções iguais (PB, art. 31).

Havendo o descumprimento da decisão, ou não sendo adotadas as medidas requeridas, o Tribunal Arbitral poderá ser invocado para resolver a questão (PB, art. 32).

Analisando o sistema exposto, Goyos Jr. opina:

O maior problema com o sistema de arbitragem do Mercosul é que o mecanismo não garante às partes privadas a possibilidade de contestar seus próprios governos ou outros governos, sem a concordância destes, no que tange às questões do Tratado. É, com certeza, absolutamente inaceitável que sejam restringidos sem razão os meios disponíveis, privando as partes de clamar por seus direitos.⁷⁸

Já Guido Soares sugere a inclusão não só dos particulares, mas também dos próprios órgãos do Mercosul entre as pessoas com capacidade de utilizarem-se dos procedimentos de solução de controvérsias do Mercosul.⁷⁹

A outra crítica que se pode fazer ao sistema adotado é com vistas a dotá-lo de um maior peso institucional, possibilitando o controle da coerência das medidas tomadas pelos governos dos Estados com o intuito de constituição de um mercado comum.

Um exemplo que revela as falhas e características do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, bem como o peso das instituições no processo de integração

⁷⁷ Ob. cit., p. 266.

⁷⁸ GOYOS Jr., Durval de Noronha. *GATT, Mercosul & NAFTA*. São Paulo : Observador Legal, 1996, p. 100.

⁷⁹ *As instituições...*, ob. cit. (vide nota 52, p. 170), p. 313.

em seu jogo de forças com os governos dos Estados-Partes, pode ser extraído da análise de um caso particular, uma controvérsia surgida no âmbito do Mercosul, que é a questão do regime automotivo comum, um dos maiores entraves setoriais colocados ao avanço do projeto integracionista até o momento presente. Após este estudo de caso serão feitas as observações pertinentes ao sistema de solução de controvérsias.

6. ESTUDO DE CASO: O REGIME AUTOMOTIVO BRASILEIRO E AS NEGOCIAÇÕES PARA O REGIME AUTOMOTIVO COMUM DO MERCOSUL

Conforme já fora registrado na introdução desta dissertação e repetido no intróito feito ao estudo de caso anterior, sobre uma decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, os estudos de caso se justificam neste trabalho como forma de trazer uma aproximação maior à realidade dos processos de cooperação econômica internacional descritos.

Este estudo de caso em particular tem sua principal justificativa no fato de ser este tema o mais controvertido nas negociações setoriais do Mercosul, sendo freqüentemente apontado como um dos pontos de impasse que vêm impedindo o progresso da integração. O embaraço causado na integração no setor automotivo deve-se em muito à importância desta indústria para Argentina e Brasil, onde ela é foco gerador de investimentos externos, muito visados pelos governos que sustentam suas economias em bases que a fazem depender destes investimentos.

6.1. O REGIME AUTOMOTIVO BRASILEIRO

Com o propósito de promover o aquecimento da economia, baseado na idéia pressuposta de que a instalação de complexos industriais o faz, o governo brasileiro instituiu através das Medidas Provisórias nº 1.024/95 (reeditada sob n. 1536-22/97) e n.1.532-1/97 (posteriormente transformadas em Leis, respectivamente n. 9.449/97 e n. 9.440/97), o Regime Automotivo Brasileiro, que se divide em dois, um específico para as regiões menos desenvolvidas (isto é, Norte, Nordeste e Centro-Oeste), e outro geral, para todo o país, que na prática atinge apenas as regiões Sul e Sudeste.

O incentivo à instalação destes complexos industriais para fabricação de automóveis e autopeças é concedido através de renúncia fiscal de tributos de competência da União, entre eles Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto de Renda (IR), Adicional de Frete da Marinha Mercante (AFMM) e principalmente, isenção do Imposto de Importação (II). Por ser um programa de investimento e de exportação, o acesso a este regime diferenciado de importação com alíquotas reduzidas depende da assunção, por parte da empresa beneficiária, de um compromisso junto ao governo de investir e/ou exportar.

Entre os objetivos da política industrial do governo brasileiro estavam: atrair investimentos para o setor, aumentar a produção de automóveis de 1,8 milhões para 2,5 milhões até o ano 2000 e estimular a exportação de automóveis e autopeças. Como efeitos o governo brasileiro esperava a adesão de 125 empresas com investimentos próximos a US\$ 18,8 bilhões (até 1999).⁸⁰

A justificativa para tal política reside no valor agregado dos bens produzidos por este tipo de indústria, no fomento à criação de uma série de outras empresas para atender o fornecimento de matérias-primas necessárias à produção (vidros, metais, tecidos, borracha, etc.) e na criação de empregos originados direta e indiretamente.

Além do regime instaurado pelas duas leis, os Estados da federação brasileira travaram verdadeira guerra fiscal na busca dos investimentos das montadoras, concedendo incontáveis benefícios, sendo este um dos principais motivos a ensejar as reclamações argentinas.

A mais famosa das operações financeiras montadas pelos Estados brasileiros é aquela criada para a instalação da General Motors em Gravataí, no Estado do Rio Grande do Sul. Após meses de negociação com o Estado de Santa Catarina, a General Motors resolveu instalar-se no Estado vizinho. Este Estado ofereceu à empresa um financiamento com dinheiro arrecadado com a privatização da Companhia Riograndense de Telecomunicações – CRT (o Estado vendeu 35% das ações ordinárias da companhia)⁸¹, com carência de cinco anos e pago em dez anos com juros de 6% ao ano. Como a

⁸⁰ BRASIL. Secretaria de Política Industrial do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo. *Regime automotivo: objetivos e metas*. Disponível na internet: <http://www.mict.gov.br>. 05.06.1998.

⁸¹ Outro exemplo de negociação a ser citado é o da Peugeot-Citroën com o Estado do Rio de Janeiro. Após privatizar a companhia de energia elétrica, o governo do Estado tornou-se acionário da montadora (como o PR tornou-se sócio dos revendedores da Renault), com 35% da participação acionária

montadora estava receosa com o escândalo das letras⁸² e a provável incapacidade do Estado de Santa Catarina financiar a engenharia financeira prometida, exigiu do governo gaúcho comprovação da capacidade de honrar o empréstimo prometido. Isto foi feito com a abertura de uma conta em nome da GM pelo Rio Grande do Sul no banco do Estado em janeiro de 1997, com um depósito de 243 milhões de reais. Um terreno de 360 hectares foi doado para a montadora e mais 30 fornecedores⁸³. Entretanto, observe-se que tais incentivos se dão na órbita interna dos Estados da Federação, não constituindo parte do Regime Automotivo Brasileiro, que é uma política industrial promovida pela União Federal.

Tal política gerou problemas internacionais para o Brasil. Em relação ao Mercado Comum do Sul, a negociação do regime automotivo comum para os Estados-Partes tem sido o principal entrave à evolução do processo integracionista, principalmente pelas divergências entre Brasil e Argentina.

(QUARTIERO, Márcia. BNDES diz que a GM não oficializou empréstimo. *Diário Catarinense*. Florianópolis, 27.01.98, p. 12).

⁸² O “escândalo das letras” refere-se a uma operação feita pelos Estados de Santa Catarina e Pernambuco e pelo Município de São Paulo de emissão de letras do tesouro para pagamento de dívidas judiciais dos Estados (precatórios), títulos que foram vendidos com considerável deságio – e conseqüente prejuízo para os cofres públicos –, e cujo dinheiro seria destinado a fim diverso do que aquele alegado para a sua emissão. A questão chegou a ser analisada por uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI do Congresso Nacional e a provocar a votação de um *impeachment* (não aprovado) do então governador de SC na Assembléia Legislativa do Estado.

⁸³ Marcílio Medeiros Filho (Delírio em Wall Street. *O Estado*. Florianópolis, 19 e 20 de abril de 1997, p. 2), revelou as ofertas do RS para a GM: financiamento de todo ICMS para compra de máquinas e equipamentos importados; compensação de qualquer alteração na legislação tributária estadual ou federal (o que reduz sensivelmente a revisão dos benefícios concedidos pelo novo governo), “instalação de uma ligação de gás natural até o complexo automotivo, garantia de fornecimento preferencial de energia elétrica e telefonia por fibra óptica; instalação de linhas efluentes sanitários e industriais, tratamentos dos efluentes de resíduos sólidos; construção de um terminal fluvial completo de uso preferencial da GM na Grande Porto Alegre; construção ou modernização, em área próxima ao porto de Rio Grande, de um terminal marítimo privativo completo; instalação de meios hábeis para permitir a navegação automática; melhoria das rodovias e acessos ao complexo; terraplanagem e urbanização do terreno onde será instalada a fábrica.” Elio Gaspari completa o rol de “incentivos” dados à GM pelo RS: 1) o governo empresta todo o dinheiro necessário à instalação física (R\$ 335 milhões), e o empréstimo será resgatado pela empresa em 10 anos, a partir de 2002, com juros de 6% ao ano sem qualquer indexação; 2) governo paga todas as obras de infra-estrutura para construção da fábrica e mais acessos rodoviários e portuários (R\$ 60 milhões só em Gravataí); 3) governo emprestará 9% do faturamento da empresa por 15 anos (R\$ 100 milhões por ano, sem juros, sem correção); 4) a partir de 2014, a GM começará a receber de volta tudo o que pagou como devolução do empréstimo para construir a fábrica, na forma de créditos fiscais; 5) O reembolso da GM será em dólares e a devolução dos empréstimos em reais, sem qualquer indexação. (GASPARI, Elio. O assentamento da General Motors no RS. *Diário Catarinense*. Florianópolis, 23.04.97, p. 21). Na mesma data o jornal assinalava que Luiz Henrique da Silveira, prefeito de Joinville, ainda esperava o anúncio da fábrica da GM no município (BENETTI, Estela. Luís Henrique ainda espera a GM. *Diário Catarinense*. Florianópolis, 23.04.97, p. 21)

No tocante à OMC, o regime automotivo foi considerado incompatível com as regras da organização por alguns países Membros que se manifestaram formalmente perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), solicitando consultas. A parte mais importante das reclamações de tais países (Japão, Comunidade Europeia e Estados Unidos) é relativa ao Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio - TRIMs (*Trade Related Investment Measures*) e ao Acordo de Subsídios, ambos anexados ao Acordo Geral do GATT 1994 (*General Agreement of Tariffs and Trade*) assinado na conclusão da Rodada Uruguai.⁸⁴

6.1.1 Indústria automotiva brasileira

Há mais de quarenta anos atrás se instalou a primeira montadora de automóveis do país. Com ela, o Presidente Juscelino Kubistchek pretendeu trazer para o Brasil um plano de modernidade, espelhado no *american way of life* e na organização fordista da produção. O primeiro carro nacional foi produzido em 1957.

Após longo período de superávit na balança comercial da indústria automotiva, mas de estabilidade no nível de investimentos e manutenção de um mercado fechado por altas tarifas de importação, o Presidente Fernando Collor de Mello resolveu abrir o mercado, como fez com outros setores da economia, entre eles o de informática. A famosa declaração sobre os carros nacionais, que para o citado presidente eram “carroças”, veio acompanhar um programa de redução progressiva das alíquotas do Imposto de Importação incidente sobre os veículos automotores. No quarto trimestre de 1994, já sob a presidência de Fernando Henrique Cardoso, o governo promoveu a redução de 35% para 20% da alíquota do Imposto de Importação para veículos automotores. O impacto foi assustador: 4 bilhões de dólares em carros importados adentraram o país após a medida. Acuada, em fevereiro de 1995 o governo elevou a alíquota a 32%, e em março o governo implantou um sistema de cotas com número

⁸⁴ Em virtude da necessidade de dar disposição e formas mais adequadas a esta dissertação, bem como pela pertinência do tema, a análise do regime automotivo em relação às normas da OMC, originalmente incluída no projeto e mesmo redigida, acabou por ser excluída. Entretanto, sobre o tema pode-se consultar BARRAL, Welber. O regime automotivo brasileiro e as regras da OMC. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, n. 4, p. 129-144, 1997. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

máximo para a entrada de automóveis no país e um programa de redução progressiva da alíquota de importação, que iniciaria em 70%.⁸⁵

Com a maior liberalização do comércio e a adoção do Regime Automotivo, várias montadoras procuraram instalar-se no Brasil a partir de 1995.

Em 1996, o Brasil possuía a 8ª maior frota de veículos do mundo, com 18,725 milhões de unidades (no mesmo ano a frota estadunidense, a maior do mundo, tinha 206,920 milhões de veículos). No ano seguinte, haviam sido produzidas 2,070 milhões de unidades (os EUA, também o país que mais produz automóveis no mundo, alcançaram a cifra de 12,119 milhões no mesmo ano), correspondente a aproximadamente 3,8 % da produção mundial. Esta produção o colocava na 8ª posição no *ranking* dos maiores produtores do mundo.⁸⁶ No ano de 1998, a produção brasileira foi de 1,586 milhão de veículos, representando a queda para o 11º lugar entre os maiores produtores do mundo.⁸⁷

Na balança comercial da indústria automobilística, verifica-se que o saldo brasileiro vinha sendo positivo desde 1976 e foi crescente até 1989, caindo nos dois anos seguintes e recuperando-se em 1992. De 1993 em diante o saldo tornou-se negativo, com a superação das exportações pelas importações. Em 1996, o Brasil importou US\$ 5.140.651.000 e exportou US\$ 3.607.858.000 (saldo negativo de US\$ 1.532.793.000).⁸⁸

Avalia-se que 12,1% do PIB industrial de 1996 seja oriundo das montadoras⁸⁹ e que o total de empregos diretos e indiretos atinja a cifra de 5,5 milhões.⁹⁰

6.1.2 Regime Automotivo Especial

Em 14 de março de 1997, foi promulgada no País a Lei 9.440, que autoriza a concessão de incentivos fiscais a montadoras e fabricantes de veículos automotores e

⁸⁵ SILVA NETO, Orlando Celso da. SILVA NETO, Orlando Celso da. *O regime automotivo brasileiro (Lei 9.440/97) e a Organização Mundial do Comércio*. In: CASELLA, Paulo B., MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? : a OMC e o Brasil*. São Paulo : LTr, 1998, p. 386-387.

⁸⁶ ANFAVEA. *Anuário da indústria automotiva brasileira de 1998*. Disponível na internet: <http://www.anfavea.com.br>. 08.01.1999, p. 21-27.

⁸⁷ ANFAVEA. *Anuário da indústria automotiva brasileira de 1999*. Disponível na internet: <http://www.anfavea.com.br>. 14.02.2000, p. 27. A mesma tabela demonstra que Estados Unidos, Japão e Canadá também tiveram retrações na produção em relação a 1997, mas em menor escala.

⁸⁸ ANFAVEA. *Anuário 1998*, doc. cit., p. 56.

⁸⁹ *Idem*, p. 41.

autopeças instalados ou que venham a se instalar nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Os incentivos que puderam ser concedidos até 31 de dezembro de 1999 foram: 1) redução de 100% do Imposto de Importação (II) para bens de capital, 90% para insumos e até 50% para veículos prontos (não inferior à Tarifa Externa Comum – TEC, do Mercosul); 2) isenção do IPI incidente na aquisição de bens de capital e redução de 45% do mesmo tributo incidente na aquisição de insumos;⁹¹ 3) isenção do adicional ao frete para renovação da Marinha Mercante; 4) isenção do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) nas operações de câmbio para pagamentos dos bens importados; 5) isenção do Imposto sobre a Renda e adicionais, calculados com base no lucro da exploração do empreendimento, vedada a distribuição entre os sócios e obrigatória a constituição de reserva de capital da empresa; 6) ressarcimento da contribuição para serviço social e contribuição social sobre o lucro de instituições financeiras, na forma de crédito presumido do IPI (artigo 1º).

A Lei ainda prevê a extensão parcial destes incentivos entre o ano 2000 e o ano 2010. Serão reduzidos os incentivos do II sobre bens de capital e insumos, que passa a ser de 50% e do IPI sobre insumos e embalagens que se limitará a 25% (artigo 11).

Todavia, no mesmo ano da publicação da Lei 9.440, nova Medida Provisória, n. 1.602 de 14 de novembro de 1997, reduziu à metade os percentuais dos incentivos relativos ao Imposto de Importação, ao IR e ao IPI incidente na aquisição de insumos e retirou a isenção do IPI sobre bens de capital, permitindo apenas a sua redução em 50%.

⁹⁰ LIMONCIC, Flávio. Como o amor cego leva à ruína. Políticas Ambientais, n. 15, ago.-nov. 97, p. 8.

⁹¹ O artigo 2º do Decreto n. 2.179/97 traz as definições dos termos usados: “Art. 2º. Para os fins deste Decreto, consideram-se: I - "Bens de Capital": máquinas, equipamentos, inclusive de testes, ferramental, moldes e modelos para moldes, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, novos, bem como seus respectivos acessórios, sobressalentes e peças de reposição, utilizados no processo produtivo e incorporados ao ativo permanente; II - "Insumos": matérias-primas, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, e pneumáticos, destinados aos produtos relacionados no inciso IV;” Estes produtos relacionados no inciso IV são: “a) veículos automotores terrestres de passageiros e de uso misto de duas rodas ou mais e jipes; b) caminhonetas, furgões, pick-ups e veículos automotores de quatro rodas ou mais para transporte de mercadorias de capacidade máxima de carga não superior a quatro toneladas; c) veículos automotores terrestres de transporte de mercadorias de capacidade de carga igual ou superior a quatro toneladas, veículos terrestres para transporte de dez pessoas ou mais e caminhões-tratores; d) tratores agrícolas e colheitadeiras; e) tratores, máquinas rodoviárias e de escavação e empilhadeiras; f) carroçarias para veículos automotores em geral; g) reboques e semi-reboques utilizados para o transporte de mercadorias; h) partes, peças e componentes, conjuntos e subconjuntos - acabados e semi-acabados - e pneumáticos, destinados aos produtos relacionados nesta e nas alíneas anteriores;”

A fruição dos benefícios fiscais previstos exige habilitação prévia. De acordo com a Portaria Interministerial n. 3 de 31 de março de 1997, as empresas montadoras e os fabricantes de veículos automotores e autopeças podem solicitar a habilitação no regime automotivo e obter incentivos previstos na Lei 9.440/97 e no Decreto 2.179/97 que a regulamenta, mediante carta dirigida à Secretaria de Política Industrial do MICT, contendo a descrição pormenorizada do programa de investimentos, a regularidade no pagamento dos tributos de competência da União, cópia autenticada do cartão de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC) e preencher dois formulários que contêm as previsões da empresa para a exportação.

No capítulo das proporções e limites do decreto regulamentador, alguns dispositivos merecem ser realçados. Das montadoras e fabricantes de automotores e autopeças, quando na produção forem utilizados insumos importados, previu a Lei 9.449/97 a faculdade de o Poder Executivo exigir índice médio de nacionalização (artigo 7º). Este poder foi exercido no Decreto 2.179/97, que impôs que aquele índice deverá ser de, no mínimo, sessenta por cento (artigo 12). As empresas fabricantes e montadoras devem manter a proporção mínima de 50% de matérias-primas e bens de capital nacionais. Logo, na produção de automóveis por empresas aderentes ao regime, esta não poderá ter mais da metade das matérias-primas nem dos bens de capital advindos de importação.

Há ainda o condicionamento da concessão dos benefícios ao desempenho exportador, pois se exige que a soma do valor das importações de matérias-primas e dos produtos acabados (veículos de passageiros e peças), originários do Mercosul, com as importações de insumos e de veículos de transporte, não ultrapasse as exportações líquidas. Também o valor FOB⁹² das importações de insumos com redução do Imposto de Importação não poderá exceder dois terços das exportações líquidas, independentemente da origem.

⁹² Segundo os *Incoterms* da Câmara de Comércio Internacional – CCI, adotados no comércio internacional, o valor FOB (*Free On Board*, traduzido como “livre a bordo”) significa que “o vendedor cumpre a sua obrigação de entrega quando as mercadorias tenham cruzado a amurada do navio (“*ship’s rail*”), no porto de embarque designado. Isto significa que o comprador terá que assumir todos os custos e riscos de perda ou dano às mercadorias a partir daquele ponto. A condição FOB determina que o exportador desembarace as mercadorias para exportação.” MURTA, Roberto de Oliveira. *Incoterms 1990* : publicação n. 460 da CCI. Trad. Roberto de Oliveira Murta. 2ª ed. São Paulo : Aduaneiras, 1995, p. 64.

6.1.3 Regime Automotivo Geral

O regime geral, que na prática só se aplica às regiões Sul e Sudeste, foi instituído pela Medida Provisória 1.024/95, aprovada pelo Congresso Nacional e transformada na Lei 9.449/97, regulamentada pelo Decreto 2.072/96, posteriormente também alterado pela Medida Provisória 1.602/97.

Os incentivos concedidos por esta legislação são bastante menores do que aqueles previstos no Regime Especial, resumindo-se à redução de 90% do II sobre bens de capital; à redução até 90% do II sobre insumos, o que na regulamentação assumiu forma gradual, sendo 70% em 1996, 55% em 1997, 40% em 1998 e 1999 (artigo 4º, II, do Decreto 2.072/96); e à redução de 50% II na importação de veículos de transporte.⁹³

As disposições relativas às proporções e aos limites, e também as respectivas ao desempenho exportador já expostas no regime especial estão presentes no regime geral. Também há o índice médio de nacionalização exigido, de 60%, exceção feita para os veículos terrestres de duas rodas (artigo 11 do Decreto 2.072/96).

Além das disposições específicas ao regime automotivo, há ainda a possibilidade de o Tesouro Nacional e as entidades oficiais de crédito público da União e dos Estados, garantirem empréstimos, créditos ou financiamentos obtidos no exterior, por empresas cuja maioria de capital com direito a voto pertença a pessoas não residentes no País, mediante autorização em decreto do Poder Executivo. Mais ainda, há a possibilidade de estas instituições concederem “empréstimos, créditos ou financiamentos para novas inversões a serem realizadas no ativo fixo de empresa cuja maioria de capital, com direito a voto, pertença a pessoas não residentes no País, *quando elas estiverem aplicadas em setores de atividades e regiões econômicas de alto interesse nacional*, definidos e

⁹³ Segundo a definição constante do Decreto 2.072/96, “veículos de transporte” são os veículos automotores terrestres de passageiros e de uso misto de três rodas ou mais e jipes (artigo 2º, IV, alínea “a”) e os veículos automotores terrestres de transporte de mercadorias de capacidade de carga igual ou superior a quatro toneladas, veículos terrestres para transporte de dez pessoas ou mais e caminhões-tratores (alínea “c” do mesmo dispositivo legal). Curiosamente, a Medida Provisória 1602/97, que reduziu pela metade os percentuais previstos na Lei 9.449/97 relativos ao II sobre bens de capital e insumos, não atentou para o fato de que na regulamentação do incentivo sobre insumos não foi adotado o percentual de 90%, mas sim um percentual decrescente a cada ano. Como a Lei tem em seu artigo 1º, *caput*, a redação “Poderá ser concedida (...)” e como a concessão só foi efetivada com o Decreto regulamentador, pode-se entender que a MP proibiu a redução de mais de 45% do II sobre insumos e bens de capital. Destarte, ela só atingiu o percentual de 55% previsto para 1997, reduzindo-o a 45% desde a data de sua entrada em vigor, 14.11.1997, até 31.12.1997, visto que no ano de 1998 e nos seguintes o percentual previsto é inferior a este limite de 45%.

enumerados em decreto do Poder Executivo” (artigo 39 da Lei 4.131 de 03 de setembro de 1962, - sem grifo no original). O decreto referido foi editado em 23 de maio de 1997, com o número 2.233, e incluiu entre as atividades de “alto interesse nacional” os “complexos industriais” do segmento “automotivo, compreendendo as indústrias automobilística e de autopeças” (artigo 1º, II, “c”).

Ao todo, 70 empresas inscreveram-se no Regime Automotivo, com previsão de investimento de aproximadamente US\$ 16 bilhões.⁹⁴

6.2 O MERCOSUL E AS NEGOCIAÇÕES DO REGIME AUTOMOTIVO COMUM

6.2.1 Dados do mercado e da indústria automotiva no Mercosul

No início deste estudo de caso, expôs-se algumas informações pertinentes à indústria automotiva brasileira. Cabe agora sucintamente trazer dados semelhantes dos demais países do Mercosul e do comércio intrabloco.

A Argentina começou a produzir automóveis em época semelhante ao Brasil, tendo iniciado em 1959 e crescido regularmente nas duas décadas seguintes. Na década de 80, a indústria da Argentina sofreu grande retração (em 1980 produziu 281.793 veículos automotores, em 1985 já eram apenas 135.675 e menos de 100 mil em 1990), com a saída de várias empresas do país. Em resposta, o governo instituiu o seu Regime Automotivo em 1991, através do Decreto 2.677, posteriormente alterado pelo Decreto 1.174/94. Com o Regime Automotivo Argentino, houve a redução de impostos, a redução dos preços dos carros nas montadoras e das margens de lucros das concessionárias e também a moderação das reivindicações dos trabalhadores. Um total de 5,2 bilhões de dólares em investimentos foi resultado deste regime (valor que corresponde a aproximadamente 28% do regime automotivo brasileiro)⁹⁵.

O grande salto no consumo de automóveis na Argentina foi entre 1993 e 1994, quando foram vendidas respectivamente 420.850 e 508.152 unidades. Em 1996, vendeu-

⁹⁴ Dados citados pela então ministra da indústria, comércio e tecnologia Dorothea Werneck, em: VAZ, Dorian. Mercedes-Benz justifica sua decisão. *Diário do Comércio*. Belo Horizonte, 19.04.96, p. 3.

⁹⁵ MARX, Vanessa. Participação do setor automotivo no Mercosul - o caso da indústria argentina e brasileira. In: PIMENTEL, L. O. (coord.). *Mercosul no cenário internacional : Direito e Sociedade*. Vol. 2. Curitiba : Juruá, 1998, vol. I, p. 519-527; MARX, Vanessa. *Investimento Direto Estrangeiro na Argentina e no Brasil*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; Porto Alegre : Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997; MARIN, Denise Chrispim. Mercosul busca acordo para automóveis. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10.12.98, p. 2.6.

se naquele país 327.982 veículos, dos quais 103.021 eram importados. No mesmo ano, o país exportou 108.990 unidades, num valor total de 1.646.881.100 de dólares FOB. O salto nas exportações de 1995 para 1996 foi de mais de 100%, pois o total de unidades exportadas em 1995 foi 52.746. A produção argentina de 1996 foi de 313.152 unidades.⁹⁶ Recentemente, o número de empregados na Argentina (direta e indiretamente) é estimado em 100 mil no total.⁹⁷ A indústria automotiva responde por 13,5% da produção total da indústria do país e leva aos cofres públicos US\$ 3,5 bilhões de arrecadação tributária anual.⁹⁸

Após a adoção de normas referentes à liberalização do comércio intra Mercosul e a consequente isenção tributária nas operações de exportação da Argentina para o Brasil, ocorreu a transferência das linhas de produção e dos fornecedores para a Argentina e esta passou a exportar grande parte de sua produção para o território brasileiro. Como exemplo, cite-se a fábrica do modelo Corsa da General Motors, em Rosário, Argentina. Ela tem capacidade para fabricar 85 mil carros por ano, dos quais mais da metade é exportada para o Brasil⁹⁹.

O aumento das exportações da Argentina para o Brasil após o Mercosul é tanto que os analistas daquele país já falam em “Brasildependência”, pois dois terços das províncias argentinas têm mais de 50% de suas exportações voltadas para o Brasil¹⁰⁰.

O Uruguai tem um parque industrial mais modesto, com apenas três empresas instaladas (Nordex, Oferol e Santa Rosa, respectivamente Peugeot, Citroën e Renault) e uma quarta de caminhões em construção (Diresur). Segundo os dados apresentados na Tabela 2 abaixo, toda a produção é destinada à exportação e portanto o mercado interno é abastecido somente por veículos importados, assim como o Paraguai.

⁹⁶ ADEFA - Asociación de Fábricas de Automotores de Argentina. *Anuário 1997*. Disponível na internet: <http://www.adefa.com.ar>. 15.06.1998.

⁹⁷ MARIN, Denise Chrispim. Protecionismo marca cúpula do Mercosul. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 06.12.98, p. 2.4. A Adefa apresenta como número de empregados diretos da indústria automobilística na Argentina 22.963 trabalhadores. ADEFA. *Anuario 1998*. Disponível na internet: <http://www.adefa.com.ar>. 14.01.2000.

⁹⁸ ADEFA, doc. cit. (1998).

⁹⁹ PEREIRA FILHO, Arthur. GM quer acirrar a disputa com Volks e Fiat neste ano. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 16.02.98, p. 2.5.

¹⁰⁰ DIÁRIO CATARINENSE. *Economia da Argentina depende mais do Brasil*. Florianópolis, 29.12.98. Disponível na internet: <http://www.diario.com.br>. 29.12.1998.

Tabela 1 – Dados comparativos dos países do Mercosul

| DADOS/PAÍS | ANO | BRASIL | ARGENTINA | URUGUAI | PARAGUAI |
|-----------------------------|------|--------|-----------|---------|----------|
| População (milhões de hab.) | 1995 | 155,8 | 35 | 3,2 | 5 |
| PIB (bilhões de dólares) | 1995 | 688,1 | 231,1 | 9,4 | 13,4 |
| Exportações (US\$ mil) | 1996 | 47.747 | 23.818 | 2.101 | 1.029 |
| Importações (US\$ mil) | 1996 | 53.286 | 22.123 | 2.865 | 2.666 |
| Saldo (US\$ mil) | 1996 | -5.539 | 1.695 | -764 | -1.627 |

Fontes: Anfavea, Adefa, Ministério das Relações Exteriores.

Tabela 2 – Dados das indústrias automotivas dos países do Mercosul

| DADOS/PAÍS | ANO | BRASIL | ARGENTINA | URUGUAI | PARAGUAI |
|------------------------|------|-----------|-----------|---------|----------|
| Produção (unidades) | 1997 | 2.069.703 | 446.306 | 5.645 | - |
| | 1998 | 1.585.630 | 457.957 | 12.934 | - |
| Vendas (unidades) | 1997 | 1.943.362 | 437.683 | 36.133 | 30.486 |
| | 1998 | 1.534.133 | 459.468 | 39.147 | 19.954 |
| Exportações (unidades) | 1997 | 416.872 | 210.386 | 4.698 | - |
| | 1998 | 399.879 | 237.497 | 12.496 | - |

Fonte: Anfavea, Adefa.

Os dados recentes da tabela acima confirmam a tendência verificada nos últimos anos de saldo favorável à Argentina nas relações comerciais de veículos com o Brasil. Entretanto, apesar da drástica queda, a produção nacional de 1998 supera em mais de três vezes a Argentina (1,3 milhões de unidades contra 366,4 mil). Os embarques do Brasil para a Argentina foram de 155,9 mil unidades em 1997 e 93,7 mil em 1998 e da Argentina para o Brasil foram 187,8 mil unidades em 1997 e 175,1 mil em 1998, um saldo de 81,3 mil unidades a favor da Argentina.¹⁰¹

6.2.2 As negociações do regime automotivo comum do Mercosul

As negociações do setor automotivo ganharam maior importância no final de 1994, na ocasião do sétimo encontro do CMC. A Argentina buscou manter o seu regime automotivo, que incluía a exigência de um conteúdo nacional mínimo de 60%, válida até 1999. Com o Brasil havia um sistema de compensação (as empresas poderiam importar do Brasil o equivalente às exportações feitas). O Brasil buscava expandir suas vendas para o país vizinho com a maior liberalização do comércio de veículos. Entretanto, tudo o que conseguiu na época foi a concessão pela Argentina de alíquota zero na importação de peças destinadas à reposição, prevista no Acordo Bilateral Brasil-Argentina para o Setor Automotivo anexo à Decisão 29/94 do CMC. Em troca, concedeu aos veículos fabricados na Argentina tratamento idêntico aos produzidos no país no Regime de Carro Popular (outra reivindicação argentina). Foi proposta no acordo a adoção de tarifa zero para o intercâmbio de automóveis, caminhões e ônibus completos entre as montadoras. O Brasil aceitou a vigência do Regime Automotriz Argentino e a Argentina aceitou a vigência do Regime de Carro Popular e “outras regulamentações referentes ao setor automotriz até 31/12/1996.” Em relação ao Uruguai, também em acordo bilateral anexo à Decisão 29/94, o Brasil outorgou a este país uma cota de 10 mil unidades de veículos automotores e recebeu uma cota de 3 mil unidades do mesmo produto, ambas relativas ao ano de 1995.

Como consequência da não-resolução satisfatória do impasse, ocorreu a transferência de linhas de produção do Brasil para a Argentina e o aumento do protecionismo e dos incentivos no Brasil para assegurar os investimentos das montadoras no país. Assim, criou-se o Regime Automotivo Brasileiro e elevou-se a 35% a Tarifa Externa Comum, com redução de 2% a cada ano até 2001, quando deve voltar aos 20%.

Os argentinos acusam o Brasil de violar os “pactos que oportunamente regeram as relações entre ambos [Brasil e Argentina] (Acordos de Ouro Preto)”¹⁰¹, e “que nos últimos anos foram outorgadas a empresas radicadas no Brasil benefícios

¹⁰¹ MARIN, Denise Chrispim. *Protecionismo...*, ob. cit., p. 2.4.

¹⁰² ADEFA. *Actividades Principales*. Disponível na internet: <http://www.adefa.com.ar>. 15.06.1998, p. 1.

extraordinários, que alteram a concorrência na zona e que se estendem na maioria dos casos até depois do ano 2000.”¹⁰³

O Brasil não nega a existência dos subsídios, como atestou o então ministro da Indústria e Comércio José Botafogo Gonçalves, que afirmou: “Todos os quatro países têm incentivos que distorcem a competitividade, não é só o Brasil. Estamos procurando uma norma técnica para regular benefícios já dados.”¹⁰⁴ A Argentina já propôs a criação de um código de controle dos investimentos no Mercosul.¹⁰⁵

Várias alternativas de solução já foram vislumbradas. Pouco antes da reunião de Ushuaia, em julho de 1998, Antônio Sérgio Mello (secretário de política industrial do MICT) declarou que já havia consenso entre os membros sobre três pontos essenciais do acordo: aplicação da TEC (35%) para importações de terceiros países, aplicação de um índice de regionalização de 60% para os veículos produzidos no bloco e manutenção da TEC para autopeças nas alíquotas atuais, que são de 14%, 16% e 18%, conforme o tipo de componente.¹⁰⁶

Entretanto, o governo argentino descartou a possibilidade de haver um acordo parcial. Segundo Jorge Campbell, Secretário de Relações Econômicas Internacionais da Argentina, “[o]s acordos parciais são muito simpáticos, mas às vezes podem ser parciais para uns e totais para outros.” “Sem um bom acerto nós não vamos nos apressar.”¹⁰⁷ Seis dias depois (e três antes da reunião de Ushuaia) reiterou a declaração: “[n]ão há possibilidade de assinar nenhum acordo nem documento parcial sobre regime automotivo ou açúcar.”¹⁰⁸

Necessário observar que o CMC criou o Comitê Técnico *Ad Hoc* da CCM para elaborar o Regime Automotivo Comum, através da Decisão 29/94. Esta norma delimitou o prazo para entrada em vigor do regime comum: 1º de janeiro de 2000 (artigo 2). A

¹⁰³ LOSOVIZ, Horacio. La negociación automotriz Mercosur. *Fórmula XXI*, maio 98. www.adeffa.com.ar. 15.06.1998, p.1

¹⁰⁴ GAZIR, Augusto. Argentina quer regulamentar incentivos. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 05.07.98, p. 2.5.

¹⁰⁵ Sobre a questão dos investimentos no Mercosul, vide MARX, Vanessa. *Investimento direto*, ob. cit.

¹⁰⁶ BELMONTE, Gecy. Acordo do Mercosul deve sair no dia 25. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 05.07.98, p. B 11.

¹⁰⁷ GAZIR, Augusto. Governo argentino descarta acordo parcial. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 16.07.98, p. 2.7.

¹⁰⁸ MARIN, Denise Chrispim. Continuam as divergências sobre carros. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22.07.98, p. 2.5.

Decisão tem ainda disposições de conteúdo material, definindo no artigo 6 os pontos que têm de ser necessariamente abrangidos no Regime Automotivo Comum:

a) livre comércio intra-zona; b) tarifa externa comum; c) ausência de incentivos nacionais que distorçam a competitividade na região; d) regime de importação de partes e peças para terminais e produtores de peças; e) regime de importação de veículos; f) índice de conteúdo regional; g) regras de proteção ao meio ambiente e de segurança ao usuário; h) mecanismo de transição dos regimes nacionais para o Regime Comum incluindo a harmonização dos mecanismos de promoção existentes.

Esta decisão vem sendo ignorada pelos negociadores do Mercosul, que em uma recente reunião do GMC decidiram “passar por cima dos pontos que engessavam as negociações do regime automotivo do Mercosul”.¹⁰⁹ Os pontos eram precisamente as reclamações argentinas relativas ao conteúdo nacional para os fabricantes do bloco (letra “f”, artigo 6 da decisão) e ao pleito de compensação pelos incentivos dados pelos Estados brasileiros às montadoras (letra “c”, do mesmo dispositivo¹¹⁰), ambos rejeitados pelo Brasil e exigidos pela Argentina.

A questão da Tarifa Externa Comum – TEC, vem sendo conduzida no sentido de delimitá-la em 35%, porcentagem já aceita na proposta conjunta Anfavea/Adefa para o regime comum¹¹¹. O problema emerge mais fortemente em relação ao cumprimento deste patamar por Paraguai e Uruguai, que praticamente não possuem produção para abastecimento de seus mercados internos.

Um dos pontos intrincados do programa automotivo comum é o comércio de caminhões, cuja produção no Brasil é cerca de sete vezes maior do que a Argentina. Em virtude deste desequilíbrio, a Argentina quis reduzir a TEC para 30% no caso dos caminhões. Com isso, a indústria brasileira teria mais dificuldades na concorrência com

¹⁰⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil e Argentina devem assinar acordo do regime automotivo. São Paulo, 06.12.98, p. 2.4.

¹¹⁰ Ressalve-se que os incentivos dados em nível nacional não são os que mais preocupam a Argentina, mas sim aqueles oriundos das negociações dos governos estaduais e municipais, e que portanto é discutível o respeito à decisão referida se não for contemplada no regime comum a questão dos incentivos dados pelos Estados e municípios às montadoras.

¹¹¹ FÓRMULA XXI. Reunión ANFAVEA/ADEFA – Propuestas conjuntas. Maio 98. Disponível na internet: <http://www.adeffa.com.ar>. 15.06.1998.

Estados Unidos, Japão e Europa. Para a Anfavea, a proposta de alíquota diferenciada é inaceitável.¹¹²

A restrição de carros a diesel (proibidos no Brasil, mas cerca de 40% da produção argentina) pelo governo argentino também afeta as importações destes veículos produzidos no Brasil. O objetivo da medida foi reduzir o déficit comercial (do qual o setor automotivo é responsável por 70%) e o déficit fiscal.¹¹³

Depois de muitas negociações, o acordo do regime automotivo teve alguma definição nas reuniões de final de 1998, quando se firmou que o objetivo dele deva ser tornar a região uma das plataformas mundiais de produção e exportação de veículos. Outra meta definida é a necessidade de aumentar a complementaridade entre as produções nacionais do setor.¹¹⁴ Um sistema de transição de 2000 a 2004 estava em pauta, com o congelamento dos investimentos prometidos até final de 1999 pelas montadoras e fábricas de autopeças, que não poderiam ser revisados neste ínterim. Durante o período, aplicar-se-ia a TEC de 35% e haverá o monitoramento do livre comércio de peças e veículos no bloco. O Regime Automotivo Comum definitivo estava então previsto para ser aprovado em junho de 1999 e entrar em vigor na data prevista na Decisão 29/94 do CMC (01.01.2000).

Entretanto, no final de 1999, o problema ainda não estava resolvido e o Regime Automotivo Comum de Transição, que vigeria de 2000 a 2004, ainda não havia sido firmado. Além disso, a Argentina ameaçava pedir uma prorrogação à OMC para o seu regime automotivo, ao que o Brasil respondeu ameaçando impor a mesma alíquota da TEC (35%) para os carros argentinos. O problema é que o Brasil não pôde prorrogar o seu regime automotivo, haja vista a falta de notificação do programa à OMC, por ter iniciado o seu programa após 1994, quando se esgotou o prazo para estas notificações. Contudo, a Argentina notificou o seu programa. Aliás, o Brasil só pôde manter o seu regime por conta de um *waiver* concedido à Argentina e estendido ao Brasil em virtude de ambos fazerem parte de uma mesma união aduaneira.¹¹⁵

¹¹² PEREIRA FILHO, Arthur. Argentina quer II menor para caminhão. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 05.07.98, p. 2.5.

¹¹³ GAZIR, Augusto. Argentina quer restringir carros a diesel. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 07.06.98, p. 2.8.

¹¹⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. Ob. cit., p. 2.4.

¹¹⁵ RELNET. Resenha econômica n. 222/99, 25.11.1999. *El Observador*, 25/11/1999, *La Nación*, 25/11/1999, *Clarín*, 25/11/1999. A extensão do perdão ao Brasil incluiu a abertura de algumas concessões, reduzindo tarifas através da abertura de cotas (que beneficiaram a UE) e comprometendo-se

Então, ao chegar à reunião de cúpula do Mercosul, no final do ano de 1999, pretendeu-se fazer o acordo, mas este foi dificultado pela sucessão presidencial argentina. Também houve sucessão presidencial no Uruguai e no Paraguai, sendo que o primeiro também sustenta interesses próprios, exigindo a gradualidade na redução da TEC para poder consolidar sua incipiente indústria nacional.¹¹⁶ Após as aproximações do governo brasileiro com o novo governo argentino, um acordo para o regime automotivo foi fechado em 30 de dezembro por telefone. No dia seguinte, a Argentina aprovou o Decreto 1.889 que prorrogou unilateralmente o seu regime automotivo por mais 60 dias.¹¹⁷

6.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MERCOSUL A PARTIR DO CASO ESTUDADO

Em decorrência da forma institucional orgânica acima exposta, observa-se que as negociações do Mercosul são negociações entre governos, e que portanto há predomínio do aspecto político, com grande latitude para implementação dos acordos. Por ser uma negociação entre governos, a publicidade (transparência) deve ser respeitada. Como em outras negociações multilaterais intergovernamentais, as dificuldades são a variedade de interesses, objetivos e assuntos a serem tratados e a tendência à burocratização.

Segundo Deisy Ventura, as negociações do Mercosul têm as seguintes características: a) informalidade, pois são permeadas por discussões fora dos foros formais previstos nos acordos, ao que acrescenta a autora: “[f]oi usual chegar à instância

à redução dos incentivos até fim de 1999. *Gazeta Mercantil Latino-Americana*, nº 188, 29/11-05/12/1999.

¹¹⁶ RELNET. Resenha Econômica n. 230/99, 9/12/99. *El Observador*, 08/12/1999.

¹¹⁷ RELNET. Resenha Econômica n. 001/00, 03/01/00. O texto publicado no jornal e na resenha foi o seguinte: “O governo brasileiro abre o ano em mais um esforço de entendimento comercial com a Argentina. Ao apagar das luzes de 1999, o país vizinho prorrogou unilateralmente o prazo de vigência de seu programa interno de incentivos à indústria automobilística local - que deveria terminar em 31 de dezembro -, criando, assim, novo foco de atrito com o Brasil, que encerrou, na data prevista (31 de dezembro) seu regime automotivo.” *Gazeta Mercantil*, 03/01/2000. No dia seguinte, a informação era a de que havia sido fechado com a Argentina apenas um acordo provisório, que duraria até 29 de fevereiro de 2000. Assim, os carros produzidos nos países do Mercosul continuaram contemplados com alíquota zero para entrar em território brasileiro. O acordo estabeleceu um comércio compensado de veículos e autopeças entre os dois países, na base de um dólar por um dólar. No comércio sob essa regra a alíquota de importação será zero. RELNET. Resenha Econômica n. 002/00. *Gazeta Mercantil*, 04/01/2000. Face aos desencontros, as notícias dos periódicos já indicavam a aproximação do Brasil com o México, o que pode fazer com que a Argentina perca mais ainda a sua posição no mercado de importações brasileiro, já prejudicada pela desvalorização cambial que alterou as condições e os custos de produção, fomentando a migração de empresas para o Brasil. RELNET. Resenha Econômica n. 26/00, 07/02/00.

decisória apenas para formalizar os acordos estipulados informal e previamente”; b) negociações bilaterais, precedendo ou mesmo substituindo as multilaterais; c) ambigüidade dos textos das declarações, facilitando (e falseando) acordos, possibilitando interpretações amplamente divergentes; d) grande número de reservas (como as listas de exceção à TEC). Estes três últimos itens são bastante evidentes no caso da indústria automotiva, e são recursos que foram utilizados para contornar o consenso (necessário para a formação da vontade e suas expressões no Mercosul). Acrescente-se a estas características o predomínio das posições dos países mais fortes (Brasil e Argentina sobre Paraguai e Uruguai, e Brasil sobre Argentina) e o uso freqüente de declarações dos Chefes de Estado.¹¹⁸

Tais características não são coerentes com a necessidade de conformação de um interesse comum, gerador de acordos satisfatórios a todas as partes e baseados na cooperação, próprios de processos de integração como o pretendido entre os quatro países do Mercosul. Todavia, são demonstrativas do caráter estático do projeto até agora executado, que prefere a competição interna e o aumento das trocas entre os países do bloco em detrimento de uma visão dinâmica baseada na cooperação e voltada para a maior competitividade do bloco com terceiros países. Esta segunda visão almeja aumentar as trocas com terceiros países, para o desenvolvimento conjunto do bloco e implica o aumento da complementaridade entre as produções dos Estados-Partes.

O Protocolo de Brasília sobre solução de controvérsias não foi acionado para o caso do regime automotivo, embora fosse aplicável, pois a liberdade de comércio e os acordos bilaterais sobre o regime automotivo que foram celebrados no âmbito do Tratado de Assunção inserem-se no âmbito de aplicação do Protocolo delimitado em seu artigo 1. Nem sequer as negociações diretas que se deram sobre o regime automotivo estavam regidas por este Protocolo, pois se assim fosse não poderiam exceder o prazo de 15 dias contados a partir da data em que um dos Estados-Partes levantasse a controvérsia (artigo 2). Muito menos formal e jurídica, a negociação tem ocorrido com predominância do aspecto político, sujeita às ingerências diretas dos governantes e funcionários dos governos de cada Estado-Parte.

¹¹⁸ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Os negociadores brasileiros no MERCOSUL. O caso da indústria automobilística. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.). *O Mercosul em movimento*. Ob. cit., p. 79-80.

De fato, a estrutura orgânica prevista no Tratado de Assunção criou condições para o amplo exercício de uma larga margem de discricionariedade pelos agentes dos governos dos Estados-Partes.

Deste resultado das negociações desenvolvidas até aqui, é possível observar-se a ausência de uma cultura comunitária, de um interesse comum que perpassasse os interesses de cada Estado e a confirmação do uso de recursos diplomáticos e políticos de contorno da regra do consenso na formação da vontade dos órgãos do bloco. Mesmo as decisões dos organismos do bloco econômico não são expressões de um interesse do bloco, mas de uma interseção entre os diversos interesses dos Estados-Partes. A própria negociação das medidas relacionadas ao investimento estrangeiro e sua atração, patente no caso do regime automotivo, tem sido demonstrativa de políticas protecionistas e isoladas de cada Estado Membro, revelando um espírito de concorrência e não de cooperação entre os países do bloco (que pressuporia a negociação conjunta destas medidas).

Os Estados-membros, a par da manifestação formal de suas intenções, como as declarações firmadas por seus presidentes no tocante ao incentivo da integração regional, têm privilegiado a satisfação de necessidades nacionais particulares, ao invés da concretização de objetivos comuns, inclusive, no que se permitiu ignorar a eliminação progressiva das tarifas alfandegárias, como no caso dos setores agrícola e automobilístico, revelando, a postura desses Estados, a ausência de uma verdadeira vontade política comum em relação à aplicação dos dispositivos normativos elaborados e do modelo de integração adotado, no tocante às mudanças fundamentais que o contempla, como da falta de planejamento e flexibilidade dos interesses privados.¹¹⁹

A excessiva flexibilidade do modelo adotado enseja críticas dos autores que se debruçam sobre o tema. “Avaliando a estrutura como um todo, percebe-se que ela padece de uma excessiva maleabilidade frente às conjunturas políticas de cada Estado, a ponto de tornar-se uma insegurança.”¹²⁰

Esta carência, ocasionada pela própria estrutura orgânica intergovernamental existente, soma-se ao fato de que os próprios interesses dos Estados-Partes são formulados arbitrariamente pelos órgãos dos governos nacionais, resultando na falta de

¹¹⁹ KLAES, Marianna I. M. Ob. cit., p. 131.

¹²⁰ VENTURA, Deisy F. L. *Avaliação...*, ob. cit., p. 103.

legitimidade do processo de integração. E não haverá mercado comum enquanto subsistir esta falta de legitimidade e enquanto a estrutura institucional não for adequada para lidar com as dificuldades que surgem no decorrer da implementação de um projeto de integração deste porte. É necessário, portanto, que se privilegie uma visão dinâmica do processo de integração, buscando avançar na estrutura institucional para que esta seja capaz de lidar com os próximos estágios do processo.

O Protocolo de Brasília, que contém os meios de solução de controvérsias, permaneceu inerte até bem recentemente, porque as controvérsias entre Estados que por ele seriam reguladas são decididas sempre por meio de negociações diplomáticas.¹²¹ Quando o consenso começa a ser tarefa difícil de ser obtida, o que é claramente o caso do setor automotivo, a estrutura orgânica não é capaz de dar respostas suficientes à resolução do conflito e como consequência um só setor da economia pode provocar a estagnação do processo de integração. Ao contrário das previsões iniciais do Tratado de Assunção, o estágio atual do Mercosul é algo próximo a união aduaneira¹²², visto que ainda falta a remoção de alguns obstáculos para que se torne mesmo uma zona de livre comércio, teoricamente a serem removidos em 01.01.2000. De qualquer modo, se está ainda distante de um mercado comum.

O objetivo de formar um mercado comum implica liberdade de circulação de bens, serviços, capital e trabalho (“fatores produtivos”), além de pressupor uma concorrência efetiva. Para alcançar estas metas é preciso a eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias (restrições com efeito sobre o comércio exterior), a aplicação

¹²¹ A primeira decisão de um tribunal arbitral *ad hoc* instituído no Mercosul, foi anunciada no mês de maio de 1999, que pôs fim às licenças não-automáticas de importação de produtos oriundos do Mercosul exigidas pelo Brasil. Com ela muda a dinâmica diplomática e comercial da integração e o peso político do Brasil (condicionado também pela força econômica perante os demais membros) pode ceder ao alinhamento dos demais parceiros nos níveis institucionais do bloco. (ALMEIDA, Haroldo *et alii*. Decisão contra Brasil atinge todo bloco. *Gazeta Mercantil Latino-Americana*, 10-16 de maio de 1999, p. 17) Outros dois casos foram levados ao tribunal arbitral, que já os decidiu: *Brasil (Reclamado) - Subsídios à produção e exportação de carne suína. Reclamado pela Argentina*. 27.09.1999. *Argentina (Reclamada) - Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (Res. 861/99) do Ministério de Economia y Obras Y Servicios Públicos. Reclamado pelo Brasil*. 10.03.2000. Pelo mesmo problema, o Brasil já requereu e obteve a instalação de um painel na OMC (OMC. *Argentina - Medidas transitórias de salvaguarda sobre certos produtos de algodão importados do Brasil*. Requerimento para estabelecimento de um painel. WT/DS190/1. 11.02.2000)

¹²² Para haver uma união aduaneira são necessários “mecanismos e órgãos encarregados do gerenciamento de uma política comercial comum, frente a terceiros Estados e outros Blocos Econômicos.” SANTOS, Ricardo S. S. Ob. cit., p. 104. Do mesmo autor: “Atualmente, o Mercosul se encontra numa região nebulosa entre uma Zona de Livre Comércio, ainda não totalmente implementada,

do princípio da não-discriminação no que tange aos serviços e às pessoas e ainda à harmonização das legislações em matéria de atividade financeira e adoção de normas de liberalização dos movimentos de capitais.¹²³ Finalmente, normas de direito econômico devem ser elaboradas para garantir a livre concorrência.¹²⁴ Para instrumentalizar os processos destinados ao cumprimento destes pressupostos para mercado comum, é necessário uma estrutura orgânica adequada.

Ressalte-se, entretanto, que para que haja consenso e cooperação (bases do Mercosul no estágio em que se encontra atualmente), assegurada uma igualdade formal entre os Estados-Partes, é necessário basicamente iniciativa e foro, e isto é propiciado na atual estrutura do Mercosul, que atende a uma lógica “do menor custo possível, político ou social, para não dizer econômico.”¹²⁵

Com efeito, a estrutura institucional orgânica do Mercosul atual pode ser adequada para a gerência de uma zona de livre comércio ou mesmo uma união aduaneira. Porém, para lograr o objetivo de estabelecer um mercado comum será necessária a desvinculação dos órgãos do Mercosul das ingerências diretas dos executivos nacionais (membros essenciais dos órgãos principais da atual estrutura), o que passa primeiramente pela própria composição dos órgãos, que deveria passar a ser de membros independentes das políticas internas de seus países de origem, com mandatos claramente definidos e com competência legislativa para determinadas matérias.¹²⁶ Guido Soares parece inclinar-se para este caminho:

e os primeiros passos para o estabelecimento de uma União Aduaneira.” *Idem*, p. 106. No mesmo sentido: PRADO, Luiz C. D. Ob. cit., p. 82.

¹²³ FARIA, Werter R. *Institucionalização do Mercosul*. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (coord.). Ob. cit., p. 382.

¹²⁴ Vide *supra*, cap. IV, 3.1.3, p. 168, em relação ao Protocolo de Fortaleza sobre Defesa da Concorrência.

¹²⁵ ALMEIDA, Paulo Roberto de. Ob. cit., p. 28. Na continuação: “Os juristas de bom senso poderão não aceitar esse tipo de justificativa prática, podendo mesmo argumentar em resposta que uma ordem legal instituída segundo os bons princípios do direito e da boa norma jurídica é absolutamente indispensável ao bom funcionamento de todo e qualquer empreendimento integracionista. Ainda que os juristas possam ter razão na substância, os responsáveis políticos pela condução do processo poderão argumentar que, dadas as circunstâncias, a construção do MERCOSUL tem de ser feita por um método aproximado ao do ‘ensaio e erro’, através da empiria consagrada em norma, e não segundo um padrão de conformidade jurídico-política a algum *a priori* conceitual.” *Idem, ibidem*.

¹²⁶ Luiz Olavo Baptista assinala como matérias indicadas para assumir certo grau de supranacionalidade: metrologia, medidas sanitárias, atividades do mercado financeiro, propriedade intelectual, direito da concorrência. *As instituições...*, ob. cit., p. 73.

Acreditamos que ao dar-se continuidade ao modelo como o constante no Tratado de Assunção, de um órgão necessariamente composto de funcionários originários de Ministérios definidos ou de bancos centrais, o risco de criarem-se tecnoburocratas despregados das necessidades dos cidadãos, seja ainda maior do que aquele de formar-se um funcionalismo supranacional; acreditamos que seja mais fácil comprovar uma independência a uma aligeância à organização internacional regional, quando existe um vínculo funcional com a mesma, do que quando existe tão-somente uma lotação dos funcionários públicos estatais, junto ao órgão supranacional.¹²⁷

Muitos autores consideram imprescindível revestir o Mercosul de uma estrutura institucional mais eficiente e autônoma, com órgãos dotados de supranacionalidade.¹²⁸ A própria idéia de um Tribunal do Mercosul não é senão uma proposta prática em linha com esta concepção.¹²⁹ Esta visão contesta uma difundida argumentação que tende a justificar a precariedade do atual sistema de solução de controvérsias e da própria estrutura institucional do Mercosul pela afirmação de sua provisoriidade inerente a esta

¹²⁷ *As instituições...*, ob. cit., p. 308.

¹²⁸ Vide, v.g., KLAES, Marianna I. M. Ob. cit.; SOMMER, Christian Guillermo. *La necesidad de un tribunal de justicia en el Mercosur*. In: PIMENTEL, Luiz O. (org.). Ob. cit., vol. II, p. 48.

¹²⁹ A criação do Tribunal do Mercosul é possível juridicamente, pois o TA contém a determinação da instituição de um sistema definitivo de solução de controvérsias, que pode perfeitamente incluir a criação deste órgão, haja vista que o TA prevê a possibilidade de criação dos órgãos auxiliares que forem necessários para alcançar os objetivos ali previstos. (DURAÑONA Y VEDIA, Ana María Capolupo de. *La institucionalización del Mercosur. Tribunal supranacional y solución de controversias*. In: PIMENTEL, Luiz O. (org.). Ob. cit., vol. II, p. 192) Mas deve-se levar em conta a necessidade prévia de definir os interesses de cada Estado Parte de forma transparente, a fim de que haja uma “reciprocidade de interesses”, para corrigir a assimetria no modo de tratar os alcances jurídicos dos compromissos assumidos pelas partes do Mercosul, estando o Brasil e o Uruguai carentes de maiores reformas em seus sistemas legislativos e constitucionais para poder dar eficácia plena às decisões de um tribunal comunitário. Dreyzin de Klor afirma que a integração “*Se trata de un fenómeno político que requiere de una sólida construcción jurídica.*” (DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur*. In: PIMENTEL, Luiz O. (org.). Ob. cit., vol. I, p. 28. Tal construção só é possível com a existência de um tribunal com competência consultiva para interpretar o direito originário e derivado dos tratados do Mercosul, cujos pronunciamentos teriam caráter vinculante, sendo portanto um verdadeiro órgão supranacional. (*Idem*, p. 29); no mesmo sentido, DUPRAT, Diego. *La creación de un tribunal de justicia supranacional como medio de fomento, desarrollo y consolidación del Mercosur*. In: PIMENTEL, Luiz O. (org.). Ob. cit., vol. II, p. 75-81; e KLAES, Marianna I. M. Ob. cit., p. 189-197. Contra: ANDRADE, Lédio Rosa de. *Mercosul e sua corte de justiça (sinopse)*. In: PIMENTEL, Luiz O. (org.). Ob. cit., vol. II, p. 361-364. Uma posição intermediária é apresentada por Durañona y Vedia: “*La modificación del Protocolo de Brasilia solo parece conveniente - a mi criterio - en el sentido de establecer un Tribunal Arbitral Permanente, dentro del marco de ese protocolo, sobre materias específicas, sobre las que ya hay o pudiera haber reglas jurídicas comunes (ej.: prácticas desleales de comercio y de competencia económica).*” (Ob. cit., p. 195) A discussão do problema, que deve permear por algum tempo ainda as linhas que se escrevem sobre o Mercosul, fica, no ponto de vista aqui exposto, submetida ao império da discussão política da evolução da integração e do modelo de

etapa inicial do processo de integração, que não demandaria um órgão de solução de controvérsias, pois a solução dos conflitos se daria sempre por meio de negociações diretas.

Um dos principais problemas que exsurge da prática do que sustenta esta argumentação atacada é a politização demasiada dos conflitos. Ao invés de haver um sistema orientado por normas (*rule-oriented*), o que há é a transformação de todo e qualquer conflito em uma polêmica primeiramente política, uma vez que as primeiras instâncias do mecanismo são de natureza diplomática. A mediação pelo GMC nas controvérsias entre Estados, por exemplo, denota esta afirmação, pois a partir de um impasse político leva-se a controvérsia a uma outra instituição política, formada por membros do alto escalão dos executivos nacionais. Isto provoca um desgaste desnecessário, gerador de atritos naturalmente emergentes das diferentes concepções e interesses dos governos de cada Estado, além de ser medida inócua, pois os negociadores serão praticamente os mesmos que entabularam as negociações diretas sem sucesso.¹³⁰ O desgaste político poderia ser evitado com um sistema mais “juridicizado”, evitando o grau de “imprecisão e flutuação” “além do razoavelmente aceitável”¹³¹, que atingiu o processo de integração.

Afora as dúvidas acerca da eficácia das negociações diretas para resolver todos os conflitos num bloco econômico (veja-se o caso do regime automotivo comum, assim como o tema do açúcar), cabe questionar outros dois pontos: a legitimidade do processo e a visão que se tem deste processo. Quanto ao primeiro ponto, opõe-se aqui o argumento de que quanto mais transparentes (visíveis e acessíveis ao público envolvido)

associação que se querará seguir, que subordinará as respostas pretendidas à questão da instituição ou não de uma Corte de Justiça supranacional para o Mercosul.

¹³⁰ David Lopez encontra três motivos que explicam a tendência à “politização” dos conflitos no Mercosul. Em primeiro lugar, aponta o autor para uma predisposição cultural a métodos “não-adversariais”, informais e não-públicos de solução de controvérsias. Em segundo lugar, valendo-se da distinção de Guillermo O’Donnell entre democracias delegativas e representativas (tais como as dos países desenvolvidos, com instituições fortes e autônomas controlando o poder executivo), assinala o autor o envolvimento direto dos Presidentes nas controvérsias do bloco, gerado pelo modelo democrático prevalecente, no qual o presidente avoca grande parte do poder decisório na definição dos interesses do Estado. Por último, David Lopez remarca o pragmatismo (oposto ao legalismo), que permite maior amplitude na barganha por soluções e menos compromissos formais e burocráticos (vide nota 125, p. 209, *supra*). LOPEZ, David. *Dispute Resolution Under MERCOSUR from 1991 to 1996: Implications for the Formation of a Free Trade Area of the Americas*. Separata de *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*. Vol. III, n.2, Spring 1997, Kluwer Law International, 1997, p. 24-27.

¹³¹ CASELLA, Paulo Borba. Transcrição da palestra proferida em 19 de novembro de 1996, revisada pelo autor, sobre a Avaliação da estrutura institucional definitiva do Mercosul. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.), *Direito Comunitário...*, ob. cit., p. 97.

forem os meios de solução de controvérsias dos países do bloco, e, quanto mais objetivos forem os critérios para solução dos conflitos surgidos no âmbito deste processo, mais legitimidade poderá por ele ser açambarcada. Assim como o principal motivo de sucesso da OMC é a existência de um conjunto de normas aplicáveis, cuja efetiva aplicação vem sendo realizada pelo Órgão de Solução de Controvérsias, um motivo para um maior avanço do Mercosul seria dotar-lhe de um maior peso institucional. Esta opinião está particularmente ligada ao segundo ponto, relativo à visão do processo.

O que interessa ressaltar é que a atual estrutura só será satisfatória aos olhos daqueles que imaginam o Mercosul como um processo estático (incluindo o paradoxo que isto acarreta), porque para que o processo avance rumo às novas fases previstas no Acordo inicial (o Tratado de Assunção prevê a constituição de um mercado comum) é preciso ter uma visão dinâmica, capaz de ver adiante, para poder, através da estrutura institucional adequada, conduzir este processo ao seu fim (fim enquanto objetivo último, não enquanto extinção, pois aí se estaria mais próximo da visão estática).

Como diz Guido Soares: “[o] que releva, sobretudo, é a vontade política de os Estados-Partes do Mercosul construírem uma verdadeira organização sub-regional de integração econômica, do tipo mercado comum, onde haja prevalência da realidade comunitária, sobre a vontade isolada dos Estados.”¹³²

Em suma, é possível se afirmar que a opção feita até agora é a de um Mercosul mínimo, uma “casinha de taipa intergovernamental”¹³³. A idéia de um Mercosul mínimo e um Mercosul máximo está expressa claramente no pensamento de Diego Guelar, Embaixador da Argentina no Brasil:

Podemos falar então do Mercosul máximo e do Mercosul mínimo. No Mercosul máximo, o mínimo é a comunidade. O máximo é a união política, econômica e social. No Mercosul mínimo, o mínimo é a zona de livre comércio, e o máximo é a união aduaneira. No campo das instituições e no Mercosul máximo, as mínimas instituições são comunitárias, as máximas instituições são uma federação. No Mercosul, as instituições mínimas são instâncias *ad hoc* para resolver situações especiais, casuísticas, e aqui há uma grande diferença de perspectivas.

No Mercosul máximo há perspectiva, esforço para resolver o problema e para evitar as crises, visto que sempre se suportou as

¹³² *As instituições...*, ob. cit. p. 319.

¹³³ ALMEIDA, Paulo Roberto de. Ob. cit., p. 42.

crises que se apresentaram, mas há uma vontade política de prever essas crises. No Mercosul mínimo, as instâncias *ad hoc* atendem as urgências e as crises de forma casuística e representam um grande perigo, o de que muitos problemas individuais frustrem o processo, por não existirem os mecanismos para evitar uma crise generalizada. Aqui, então, vamos ter que fazer nesta etapa da integração, um profundo debate.¹³⁴

O estágio atual do Mercosul, o casuísmo nas soluções e atuações, e o desgaste político provocado pela falta de “juridicização” do processo de solução de controvérsias, revelam a incipiência do processo integracionista desenvolvido pelos quatro países, no qual a instabilidade político-econômica dos mesmos afeta a construção de um arcabouço institucional capaz de reforçar mais o processo, retirando dos Estado um pouco de sua autonomia. Ao menor balanço nas economias internas, o Mercosul e suas normas são relegados a segundo plano por uns e erguidos por outros, sujeitos aos movimentos randômicos das disfunções macroeconômicas que os afetam.

¹³⁴ GUEJAR, Diego. Transcrição da palestra proferida em 21 de novembro de 1996 sobre A integração na América Latina : repercussões políticas e jurídicas. In: VENTURA, Deisy F. L. (org.), *Direito Comunitário...*, ob. cit., p. 255.

CAPÍTULO V

“the tension that is created when legal rules, designed to bring to the subject a measure of predictability and stability, are juxtaposed with the intense human needs of government to make “exceptions” to solve shortterm or ad hoc problems.” (John Jackson. *The world trading system*, p. 9)

CAPÍTULO V - AMEAÇAS À SOBERANIA?

1. UMA PRELIMINAR: O MODELO A SER DEPOSTO

Este capítulo final tem como objetivo conectar o arcabouço teórico exposto no primeiro e no segundo capítulos com os fatos descritos nos dois capítulos posteriores. Para isto, duas tarefas se impõem: preparar um instrumental conceitual que permita analisar os fatos e depois aplicá-lo. Desta aplicação resultarão as conclusões a serem expostas no final do trabalho.

O passo inicial será estabelecer a situação das idéias hoje, identificando dois momentos: preliminarmente, a hipótese a ser refutada, e depois, as tentativas de refutação. O primeiro passo depende portanto do que foi exposto nos dois primeiros capítulos, porque é justamente nas teorias ali apresentadas que se encontra a síntese que se pretende refutar.

Feito isto, o desenvolvimento posterior será apresentar os esforços teóricos empreendidos para desconstruir a síntese recém mencionada, enveredando depois por uma tentativa de encontrar dentro da escorregadia terminologia usada em ambos momentos algo de aproveitável e rejeitar aquilo que não se presta mais à teoria atual.

A partir dessa rejeição e aceitação serão definidas as categorias conceituais que informam o instrumental necessário à análise do material descrito nos capítulos III e IV.

Deste modo, a síntese que se quer aqui promover não é, frise-se, entre a hipótese inicial e sua refutação, mas sim entre o instrumental conceitual existente (e persistente) e as experiências de regulamentação da economia internacional analisadas neste trabalho.

Iniciando o tratamento da preliminar proposta, apresenta-se a síntese a ser banida, a “hipótese negativa” antes referida, que é, conforme escrito no primeiro capítulo desta dissertação, resultado das formulações teóricas que intentaram livrar o governo dos incipientes Estados territoriais europeus das confrontações que lhes apresentavam o Sacro Império, a Igreja e os senhores feudais. Na repercussão que tiveram na prática política, tais formulações obtiveram o seu auge com o Absolutismo (projeção histórica máxima da soberania do ponto de vista interno). O ícone máximo deste movimento que centralizava o governo em torno de uma só pessoa e permitia a ela governar praticamente segundo o seu livre-arbítrio foi Luís XIV (1638-1715), Rei da

França conhecido como o “Rei Sol”. Foi ele que mandou construir o suntuoso Palácio de Versalhes, onde entre os vários aforismos que podem ser vistos à beira das irretocáveis pinturas do teto lê-se: “*le roi gouverne par lui-même*” (“o rei governa por si mesmo”), que, fazendo par com a frase a ele sempre atribuída “*L’Etat, c’est moi*” (“O Estado sou eu”), simboliza o espírito de que estavam imbuídos os governantes nesta época.¹

Paralelamente, ainda que isto não tenha sido cronologicamente um exato paralelo, a soberania desenvolve-se externamente, atingindo seu ápice com os nacionalismos do século XIX balanceados na política do “equilíbrio de poder” (projeção histórica máxima da soberania para fora), em que uma hipérbole do conceito contrastava com as possibilidades de se construir uma ordem internacional orientada pelo Direito. Tais movimentos tiveram seu lastro teórico nas formulações da escola histórica, nas teorias da nação declamadas por Fichte e Hegel, derivando do conceito antes formulado como princípio de ordem interna um conceito que alcança o Estado em suas relações com os demais Estados. Este transporte inviabiliza a concepção de um Direito Internacional e gera teorias que só o admitem como moral internacional ou como parte do ordenamento de cada Estado que limita seu poder de acordo com sua vontade.²

São estas duas construções que, juntas, formam aquilo que acima se denominou a “hipótese lógica negativa”, cujo esforço para a derrubar será o objeto dos teóricos do século XX. As tentativas de refutação desta síntese também foram vistas no capítulo primeiro, mas serão repassadas no tópico seguinte, incluindo obras mais recentes sobre o tema, lá não utilizadas.

¹ Neste sentido: “[a] soberania não é apenas uma idéia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico.” REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público : curso elementar*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 229; “Este foi o apogeu da noção de soberania. A necessidade de encarecer a primazia do poder monárquico sobre os demais, exatamente para que estes pudessem ser reduzidos à submissão, levou, sem dúvida, a que se cometessem certos exageros.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito tributário*. 4. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 102.

² Adotam esta projeção da soberania como modelo de conceito a rejeitar, por exemplo, JOBIM, Nelson. A integração na América Latina : repercussões políticas e jurídicas. In: VENTURA, Deisy (org.). *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997, p. 244, *in verbis*: “Está ocorrendo progressivamente a redução daquilo que chamávamos de soberanias nacionais do século XIX, ou seja, a capacidade absoluta de autodeterminação de um país no que diz respeito ao seu designio político-jurídico.”; tb. CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul : exigências e perspectivas*. São Paulo : LTr, 1996, p. 72-93, que elege o nacionalismo econômico como a hipótese a desconstituir.

2. OUTRA PRELIMINAR: LIMITAÇÃO, “ECLIPSE” E “DILUIÇÃO” DA SOBERANIA

Os esforços teóricos para se construir uma ordem internacional e dar a ela alguma sustentação jurídica tiveram que necessariamente investir contra o conceito de soberania tal como antes formulado. Soberania e Direito Internacional tornam-se assim forças opostas, pois a possibilidade de substituir uma ordem relacional de coordenação e coexistência por outra de subordinação e cooperação depende de desconstituir as concepções que não aceitam a subordinação de Estados soberanos (justamente por serem soberanos).

A relativização do conceito de soberania é então um pressuposto para a construção e evolução do Direito internacional. Segundo Kelsen, “[o]s Estados são soberanos na medida em que não exista Direito Internacional ou que não se suponha a sua existência.”³

Os espaços que lentamente são desocupados pela irrisignação do poder estatal a qualquer outro poder passam a ser preenchidos pelo Direito Internacional, que vai adquirindo uma formulação mais complexa.

Com a celebração do Tratado de Vestfália (1648), inspirado, aliás, na obra de Hugo Grócio, originaram-se dois conceitos fundamentais: o de Estado e o de soberania. A partir daí, inaugurou-se um período de coexistência, fundado no equilíbrio de Estados absolutamente soberanos, limitando-se o Direito Internacional Público à regência das relações entre eles.

Entretanto, com o tempo, o relacionamento entre os Estados sofreu paulatinas modificações, passando da política de mera coexistência para a de colaboração, o que se comprova com a celebração, cada vez mais freqüente, de tratados, e com o surgimento de diversas organizações e associações internacionais. (Tudo isto revela a própria relativização do conceito de soberania).⁴

³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 526. Na mesma linha, Dupuy afirma que a noção de soberania é “o maior obstáculo à supremacia do direito internacional sobre os seus súbditos, os Estados.” DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Trad. Maria Clara Rocha. - Lisboa: Arcádia, 1970, p. 8.; também Ferrajoli traduzirá a oposição entre Direito e soberania, partindo do pressuposto que o Direito por natureza impõe limites, que são estranhos à concepção de soberania. FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno : nascita e crisi dello Stato nazionale*. Milão : Anabasi, 1995, p. 43; ver também CRUCHAGA GANDARILLAS, Vicente. *La Igualdad Jurídica de los Estados*. Santiago : Jurídica de Chile, 1968, p. 106.

⁴ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Evolução Histórica do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 115, jul.-set. 1992, p. 397.

Aliás, o adjetivo “relativo” é o que tem sido mais usado para designar a soberania perante o moderno Direito Internacional. A par dele, há autores que refutam completamente o termo “soberania”, apontando sua inutilidade conceitual derivada das várias significações que recebeu ao longo de mais de quatro séculos⁵, e outros que lhe aplicam os efeitos de mudanças várias, ilustradas como “eclipse da soberania”⁶, “diluição da soberania”⁷, “erosão da soberania”⁸ ou simplesmente limitações à soberania nacional. Todas têm em comum um objetivo: desconstituir e refutar a soberania na sua formulação acima exposta como a “hipótese negativa”, para sobre ela erguer uma nova ordem internacional baseada na cooperação entre os Estados e consubstanciada em instituições internacionais que passam sempre pela ONU, a União Européia e as instituições de Bretton Woods (FMI, BIRD e GATT).

Ao mesmo tempo, todas costumam alardear os mesmo fatos: a prevalência das teorias constitucionalistas, a crise do Estado moderno, a interdependência entre os Estados, o surgimento e fortificação das instituições internacionais, das empresas transnacionais, a expansão das comunicações internacionais e do mercado mundial, cada vez mais interligado. Em decorrência disto, afirma-se: “Está desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites.”⁹

Tal constatação de “relativização” da soberania ganha arranjos de univocidade nos discursos teóricos atuais. Mas, se ela é aceitável, ainda permanecem algumas

⁵ Charles Rousseau, por todos, rechaça a noção de soberania, porque seu conteúdo é incerto (ora é definido pelo objeto ora pela qualidade do poder); porque o Estado não tem propriamente “direitos”; porque não pode um sujeito de direito estar acima do Direito (porque é contraditório); porque é contrária à realidade dos fatos (a responsabilidade internacional do Estado desmente que não há poderes sobre ele); e porque acarreta perigos políticos (nacionalismos e não-reconhecimento da ordem internacional). ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris : Recueil Sirey, 1953, p. 89. Uma outra tentativa, porém sob prisma diverso, denominada por Leonel Severo Rocha de “formação discursiva negativista da soberania” teve como expoente Duguit, que situava o fundamento da obediência não no Estado mas nos fatos sócio-psicológicos de sociabilidade e justiça. Contudo, o autor dá conta de que esta formação discursiva não tivera muito impacto. ROCHA, Leonel Severo. *As dimensões de legitimação-dominação do discurso jurídico sobre o poder soberano*. Florianópolis, 1982. Dissertação de Mestrado. CPGD - UFSC, p. 83. Analisar uma formação discursiva, é, segundo o autor, examinar, desde o interior dos discursos, suas materializações político-sociais. (*idem*, p. 5)

⁶ MATTEUCCI, Nicola. *Soberania*. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 9. ed. Trad. Carmen C. Varriale *et alii*; coord. trad. João Ferreira; rev. geral J. Ferreria e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília : Universidade de Brasília, Vol. 2, p. 1187.

⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Mercosul : Direitos Humanos, Globalização e Soberania*. Belo Horizonte: Inédita, 1997, p. 26.

⁸ JACKSON, John. *The world trading system : Law and Policy of International Economic Relations*. 2. ed. Cambridge : MIT, 1997, p. 79.

⁹ MATTEUCCI, Nicola. Ob. cit., p. 1187.

questões, como por exemplo a de saber o quão relativo é este conceito hoje, quais são as alterações em seu significado a partir desta relatividade e qual é, do ponto de vista jurídico, a força que, dentre aquelas consideradas neste trabalho, promove mais intensamente este movimento.

3. OS ATRIBUTOS DA SOBERANIA NO CONTEXTO ATUAL

Viu-se ao longo deste trabalho que a soberania é um conceito que tem sido usado para descrever fenômenos diversos, que vão do Príncipe-Estado dos séculos XV e XVI, à soberania popular e à soberania nacional, chegando por fim à soberania como atributo do Estado. Inobstante tais transformações, observa-se que os atributos que se lhe deram, podem ser quase linearmente identificados nas diversas teorias que o utilizaram. Assim, do mesmo modo que a soberania do Rei de França no século XVI era inalienável, também o era a soberania do povo francês e a soberania da nação prussa, bem como a soberania do Estado italiano do século XX. Estes caracteres, basicamente normativos e não descritivos, - e por isso a sua sobrevivência à heterogeneidade discursiva -, só podem ser analisados hoje também normativamente, procurando enquadrá-los às concepções jurídicas atuais e olhando para a realidade empírica só de relance. Em suma, eles sobreviveram nominalmente, mas sua significação variou de acordo com o contexto e com a noção de soberania usada.

Georg Jellinek percebeu a confusão entre os significados do termo soberania, por vezes relacionado como propriedade do poder do Estado, outras ao lugar jurídico do órgão máximo do Estado e, finalmente, ao próprio poder do Estado. Para Jellinek, só o primeiro significado está correto.¹⁰ Entretanto, é de se admitir a existência de tais confusões, que partem já da obra de Bodin, que não fez uma clara diferenciação entre os dois primeiros significados encontrados por Jellinek, mas ao contrário, identificou-os.

O autor alemão ainda encontra outro equívoco no tratamento dado à soberania. Ele aponta para o fato de que por vezes os *jura regalia* são tratados como atributos da soberania (o próprio Bodin fez isto).¹¹ Na verdade, eles são para Jellinek atribuições

¹⁰ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. 2. ed. México : Continental, 1958, p. 387 e 395.

¹¹ *Supra*, cap. I, 2.4.1, p. 21.

(competências) do poder do Estado. A soberania seria então a competência de organizar estas competências.¹²

Uma outra alteração conceitual será produzida justamente pelas alterações históricas que modificam a substância da soberania em cada época e lugar. Assim, é preciso ter presente as diferenças entre a soberania do Príncipe (Maquiavel e Bodin, principalmente), do povo (Rousseau), da nação (Hegel) e finalmente do Estado (a partir de Santi Romano e Gerber, ganhando solidez depois com Jellinek). A alteração do titular produzirá diferentes formações discursivas sobre a soberania, levando a alterações no seu tratamento.¹³

O que se pretende verificar através da análise destes atributos, é se eles ainda se prestam à identificação de qualificativos à idéia hodierna de soberania. Todavia, em virtude de eles terem sido amplamente utilizados nos vários discursos sem ter sido a eles dispensado maior tratamento, a análise seguinte é em muito calcada em mera derivação, sem apoio firme, até porque provavelmente não o há. É dizer, sente-se um risco de despender esforços para erguer raciocínios sobre premissas frágeis. De qualquer modo, nem que seja ao menos para comprovar esta fragilidade, tal análise será particularmente importante para uma conclusão acerca da sua utilidade atual.

Voltando à “hipótese teórica negativa”, repasse-se os atributos essenciais da soberania: ela é perpétua, absoluta, indivisível, intransmissível, indelegável, inalienável e imprescritível.

¹² JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 404.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 30-32. Nesta esteira, Leonel Severo Rocha identificou cinco teses principais a respeito da justificação do poder político: 1) formação discursiva autoritária: teoria da soberania absoluta do rei (um único titular da competência discursiva), identificada com a formulação de Bodin e com a prática absolutista dos franceses; 2) formação discursiva participativa, subdividida em: a) teoria da soberania popular, seja fundada no contrato social que lhe deu uma formação racional ou seja numa formação transcendente dada pela doutrina da legitimidade divina do soberano; b) teoria da soberania nacional, consubstanciada na constituição revolucionária francesa de 1791 como uma, indivisível, inalienável e imprescritível, caracterizada pela ilusão do discurso democrático que atribuía a uma pluralidade de titulares a legitimidade discursiva); 3) formação discursiva institucional: teoria da soberania do Estado, tendo o Estado como o único detentor da legitimidade discursiva, identificada com a teoria da autolimitação de Jellinek mas também com a formulação kelseniana; 4) Formação discursiva negativista: teoria negativa da soberania desenvolvida por Duguit e já antes referida, 5) formação discursiva participativo-institucional, que é a teoria institucionalista da soberania (legitimidade da nação, manifesta pelo discurso do Estado, ou seja, tem como fator político a nação, da qual se origina a soberania, e como fator jurídico o Estado, que recebe o poder para exercitá-lo). Ob. cit., p. 63-85. Algumas páginas antes, o autor já alertava: “[d]esta forma, a cadeia significativa do discurso da soberania, para obter sua coerência teórica, depende dos conflitos e lutas que constituem a sociedade. Devido a este aspecto, é um discurso que varia de acordo com o tipo de Estado em que é utilizado.” (Idem, p. 37 - cf. tb. p. 62)

Parece haver algum agrupamento possível destas qualidades. Tenta-se juntar então, à falta de uma denominação melhor, os qualificativos temporais (perpétua e imprescritível), o material (absoluta) e os formais (indivisível, inalienável e intransmissível).

3.1 QUALIFICATIVOS TEMPORAIS

A começar pelos qualificativos temporais da soberania, tem-se que a perpetuidade do poder soberano encontra-se no Direito Internacional moderno regida pelo princípio da eficácia.¹⁴ Deste modo, se perpétuo é enquanto vive o soberano, como afirmou Bodin,¹⁵ o sistema representativo vigente em boa parte do mundo tornou inaplicável a perpetuidade à soberania. Os países que mantêm a monarquia como algo além de um mero emblema de representação de uma continuidade do Estado já são raros na atualidade e por isso a teoria formulada numa época de monarcas, quando se identificava o poder soberano com o seu detentor, já se torna inaplicável. Aliás, tal identificação pode ser tida como a confusão apontada por Jellinek e já trazida aqui entre um atributo do poder do Estado e a figura do titular deste poder. Sob uma outra ótica, este equívoco toma ares de erro por atribuir significados diferentes e às vezes em choque um com o outro, a partir de uma mesma palavra.

Mas pretendendo por perpétuo o próprio sistema de organização interna do Estado, “a quilha do barco”, para continuar com Bodin, os golpes de Estado seriam uma alteração na soberania e sua variação probabilística nos diferentes países do mundo permitiria afirmar que o poder soberano também já não é mais perpétuo neste sentido, ainda que pareça correto falar em uma tendência (ou mesmo uma ambição) à perpetuidade. É de se observar, por outro lado, que o sistema de organização interna não é delimitado pelo Direito Internacional.

O fato de a mudança poder provocar alterações na constituição está ainda atado à área de atuação delegada ao Estado pela ordem internacional, mantendo as condições que ela já impõe ao nível material, como o respeito pelos direitos humanos e a proibição de fazer a guerra. Entretanto, para muitos teóricos de épocas passadas, inclusive Bodin, uma alteração na constituição de um Estado (entendida como o conjunto de elementos

¹⁴ *Supra*, cap. II, 4.2.2, p. 79.

¹⁵ *Supra*, cap. I, 2.4, p. 20.

estruturais de um Estado, dos quais sobreleva-se a forma de governo) era uma mudança de Estado. Quando da aristocracia passava-se à democracia ou à monarquia, surgia uma nova constituição e um novo Estado. A perpetuidade desta organização, assim entendida, nunca existira a não ser como vocação.

Contudo, se se tomar a perpetuidade da soberania atendo-se a uma concepção puramente formal, tem-se um ponto de partida mais firme. E é a partir dele que se afirma que a sua perpetuidade está regida pelo princípio da eficácia no plano do Direito Internacional, porque o Estado só será reconhecido pelo Direito Internacional enquanto sustentar um governo que efetivamente regule as relações sociais da população de um determinado território.¹⁶ A própria possibilidade de haver um rompimento da continuidade deste exercício do poder soberano, representada pela conjunção “enquanto” da frase anterior, permite dizer que nem neste significado pode-se falar em perpetuidade, mas apenas, como antes, em uma tendência, uma vocação ou ambição a ela. É que a perpetuidade da soberania sempre esteve mais associada à idéia de uma continuidade não limitada no tempo (como uma expressão do absoluto em termos de tempo) do que à de perenidade.

Uma exceção a esta identificação entre perpetuidade e continuidade ilimitada talvez pudesse ser encontrada na concepção da soberania popular, pois uma vez atribuindo ao povo a titularidade e sendo o povo um gênero, do qual os indivíduos são as espécies, ele nunca perece (*genus nuquam perit*). A desvinculação do poder soberano da figura pessoal do monarca foi um processo verificado na sucessão do pensamento político. Enquanto Bodin encontrava na vitaliciedade a explicação para a sua perpetuidade, Hobbes já passa a rejeitar a identificação entre o monarca e o poder soberano. Com apoio nesta desvinculação, Rousseau pôde mais tranquilamente afirmar que a soberania é perpétua, desta vez num sentido de perenidade, porque o povo, em princípio, não morre (ainda que a história dê inúmeros exemplos em contrário, como os astecas).

Ainda nesta direção, tem-se que, apesar de o titular não perecer, o próprio exercício do poder soberano poderia ser-lhe retirado, pela imposição de um povo mais forte após uma guerra de conquista, por exemplo. Logo, ainda que toda a população quisesse instituir seus legisladores, sua vontade estaria subjugada à do conquistador, e

¹⁶ “...uma ordem coercitiva permanece válida, e a comunidade por ele constituída continua a ser um Estado, por tanto tempo quanto seja eficaz a ordem jurídica.” KELSEN, H. Ob. cit., p. 498.

seu poder não seria mais efetivo sobre aquele território. Daí resulta que, novamente, é o princípio da eficácia que regulará o caráter de continuidade da soberania e que a perpetuidade como qualificativo da soberania só pode servir enquanto vocação ou ambição a ela, não com o sentido de caráter imutável e perene.

Continuando nesta trilha, vê-se que a **imprescritibilidade** do poder soberano tem um tratamento semelhante. É que, enquanto ausência de limitação temporal, ela já está em grande parte abrangida pela perpetuidade, mas a finalidade do uso dos dois termos pode-se dever ao fato de que Bodin e os outros teóricos talvez tivessem em mente a prescrição aquisitiva, ou seja, que o tempo tornasse sem efeito o poder soberano de um (o titular) em favor do outro (o ocupante), consolidando uma situação de fato.

Aqui um esclarecimento é cabível. Diferenciam-se entre si a prescrição do direito de exercer o poder soberano e a prescrição do direito de exercer o poder soberano sobre um território determinado. Tem-se em mente para o segundo caso o exemplo de um rei que perde uma batalha numa fronteira e tem uma cidade tomada pelo inimigo. Se ao final da guerra ou durante uma trégua longa esta posição se assentar, já não há mais direitos do Estado derrotado sobre a cidade conquistada, por já ter decorrido um lapso de tempo suficiente para descaracterizar a legitimidade das pretensões à retomada do território.

Neste caso, não resta discussão possível, pois o princípio do *uti possidetis*, que de acordo com os contornos demarcados pela ocupação colonial fixa as fronteiras dos Estados, foi reconhecido pelo Direito Internacional. Do mesmo modo, a permanência de um ocupante tolerada pelo ocupado é um modo de adquirir território e estender sobre ele a soberania territorial.¹⁷

Pode ser ainda que a imprescritibilidade tenha surgido como forma de afastar dos regentes a possibilidade de se consolidarem no poder ou de usurpadores do poder

¹⁷ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. 6. ed. Trad. Antonio Truyol y Serra. Madrid : Aguilar, 1976, p. 267-268; no mesmo sentido, Kaplan e Katzenbach afirmam: “Em geral, o Estado exerce a autoridade formal dentro de determinados limites históricos. A ocupação pacífica por vários anos, ou a prescrição, é a base mais comum e bem sucedida para a pretensão.” KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Trad. de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro : Zahar, 1964, p. 156. O princípio do *uti possidetis* foi reconhecido pela jurisprudência numa arbitragem sobre o litígio entre os Estados Unidos (que adquiriram o território filipino da Espanha) e Holanda sobre a Ilha de Palmas, no arquipélago das Filipinas, em julgamento de 1928. Dois julgamentos, um da CPIJ (caso da Groenlândia Oriental, entre Dinamarca e Noruega) e outro da CIJ (caso do Templo de Preah Vihear, entre Camboja e Tailândia), também constituem precedentes para a aplicação do princípio. JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. São Paulo : LTr, 2000, p. 227. O autor ressalta, contudo, que a possibilidade de aquisição de território pela prescrição é remota atualmente.

pretenderem afastar aqueles que hereditariamente a ele teriam direito, justificando sua posição pelo decurso de um prazo determinado em que permanecessem no exercício do poder. A idéia em ambos os casos é igual: afastar a legitimidade adquirida pelo tempo. Pensa-se que é isto que se pretende assegurar com a imprescritibilidade da soberania, ou seja, que a lacuna temporal no exercício efetivo da soberania não retira a legitimidade do seu titular, por mais longa que seja.

Para trazer o problema para os dias atuais, tem-se pelo mesmo princípio da eficácia que se esta ordem jurídica que constitui o Estado, na visão de Kelsen, for ineficaz como um todo durante um certo tempo, o Direito Internacional poderá reconhecer uma outra ordem eficaz sobre o mesmo território, dependendo da legitimidade das forças que provocaram a mudança. Releve-se que a verificação da legitimidade pode se tornar um elemento perigoso e de difícil tratamento no âmbito desta dissertação. Contudo, para os efeitos que aqui interessam, diz-se que o governo é legítimo para o Direito Internacional quando reconhecido pelos demais membros da comunidade de Estados. É este ato de reconhecimento que terá então a incumbência de afirmar a legitimidade das forças governantes, aplicando o princípio da eficácia. A imprescritibilidade significará deste modo que um governo de fato não adquirirá o caráter de governo de direito pelo decurso de um determinado lapso temporal, ou, em outras palavras, que o transcurso do tempo não confere legitimidade a um novo ou outro governo. Novamente, não faltarão exemplos em sentido contrário, fornecidos pela História.

Havia contudo um significado mais abstrato nas teorias da soberania ligadas à concepção do contrato social. Neste caso, a soberania, nas mãos do povo, não prescreve nunca. Não há uso do poder que anule o pacto social. No mesmo sentido, Hobbes impediu que o povo retirasse do titular o poder soberano, porque o pacto era imprescritível. Este significado, como se observa, estava mais ligado à imprescritibilidade do pacto social, do que do poder soberano.

Em suma, como princípio teórico, a imprescritibilidade parece ter então sido preservada, sujeita à aplicação do princípio da eficácia, como a perpêuidade. Na prática, serve o exemplo da Constituição Federal da República Argentina, que até hoje não renuncia à soberania das Ilhas Malvinas.¹⁸ Percebe-se a falta de eficácia da

¹⁸ O dispositivo mencionado está nas disposições transitórias da constituição argentina vigente: "Primera. *La Nación Argentina ratifica su l eg itima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias*

soberania argentina sobre o território reivindicado, mas não se aceita a legitimidade de outro soberano. Outro exemplo é o da anexação do Kuwait pelo Iraque, não reconhecida pela comunidade internacional. Não importaria neste caso quanto tempo as tropas iraquianas mantivessem dominado o território do Kuwait nem se o governante iraquiano exercia um poder de fato sobre a população do pequeno território anexado, pois a legitimidade deste poder não poderia ser conquistada pelo mero decurso do tempo. Para se consolidar perante o Direito Internacional, deveria haver o reconhecimento da comunidade internacional, ou seja, uma materialização do princípio da eficácia.

3.2 QUALIFICATIVOS FORMAIS

Em um primeiro momento, a inalienabilidade da soberania pode ser entendida senão como uma defesa contra a livre disposição pelo titular do poder soberano de uma parcela ou mesmo de todo este poder sobre um território. Pois se “alienar” significa “tornar alheio”, “ceder”, então não pode restar dúvidas que o problema aqui seria a possibilidade ou não de o detentor do poder soberano vender o seu reino, traduzido em termos de patrimônio pessoal e territorial, numa clara identificação entre o Estado e a figura pessoal do soberano, em voga nos tempos de Bodin e sobrevivente, ao menos, até o final do reinado de Luís XIV. Foi por isto que Grócio atacou a correção deste qualificativo, dizendo que os reis podem possuir a soberania com caráter de propriedade, e neste caso podem aliená-la. Mas não deixou de dar alguma razão a Bodin quando reconheceu que isto já era raro em seu tempo pois a maioria dos reis detinha o poder como usufruto e não como propriedade.¹⁹

Para Rousseau, a inalienabilidade parece ser relativa à constatação de que o povo não pode alienar pelo pacto social a sua soberania. Ele continua a ser o titular. Nenhum contrato pode retirar a soberania do povo. Neste sentido a inalienabilidade da soberania

del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del Derecho Internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.” (sem grifo no original) Disponível na internet: <http://www.senado.gov.ar>. 19.01.2000.

¹⁹ *Supra*, cap. II, 2.4, p. 57.

é dependente da validade da teoria do contrato social e da soberania popular, que atualmente parece estar reconhecidamente relegada ao âmbito discursivo.²⁰

Após a criação e afirmação praticamente absoluta do modelo de Estado moderno, a soberania tornou-se inalienável em definitivo, não havendo mais os exemplos a que Grócio se referira e que poderiam servir para justificar o não-reconhecimento deste atributo. Os governantes dos Estados constitucionais de hoje são representantes do povo, dentro de um complexo aparato burocrático que não se identifica com os poderes do soberano sobre o seu reino no século XV nem à larga vista. Um limite portanto ao arbítrio de quem exerce o poder soberano existe então no carácter de inalienabilidade, mas ele já é imanente nos Estados modernos.

O que se afirmou merece maior cuidado no tratamento. Antes já se asseverou que a soberania tem várias facetas. A faceta territorial da soberania, que acima se apresentou como argumento para o uso deste qualificativo e também para o posterior ataque contra ele, pode ser alienável. Não faltariam os exemplos de partes de superfície terrestre compradas por um Estado a outro. Entre eles, tem-se a compra do Alasca pelos EUA à Rússia.²¹ Também na construção da atual soberania territorial brasileira há o caso da compra do Acre pelo Brasil da Bolívia.²² Trata-se de uma cessão voluntária e

²⁰ James Brierly por exemplo, afirma sinteticamente que: “[o] povo não governa, porque a função governativa é uma actividade técnica de carácter exclusivo que a lei tem de entregar a pessoas ou organismos determinados.” BRIERLY, James L. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1963, p. 14. Para Luigi Ferrajoli a “soberania popular” ainda constante das várias constituições (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal da República do Brasil de 1988) não é mais do que uma homenagem verbal ao carácter democrático-representativo dos modernos ordenamentos. Ob. cit., p. 34.

²¹ *Treaty concerning the Cession of the Russian Possessions in North America by his Majesty the Emperor of all the Russias to the United States of America*. Disponível na internet: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/treatywi.htm>. 01.02.200. O primeiro artigo trata da cessão e delimitação do território cedido: “Article I. His Majesty the Emperor of all the Russias agrees to cede to the United States, by this convention, immediately upon the exchange of the ratifications thereof, all the territory and dominion now possessed by his said Majesty on the continent of America and in the adjacent islands, (...)” e o sexto estabelece o valor a ser pago em troca do território cedido (sete milhões e duzentos mil dólares em ouro): “In consideration of the cession aforesaid, the United States agree to pay at the treasury in Washington, within ten months after the exchange of the ratifications of this convention, to the diplomatic representative or other agent of his Majesty the Emperor of all the Russias, duly authorized to receive the same, seven million two hundred thousand dollars in gold (...)”

²² Brasil e Bolívia firmaram em 17 de novembro de 1903 um Tratado de Permuta de Territórios e outras compensações, estabelecendo as fronteiras entre os dois países na região do atual Estado do Acre (Artigo I). O artigo III tinha a seguinte redação: “Por não haver equivalencia nas áreas dos territorios permutados entre as duas Nações, os Estados Unidos do Brasil pagarão uma indenização de 2.000.000 (dois milhões de libras esterlinas), que a Republica da Bolivia accita com o proposito de applicar principalmente na construção de caminhos de ferro ou em outras obras tendentes a melhorar as communações e desenvolver o commercio entre os dois paizes.

O pagamento será feito em duas prestações de um milhão de libras cada uma; A primeira, dentro do prazo de tres mezes, contado da troca das ratificações do presente Tratado, e a segunda em 31 de março de 1905.” Disponível na internet: <http://www.pub2.Incc.br/wrmkk/btt1903.html>. 15.01.2000.

onerosa, em contraste com aquelas conceituadas como gratuitas, como no caso da restituição da Alsácia-Lorena pelo Tratado de Versalhes de 1919.²³

Mas os autores às vezes usam, além do termo “inalienável”, a palavra “**intransferível**”. Hobbes, por exemplo, assevera que é intransferível porque uma vez instituído o pacto social, os instituidores não podem refazer o pacto e escolher outro soberano,²⁴ em oposição clara ao que se disse sobre a inalienabilidade da soberania em Rousseau. Em ambas, o poder inicial encontra-se em cada indivíduo, mas em Hobbes os indivíduos unidos transferem o poder ao governante, isto é, o cedem irrevogavelmente, enquanto para Rousseau o povo permaneceria sempre soberano, exercendo os governantes o poder por mera delegação, ou seja, em caráter precário e revogável.

Deixadas à parte as discussões sobre a titularidade do poder soberano, na prática das relações entre os Estados pode-se ver que o caráter da intransmissibilidade não teve muita atenção por parte dos soberanos quando dele quiseram dispor. A referência aqui, é, para fazer uso de um exemplo histórico, ao uso da locução “cessão e transferência da soberania” usada no Tratado pelo qual Portugal reconheceu a independência do Brasil. Na redação original o Tratado trazia em seu artigo I a seguinte disposição:

ARTIGO I - Sua Magestade Fidelissima Reconhece o Brazil na Cathegoria de Imperio Independente, e Separado dos Reinos de Portugal e Algarves; e a seo sobre todos muito Amado e Prezado Filho DOM PEDRO por Imperador, *Cedendo, e Transferindo de sua livre vontade a soberania* do dito Imperio ao Mesmo Seo Filho, e a Seos Legitimos Successores. Sua Magestade Fidelissima toma sómente, e reserva para a sua pessoa o mesmo título.²⁵

²³ KAPLAN, M. A.; KATZENBACH, N. B. Ob. cit., p. 159; REZEK, J. F. Ob. cit., p. 166.

²⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Lisboa : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995, cap. XVIII, p. 149.

²⁵ *Tratado feito entre S. M. Imperial e S. M. Fidelissima sobre o reconhecimento do Imperio do Brazil aos 29 d'Agosto de 1825, e ratificado por S. M. o Imperador no dia immediato*. Rio de Janeiro, 29 de agosto de 1825. Redação conforme consta do periódico O PADRE AMARO ou SOVÉLA. *Política, História e Literaria*. Tomo XI, N. LVIII, outubro de 1825. Londres : Greenlaw, 1826, p. 355-358 (sem grifo no original). Quando ainda só havia rumores sobre os termos do tratado que estavam sendo negociados, o redator deste periódico brasileiro publicado em Londres, o Padre Joaquim Ferreira de Freitas, elaborou o seu comentário sobre o título de Imperador requerido por Dom João VI nestes termos: “Não sabemos o motivo porque El Rey de Portugal insiste (segundo nos contam) sobre huma tal denominação, a qual lhe não devolve poder algum nem na epoca presente, nem no futuro; mas a condescendencia da parte do governo do Brazil sobre este ponto certamente não hé, nem offensiva da independencia, nem derogatoria da authoridade do Imperador Pedro 1º, que fica sendo imperador do Brazil e com o mesmo poder sem diferença alguma.” *Idem*, n. LVII, setembro de 1825, p. 288.

Deste exemplo parte-se para um problema aparentemente menor, mas que mais preocupa os autores atuais, qual seja, o de saber se é possível transferir poderes soberanos. Alguma ginástica argumentativa é necessária para poder se falar em uma soberania inalienável, intransferível e ao mesmo tempo, anuente com a transferência de poderes soberanos (pretensas parcelas do poder soberano uno). Pois, se por um lado os Estados protegidos cediam poderes soberanos, de outro sua independência aparecia abalada, e dependendo de quais poderes e em que razão eram cedidos, sua independência pode ou não permanecer existindo e com ela a sua qualificação como Estado. A partir da transferência a órgãos de integração econômica, muitos viram a relativização da soberania dos Estados, incorrendo na tentação de admitir a fragmentação da soberania, muitas vezes reproduzindo o equívoco de considerar como o conteúdo da soberania o conjunto das prerrogativas do poder soberano.

A transferência ou delegação só depende em certa medida do fato de ser a soberania também divisível. Porque se pode falar em transferência total como nos exemplos já citados. Deste modo, só para se referir à delegação de “parcelas do poder soberano”, algo que parece agradar a muitos teóricos da atualidade, é que é preciso concebê-lo antes como divisível.

A questão vem entretanto muitas vezes invertida, aparecendo da seguinte forma: a soberania hoje é então divisível porque são delegáveis determinadas competências antes só atribuídas ao poder soberano? Mais acertado seria perguntar primeiro se se pode dividir o poder soberano de algum modo que não seja puramente propedêutico (ou seja, para classificações teóricas com vistas à sua melhor compreensão). Obtendo uma resposta afirmativa, poder-se-ia buscar elementos para responder à então melhor posicionada pergunta respeitante à possibilidade de transferir ou delegar poderes soberanos.

Para a **indivisibilidade** proposta pelo arcabouço teórico de Jean Bodin, nem delegação, nem transferência poderiam ser admitidas. Ele não admitia a divisão do poder soberano entre monarca, aristocratas e povo.²⁶ Deste modo, os *jura regalia*, atributos materiais da soberania, competências exclusivas daquele que detinha a soberania, não podiam ser distribuídos entre várias sub-organizações. Mas considerada a soberania como atributo do povo, da nação, ou do Estado, sem a repetição já agora de

²⁶ *Supra*, cap. I, 2.3, p. 17.

repercussão extenuante do equívoco apontado por Jellinek, ela pode ser considerada ainda indivisível.

O tópico a seguir trata da delegação e transferência de poderes soberanos. Isto não é incoerente com qualquer das duas respostas apresentadas acerca da divisibilidade da soberania. Explica-se: sendo identificadas as competências do poder soberano com a própria soberania, delegá-las significaria delegar parte da soberania, sendo separadas as competências da soberania em si, então delegá-las não afeta a soberania. De qualquer modo, não decorre da segunda hipótese a impossibilidade de delegá-las.

3.2.1 Delegação e transferência de poderes soberanos

Inicie-se pela diferenciação entre as duas figuras (delegação e transferência). Entre elas, há ao menos uma grande diferença: enquanto na transferência a raiz, a essência, a titularidade da soberania é transmitida, sem poder ser retomada, na delegação apenas o exercício é transmitido, permanecendo a titularidade com o delegante. Fausto de Quadros elucida bem a distinção entre delegação e transferência, aproveitando conceitos do Direito Administrativo de diversos países europeus:

Daqui resulta, como importante consequência, que, enquanto transferir significa ceder definitivamente os respectivos poderes, para nunca mais se poder reavê-los, delegar tem o sentido de o delegante não poder exercer, enquanto durar a delegação, os poderes delegados, mas de conservar no sujeito a quo a titularidade dos poderes respectivos e, portanto, a faculdade de, cessada a delegação (nomeadamente pela sua revogação), recuperar automaticamente o pleno exercício dos poderes delegados.²⁷

O que ocorre em fenômenos de integração econômica é uma limitação ao poder de legislar, (lembrando de Bodin, que colocava nele o traço essencial da soberania), voluntária (por oposição às limitações impostas, de que são exemplo os tratados de paz com os vencidos nas guerras) e pontual (porque a delegação só abrange os poderes correspondentes às matérias abarcadas pela cooperação). Assim, o Estado que delega parte de suas competências soberanas não deixa de ser soberano, nem se subordina a

²⁷ QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Lisboa : Almedina, 1991, p. 212.

outro, nem a nenhum poder central-internacional. Do ponto de vista desta análise, o que há é uma divisão de competências bem definida, politicamente negociada mas juridicamente consolidada e implementada.

Em regra, a delegação é precária. O conceito de precariedade, espreado pelo Direito, pode ser exemplificado pela posse direta, que se dá quando o possuidor é aquele que apenas detém a coisa, enquanto o possuidor indireto é aquele que concede ao primeiro o direito de possuir.²⁸ No Direito Administrativo tem-se outra fonte de exemplos. É o caso do cargo público durante o estágio probatório, que o servidor ocupa em caráter precário pois não lhe é assegurada a permanência antes da comprovação de determinados requisitos durante a prestação de serviço no período de estágio.²⁹ É assim, analogamente, que se pode entender a delegação de poderes. Ela é precária porque o Estado continua com o poder soberano. Resta tentar desfazer este raciocínio circular: a delegação é precária porque o poder soberano continua com o Estado e continua com o Estado porque se trata de uma delegação precária. O que se pode fazer é fundamentar a delegação num ato de vontade politicamente formada que recebe um tratamento-jurídico por um acordo entre os Estados. Mas em sendo assim, será possível que o mesmo detentor do poder de dar um sentido àquela vontade política-pode-alterá-la, formando-a noutro sentido? Se não puder, não há delegação, mas transferência, pois a cessão terá sido definitiva. A resposta dependerá de uma análise estrita dos termos do acordo. É o que se fará a seguir.

Tradicionalmente, os tratados prevêm mecanismos de adesão e denúncia (artigos 15, 54 e 56 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969). Pela adesão, outros países podem juntar-se aos já signatários, contraindo as obrigações previstas no tratado, com ou sem reservas, dependendo do tratado. No caso dos tratados da Organização Mundial do Comércio, a adesão só pode ser integral e sem nenhum tipo de reservas. A única exceção são acordos plurilaterais respeitantes a setores específicos e nominados nos dispositivos que tratam da adesão à OMC.

Pela denúncia, entende-se o mecanismo jurídico pelo qual o Estado declara rompido o tratado e nega-se a cumprir suas regras daquele momento em diante. Para

²⁸ BRASIL. Código Civil Brasileiro, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Artigo 486. “Esta posse direta ou derivada é, por definição, conceitualmente, temporária, porque se funda numa relação de direito transitória.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro : Rio, 1977, p. 970.

²⁹ BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. Artigo 20.

efeitos de determinação da ocorrência de delegação ou transferência de poderes soberanos, a previsão da possibilidade de denúncia de um acordo é um detalhe crucial, porque determina as condições e conseqüências do abandono das obrigações pactuadas.

As obrigações não serão contudo necessariamente extintas naquele momento. Pode ocorrer a transmutação da natureza destas obrigações, que pódiam ser obrigações gerais de atuar num determinado sentido, podendo converter-se em obrigações de reparar os danos causados pela denúncia do tratado e conseqüente inadimplemento das obrigações. O certo é que o tratado cessará sua vigência para o Estado denunciante. Para provar que a delegação é precária, o que se precisa provar então é a existência da possibilidade de denúncias e as conseqüências deste ato.

O Acordo Constitutivo da OMC prevê no seu artigo XV as hipóteses e condições para a Retirada de um Membro:

1. Qualquer Membro poderá retirar-se deste Acordo. Tal retirada aplicar-se-á tanto a este Acordo quanto aos Acordos Comerciais Multilaterais e terá efeito ao fim de seis meses contados da data em que for recebida pelo Diretor-Geral da OMC comunicação escrita da retirada.

O Tratado de Assunção prevê hipótese semelhante em seus artigos 21 e 22:

Artigo 21. O Estado-Parte que desejar desvincular-se do presente Tratado deverá comunicar essa intenção aos demais Estados-Partes de maneira expressa e formal, efetuando no prazo de sessenta (60) dias a entrega do documento de denúncia ao Ministério das Relações Exteriores da República do Paraguai, que o distribuirá aos demais Estados-Partes.

Artigo 22. Formalizada a denúncia, cessarão para o Estado denunciante os direitos e obrigações que correspondam a sua condição de Estado-Parte, mantendo-se os referentes ao programa de liberação do presente Tratado e outros aspectos que os Estados-Partes, juntos com o Estado denunciante, acordem no prazo de sessenta (60) dias após a formalização da denúncia. Esses direitos e obrigações do Estado denunciante continuarão em vigor por um período de dois (2) anos a partir da data da mencionada formalização.

Observa-se então que é juridicamente possível o desligamento de um Estado do Mercosul e da OMC. As conseqüências jurídicas em ambos os casos não vão além da extinção dos benefícios concedidos pelos outros membros ao denunciante através do

tratado. O acordo, sendo multilateral, permanece vigente para as demais partes. Logo, são comprovadamente casos em que não há transferência de poderes soberanos, pois voluntariamente podem ser resgatados os poderes que foram, apropriadamente, delegados, já que os Estados conservam a titularidade dos poderes.

Quanto à possibilidade política da denúncia, esta será guiada pelos critérios próprios da política, quais sejam, principalmente, a conveniência e o interesse público. As contingências e circunstâncias que levariam a este acontecimento são de matizes infinitas, mas entre elas poderia estar uma política nacionalista ao estilo daquelas existentes na América Latina na segunda metade do século XX, que poderia se opor a qualquer benefício a produtos estrangeiros para favorecer a produção interna. Esta possibilidade não é remota, estando presente nos discursos de políticos pelo mundo afora, interessados em reverter as previsões pessimistas feitas por analistas do fenômeno da globalização com políticas públicas contrárias a ele.

Mas as conseqüências político-econômicas de um tal ato de desligamento do Mercosul por um de seus países membros é que acabam por condicionar a manutenção do acordo. Com efeito, o rompimento de um acordo destes significaria, em um primeiro momento, a ruptura de elos comerciais estabelecidos, com franco prejuízo para os exportadores nacionais, tanto pelo fim das facilidades à exportação para os países destinatários membros do tratado denunciado, como pela decorrente necessidade de redirecionar as estratégias comerciais de alocação dos produtos, exigindo a busca por novos mercados. Mas é sobre esta busca que surgem os efeitos do segundo momento da ruptura. O descrédito internacional produzido pelo rompimento unilateral do tratado pode reduzir sensivelmente as possibilidades de acesso a outros mercados e também a retirada de investimentos externos no Estado denunciante, que se traduzirá em menores condições de liquidez para o financiamento das exportações. Uma tal denúncia poderia equivaler então a uma opção pelo isolamento. Entretanto, como é notório, as conseqüências econômicas apontadas dependerão em grande medida do grau de confiança de que goza aquele Estado perante os demais países, das razões da denúncia, das relações entre os Membros antes e depois do Tratado ser concluído e denunciado e do poder econômico do denunciante.

As primeiras variáveis são de fácil compreensão. Se um país goza de alta confiabilidade no cenário internacional e a denúncia de um tratado foi orientada, por exemplo, por um instinto de retaliação a uma deportação de nacionais seus de um outro

membro do tratado, as conseqüências políticas e econômicas serão sensivelmente menos desagradáveis do que se um país constantemente sujeito a câmbios políticos, sem uma separação clara entre poder civil e militar, suscetível a intermitentes golpes de Estado resolve denunciar um tratado por não querer cumprir determinada solução apontada por um órgão arbitral de solução de controvérsias.

As relações entre os países signatários do tratado historicamente consideradas também influenciarão na repercussão da denúncia. Países que estiveram sujeitos a seguidos conflitos armados, que chegaram a uma paz pouco sustentável e com correntes migratórias constantes entre eles podem ter motivos maiores para justificar a denúncia de um tratado de cooperação.

As razões religiosas são um exemplo de justificativa plausível para o rompimento de um acordo sem que maiores conseqüências internacionais advenham para o denunciante. Um país de maioria muçulmana pode estar sendo temporariamente governado por uma minoria cristã, o que lhe permitirá integrar-se a outros países vizinhos com a mesma orientação religiosa, mas tal integração pode tornar-se perniciosa se a maioria muçulmana assume o poder e resolve impor padrões distintos àquela sociedade. É que o espírito universalista do comércio levará ao país agentes e funcionários e posteriormente até profissionais de todas as áreas a trabalharem no país vizinho e determinadas restrições poderão impedir ou dificultar sua estada. Assim, sem alterações nos benefícios comerciais, pode-se chegar a um impasse que só poderá culminar na denúncia do tratado pela falta de interesse que ele representará para o denunciante dali em diante.

Com relação ao poder econômico do denunciante, é preciso citar aqui um fato significativo. Já se expôs que a OMC possui um mecanismo de solução de controvérsias. As resoluções do órgão que controla este mecanismo são implementadas se não houver consenso entre os membros para sua não-aprovação. Isto tem levado a um índice de adoção de todos os relatórios produzidos pelos painéis e Órgão de Apelação, perfeitamente normal diante do critério estabelecido. Todavia, os Estados Unidos mantêm no Congresso uma comissão encarregada de analisar e julgar a conveniência destes relatórios adotados para o interesse nacional estadunidense (*Dole Commission*). Esta comissão pode julgar conveniente a retirada do país da OMC se, num período de

cinco anos, três decisões do OSC contrariarem os interesses estadunidenses.³⁰ Tal controle só é possível em virtude da hegemonia econômica mundial exercida hoje por este país, que com seu enorme mercado consumidor é capaz de ajudar o Japão, segunda maior economia do mundo (se para a conta for desmembrada a Comunidade Européia), a recuperar-se de uma grave crise econômica com um circunstancial aumento das importações. Isto demonstra que, inclusive politicamente, a delegação pode ser considerada precária e ainda mais quando um dos países é economicamente o mais forte, como ocorre com o Brasil no Mercosul.

Da exposição feita, conclui-se que as possibilidades jurídicas e políticas de denúncia do tratado existem, confirmando a ocorrência de delegação (mas não transferência) de poderes nos dois processos estudados.

3.3 O QUALIFICATIVO MATERIAL

O adjetivo “**absoluto**” que certamente será o mais interessante e problemático na revisão do conceito de soberania, pode-se traduzir na linguagem de Kelsen, pelo aspecto de validade material da ordem jurídica nacional. Antes, em Bodin e Hobbes (e nisto ambos concordariam), por absoluto se considera aquele poder que não possui freios ou limites, ou melhor, controles, conforme se destacou quando da análise da obra de Bodin. Em uma análise posterior, viu-se que estes controles eram principalmente os jurídicos, e que, portanto, um Estado poderia adotar as leis que quisesse, pois desde que emanadas da autoridade revestida do poder soberano elas obrigatoriamente seriam válidas.

Com o desenvolvimento das idéias sobre a ordem internacional, os controles jurídicos receberam contornos mais nítidos. Isto permitiu a Kelsen afirmar “que a competência material de um Estado, o seu poder de regulamentar qualquer matéria que deseje, é limitada pelo Direito Internacional,” ressalta ele que “ela é limitada *juridicamente* pelo Direito Internacional.”³¹

Na mesma linha, na defesa do monismo moderado, Verdross explica:

³⁰ SILVA NETO, Orlando Celso da. O Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC : análise de caso - estudo do contencioso Brasil e Venezuela x Estados Unidos. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo, MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo : Necin-Capes, 1998, p. 206.

³¹ Ob. cit., p. 499. Sem grifo no original.

“a obrigatoriedade de uma lei posta ao D. I. só o é a *efeitos internos e provisional*: o Estado prejudicado está autorizado pelo D. I. comum a exigir a derrogação, ou pelo menos a não aplicação, de tal lei, e o outro Estado está obrigado a satisfazer dita demanda. Isto prova que o procedimento estatal pode ficar submetido a um *controle jurídico-internacional*.”³²

Ora, com o choque de proposições utilizando inclusive a mesma terminologia (“controles”), vê-se que o caráter de absoluto realmente não se sustenta na moderna teoria do Direito Internacional. Seu caráter relativo, ao contrário, é defendido intensamente. Mas isto diz respeito tão-somente ao conteúdo da soberania do Estado, não afetando a sua condição de ente sujeito do Direito Internacional a não ser que todo seu conteúdo seja retirado. Persistindo nesta concepção de conteúdo, vê-se que a liberdade de ação de um Estado nunca foi plena, nem mesmo a das potências hegemônicas. Absoluto, neste sentido, é uma ficção instituída para separar as unidades do entorno, deixando os Estados, ao seu arbítrio, exercerem seu poder sobre uma população situada num território sem a interferência de outrem. Tal ficção em raras oportunidades, talvez em nenhuma propriamente, correspondeu à realidade. Mesmo que houvesse correspondido em algumas vezes, isto não permitiria afirmar que todo Estado tem uma soberania e que esta é sempre absoluta tal qual se pretende ao fazer uma enunciação normativa como a afirmação do caráter absoluto da soberania.

Em síntese, os atributos da soberania são um resquício de sua formação inicial, eivada pela dualidade circunstancial-universal das obras de seus autores, arrastados para outros contextos, outras formações discursivas. São formulações que podiam muito bem ter em vista riscos das circunstâncias de sua época, tornando-os, no mínimo, imprecisos. Apesar de ser possível, em referência à independência de um Estado, falar-se que ela é imprescritível e com vocação perpétua, a resposta mais precisa vem de outra formulação, que tem em conta o princípio da eficácia no Direito Internacional. Do mesmo modo, para se falar hoje de soberania intransferível, inalienável ou indelegável, exige-se um esforço de argumentação desnecessário, e exemplos históricos demonstram que, - ao menos num determinado sentido -, tais qualificativos não foram sempre respeitados. Ao caráter absoluto, a noção de conteúdo a seguir explicada em detalhe,

³² Ob. cit., p. 96. No original: “..la obrigatoriedad de una ley puesta al D. I. solo es a efectos internos y provisional: el Estado perjudicado está autorizado por el D. I. común a exigir la derogación, o por lo menos la no aplicación, de tal ley, y el otro Estado está obligado a satisfacer dicha demanda. Ello prueba que el procedimiento legislativo estatal puede quedar sometido a un control jurídico-internacional.”

demonstra que ele nunca existiu plenamente e que se trata de uma ficção derrubada em definitivo pelos crescentes controles jurídicos exercidos nas esferas de validade material dos Estados pelo Direito Internacional atual. Esta afirmação será desenvolvida deste ponto até os tópicos finais.

4. AS DUAS ACEPÇÕES DA SOBERANIA: AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA

4.1 AS DIVERSAS PARTIÇÕES CONCEITUAIS DA SOBERANIA

Para um bom entendimento da categoria “soberania” e seu significado, deve-se pelo menos tentar analisar também as características que comumente fazem parte de sua definição. Parte disto foi feito no item anterior e outra parte será desenvolvida neste item.

Embora a soberania tenha sido tratada genericamente como indivisível, muitos autores referiram-se a determinadas distinções que se poderia fazer com relação ao seu uso. Não se discute a essência una da soberania enquanto elemento fundamental do Estado, apenas se faz uso de artifícios de linguagem para servir à propedêutica.

A mais comum e mais aceita destas classificações é aquela já exposta quando se fez a passagem da abordagem da soberania como tratada na teoria política para a soberania no plano do Direito Internacional, ou seja, a soberania interna e externa. Sobre tal classificação, não há muito a aduzir, pois se reveste de simplicidade notável. A única ressalva, para maior precisão dos termos, é a que a referência melhor se faz a duas “direções” ou “projeções” da soberania do que a duas soberanias, entendimento que levaria, ou poderia levar, ao dualismo já antes refutado, por induzir à idéia da existência de uma soberania envolvida no sistema jurídico internacional e outra num sistema jurídico nacional.

A soberania tem dois aspectos no que se refere à sua natureza. Quando aparece na obra de Bodin, para livrar o poder do rei da ingerência da Igreja, do Império e dos senhores feudais, ela tem um caráter eminentemente negativo, defensivo. Ela significa a não-sujeição ou a não-subordinação da vontade do governante do Estado a outra vontade humana. Por outro lado, quando com Hobbes são rompidas as amarras

colocadas por Bodin, ela adquire uma feição agressiva, positiva,³³ que, exteriorizada e maximizada, constitui o objeto do primeiro tópico preliminar desenvolvido neste capítulo.

Kaplan e Katzenbach atentam para o fato de que normalmente o termo soberania é utilizado com dois sentidos afins: “independência”, ou seja, que os funcionários do governo no exercício das funções governamentais não estão submetidos ao controle de outro Estado; e “soberania territorial” que significa que a formulação e aplicação das normas jurídicas cabem exclusivamente a funcionários do Estado.³⁴ Charles Rousseau observa que o território pode ser entendido como uma porção de superfície terrestre em que um sistema de regras jurídicas é aplicável e executável.³⁵ Em assim sendo, “soberania territorial” é um termo que designará os limites de validade de uma ordem jurídica no espaço, uma delimitação geográfica do alcance do poder soberano.

De todas as partições, a mais importante parece ser a que diferencia a forma e o conteúdo da soberania. Várias constatações e ligações podem ser intentadas a partir desta diferenciação. Veja-se algumas: a forma é primordialmente delineada pelo elemento jurídico, é condição *sine qua non* para a existência do Estado e vincula-se aos atributos da inalienabilidade, imprescritibilidade, perpetuidade, indelegabilidade, indivisibilidade, ou, na terminologia kelseniana, aos âmbitos de validade territorial, temporal e pessoal; o conteúdo é conformado principalmente pelo elemento político, relacionado com a liberdade de ação do agente político do Estado e vincula-se ao caráter absoluto da soberania (ou âmbito de validade material).

Mas forma e matéria, que são aspectos diferenciáveis desde há muito nos diversos objetos de estudo das ciências, podem ser ligados a outros dois termos, apenas como maneira de estabelecer uma convenção discursiva.

Para isto, uma inspiração pode ser encontrada na obra de Hart. Para ele, soberania equipara-se a independência, de modo que “um Estado soberano é um Estado não sujeito a certos tipos de controle e a sua soberania é aquele domínio da conduta em que é autônomo.”³⁶ A definição de Hart é útil principalmente por desmistificar em parte o conceito de soberania, atacando seu caráter de absoluto e por utilizar-se da mesma idéia de controle como fator limitador da soberania.

³³ JELLINEK, Georg. Ob. cit., p. 379.

³⁴ KAPLAN, Morton A. e KATZENBACH, Nicholas de B. Ob. cit., p. 149.

³⁵ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 85. Esta posição é referida pelo autor como sendo a “teoria da competência”.

De um modo geral, se tomado de um ponto de vista meramente formal, um Estado apenas pode ser ou não ser soberano. É dizer, pode ser independente ou possuir algum outro *status* no qual dependa de outra força exterior, o que, para aqueles que entendem a soberania deste modo somente, nunca poderá deixar de ser a força de outro Estado.

O conceito oferecido por Hart permite levar em conta também o aspecto material, de conteúdo. O Estado é soberano nos domínios da sua conduta em que é autônomo. Com isso, permite-se admitir uma relativização do conceito de soberania: esta passa a poder admitir uma gradação, de maior ou menor soberania.

Tem-se então mais uma identificação possível: a verificação da independência (acepção formal da soberania) se dá por uma lógica binária (é ou não é independente) e a verificação da autonomia (acepção material da soberania) se dá por uma lógica gradual (mais ou menos autônomo).

Os próximos tópicos mostrarão em maior detalhe estes dois conceitos (ou acepções do conceito de soberania), seus corolários e como, nos diversos estudos sobre a soberania, as duas acepções são correntes (e não diferenciadas).

4.2 SOBERANIA COMO INDEPENDÊNCIA

A primeira acepção da soberania que aqui se pretende identificar é a mais comum. Trata-se de um conceito jurídico, ou da acepção jurídica da soberania, que implica externamente, para o dizer sem floreios, a ausência de subordinação de um Estado a outro. O termo “independência”, pelo qual se passará a referir tal significação é bastante aceito pela doutrina internacionalista com este sentido.³⁷ Charles Rousseau propôs mesmo que se o usasse no lugar do termo “soberania”.³⁸

No segundo capítulo, descreveu-se a teoria de Kelsen. Aproveitando tal descrição, vê-se que o Direito determina as condições de validade de uma ordem jurídica num território através do princípio da eficácia. Porém, o próprio Kelsen esclarece que o Direito Internacional determina os âmbitos de validade da ordem

³⁶ HART, H. *O Conceito de Direito*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1960, p. 239.

³⁷ Verdross, por exemplo, afirma: “Daí resulta que o governo próprio é o *aspecto interno*, e a *independência* é o *aspecto externo* da soberania estatal.” No original: “*De ahí, resulta que el gobierno propio es el aspecto interno, y la independencia el aspecto externo, de la soberanía estatal.*” Ob. cit., p. 10.

³⁸ Ob. cit., p. 90.

jurídica dos Estados, mas não o seu âmbito material, pois este é apenas limitado pelo Direito Internacional, e na aceitação do monismo moderado de Verdross, isto significa que as regras do ordenamento nacional contrárias ao Direito Internacional poderão gerar a responsabilidade internacional do Estado infrator. A delimitação jurídica internacional não atinge assim do mesmo modo os âmbitos de validade formal e material.

A ordem jurídica nacional, isto é, uma ordem que constitui um Estado, pode, desse modo, ser definida como uma ordem coercitiva relativamente centralizada cujas esferas de validade territorial, pessoal e temporal são determinadas pelo Direito Internacional e cuja esfera de validade material é limitada apenas pelo Direito Internacional.³⁹

Assim, percebe-se que “[a] independência é um conteúdo puramente descritivo, alheio a qualquer conteúdo moral”,⁴⁰ porque não há produção legislativa internacional suficiente para que a validade material das normas nacionais seja determinada pelo Direito Internacional. Deve ser esclarecido que se interpreta na citação feita que o termo “conteúdo moral” aparece não como princípio ético, mas para marcar a ausência de referência a valores substantivos, organizando-se tão somente no plano sintático.

A independência é o conceito jurídico que dá o formato da ordem jurídica interna dos Estados, caracterizando-os como tal. É dizer, sem independência não há Estado. Neste sentido compreende-se a soberania como atributo essencial do Estado, (repita-se) condição *sine qua non* para a sua existência. Verdross situou a independência como um direito fundamental do Estado, e como tal se acha em conexão imediata com a situação dos Estados enquanto sujeitos do Direito Internacional, ou seja, ele só será Estado se mantiver estes direitos (à independência, à supremacia territorial e à honra).⁴¹

Por sua natureza, a independência está sujeita a uma verificação típica dos esquematismos binários do Direito. Trata-se, com o uso de uma figura de linguagem, de uma função exercida por um interruptor, um jogo de ligar ou desligar, *tertium non datur*. Quando se fala, nestes termos, de independência, só se pode dizer então se um Estado é ou não soberano.⁴² Esta concepção já era identificada por Jellinek: “[a]

³⁹ KELSEN, H. Ob. cit., p. 499.

⁴⁰ BRIERLY, J. Ob. cit., p. 126.

⁴¹ Ob. cit., p. 208-209.

⁴² É preciso apontar que há autores que identificam uma posição intermediária no caso dos protetorados ou dos Estados que entregam sua representação internacional a outro Estado, como é o caso do Principado de Mônaco. Mas só neste sentido, que é forçado, uma vez que há dependência ou independência, variando de acordo com as competências cedidas no caso específico, poderia se falar num conceito relativo. *Vide p.*

soberania é uma propriedade que não é suscetível nem de aumento nem de diminuição. É logicamente um superlativo que não pode se dividir, senão que só tolera junto a si outros poderes do mesmo gênero.”⁴³ Tal acepção rígida levará vários teóricos a não aceitarem mudanças no conceito de soberania, que por si será impassível de relativizações.

Em decorrência desta sua dupla caracterização como jurídica e formal, sua linearidade é maior no acompanhamento da História. Ou seja, neste aspecto a soberania manteve-se praticamente intacta desde os tempos em que foi formulada. Assim, ao descrever o século XIX, no qual a soberania teve sua projeção para o exterior maximizada, Kennedy afirmou:

Os soberanos eram entendidos como “iguais” de um novo modo. Eles não eram simplesmente iguais em dignidade, com direito aos mesmos protocolos, mas iguais num sentido abstrato, já que como absoluto nenhum soberano poderia, por definição, estar limitado por outro. Esta soberania absoluta, de mais a mais, não poderia ser uma questão de grau; era uma questão sem meio termo. Os soberanos não eram simplesmente iguais, mas intercambiáveis. Não havia a não ser uma soberania, uma discricção absoluta com um monopólio de força.⁴⁴

A descrição da soberania nestes termos está perfeitamente adequada com a noção de independência que aqui está sendo proposta, porque assinala-a-igualdade entre os Estados, também num sentido formal, e porque atribui a esta noção de independência a característica indispensável do Estado para o reconhecimento deste como ente de Direito Internacional.

ex., OPPENHEIM, L. *International Law : a treatise*. 7. ed. Vol. I. Ed. por H. Lauterpacht. Londres, Nova Iorque e Toronto : Longmans, Green and Co., 1948, § 68, p. 117; tb. REZEK, Francisco J. *Direito Internacional Público*, p. 245-246; Charles Rousseau refere-se a sistemas de competência mista, subdividida em igualitária (condomínio) e hierarquizada (protetorados), e ao exercício da independência por terceiros Estados, indo da colaboração à substituição (que retira a independência do substituído), o que comprova, ao menos em parte, que não há relativização, pois a independência pode existir ou não de acordo com as competências que são atribuídas a terceiros Estados. Ob. cit., p.91.

⁴³ Ob. cit., p. 405. Na língua original: “*La soberania es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución. Es lógicamente un superlativo que no puede dividirse, sino que sólo tolera junto a sí otros poderes del mismo género.*”

⁴⁴ KENNEDY, David. *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, N. 1, Spring 1997, p. 123. No original: “*Sovereigns were understood to be “equal” in a new way. They were not simply equal in dignity, entitled to similar protocol, but equal in an abstract sense, for, if absolute, no sovereign could, by definition, be bound by another. This absolute sovereignty, moreover, could not be a matter of degree; it was an on/off affair. Sovereigns were not simply equal, but interchangeable. There was but one sovereignty, an absolute discretion with a monopoly of force.*”

4.2.1 A soberania como conceito juridicamente vazio

Por tudo que foi antes exposto, caracteriza-se a independência como a forma jurídica da soberania no plano externo. Mas se este é o conceito jurídico, então a soberania não tem conteúdo. Ela será um conceito juridicamente vazio.

Um ponto de partida para o tópico a ser desenvolvido é a dualidade da noção de Estado como fenômeno político-social e como fenômeno jurídico. Assim, como fenômeno político-social, três elementos são indispensáveis para a existência de um Estado: território, população e governo. Alguns autores ainda acrescentam os serviços públicos. Como fenômeno jurídico a essência do Estado está ligada à idéia de soberania.⁴⁵ Em outros autores, ambas visões aparecem condensadas, afirmando-se que o Estado precisa de território, população e governo soberano.⁴⁶ De qualquer modo, é a partir desta classificação que a soberania aparece como conceito jurídico. Bobbio, por exemplo, refere-se a ela como um conceito jurídico por excelência.⁴⁷ Segue assim a Jellinek, que partindo da mesma premissa e indo além, afirma:

Esta nota da soberania é puramente formal e não diz nada acerca do conteúdo da limitação que o Estado se põe a si próprio, nem a respeito de como se vão determinando estas limitações.⁴⁸(...)

O Direito só indica em cada ocasião a situação atual do Estado, mas não fica dentro de sua esfera mostrar as possíveis ampliações que possa alcançar a competência deste.⁴⁹

Nesta visão, o Direito Internacional estabelece portanto os contornos de cada ordem jurídica estatal, em seus âmbitos de validade temporal, pessoal e territorial, permitindo, num primeiro momento, que a validade material das normas nacionais, que,

⁴⁵ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 77. O autor, lembre-se, rechaça a noção de soberania, que prefere substituir pela de independência.

⁴⁶ Esta é, por exemplo, a opinião de Oppenheim: "Um Estado propriamente dito - em contradição com as colônias e domínios - existe quando um povo está estabelecido em um território sob seu próprio governo soberano." Na língua do original: "*A State proper - in contradistinction to colonies and Dominions - is in existence when a people is settled in a country under its sovereign Government.*" OPPENHEIM, L. Ob. cit., § 64, p. 114.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo : Paz e Terra, 1992, p. 94.

⁴⁸ Ob. cit., p. 393, idéia repetida na p. 395. A afirmação de que a soberania é um conceito jurídico está na p. 388. Na língua original, o texto citado tem a seguinte redação: "*Esta nota de la soberania es puramente formal, y no dice nada acerca del contenido de la limitación que el Estado se pone a sí mismo, ni respecto a cómo se van determinando estas limitaciones.*"

nesta visão, são inferiores hierarquicamente às normas internacionais, esteja liberada de maiores controles jurídicos pela ordem internacional. Contudo, tais controles começam timidamente a aparecer no decorrer do século XX, exigindo uma revisão da concepção jurídica da projeção externa da soberania, preenchendo o vácuo deixado. Mesmo assim, é possível afirmar que o conceito de independência, aqui fixado como a versão formal da soberania continua sendo um conceito vazio. Isto porque, na bipartição das acepções de soberania, o controle da validade material das normas internas se verificará pela segunda, qual seja, a de autonomia, cujo tratamento está mais adiante.

4.2.2 Dois corolários da significação da soberania como independência

Em decorrência da independência de um Estado, um princípio se lhe aplicará, o da igualdade jurídica dos Estados.⁵⁰ Mas tal princípio só se aplica se aqueles que lhe serão iguais o reconhecerem como tal, o que implica este segundo princípio (o do reconhecimento), sobremaneira entrelaçado ao primeiro.

A temática vem relacionada com uma só pergunta: quando, sob o prisma do Direito Internacional⁵¹, a uma organização política poderá ser atribuído o título de Estado?

Em princípio a resposta parece simples. De um ponto de vista formal, que é o jurídico, já se a teria quando verificados os elementos do Estado acima arrolados. Mas esta resposta será insatisfatória. É porque justamente dentre estes elementos aparecerá o governo soberano ou a soberania. Uma organização política será soberana perante o Direito Internacional, quando ela for reconhecida como tal pelos demais soberanos. É dizer, só quando aqueles entes aos quais a pretendente organização quer se igualar a reconhecerem como igual a eles. Isto ocorre através do reconhecimento, cuja função

⁴⁹ Ob. cit., p. 393. Na língua original: *“El Derecho sólo indica en cada ocasión la situación actual del Estado, pero no queda dentro de su esfera el mostrar las posibles ampliaciones que pueda alcanzar la competencia de éste.”*

⁵⁰ Veja-se, por exemplo, de Oppenheim: “A doutrina abstrata da igualdade dos Estados é, em larga extensão, já outra manifestação daquela concepção de soberania.” No original: *“The abstract doctrine of equality of States is, to a large extent, yet another manifestation of that conception of sovereignty.”* Ob. cit., §70, p. 119.

⁵¹ Esta colocação do prisma tem a função proposital de afastar as discussões a respeito do caráter estatal ou não dos chamados “Estados federados” ou confederados. Sobre tal discussão, vide, v. g., JELLINEK, G., ob. cit., p. 397, que afirma não ser a soberania nota essencial do Estado porque há Estados sem soberania; para BRIERLY, J., ob. cit., p. 124: “Ao direito internacional não interessam todas as instituições a que na linguagem corrente se chama Estados, mas apenas aquelas cujo governo tem poderes para dirigir as suas relações exteriores.”

primária “é certificar uma coisa até então incerta - nomeadamente a independência duma entidade que se diz Estado - e declarar a disposição do Estado outorgante de aceitar as conseqüências normais do facto, especialmente observando a cortesia habitual do trato diplomático.”⁵²

Se é certo que por um lado o reconhecimento não é um ato constitutivo, mas apenas declarativo, como aceita a maioria da doutrina atual, por outro lado sua existência anterior não surte todos os efeitos jurídicos. O exemplo pode vir do caso brasileiro. O Brasil surge plena e juridicamente como Estado na ordem internacional com o seu reconhecimento pela pátria-mãe, através do Tratado do Rio de Janeiro, firmado em 29 de agosto de 1825. A declaração de independência às margens do Rio Ipiranga serviu assim para instaurar uma situação de fato que só foi confirmada juridicamente através do reconhecimento internacional.

Desta categoria do reconhecimento deriva uma outra, logicamente: a igualdade jurídica dos Estados. É porque se um Estado reconhece o outro como seu igual, obviamente ambos deverão ter alguma identidade, alguma característica comum que dê valor a esta afirmação. Este princípio de igualdade só faz então descrever aquilo que é notório. Esta igualdade é portanto uma igualdade jurídica, e, como se tem dito até aqui, também por isso formal. Este princípio, que está inscrito no artigo 2º da Carta da ONU, afirma então que os Estados são iguais justamente por serem Estados, pois é só nisso que são iguais, gerando este tautologismo que se acabou de descrever.

O combate a este princípio não pode ser senão retórico porque ele também é retórico. Mas não é este princípio que se combate quando se diz que a igualdade não existe de fato e que os Estados são na verdade muito desiguais entre si, havendo Estados fortes e fracos, ricos e pobres, e assim por diante; ao combater este princípio, pretende-se atacar justamente a falta de uma versão material deste princípio, ou seja: que não há uma preocupação de almejar uma igualdade além daquela puramente formal de Estados serem iguais porque são Estados.

É assim que Cruchaga, após analisar o princípio da igualdade jurídica dos Estados, conclui que o mesmo não tem vigência no Direito Internacional atual, mormente se contrastado com as demais normas da Carta da ONU, resultando num princípio vazio. Para ele isto decorre de alguns elementos contextuais específicos, quais sejam: a ONU é produto do subjetivismo da força (foi criada pelos vencedores, que

⁵² BRIERLY, J. Ob. cit., p. 136.

detinham a força, e como tal, responde aos interesses daqueles que a detinham quando a Carta foi elaborada), sendo portanto a lei do vencedor, e mais, a lei de certos vencedores, como se extrai da constituição do Conselho de Segurança (membros permanentes e não permanentes), seus poderes e competências, de quem depende toda a Organização.⁵³

Brierly também combate a doutrina da igualdade. Para o autor, ou ela significa tão-só que um Estado por mais forte que seja não pode passar por cima dos direitos de outro Estado por mais fraco que este seja, e aí sua utilidade é pouca porque ele não diz mais do que o óbvio; ou, significa que possuem os mesmos direitos, o que é falso se se confronta com a primazia jurídica existente na ONU para os países com poder de veto.⁵⁴

O combate é, deste modo, inócuo e mal dirigido. A igualdade do artigo 2º da Carta é uma igualdade formal e com um significado tão singelo que não há o que combater. Seu conteúdo é mínimo e sua acepção material não existe. Talvez o que está sendo alvo das críticas dos autores citados é a frustrante redução das pretensões de quem entende que este princípio deveria se estender às relações materiais da sociedade internacional, buscando atingir uma igualdade de fato. Mas aí novamente a insurgência é contra a redução da significação pretendida e não contra o princípio em si (não contra a igualdade formal dos Estados emergente do reconhecimento mútuo de um *status* comum entre si, a independência).

Desta exposição tem-se que a independência é um conceito formal, identificado em vários discursos sobre o Direito Internacional como a versão externa da soberania, que organiza sintaticamente os princípios jurídicos do Direito Internacional.

4.3 A SOBERANIA COMO AUTONOMIA

A segunda significação que transparece da soberania é material, relativa ao conteúdo do poder estatal, à margem de discricionariedade no seu exercício, ou ainda, à liberdade de ação no seu desempenho.

A autonomia, como se denominará de agora em diante esta segunda acepção, só é condição de existência do Estado no sentido de que algum-resíduo de autonomia deva ser sempre mantido, uma vez que se o âmbito de validade material do ordenamento de

⁵³ CRUCHAGA GANDARILLAS, V. Ob. cit., p. 83-84.

⁵⁴ BRIERLY, J. Ob. cit. p. 133.

um Estado estiver completamente absorvido por outro ordenamento (internacional ou de outro Estado), este Estado não mais pode ser reconhecido como tal.

Uma definição pode ser encontrada na obra de Charles Rousseau:

A autonomia, é dizer, a liberdade de decisão dentro de um quadro de competência própria, implica a existência de uma *competência discricionária* (apreciação da oportunidade das decisões a tomar), e é provavelmente aí que se deve procurar o resíduo irreduzível de diferença entre o Estado e as outras coletividades públicas.

A competência discricionária se opõe a *competência atada* (ou competência regrada), situação em que àquele órgão estático não se deixa mais o julgamento da oportunidade de sua atividade ou de sua abstenção, mas é ao contrário juridicamente obrigado a agir ou a não agir de um certo modo e num certo momento.⁵⁵

Uma nova dimensão se abre neste conceito. Mas é preciso reconhecer a natureza desta dimensão. Ela é política e histórica. É pois muito mais variável, de acordo com as formações discursivas em que se emprega o conceito de soberania, visando com ele esta acepção de autonomia. Inclui ela um juízo de oportunidade e não de pertinência, validade ou coerência, típicos da objetividade que se imputa ao Direito. Tal juízo de oportunidade é característico do meio político.

Talvez Grócio já pudesse inspirar tal formulação. Em determinadas passagens do seu Tratado, ele interpreta a soberania como liberdade de ação política: “[a]gora, como uma obrigação deste tipo [obrigação pessoal do direito feudal] não privaria um indivíduo do direito à liberdade pessoal, também não retira do rei ou do Estado a soberania, que é a liberdade política.”⁵⁶

⁵⁵ Ob. cit., p. 82. Na língua original: “L’autonomie, c’est-à-dire la liberté de décision dans un cadre de compétence propre, implique l’existence d’une compétence discrétionnaire (appréciation de l’opportunité des décisions a prendre), et c’est peut-être là qu’il faut chercher le résidu irréductible qui différencie l’Etat des autres collectivités publiques.

A la compétence discrétionnaire s’oppose la compétence liée (ou compétence réglée), situation dans laquelle l’organe étatique n’est plus laissé juge de l’opportunité de son activité ou de son abstention, mais est au contraire juridiquement obligé d’agir ou de ne pas agir d’une certaine façon et à un certain moment.” Embora esta definição seja praticamente a mesma que se pretende adotar aqui, e isto é reconhecido, o autor traz uma terceira implicação da independência do Estado, que é a plenitude da competência, isto é, que o Estado deve poder escolher a extensão da sua competência em razão da matéria, ressaltando a sua responsabilidade internacional. Mas se é ressaltada sua competência internacional, então é porque tal liberdade está condicionada a determinadas regras, e tal verificação pode ser bem feita dentro da categoria de autonomia, sendo despicienda esta terceira. Usando uma paráfrase de Hart, é um domínio de sua conduta em que este Estado não é autônomo.

⁵⁶ GROTIUS, Hugo. *De jure Belli ac Pacis libri tres*. Trad. Francis W. Kesley et alii. Oxford : Clarendon Press, 1925, I.III.XXIII.2, p. 137. Na língua original: “Now, as such an obligation would not deprive an individual of the right of personal liberty, so it does not deprive a king or a state of sovereignty, which is political freedom.” Esta liberdade é identificada com a noção de autonomia quando Grócio se refere ao

Não haverá qualquer dificuldade em se explicar porque este significado às vezes dado à soberania é passível de uma verificação gradual. Esta avaliação, que, para abusar da mesma figura de linguagem já usada, funciona como um potenciômetro, é a aplicação lógica da afirmação de que ela é fruto de um juízo de oportunidade, porque interessa saber a margem de discricionariedade (ou a liberdade, para dizer de outro modo), que sobra ao exercente do poder estatal para manobrar a sua atuação.

É neste sentido que Oppenheim afirma:

A independência [termo usado pelo autor para designar a soberania externa] não é uma liberdade ilimitada para um Estado fazer o que ele quer sem nenhuma restrição qualquer. O mero fato de um Estado ser membro da Família das Nações restringe sua liberdade de ação com relação aos outros Estados, porque ele está obrigado a não intervir nos assuntos dos outros Estados. (...) A independência é uma questão de grau, e é por conseguinte também uma questão de grau saber se a independência de um Estado está destruída ou não por certas restrições.⁵⁷

Desta possibilidade de verificar a soberania já não em termos de sim ou não apenas, mas em graus, decorre a admissão de se tratar de um conceito relativo de soberania. É claro contudo que este “relativo” opõe-se a “absoluto”, que é apenas um dos qualificativos aplicáveis à soberania. Ao entender soberania como autonomia pode-se então falar em soberania relativa, mas tendo presente que este é apenas um aspecto do discurso.

Esse aspecto está relacionado com o âmbito de validade material das normas de Direito Nacional em relação às normas de Direito Internacional. Mesmo que o controle que o Direito Internacional exerça sobre a ordem jurídica interna seja ulterior, através da responsabilidade internacional do Estado, ele existe. Disto são exemplos a Carta dos Direitos Humanos da ONU, e, para entrar nos exemplos que interessam aqui, as disposições dos tratados de integração econômica, porque eles impedem que um Estado

desejo de liberdade de um povo como causa injusta para a guerra: “Liberdade, seja de indivíduos ou de estados, isto é ‘autonomia’, não pode dar direito à guerra, como se por natureza e em todos os tempos a liberdade fosse adaptada a todas as pessoas.” No original: “*Liberty, whether of individuals or of states, that is ‘autonomy’, cannot give the right to war, just as if by nature and at all times liberty was adapted to all persons.*” *Idem*, II.XXII.XI, p. 551.

⁵⁷ *Ob. cit.*, § 126, p. 257. No original: “*Independence is not unlimited liberty for a State to do what it likes without any restriction whatever. The mere fact that a State is a member of the Family of Nations restricts its liberty of action with regard to other States, because it is bound not to intervene in the affairs of other States. (...) Independence is a question of degree, and it is therefore also a question of degree whether the independence of a State is destroyed or not by certain restrictions.*”

adote determinadas condutas, ou seja, eles condicionam a conduta dos Estados, limitando sua liberdade de ação. Não se está limitando a sua condição de Estado. Sua independência permanece. O que se altera, para menos, é a margem de discricionariedade que um Estado tem para adotar as medidas que bem queira.

4.3.1 Provas à aceção de autonomia

Conforme se disse antes, em várias obras se diz que a soberania de um Estado foi diminuída, restringida ou abalada. Mas em quase todos eles é a autonomia e não a independência de um Estado que está sendo diminuída. Algumas demonstrações da aplicação da soberania na aceção de autonomia são a seguir tentadas.

Nestes tempos de globalização⁵⁸ (termo que cuidadosamente se evitou até aqui, por sua múltipla e imprecisa significação, mas que para este momento não trará maiores problemas), é comum o alarde em torno da soberania nacional, em discursos vários que tentam demonstrar seu abalo diante das finanças voláteis, decorrente da falta das condições de controle da economia pelos governos. Nestes discursos, menciona-se o capital que não tem bandeira, que vem e foge, deixando um rastro de desequilíbrio macroeconômico.

Neste sentido, observa-se que as finanças de um Estado podem colocá-lo à inteira mercê de influências externas. Para não se usar mais deste exemplo instigante que geraria uma outra dissertação, pode-se voltar os olhos ao século passado, para fazê-lo a esmo, uma vez que abundam os modelos. A Tunísia em 1868 teve que submeter o controle de suas finanças a uma Caixa da Dívida, que tinha representação dos seus principais credores, em sua maioria bancos franceses. Em troca dos favores financeiros, o “beí” daria a concessão de “estabelecimento” na costa tunisina. Isto levou a Itália a impor, através da força, em 1881, um protetorado. Semelhante caso aconteceu no Egito em 1876, culminando com a deposição do Quediva Ismail por interesses dos credores ingleses, o que provocou um levante liderado por Arabi Pachá, sufocado pela Grã-Bretanha através das armas.⁵⁹

⁵⁸ “...pode-se definir como globalização o processo de internacionalização dos fatores produtivos, impulsionado pela revolução tecnológica e pela internacionalização dos capitais. Concomitantemente, alargaram-se as atividades das empresas transnacionais, que difundem técnicas produtivas e homogeneizam padrões culturais e de consumo.” BARRAL, Welber. *Globalização, neoliberalismo e o Direito do Trabalho no Mercosul*. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de, RAMOS, Alexandre Luiz. *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba : IBEJ, 1998, p. 145.

⁵⁹ RENOUVIN, P. e DUROSELLE, J. B. *Introdução à História das Relações Internacionais*. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1967, p. 169.

A diferença entre a autonomia e a independência pode ser extraída destas frases de Renouvin:

Em suma, o Estado tomador [Império Otomano, que por decreto liquidou a falência em 1881], quando se encontrava em situação política fraca ou instável, era levado a conceder aos investimentos estrangeiros garantias extraordinárias, de natureza a atentar contra a sua independência. A soberania de um Estado assim pode tornar-se uma ficção constitucional, na qual só o jurista continua crendo, enquanto o homem de Estado a desdenha.⁶⁰

A passagem citada opõe a situação de um poder teoricamente existente e as possibilidades de sua redução substancial. A partir dela, pode-se extrair duas situações em contraste: uma, a soberania como estandarte de uma situação jurídica situada num âmbito discursivo; e outra, que é a ampla ausência de autonomia na administração da economia interna do país.

O caso das zonas pesqueiras entre Islândia e Reino Unido também pode ilustrar como a autonomia de um Estado pode ser afetada por demonstrações de força ou pelo uso da força propriamente dito. Esta controvérsia, levada ao conhecimento da CIJ, começou quando a Islândia resolveu delimitar a sua zona de exclusividade contando 50 milhas a partir da sua costa, proibindo em seguida barcos de outros países de pescarem no local. A Corte deu razão ao pleito do Reino Unido, sustentando que o limite colocado unilateralmente pela Islândia não poderia ser oponível àquele país. Entretanto, o Juiz Padilla Nervo, vencido no julgamento, colacionou opinião dissidente, na qual ficou consignada sua opinião no sentido de que o envolvimento da Marinha Real Britânica implicou o uso de força no caso, ainda que sem usar da força armada, pois “sua mera presença nos mares dentro dos limites da zona pesqueira do Estado costeiro podem ser pressão suficiente.” E na interpretação do uso da força, foi mais longe ao afirmar:

Um grande poder pode usar força e pressão contra uma nação pequena de várias maneiras, mesmo pelo fato de insistir diplomaticamente em ter sua visão reconhecida e aceita. (...) certas ‘Notas’ entregues pelo governo de um grande poder ao

⁶⁰ Ob. cit., p. 172.

governo de uma nação pequena, podem ter o mesmo propósito e o mesmo efeito que o uso ou ameaça de força.”⁶¹

* { Deste exemplo, extrai-se o reconhecimento na jurisprudência internacional de que apesar de haver um *status* comum de igualdade formal, os Estados encontram-se em diferentes planos de autonomia, decorrentes do seu poderio, seja ele militar, econômico ou de outra natureza.

Outro exemplo típico desta restrição à liberdade de ação de um Estado está na disputa do Istmo da Carélia entre Rússia e Finlândia. Em casos como este, de todo cotidianos, verifica-se a falta de autonomia dos países pequenos em virtude da força dos grandes. O termo “soberania”, tão imponente quanto a condição de superlativo lhe permite, pode-se reduzir, para parafrasear uma citação anterior, “a uma mera ficção constitucional”. O Estado finlandês teve de se submeter à vontade de um outro ente político, igual a si juridicamente. Nem por isto deixou de ser soberano, mas esta frase só pode ser tomada no sentido de que não deixou de ser independente, não deixou de ser um Estado. Mas que sua vontade não foi a última a prevalecer nos assuntos que quisesse, isto já se prova. Se alguém asseverasse neste momento que a Finlândia não era mais soberana, só poderia estar se referindo à autonomia do Estado finlandês.

Na mesma esteira, encontram-se os discursos nacionalistas de diversas orientações político-ideológicas, que têm em comum o apelo à comoção pública na abordagem da “perda da soberania” brasileira (ou de outro Estado que seja) para os grandes poderes estrangeiros ou internacionais.⁶² Independente de suas razões, interessa aqui afirmar que a soberania de que tratam é a autonomia dos Estados e não a sua independência.

Como derradeiro argumento, verifica-se que a autonomia já vem sendo recepcionada como critério de identificação das unidades na esfera jurídica internacional, quando no Acordo Constitutivo da OMC despreza-se o ponto de vista da

⁶¹ HAMBRO, Edvard, ROVINE, Arthur W. *The case law of the international Court*. Vol VIII, 1973-1974. Holanda : A. W. Sijthoff, 1976, p. 26. Na lingua original: “its mere presence on the seas inside the fishery limits of the coastal State could be enough pressure.” “A big power can use force and pressure against a small nation in many ways, even by the very fact of diplomatically insisting in having its view recognized and accepted.” “certain ‘Notes’ delivered by the government of a strong power to the government of a small nation, may have the same purpose and the same effect as the use or threat of force.” O caso encontra-se descrito nas páginas 539-546.

⁶² Neste sentido encontra-se por exemplo a obra de PEREIRA, Osny Duarte. *Ferro e Independência : um desafio à dignidade nacional*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1967. Ali o autor faz um chamamento à questão da exploração dos minérios no Brasil, realizada histórica e predominantemente por estrangeiros.

independência política para privilegiar o de autonomia na regulamentação econômica. Com efeito, o artigo XII determina:

Poderá aceder a este Acordo, nos termos que convencionar com a OMC, qualquer Estado ou território aduaneiro separado que tenha completa *autonomia* na condução de suas relações comerciais externas e de outros assuntos contemplados neste Acordo e nos Acordos Comerciais Multilaterais. Essa acessão aplica-se a este Acordo e aos Acordos Comerciais Multilaterais a este anexados.⁶³ (grifou-se)

Um pouco além, a concepção de autonomia foi usada pelo Órgão de Apelação da OMC no final do relatório do caso da gasolina, com significado bastante próximo ao aqui proposto:

Os Membros da OMC têm uma grande medida de autonomia para determinar suas próprias políticas relativas ao meio ambiente (incluindo sua relação com o comércio), seus objetivos ambientais e a legislação ambiental que eles decretam e implementem. Ao que diz respeito à OMC, esta autonomia está circunscrita apenas pela necessidade de respeitar as exigências do *Acordo Geral* e os outros acordos abrangidos.⁶⁴

Consolidada assim a distinção proposta, cumpre fazer um aparte e verificar sua correspondência com outras. Holzmann Pérez formula uma distinção semelhante, usando uma terminologia diferente, ao referir-se à soberania formal e real:

Neste cenário, de evidentes assimetrias, contrapõe-se de forma direta a soberania formal dos países da América Latina com a soberania real dos países chamados líderes ou potências. Com efeito, a soberania real é algo mais do que a igualdade jurídica ou o reconhecimento internacional de determinadas condições de cada Estado, senão que se refere à capacidade efetiva de de

⁶³ Desta forma, permitiu-se que Hong Kong e Macau se tornassem Membros da OMC, em 29.04.1986 e 11.01.1991, respectivamente.

⁶⁴ OMC. *Estados Unidos - Padrões para Gasolina Reformulada e Convencional*. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS2/AB/R. 29.04.1996, último parágrafo do relatório (s/nº), p. 31. No original: "WTO Members have a large measure of autonomy to determine their own policies on the environment (including its relationship with trade), their environmental objectives and the environmental legislation they enact and implement. So far as concerns the WTO, that autonomy is circumscribed only by the need to respect the requirements of the General Agreement and the other covered agreements."

autodeterminação num mundo, que sob o nome de mercado, é crescentemente interdependente.⁶⁵

Entretanto, percebe-se que há uma discrepância da distinção aqui proposta entre independência e autonomia, podendo-se afirmar que para os termos aqui qualificados, o autor está se referindo a graus menores e maiores de autonomia, e não diferenciando-a de um conceito formal, em que pese o termo “soberania formal” que textualmente usou. Tal gradação de soberania, como exposta pelo autor citado, é aceita e formulada em maior detalhe mais adiante, inclusive aplicando-a aos dois processos de cooperação nas relações econômicas internacionais analisados nos capítulos anteriores.

Celso Lafer, também traz uma distinção entre dois usos do termo soberania: ‘Este 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”.’⁶⁶ John Jackson, por sua vez, afirma: “A aceitação clara de qualquer tratado de um certo modo reduz a liberdade de ação dos governos nacionais.”⁶⁷

Nestes termos, “soberania operacional” ou “liberdade de ação” do Estado são conceitos identificáveis com a noção de autonomia proposta neste trabalho.

Outra distinção proposta, que tem obtido larga repercussão,⁶⁸ é a de Fausto de Quadros. A distinção trazida por ele é talvez bem próxima daquela que aqui se propõe. Para o jurista português, a soberania tem dois aspectos: primeiro “como susceptibilidade, como aptidão para se afirmar como poder supremo e independente, como *raiz*, como *fundamento*, como *essência* ou *conteúdo essencial* (...) Surge-nos daí um conceito *qualitativo* de soberania - qualitativo porque, repetimos, exprime uma mera

⁶⁵ HOLZMANN PÉREZ, Guillermo. Las variables estratégicas en los procesos de integración : un análisis del impacto en el mercosur y sus implicancias futuras. In: PIMENTEL, Luiz Olavo. *Mercosul no Cenário Internacional : Direito e Sociedade*. Vol. 1. Curitiba : Juruá, 1999, p. 236-237. No original: “En este escenario, de evidentes asimetrías, se contraponen en forma directa la soberanía formal de los países de Latinoamérica con la soberanía real de los llamados países líderes o potencias. En efecto, la soberanía real es algo más que la igualdad jurídica o el reconocimiento internacional a determinadas condiciones de cada Estado, sino que se refiere a la capacidad efectiva de autodeterminación en un mundo, que bajo el nombre de mercado, es crecientemente interdependiente.”

⁶⁶ LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994, p. 19-20.

⁶⁷ JACKSON, John. Global Economics and International Economic Law. *Journal of International Economic Law*. Vol. 1, n. 1, mar. 1998. Oxford : Oxford University Press, 1998, p. 18. No original: “Clearly acceptance of any treaty insome sense reduces the freedom ofscope of national government actions.”

⁶⁸ Neste Curso de Pós-Graduação, adotou-a expressamente STELZER, Joana, *Integração Europeia : dimensão supranacional*. Florianópolis, 1998. Dissertação de Mestrado. CPGD - UFSC, p. 78.

susceptibilidade e é alheia a qualquer quantificação”; depois como “soma de *poderes soberanos*, isto é, como medida, como *quantum* de todas as faculdades em que se traduz o poder supremo e independente. Por aqui chegamos a um conceito *quantitativo* de soberania.”⁶⁹

Como se vê há alguma identidade entre as duas formulações, sendo provavelmente a mais saliente a nítida advertência para a existência de duas acepções diversas para o termo “soberania”, uma passível de gradações e a outra não.

Mas há também diferenças em relação à formulação aqui esboçada. A maior talvez seja a que atribui o autor citado ao conteúdo a noção que é ausente de quantificações, a que denomina “essência” da soberania. Tem-se por outro lado que a soberania é um conceito sobretudo jurídico e que como tal tem sua essência resumida a um aspecto exclusivamente formal (é um conceito juridicamente vazio).

A menor, ou quiçá um desenvolvimento da primeira diferença, é a de que a idéia de quantificação de Quadros, traz à tona o conjunto dos *jura regalia*, as prerrogativas do soberano, o que não é a mesma coisa que se procura aqui definir como o conteúdo da soberania. Aliás, neste ponto, parece ser possível trazer novamente a verificação de Jellinek, para quem os teóricos ao tratar da soberania ligavam-na a três coisas diferentes: a um atributo do poder político, ao próprio poder político e à figura do titular do poder político de um Estado. Eliminando a última categoria, abandonada após a identificação do Estado como titular da soberania, coincidência que fará esta terceira categoria ser absorvida pela primeira, encontra-se o fundamento da distinção de Fausto de Quadros, e aí identifica-se à primeira categoria apontada por Jellinek aquela que Fausto de Quadros definiu como a essência do poder soberano e à segunda a noção quantitativa do autor português.

Difere portanto daquela aqui proposta porque, como elemento material da concepção esboçada nesta dissertação, não se quer referir senão, por afirmação, à liberdade de ação, à margem de discricionariedade, ao *quantum* de autonomia, e por negação, à ausência de controles externos que reduzam justamente esta liberdade de ação no exercício do poder soberano do Estado. É claro que tal autonomia se verifica no exercício das prerrogativas soberanas, mas uma coisa e a outra não são a mesma, pois uma (a de Quadros) refere-se ao somatório destas prerrogativas e a outra (a deste trabalho) à margem de discricionariedade no uso delas. É dizer, uma está dirigida ao

⁶⁹ QUADROS, Fausto de. Ob. cit., p. 339.

aspecto sensível, externo, prático, do poder soberano, enquanto a outra está num plano ainda abstrato, na própria essência do conceito.

Logo adiante, Quadros traz uma analogia que serve para demonstrar a diferença nas concepções. O seu argumento está em comparar a personalidade jurídica e a capacidade jurídica.

Há um grande paralelismo entre esta divisão do conceito de soberania e a distinção que a Ciência do Direito leva a cabo entre personalidade jurídica, como susceptibilidade de se ser titular de direitos e suporte de obrigações, e capacidade jurídica, como medida dos direitos e obrigações de que se é susceptível de exercer (capacidade de exercício).⁷⁰

Esta diferença já havia sido presentida por Grócio:

No caso do poder político, não menos do que naquele da propriedade privada, é necessário distinguir entre o direito e o seu exercício, ou o primeiro ato e o segundo. Porque um rei que é uma criança possui poder político mas é incapaz de usá-lo. Um rei, novamente, pode ser louco ou prisioneiro; e um rei pode estar em território estrangeiro e viver de uma maneira que a sua liberdade de ação com respeito a um domínio existente em qualquer outro lugar não lhe é permitida.⁷¹

Parece ser a mesma visão de Fausto de Quadros, dividindo entre capacidade e personalidade, demonstrando a diferença entre ter um direito e a capacidade efetiva para exercê-lo. Porém, tal analogia é de utilidade duvidosa, pois não leva em conta o aspecto gradual da soberania. Com efeito, a capacidade civil é uma condição de direito, que se tem ou não. Não se é mais ou menos capaz. Apesar de haver um *tertius*, que é a incapacidade relativa, isto não significa necessariamente a possibilidade de uma gradação, tal qual se vislumbra alcançar com a noção de autonomia.

Há mais a saber desta distinção de Quadros:

Também tal acontece nas relações entre personalidade e capacidade jurídicas, a soberania qualitativa é um pressuposto

⁷⁰ Ob. cit., p. 339.

⁷¹ Ob. cit., I.III.XXIV, p. 137. No original: "In the case of political power not less than in that of private ownership it is necessary to distinguish between the right and its exercise, or the first act and the second. For a king who is an infant possesses political power but is unable to use it. A king, again, may be insane or a captive; and a king may be in foreign territory and live in such a way that freedom of action in respect to a dominion existing elsewhere is not permitted to him."

lógico da soberania quantitativa, mas esta pode ser *maior* ou *menor, mais ou menos limitada*, sem ser imperioso que com isto se belisque na soberania como qualidade: em princípio, parece que só se beliscará nela quando a limitação da soberania quantitativa for ao ponto de esvaziar completamente o *quantum* dos poderes soberanos.⁷²

Neste parágrafo, há um potencial de harmonização das duas concepções (a desta dissertação e a do autor português) no que tange às suas conseqüências: primeiro, que é admissível gradação da soberania, ao menos numa acepção; segundo, que com esta noção pode-se admitir a transferência ou pelo menos a delegação de poderes soberanos sem derrubar a soberania do Estado; terceiro, em seqüência ao anterior, que o aspecto quantitativo só condiciona o qualitativo com respeito a um resíduo mínimo de sua existência, que desaparecendo, implica o desaparecimento do aspecto qualitativo, assim como se reduzida completamente a autonomia de um Estado sua independência também será afetada.

Por último, numa passagem logo a seguir, Quadros se refere à soberania qualitativa como “soberania propriamente dita”, revelando como no uso corriqueiro do termo aquela acepção que se vincula à independência é a mais presente.

4.3.2 Os graus de autonomia

Até aqui foi sustentada a tese de que a autonomia é um conceito que admite gradações. Contudo, é possível avançar, determinando com alguma precisão quais são estes graus.

Os graus de autonomia podem ser situados em três zonas diferentes (em relação à sua maior ou menor autonomia). Estas três faixas são a arbitrariedade, a discricionariedade e a vinculação. Tais conceitos são usados no Direito Administrativo, ligados à apreciação feita pela autoridade na ação administrativa. Portanto, para aplicá-los aqui, cumpre expor sua significação no campo de origem, para depois efetuar a transposição para os temas aqui abordados, ressaltando suas diferenças com vistas a evitar equívocos interpretativos.

No Direito Administrativo, os conceitos aqui enunciados são usados em relação aos atos administrativos. Assim, a arbitrariedade, a discricionariedade e a vinculação manifestam-

⁷² QUADROS, Fausto de. Ob. cit., p. 339.

se no conteúdo do ato administrativo, revelando uma maior ou menor margem de liberdade para a autoridade. Quando a liberdade é total, diz-se que o ato é **arbitrário**. Neste sentido, o ato arbitrário chega a ser igualado ao ato que não é legal, pondo em antítese arbitrariedade e Direito. A arbitrariedade “é fruto da mera vontade ou do puro capricho dos administradores”⁷³, ou seja, sua única motivação é *sit pro ratione voluntas*.⁷⁴ Para o que interessa aqui, a arbitrariedade é então a zona de mais ampla liberdade de escolha cabível àquele que realiza o ato, não havendo praticamente limites a essa escolha.

Uma segunda faixa em relação à liberdade de escolha, é a do ato **discricionário**. No Direito Administrativo, um esforço tem sido feito de transformar a discricionariedade da apreciação do caso concreto que exige a medida a ser tomada pela administração pública num ato subordinado às finalidades da lei. Neste sentido, não há ato administrativo *extra legem*, cabendo à autoridade apenas verificar qual, no caso concreto, “a medida mais adequada para atender a finalidade legal.”⁷⁵ O nível de subjetividade na atuação administrativa tende deste modo a ser reduzido, transformando o poder discricionário em dever discricionário.⁷⁶ Nesta esteira, aparece o conceito de discricionariedade assim delimitado:

*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.*⁷⁷

⁷³ FERNANDEZ, Tomas R. *De la arbitrariedad de la administración*. 2. ed. ampl. Madrid : Civitas, 1997, p. 81. No original, o parágrafo completo tem a seguinte redação: “En su significación más primaria el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discricionariedad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo - mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión - de una fundamentación que lo sostiene.”

⁷⁴ *Idem*, p. 82.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade - discricionariedade - seus limites e controle. *Revista de Direito Público*. n. 86, [s.l.-s.d.], [199-], p. 43.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 15. Assim explica o autor: “Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como *mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público.”

⁷⁷ *Idem*, p. 48, grifo do original.

A tendência verificada no Direito Administrativo, ruma, portanto, à conformação do conceito de discricionariedade em um ponto próximo a uma vinculação teleológica. É dizer, permite-se que se escolha os meios, sem alterar o escopo da norma, nem desviá-lo para atingir outro interesse que não aquele consubstanciado na própria norma. O administrador fica, pois, vinculado à finalidade da norma. Contudo, há uma margem de liberdade, que situará a discricionariedade num campo médio entre a arbitrariedade e a vinculação.

O último conceito dos três a serem analisados é justamente o de **vinculação**. Diz-se que um ato administrativo é vinculado, “quando a lei preestabelece qual a única e obrigatória conduta a ser tomada perante situações por ela previamente caracterizadas mediante conceitos precisos, suscetíveis de aferição objetiva.”⁷⁸ Logo, fica claro que quando há a vinculação, supprime-se toda a margem de escolha, desaparece a liberdade de ação, pois o poder aqui está convertido totalmente em obrigação, quanto aos meios e ao resultado.

Expostos que estão os conceitos no seu campo de origem, cumpre fazer algumas ponderações para evitar que a transposição seja feita à revelia do contexto, o que a pecharia de irresponsável. A primeira observação a fazer nesta direção é relativa ao sujeito ativo, o atuante, pois é preciso determinar que um Estado não é um simples mandatário das normas internacionais que se traduzem em obrigações de conduta. Um Estado se obriga por um tratado a emanar normas num determinado sentido, mas de uma forma mais próxima a uma obrigação contratual do que a uma obrigação por subordinação (em que pese a opção feita pelo monismo com primazia do Direito Internacional, pois se trata da natureza da obrigação e não de seu fundamento ou de sua eficácia no plano dos comportamentos). A relação de um Estado com a ordem jurídica internacional não é de mero executor ou de órgão propriamente dito desta ordem, tornando sua vinculação muito mais fluida e incerta. É dizer, o Estado não toma por referência de fonte do seu poder a ordem internacional, que apenas o delimita. A referência à origem do poder, dependendo da matriz adotada, emana da sociedade, do povo, da nação ou do direito sucessório, mas não de uma autoridade superior.

Em segundo lugar, a eliminação da discricionariedade no âmbito interno é um discurso de ampla receptividade nas teorias do Estado de Direito, pois tendem a garantir

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Legalidade...*, ob. cit., p. 43.

o cumprimento dos escopos traçados nas normas constitucionais dos Estados. No Direito Internacional, além de não haver em sentido próprio normas constitucionais, não há a construção de um aparato burocrático com rígidos regimes de competência a serem detalhados no sentido do Direito interno. Por esta razão, a discricionariedade que é aplicada com um sentido diverso do puramente literal no Direito Administrativo, pode ser mais aproximada ao sentido literal em outra área. Por outras palavras, no Direito Internacional há menor compromisso com a legalidade dos atos e sua coerência com as normas que lhe atribuem competência, permitindo falar em discricionariedade num sentido mais aberto, com referência a maior liberdade de ação do que se dá ao ato discricionário no Direito Administrativo.

Por último, não menos importante é ressaltar que a obrigação a que se liga a apreciação mais ou menos subjetiva da autoridade administrativa é uma obrigação positiva, comissiva, de atuar num determinado sentido, enquanto a obrigação do Estado de cumprir as normas oriundas de uma regulamentação internacional pode ser, e na maioria das vezes é, omissiva, ou seja, uma obrigação de, ao atuar, não fazê-lo num determinado sentido proscrito pela norma internacional, ou não atingir determinados objetivos tutelados por ela (previsibilidade e estabilidade das relações econômicas internacionais, por exemplo, no caso da OMC).

Feitas as ressalvas mais importantes (e só estas para que não superem em tamanho e importância o conteúdo a que se referem), passa-se ao esclarecimento dos três conceitos para os fins a que aqui se propõe.

Repasse-se então que se veio definindo até este momento autonomia como um conceito próximo a “liberdade de ação”. Portanto, o aproveitamento destes conceitos parece próprio, porquanto todos dizem respeito à margem de escolha (ou liberdade de ação) que tem a autoridade administrativa para escolher a conduta a realizar.

A liberdade de ação estará sujeita assim à gradação em três estágios. O primeiro é o de arbitrariedade, no qual a liberdade é ampla e os limites, se há, são insignificantes. O segundo é o de discricionariedade, no qual há uma certa liberdade, porém fixada entre determinados parâmetros. O padrão de rigidez destes parâmetros, é variável, sendo bastante acentuado no Direito Administrativo, como visto, e, *grosso modo*, menos acentuado no Direito Internacional Público. Finalmente, não havendo discricionariedade alguma, a ação é vinculada.

Como se convencionou serem estes os graus de autonomia, traduz-se para a linguagem aqui desenvolvida a arbitrariedade como o grau máximo de autonomia e a vinculação o grau mínimo, sendo a discricionariedade o grau médio.

5. INTERGOVERNAMENTABILIDADE E SUPRANAÇÃOALIDADE

Para verificar a autonomia e a independência brasileira frente ao Mercosul e à OMC, será preciso diferenciar os paradigmas de integração, porque a escolha de um ou de outro vai implicar diretamente a adoção de um maior ou menor aparato burocrático, de cuja complexidade e poder depende em certa medida o grau de autonomia envolvido.

Na criação de instituições internacionais no campo do Direito Internacional Econômico, que via de regra constituem um corpo de normas para regular a atividade econômica dos Estados-membros, dois paradigmas plenamente diferenciáveis podem ser adotados: a intergovernamentabilidade e a supranacionalidade.

Embora algumas vezes haja equívocos na utilização destes conceitos, é praticamente assente a distinção entre os dois, cabendo o emprego do termo supranacionalidade a processo de integração mais avançada e de intergovernamentabilidade a processos de mera cooperação internacional.

Sobre o conceito de supranacionalidade, propriamente recente, já muito se discutiu. Sugeriu-se por vezes como mais adequado o termo “sobrestadualidade”, por fazer menção a Estado e não a nação, justificando-se tal escolha pela afirmativa de que Estado é um conceito juridicamente mais bem definido do que nação e porque por “supranacional” se pretende significar um poder superior aos Estados. Entretanto, reconhece-se que o termo supranacionalidade obteve uma difusão que dificulta a mudança terminológica, em que pese a inadequação apontada.⁷⁹ Fausto de Quadros define o conceito em foco:

Dentro da orientação exposta [de construção normativa do conceito], a supranacionalidade determinará para nós, o nascimento de um poder político superior aos Estados, resultante da transferência definitiva por estes da esfera dos seus poderes soberanos relativos aos domínios abrangidos pela entidade supranacional, e em que designadamente o poder legislativo (como poder de criação de Direito novo) é exercido em função do

⁷⁹ QUADROS, Fausto de. Ob. cit., p. 136-137.

interesse comum e não do interesse dos Estados. Só quando este conceito for respeitado na íntegra poderemos dizer que uma entidade (neste caso concreto, as Comunidades ou a sua ordem jurídica) é supranacional.⁸⁰

Deste conceito, releva-se algumas características fundamentais: a) o conceito de supranacionalidade pressupõe uma nova figura de titularidade do poder, que se situa acima dos Estados; b) o conceito pressupõe a transferência de poderes soberanos; c) o fim comum é privilegiado em relação ao fim individual, e a finalidade comunitária integra o conceito.

Logo, quando se verifica o paradigma da supranacionalidade, a zona de arbitrariedade fica de pronto afastada, havendo formas de exercício discricionário do poder e inclusive casos de vinculação.

Como visto, em nenhum dos dois casos de cooperação nas relações econômicas internacionais analisados (OMC e Mercosul) há supranacionalidade. Portanto, o exemplo possível é alheio ao objeto desta dissertação. Não obstante, deve ser mencionado. O exemplo de paradigma supranacional é aquele vigente na União Européia. Lá prevalece o interesse comunitário sobre o das unidades estatais; as entidades comunitárias podem obrigar os indivíduos e os Estados da comunidade, porque retêm parcelas que lhes foram transferidas pelos entes estatais.

Os casos de menor autonomia na União Européia são vislumbrados no efeito direto das normas da comunidade, sobretudo dos Regulamentos; também pode ser verificada uma discricionariedade rigidamente fixada no caso das Diretivas, que obrigam a alcançar o escopo da norma, permitindo a escolha do melhor instrumento para alcançá-lo, tal qual o conceito se emprega para estes fins no Direito Administrativo, que como se disse, distorce o significado literal de discricionariedade para torná-la uma vinculação teleológica.

Uma segunda diferença, não menos importante, reside na determinação da existência de transferência de poderes soberanos. Neste ponto, basta a remissão a um ponto anterior do capítulo, quando se fez a diferenciação entre transferência e delegação de poderes soberanos. A primeira, definitiva, alheia quem transfere do poder

⁸⁰ *Idem*, p. 158. Semelhante definição encontra-se em dissertação defendida neste Curso de Pós-Graduação: "O significado do termo supranacional expressa um poder de mando superior aos Estados, resultado da transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício da organização comunitária, permitindo-lhe a orientação e a regulação de certas matérias, sempre tendo em vista os anseios integracionistas." STELZER, Joana. Ob. cit., p. 67.

transferido, enquanto a segunda, precária, permite a manutenção do poder delegado com aquele que delega. Tanto no Mercosul, como na OMC, há apenas delegação de poderes.

Quanto à determinação de um fim comum, este pode ser observado a partir dos casos estudados. No caso do Mercosul, as negociações do regime automotivo comum denotam que não há senão uma interseção entre os interesses dos Estados Partes, sem haver um interesse comum, próprio do bloco.

No caso da OMC, o caso estudado demonstra que os Membros preferiram neste início de existência da Organização privilegiar uma orientação mais jurídica, que, ao menos teoricamente, aponta para a primazia do interesse da Organização. Aliás, isto está claro tanto na linguagem dos acordos como na dos relatórios do OSC. A manutenção do sistema multilateral do comércio e o equilíbrio no balanço geral de concessões entre os Membros são argumentos de peso nas decisões da OMC. No caso dos produtos avícolas, eles entraram em cena justamente para afastar as pretensões brasileiras a uma cota especificamente para si, pois o painel entendeu que a aplicação da compensação com base no artigo XXVIII só poderia se dar com o respeito à CNMF, princípio de ordem geral que visa garantir justamente o benefício multilateral em detrimento do benefício particular de algum ou alguns Membros.

De qualquer modo, seria prematuro falar em supranacionalidade no âmbito da OMC, pois o que há por ora é apenas o prevalectimento de uma orientação instrumental que pode aproximar a Organização deste fim comum.

6. REVISÃO INTERINA

Antes de avançar em definitivo para a resposta ao problema principal deste trabalho, cabe repassar brevemente o caminho traçado para não perder o norte do discurso. Expôs-se até aqui a hipótese a ser refutada, consistente em projeções máximas da soberania nos planos interno e externo; as tentativas genéricas de refutação, com base no conceito de soberania relativa; uma análise dos atributos da soberania, que comprovou não serem eles aplicáveis à soberania no contexto atual do mesmo modo que eram quando formulados, demonstrando sua maleabilidade nos vários discursos em que foram empregados e o tensionamento excessivo desta maleabilidade no contexto atual que obriga ao reconhecimento de alterações nestes atributos. Deste modo, expôs-se que a soberania hoje é relativa, limitada no tempo pelo princípio da eficácia regulado

pelo Direito Internacional e possivelmente divisível, permitindo a delegação ou mesmo a transferência de poderes soberanos. Mudando as características do objeto, forçosamente deve-se reconhecer a necessidade de alteração do conceito que a ele se refere.

Ainda na análise do conceito, demonstrou-se estar ele sujeito a diversas divisões, umas meramente propedêuticas, outras não. Dentre estas divisões conceituais possíveis, desenvolveu-se as acepções de independência e autonomia, demonstrando ser a primeira um conceito jurídico e formal, carente de conteúdo e verificável apenas em termos de uma lógica binária; e a segunda um conceito material, sujeito a gradações. Isto afirmado, expôs-se que tais gradações poderiam ser traçadas em três faixas: arbitrariedade, discricionariedade e vinculação, partindo do grau de maior autonomia para o grau de menor autonomia.

Partindo à definição dos elementos que poderiam repercutir na noção de soberania do Estado brasileiro em relação à OMC e ao Mercosul, fez-se a distinção entre supranacionalidade, conceito que pressupõe a transferência de poderes soberanos, a primazia do interesse comunitário e a existência de um poder acima dos Estados; e a intergovernamentalidade, que, ao contrário, pressupõe apenas a delegação de poderes soberanos, podendo prevalecer o interesse individual com poderes exercidos pelos Estados, em conjunto, mas diretamente. Ambos os esquemas de cooperação analisados foram enquadrados como intergovernamentais.

~~Estando assentes tais definições, pode-se então afirmar que a soberania do Estado brasileiro continua intocada em termos de independência, porque esta só é afetada pela autonomia quando a última desaparece por completo. Por outro lado, pode-se afirmar que a soberania do Estado brasileiro está sendo reduzida em termos de autonomia, diminuindo a liberdade de ação do país para ditar suas normas internas.~~ Embora nos esquemas de cooperação em foco não predominem os exemplos de vinculação, podendo-se até questionar se há algum, tampouco a arbitrariedade é admitida nas áreas abrangidas pelas normas produzidas em nível multilateral ou regional.

Ambos os processos situam-se, pois, numa zona de discricionariedade. A fixação de parâmetros que diminuam a margem de discricionariedade, restringindo a liberdade do Estado na implementação de políticas internas, será tanto maior quanto mais orientado por normas for o esquema de cooperação. Isto ocorre porque, se há uma tendência de

uma maior orientação por normas ao invés da orientação pelo poder, o âmbito de validade material das normas de Direito Interno se encontrará cada vez mais condicionado e controlado por normas de Direito Internacional.

Portanto, para responder ao último quesito formulado no início do capítulo, que obriga a verificar qual a força que mais promove a mudança no conceito de soberania rumo a uma relativização, separa-se novamente os processos de cooperação, para que se constate qual é o mais orientado por normas, ou seja, qual tem o maior “adensamento de juridicidade”.

7. A SOBERANIA E A OMC

A criação de uma organização mundial do comércio, efetivada em 1995, com a entrada em vigor dos acordos da Rodada Uruguai do GATT, não era um projeto novo. Conforme antes demonstrado, era algo que se arrastava desde o final da Segunda Grande Guerra. Contudo, o interesse nos benefícios que poderiam ser alcançados com esta organização seria balanceado com o temor dos Estados de perderem parte da sua autonomia. Este jogo de forças pendeu a favor da posição receosa em meados do século XX, com o malogro da constituição da OIC. Sobre este momento nas relações internacionais econômicas, observou Robert Hudec: “[os] governos nunca concordariam em circunscrever sua liberdade em todas estas outras áreas pelo bem de um mero acordo tarifário.”⁸¹

A nova Organização foi criada com o propósito de reverter esta balança, como revelam os dispositivos dos acordos gerados no seu âmbito, antes comentados. Após décadas de tentativas frustradas de regulamentar com efetividade o comércio internacional, os acordos da Rodada Uruguai ampliaram *rationae materiae* o alcance das normas do sistema multilateral de comércio e atribuíram poderes efetivos à Organização para que esta efetivasse o controle da adequação a estas normas, inclusive com a faculdade de autorizar represálias na forma de medidas compensatórias e suspensão dos benefícios de um Membro abrangidos pelos acordos. Desta forma, Giorgio Sacerdoti encerra um artigo de sua autoria com as seguintes palavras:

⁸¹ HUDEC, Robert E. *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*. New York : Praeger, 1975, p. 20. No original “Moreover, governments would never have agreed to circumscribe their freedom in all of these other areas for the sake of a mere tariff agreement”.

A conclusão geral é que os membros da OMC deveriam perder progressivamente, em matéria comercial, muita daquela liberdade de ação de que as partes contratantes do GATT-1947 poderiam usar e efetivamente usaram, graças à zona cinzenta existente no Acordo geral, à sua natureza formal dúbia e à incerta formulação trazida por muitas das suas disposições.⁸²

A zona cinzenta a que se refere o autor italiano pode ser traduzida como uma indefinição dentro da dicotomia já referida no capítulo anterior entre sistemas orientados por normas (*rule-oriented*) e sistemas orientados pelo poder (*power oriented*). Esta zona de indefinição foi realmente uma das características do GATT, principalmente após 1958, quando a configuração das Partes Contratantes provocou uma mudança brusca no modo de conduzir o GATT.

A grande tarefa a ser desempenhada pela nova Organização seria portanto a de conter o unilateralismo, anulando a zona de arbitrariedade a que acima se fez referência. Isto traria uma nova proposição na solução da disputa entre o temor dos Estados em perder parte da sua autonomia em troca dos benefícios de um sistema regulado por regras universais, ou, nas palavras de John Jackson, “a tensão que é criada quando regras jurídicas, projetadas para trazer à tona uma medida de previsibilidade e estabilidade, são justapostas com intensas necessidades humanas do governo de criar ‘exceções’ para resolver problemas ocasionais ou de curto prazo.”⁸³

Para os fins deste trabalho, resta portanto saber a que ponto esta orientação por normas foi privilegiada na OMC, não só nas disposições constantes dos acordos, mas também na sua repercussão prática, já que a questão da autonomia dos Estados vem posta em termos desta dicotomia, refletindo a orientação por normas uma maior limitação à autonomia. Jackson oferece uma resposta a esta questão:

Relacionada tanto à questão da ‘soberania’ como à promessa de maior ‘orientação por normas’, os novos procedimentos de solução de controvérsias (e agora a prática e a jurisprudência em desenvolvimento) parecem manifestamente inclinados à orientação por normas. Com efeito, discursos de líderes internacionais e nacionais indicam isto e fazem-no com orgulho e satisfação. Embora o texto do ESC tenha artigos que

⁸² SACERDOTI, Giorgio. A Transformação do GATT na Organização Mundial do Comércio. In: CASELLA, Paulo Borba, MERCADANTE, Araminta (org.). *Guerra comercial...*, ob. cit., p. 67.

⁸³ JACKSON, John. *The world...*, ob. cit., p. 9. No original: “the tension that is created when legal rules, designed to bring to the subject a measure of predictability and stability, are juxtaposed with the intense human needs of government to make “exceptions” to solve shortterm or ad hoc problems.”

discutivelmente vão em ambos sentidos, se você ler o ESC por entre cautelosas cláusulas que são relevantes, você pode facilmente chegar à conclusão de que o ESC opta pelo procedimento de orientação por normas.⁸⁴

O autor corrobora a sua afirmação sobre a posição dos líderes nacionais com uma passagem de um discurso do Rei Hassan II em Marraqueche, 1994: “Ao trazer à vida a Organização Mundial do Comércio hoje, nós estamos privilegiando o governo das leis nas relações internacionais econômicas e comerciais, por conseguinte estabelecendo regras e disciplinas universais sobre as tentações do unilateralismo e da lei da selva.”⁸⁵

Deste modo, fica claro que ações arbitrárias, unilaterais, ficam excluídas da legalidade. Aliás, no caso dos produtos avícolas analisado no capítulo anterior, viu-se que medidas respeitantes a matérias abrangidas pelos acordos devem estar em estrita conformidade com estes, gerando a conclusão de sua violação a mera falta de notificação de uma medida ou a introdução num cálculo para efeitos de aplicação de salvaguardas de uma variável não prevista no acordo pertinente.

Com efeito, o *self-help* unilateral, por ser discricionário, tende à violência que se caracteriza, *inter alia*, pela imprevisibilidade, pela descontinuidade, pela desproporção entre meios e fins. As normas secundárias do ESC são multilateralmente disciplinadoras do uso da força econômica. Impõem medida à violência e estabelecem, como *standards* para o OSC, agir com medida, de acordo com a medida, e tendo como fim a medida.⁸⁶

Claudio Cocuzza e Andrea Forabosco, em artigo cujo título é bastante sugestivo (*Estão os Estados abandonando seus direitos soberanos?*), também seguem a linha orientação por normas *versus* orientação pelo poder para responder ao questionamento do título, afirmando que aqueles que apoiavam uma abordagem mais jurídica (*legalistic*) obtiveram um claro avanço neste sentido na conclusão do ESC na Rodada Uruguai.

⁸⁴ JACKSON, John. *Global...*, ob. cit., p. 19. No original: “Related both to the ‘sovereignty’ question and to the promise of greater ‘rule orientation’, the new dispute settlement procedures (and now practice and developing jurisprudence) seem demonstrably tilted towards rule orientation. Indeed speeches by international and national leaders indicate this and point to it with pride and satisfaction. Although the text of the DSU has clauses that arguably go both ways, if you read the DSU through carefully and inventory clauses that are relevant, you can easily come to the conclusion that the DSU opts for the rule-oriented procedure.”

⁸⁵ *Idem*, p. 19. No original: “By bringing into being the World Trade Organization today, we are enshrining the rule of law in international economic and trade relations, thus setting universal rules and disciplines over the temptations of unilateralism and the law of the jungle.”

⁸⁶ LAFER, Celso. *A OMC...*, ob. cit., p. 130.

Contudo, ressaltam que por falta de mecanismos coercitivos coletivos, como a expulsão da Organização ou sanções econômicas de todos os Membros (como um embargo econômico ou um boicote), “os países de maior peso econômico provavelmente não se intimidarão pelas sanções e a solução das disputas será em última instância negociada por diplomatas trabalhando de portas fechadas.”⁸⁷ Assim, concluem os autores italianos:

A plena conformidade às normas, contudo, não está completamente garantida, e se pode então compartilhar a visão de que a OMC é e ainda será, para o futuro previsível, uma criatura híbrida, ao mesmo tempo diplomática e legal, e que a criação de uma organização supranacional, que possa ter capacidade de impor suas decisões aos Estados Membros, é ainda um longo caminho a trilhar.⁸⁸

Pela análise do caso estudado sobre a atuação do Órgão de Solução de Controvérsias, verifica-se como os Acordos firmados no âmbito da OMC são reflexos das relações de poder num determinado momento e lugar. No exemplo usado, ficou notório o peso dos países desenvolvidos na estruturação e aplicação do Acordo sobre a Agricultura da Rodada Uruguai. Porém, neste sentido, as regras jurídicas são sempre resultado do entrechoque das várias forças atuantes sobre sua criação, seja interna ou internacionalmente.

Por outro lado, o mesmo caso demonstrou que o modelo para verificar a correspondência de um sistema a um padrão orientado por normas é o da análise das referências feitas pelas partes para a resolução do litígio. Neste sentido, o estudo de caso auxiliou a compreender que, nas controvérsias submetidas ao OSC, os litígios são resolvidos em raciocínios estritamente legais, com ampla prevalência do elemento jurídico sobre qualquer outro, inclusive o político. Uma vez criadas as normas e os mecanismos para aplicá-las, o elemento jurídico pode desprender-se das forças que o geraram. A importância das normas da OMC é ressaltada por Celso Lafer:

⁸⁷ COCCUZZA, Cláudio, FORABOSCO, Andrea. Are the states relinquishing their sovereign rights? The GATT dispute settlement process in a globalized economy. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. New Orleans, Tulane University, School of Law, Volume 4, issue 2, Summer 1996, p. 188. No original: “states with strong economic weight will probably not be intimidated by the sanctions and the settlement of disputes will ultimately be negotiated by diplomats working behind closed doors.”

⁸⁸ *Idem*, p. 188. No original: “The full compliance with the rules, however, is not yet completely assured, and one can therefore share the view that the WTO is and will remain, for the foreseeable future, a hybrid creature, both diplomatic and legal, and that the creation of a supranational organization, which may be able to impose its decisions on the Member States, is still a long way to come.”

A OMC é este mecanismo de *inter-face* e as suas normas são essenciais, porque o mercado não opera no vazio, ou seja, não é uma ordem espontânea. É uma ordem que requer *the rule of law*. Daí, com a OMC, a criação, num patamar superior, de um sistema multilateral de comércio *rule-oriented*. Neste sentido, o *single-undertaking* de suas normas limita a competência discricionária das soberanias nacionais dos membros da OMC para promover o seu interesse comum, expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, como se lê no preâmbulo do Acordo de Marraqueche. Esta expansão é concebida como propícia ao bem-estar geral e conseqüentemente vista como geradora de um bem público internacional.⁸⁹

Por outras palavras, revela-se a passagem de um sistema aberto a ações unilaterais, medidas arbitrárias, para um sistema mais regulamentado por normas, que busca excluir as ações unilaterais com vistas a alcançar maior previsibilidade e estabilidade nas relações econômicas internacionais.

Por tais considerações, é possível situar a autonomia dos Estados que fazem parte da Organização na faixa média, pois não há espaço para arbitrariedade nas áreas regulamentadas pela Organização, nem há tampouco vinculação, pois os Estados continuam tendo ampla liberdade na escolha dos instrumentos e inclusive de algumas finalidades de seu interesse.

Dentro da margem de discricionariedade, é preciso ter em conta que a OMC tem historicamente andado em direção a um sistema mais orientado por normas. No Direito Administrativo, a transformação do poder discricionário em dever discricionário acima descrita transmuda a discricionariedade para uma vinculação teleológica. Isto ocorre para que a administração seja orientada com base em normas, para que seja feita a sua melhor adequação ao paradigma do Estado de Direito. Portanto, quanto mais orientado por normas for o sistema, menor será a liberdade de ação dos destinatários das normas. O mesmo se aplica à OMC.

Há um controle da esfera de validade material dos ordenamentos jurídicos estatais pelas normas da OMC. Este controle, pela sua extensão *rationae materiae*, bem como pelo seu aprofundamento a casos situados em níveis de menor generalidade e abstração, impele padrões mais rígidos de fixação dos limites de discricionariedade do que aqueles fixados pelo GATT, por exemplo.

⁸⁹ LAFER, Celso. *A OMC...*, ob. cit., p. 145.

8. A SOBERANIA E O MERCOSUL

Participar de um bloco econômico implica exercer algum tipo de colaboração, de gestão conjunta das áreas abrangidas pelo processo de integração. Este exercício em cooperação pode trazer implicações para a autonomia dos Estados envolvidos. Neste sentido, Kaplan e Katzenbach há algum tempo já afirmaram:

Os membros da comunidade [Mercado Comum, no caso o europeu] não são mais soberanos nos assuntos em que a comunidade tem autoridade para agir como organismo, mas retêm a soberania em outras matérias, tanto internas como externas. (...) Quanto mais os negócios se expandem além das fronteiras nacionais tanto mais os povos se tornam interdependentes. Em resultado, há menos amplitude para o exercício exclusivo da autoridade formal.⁹⁰

Uma postura frente à questão da soberania em relação aos processos de integração regional, bastante recorrente, é aquela que pleiteia sua reestruturação, modificação ou adaptação aos fatos coetâneos, deixando “uma forma obsoleta” e imutável de soberania para trás. Neste sentido, Paulo Borba Casella afirma:

Colocada a viabilidade da concepção da soberania como conceito jurídico passível de limitação, onde as regras modificando seu exercício poderiam ultrapassar limites anteriormente colocados, sem extinguir o conceito, em termos gerais e abstratos, tais exigências se fazem tanto mais presentes e precisas em razão do nível de cooperação econômica, harmonização jurídico-institucional e coordenação de políticas, indispensáveis em contexto integrado, podendo-se conceber sem restrições intelectuais, a mutação do conceito de soberania do Estado e a adaptação desta às necessidades de espaço supranacional, economicamente homogêneo e juridicamente integrado.⁹¹

O propósito desta postura é fundamentalmente a comprovação de que se pode contornar a soberania enquanto dogma político para a construção de espaços supranacionais. Tal possibilidade, com a bipartição do conceito de soberania em

⁹⁰ KAPLAN, Morton A., KATZENBACH, Nicholas de B. Ob. cit., p. 153-154.

⁹¹ CASELLA, Paulo Borba. Ob. cit., p. 227. Endossa esta posição: WOLKMER, Antônio Carlos. Integração e Direito Comunitário Latino-Americano. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). Ob. cit. Vol. 1. Curitiba : Juruá, 1999, p. 46-48. No mesmo sentido: KLAES, Marianna Izabel Medeiros. *Supranacionalidade : paradigma necessário ao Mercosul*. Florianópolis, 1999. Dissertação de Mestrado. CPGD - UFSC.

independência e autonomia, também pode ser alcançada. Logo, esclarece-se de plano que não há divergência entre estas perspectivas, a não ser quanto à finalidade, pois a desta dissertação tem um escopo mais limitado, cingindo-se neste ponto ao plano meramente analítico.

Contudo, no plano analítico é possível avançar. É preciso adentrar no mérito da discussão acerca do conceito de soberania em si, seu significado diante da integração no Mercosul, pois afinal é preciso retornar ao foco deste trabalho, que é saber se há alteração, no sentido de perda da soberania, pelo ingresso do Brasil no Mercosul.

Heber Arbuét Vignali adota como único significado juridicamente possível de soberania a noção de independência, tal como exposta anteriormente.

A soberania no âmbito internacional é um atributo que determina o modo de operar de quem dispõe dela. Não é um atributo que confira determinados poderes substantivos. Um Estado será soberano ainda que as decisões que possa tomar compreendam a capacidade jurídica de resolver se manterá relações com outros ou não e se as mantém, embora retenha a capacidade de estabelecer junto com eles as regras necessárias a dita relação. Embora isto ocorra, reterá o atributo da soberania, ainda que renuncie ao exercício de amplos setores de sua capacidade de operar livremente, ainda que se prive de exercer jurisdição sobre aspectos tão importantes como fazer a guerra, desenvolver sua indústria com total discricionariedade ou proteger sua economia comerciando de qualquer forma. O atributo da soberania se manterá se tais renúncias não lhe são impostas, senão que são livremente acordadas.⁹²

Rejeitando assim qualquer noção substantiva de soberania, a posição do autor com referência à soberania dos países que compõem o Mercosul em sua relação com o bloco não poderia aceitar qualquer gradação, limitando-se a afirmar que o Estado continua independente apesar de seu ingresso no Mercosul:

⁹² ARBUET VIGNALI, Heber. El concepto de soberanía y el ingreso al Mercosur. *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*. Número especial. Montevideo, [199-], p. 64. No original: "La soberanía en el ámbito internacional es un atributo que determina el modo de obrar de quién dispone de ella. No es un atributo que confiera determinados poderes sustantivos. Un Estado será soberano mientras las decisiones que pueda tomar comprendan la capacidad jurídica de resolver si mantendrá relaciones con otros o no y si las mantiene, mientras retenga la capacidad de establecer junto con ellos las reglas necesarias a dicha relación. Mientras ello ocurra retendrá el atributo de la soberanía, aunque renuncie al ejercicio de amplios sectores de su capacidad de obrar libremente, aunque se prive de ejercer jurisdicción sobre aspectos tan importantes como hacer la guerra, desarrollar su industria con total discricionariedad o proteger su economía comerciando de cualquier forma. El atributo de la soberanía se mantendrá si tales renunciaciones no le son impuestas, sino que son libremente acordadas."

Se temos em conta o significado e conteúdo do atributo da soberania em sua manifestação externa, como independência que permite o gozo do “jus legationen” e do “jus tratatum”, é indubitável que a soberania dos Estados membros do Mercosul não corre nenhum risco de perder-se. No marco do sistema só se dão transferências de setores de atividade que, do âmbito da jurisdição exclusiva nacional em que se decidiam isoladamente por cada Estado Parte, passam ao âmbito da decisão do conjunto dos Estados membros, que se obrigam a atuar coordenada e sistematicamente em certo sentido. Juridicamente todas estas obrigações são o produto de decisões soberanas: as já adotadas (decisão de criar o Mercosul) se constituíram livremente com as garantias próprias dos tratados formais; e as que seguirão (decisões tendentes a concretizar o acordo definitivo) também se adotarão livremente com as garantias do consenso em um órgão - o Conselho do Mercosul - que requer para funcionar a presença de todos os membros. Em consequência, no marco jurídico atual não se afeta a soberania com atributo internacional.⁹³

Desta forma, para Arbuet Vignali sempre se manterá a soberania do Estado que ingressou ao Mercosul, mesmo que a integração evolua para o estágio projetado de mercado comum, com ou sem instituições supranacionais, porque sempre caberá a decisão soberana de sair do tratado, denunciando-o. A única restrição à soberania que admite, e aí já não é uma restrição, mas a própria perda da soberania, como ele refere, é no caso de chegar-se a uma união política, para formar um novo Estado.

Não resta dúvida, portanto, que o autor uruguaio prendeu-se ao conceito de soberania relativo à independência, explicitando o juízo binário que sobre este conceito se pode fazer, e assegurando, corretamente, que não há perda da soberania (compreendida como independência) pelo ingresso de um Estado no Mercosul. Sua posição vem recebendo respaldo entre os estudiosos. Entre eles, Wagner Menezes (que o cita textualmente), ao defender a desmistificação do conceito de soberania, afirma: “O Estado que faz parte de uma comunidade, nos moldes de uma integração aprofundada

⁹³ ARBUET VIGNALI, Heber. Ob. cit., p. 66. No original: *Si tenemos en cuenta el significado y contenido del atributo de la soberanía en su manifestación externa, como independencia que permite el goce del “jus legationen” y del “jus tratatum”, es indudable que la soberanía de los Estados miembros del MERCOSUR no corre ningún riesgo de perderse. En el marco del sistema sólo se dan transferencias de sectores de actividad que, del ámbito de la jurisdicción exclusiva nacional en que se decidían aisladamente por cada Estado Parte, pasan al ámbito de la decisión del conjunto de Estados miembros los que se obligan a actuar coordinada y sistemáticamente en cierto sentido. Juridicamente todas estas obligaciones son producto de decisiones soberanas: las ya adoptadas (decisión de crear el MERCOSUR) se constituyeron libremente con las garantías propias de los tratados formales; y las que seguirán (decisiones tendientes a concretar el acuerdo definitivo) también se adoptarán libremente con las garantías del consenso en un órgano - el Consejo MERCOSUR - que requiere para funcionar la*

não perde sua soberania mesmo porque a conserva intacta. Exemplo disso é que quando, por qualquer motivo, o Estado quiser se desligar da comunidade, ele pode perfeitamente fazê-lo, sem amarras ou imposições.”⁹⁴ Mais adiante, aduz: “O que se transfere não é a soberania - pois o Estado tem ou não tem o atributo da soberania, não existe um meio termo -, mas transferem-se poderes e direitos. Estas prerrogativas são transferidas pela vontade autônoma dos Estados, por isso, sem interferência em sua soberania.”⁹⁵

Para os efeitos que interessam aqui, contudo, a noção assim trazida só assenta aquilo que já havia sido acima afirmado. Não há zonas de plena vinculação dos Estados aos interesses do bloco, capazes de retirar toda a autonomia dos mesmos, ao ponto de traduzir-se em perda da independência.

Todavia, todo esforço empreendido neste trabalho tem sido rumo ao aprofundamento da questão, analisando também os aspectos substantivos da soberania. Como eles foram abandonados na noção acima mencionada, a resposta não poderá ser satisfatória para os fins deste trabalho.

Daí que a posição de Menezes acima citada torna-se insustentável. O fato de haver transferência de poderes e direitos afeta a soberania de um Estado, pois ela ficará materialmente reduzida, embora de um ponto de vista puramente formal, possa manter-se intacta.

Num plano genérico, José Luiz Bolzan de Moraes refere-se à soberania nestes termos:

A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as idéias de soberania e cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia.⁹⁶

Baseado nesta noção de Moraes, o Ricardo Stersi dos Santos afirma: “Caem por terra os pressupostos de exercício ilimitado da soberania, sem vinculação a qualquer outro ente.” Entretanto, ressalta o mesmo autor que “[a] aludida concepção de soberania parece encontrar forte resistência por parte dos Estados que compõem o Mercosul,

presencia de todos los miembros. En consecuencia, en el marco jurídico actual no se afecta la soberanía como atributo internacional.”

⁹⁴ MENEZES, Wagner. O direito comunitário e o Mercosul : uma visão crítica. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Mercosul...*, ob. cit., p. 147.

⁹⁵ *Idem*, p. 148.

⁹⁶ MORAES, José Luiz Bolzan de. Soberania, direitos humanos e ingerência : problemas fundamentais da ordem contemporânea. In: VENTURA, Deisy (org.). *O Mercosul em movimento*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995, p. 136.

resistência esta já presente quando das tentativas integracionistas anteriores (Alalc e Aladi).⁹⁷

Assim, apesar de verificar-se uma certa limitação da soberania nas relações internacionais atuais, observa-se que, no respeitante ao Mercosul, a limitação é de pouco vulto. O respeito pela autonomia dos Estados-membros no Mercosul está indicado em primeiro posto na própria estrutura institucional criada para o período de transição e mantida nas suas linhas fundamentais na elaboração da estrutura definitiva. É por isto que afirma Ventura:

Contrariamente, a estrutura orgânica prevista pelo Tratado de Assunção nada mais fez do que criar condições para o largo exercício da *margem de discricionariiedade* almejada pelos agentes dos Estados Partes. A composição dos órgãos que respondem pelo processo de tomada de decisões é indicativo preciso da preponderância dos interesses políticos individuais sobre a virtual construção de um *interesse comum* a ser posteriormente expresso pela negociação.⁹⁸

Ora, a “margem de discricionariiedade” a que ela se refere é precisamente aquilo que se definiu como autonomia. A estrutura do Mercosul revela um paradigma de integração adotado que permite aos Estados-membros manter esta autonomia em alto grau, contrariamente aos modelos de integração em que se cria instituições supranacionais. O modelo intergovernamental traz portanto como sua principal característica em relação ao supranacional, a menor restrição à soberania dos Estados-membros.

Por isto, os dois paradigmas de integração podem ser diferenciados pelas restrições à soberania dos Estados-membros. O modelo intergovernamental seria aquele em que há uma soberania compartilhada e o supranacional aquele em que há alienação de soberania. Neste sentido, Baptista acredita que o primeiro pode ser adequado às fases de zona de livre comércio e união aduaneira, mas na constituição efetiva de um mercado comum, com todas as implicações daí derivadas, é imprescindível a alienação de uma parcela da soberania dos Estados:

⁹⁷ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial : aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998, p. 109.

⁹⁸ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Os negociadores brasileiros no MERCOSUL. O caso da indústria automobilística. In: Ventura, Deisy F. L. (org.). *O Mercosul...*, ob. cit., p. 82

A noção, mais moderna, de soberania compartilhada é que embasa a criação de zonas de livre comércio, e outras formas de integração, em que se age no âmbito da cooperação. No caso das uniões ou de certas comunidades econômicas, uma parcela de soberania, relativamente maior e variável segundo o caso, deve ser, não compartilhada, mas alienada pelos Estados, em favor dos órgãos supranacionais que estabeleceram, em razão do caráter confederativo, e até mesmo federal, que essas assumem ou tendem a assumir. Além disso, estende-se a supranacionalidade aos mecanismos legislativos e às normas por eles exaradas.⁹⁹

Isto posto, apresenta-se a constatação conclusiva deste tópico. A experiência empírica verificada até agora no Mercosul permite falar que há um projeto que afetará de forma mais incisiva a soberania dos Estados Partes do bloco, quando adotar estruturas supranacionais e orientadas por normas, moldes necessários à consolidação de um mercado comum. Contudo, na situação atual, o Mercosul caracteriza-se como um modelo intergovernamental, orientado preponderantemente por critérios políticos e pelos interesses individuais dos Estados, em detrimento de um interesse comum do bloco. Logo, a parcela de autonomia delegada ao bloco é pontual e reduzida, permitindo ainda uma margem de discricionariedade grande nas ações dos Estados Partes, enquanto resistem em avançar rumo a um sistema com as características antes mencionadas.

Respondendo portanto à questão formulada no início do capítulo, na experiência brasileira, o multilateralismo implica maior restrição à autonomia do Estado, enquanto o regionalismo, representado pela participação brasileira no Mercosul, implica menor restrição à autonomia do Estado brasileiro.

⁹⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *As instituições do Mercosul, comparações e prospectiva*. In: Ventura, Deisy F. L. (org.). *O Mercosul...*, ob. cit., p. 63. Um esboço desta concepção de soberania compartilhada já aparecia na introdução de um outro artigo do mesmo autor: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Solução de divergências no Mercosul*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). *Mercosul : A Estratégia Legal dos Negócios*. 2. ed. São Paulo : Maltese, 1994, p. 127-128.

CONCLUSÃO

“Lo Stato è ormai troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi.”

(Luigi Ferrajoli. *La sovranità en el mondo moderno*, p. 49)

CONCLUSÃO

Para concluir esta dissertação, apresentam-se primeiramente algumas conclusões parciais, que podem ser ventiladas a partir do que foi exposto. Na evolução do conceito de soberania, pode-se concluir que ele aparece inicialmente, de forma sistematizada, na obra de Jean Bodin. Este autor define o poder soberano como absoluto e perpétuo, aduzindo-lhe os caracteres de inalienável, intransmissível, imprescritível, indivisível e indelegável.

No plano teórico, o conceito é exacerbado por Hobbes, que afasta os únicos limites que Bodin tinha admitido ao poder soberano, que eram as leis naturais e as leis divinas. No plano da realidade fática, a soberania adquire sua projeção interna máxima com o Absolutismo.

Transpondo um conceito assim formulado para uma ordem internacional, chega-se a uma projeção também máxima no plano externo da soberania, colocando sob suspeita a própria viabilidade de uma "ordem" jurídica internacional, pois esta ordem exige uma diminuição ou relativização do conceito de soberania.

Uma maneira de resolver tal questão é oferecida pelo monismo de Kelsen, temperado depois pela teoria de Verdross e as oposições que lhe fizeram outros autores, como Hart e os jusnaturalistas. Através de uma concepção monista, que pressupõe a existência de uma ordem jurídica una, englobando Direito Internacional e o Direito Interno de cada Estado, tem-se que o Direito Internacional delimita os âmbitos de validade temporal, pessoal e territorial dos Estados, limitando juridicamente o âmbito de validade material dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados.

Como parte do Direito Internacional, o Direito Internacional Econômico alarga os campos de abrangência material do Direito Internacional, contribuindo para sua expansão, em detrimento da soberania que tem aumentadas as limitações referidas. Nos dois exemplos escolhidos de instituições internacionais abrangidas pelo Direito Internacional Econômico de que faz parte o Brasil, no Mercosul, por se caracterizar como um processo cuja institucionalização é meramente intergovernamental, e o modo de condução do processo de cooperação ser eminentemente político, inclusive na solução das controvérsias, a margem de autonomia é muito ampla.

Esta margem de autonomia pode ser definida através de um conceito material de soberania, passível de gradações, a que se propôs fossem comparadas a zonas de arbitrariedade, discricionariedade (como um meio termo entre as duas extremas) e vinculação.

No caso do Mercosul, esta margem de autonomia situa-se no âmbito da discricionariedade, porém, entre limites tênues e de fluida demarcação.

No caso da OMC, apesar de ser também uma instituição intergovernamental, o comprometimento da soberania dos Membros é maior, inclusive do Brasil, não se situando entretanto numa zona de vinculação, mas numa zona de discricionariedade cujos limites estão mais fixados de maneira mais objetiva, em decorrência de uma opção pela orientação jurídica na Organização.

Diante do que foi exposto nesta dissertação, conclui-se pela afirmação de cada uma das seguintes proposições, que são logicamente subordinadas umas às outras. Em primeiro lugar, quer-se afirmar que no uso do termo soberania há um comum abuso semântico, que tende a promover dois diferentes significados a partir do mesmo signo, é dizer, de modo mais singelo, que duas acepções diversas são possíveis no uso discursivo corrente do termo em estudo. Estes dois diferentes significados são respectivamente tomados a partir da visão sobre a forma e da visão sobre a substância do objeto. Visto sob o prisma da forma, a soberania é ligada à idéia de independência. Já sob o prisma da substância, do conteúdo, o termo soberania liga-se à noção de autonomia.

A proposição seguinte é a que o Direito Internacional restringe-se ao problema da forma, ou seja, a entender soberania como independência e que portanto, juridicamente, a soberania do Estado é um conceito substancialmente vazio. O conteúdo será preenchido por uma dialética variável entre graus de autonomia que derivam do conteúdo político e da noção de poder, estranha à internalidade de um sistema de Direito, e as tentativas de limitação desta penetração de conteúdo político pela construção de sistemas normativos que tentam preencher juridicamente os espaços que o poder político os autoriza a ocupar. É claro que esta relação dialética entre a noção política de soberania e a normatização do espaço institucional internacional é possivelmente uma proposição que merece atenção particular, mas aqui se a considerará conexa e sintaticamente dependente da proposição principalmente proposta neste parágrafo.

A terceira proposição é a que realiza a subsunção das duas primeiras aos processos de integração escolhidos, verificando em sua relação com eles a feição do poder decisório do Estado brasileiro. Esta verificação será bipartida naturalmente, pela proposta aqui feita, que pretende ver diferenças entre um e outro processo de integração analisado. O que interessa é o ponto de vista do conteúdo, haja vista que a noção de independência não será afetada por nenhum dos dois processos. Com este foco, intenta-se demonstrar perpendicularmente as duas proposições anteriores. É porque, de acordo com o método que foi proposto, está-se a estudar um conceito e a sua realização, para do choque resultante obter uma nova sintaxe, com intenção corretiva e analítica sobre a interpretação do significado do conceito inicial. E nesta decorrência lógico-discursiva, a realização do conceito, a análise de situações fáticas que o envolvem, fará retornar às proposições anteriores, quando especificamente se demonstrou que o primeiro processo analisado, de integração multilateral, a OMC, é por sua maior normatização, mais restrigente da soberania do Estado brasileiro do que o segundo processo, menos normatizado.

A conclusão da análise desta proposição é o retorno às duas primeiras, especialmente à segunda, porquanto se entendermos o termo soberania em duas acepções, e tomando a segunda como uma acepção relativa ao conteúdo, e nesta observarmos que a juridicização do espaço institucional internacional opera como um magma, que ocupa os espaços em que o campo puramente político retraiu-se, temos que a autonomia do Estado brasileiro será menor no processo em que o aspecto político retraiu-se mais.

Ao final, após concluir um trabalho de extensa descrição e proposição de instrumentos conceituais, resta, já sem vínculo com a proposta metodológica do trabalho, justificar o seu sentido. É com este intuito que se escrevem estes últimos parágrafos desta dissertação.

Já do início da dissertação, a soberania foi identificada como um aporte conceitual trazido à baila para explicar um fenômeno emergente que pode ser descrito como o surgimento do Estado territorial europeu, como paradigma que rompe com a ordem feudal. O problema que se constata é que o paradigma que rompeu pode estar necessitando ser rompido também. E talvez não por mera coincidência, o Estado amplia territorialmente os limites do poder político, reduzindo poderes isolados e que se

estendiam sobre pequenas porções da superfície terrestre a um poder central que se estendia a porções maiores.

Se a soberania é então ligada a um modelo que deve ser superado, mister também a sua própria superação, que aliás tem se produzido ao longo dos anos. Este movimento vai-se produzindo à medida que o poder dos Estados vai sendo delegado a organismos supranacionais (“crise de cima do Estado”, a que se refere Ferrajoli) e sendo corroído pela desintegração da coletividade (“crise de baixo do Estado”). A primeira pode ser explicada pela redução da autonomia no sentido que aqui se deu ao termo, que implicará ao fim, quando extirpada, se um dia isto ocorrer, a eliminação da independência dos Estados, às vezes já alardeada em nome da interdependência, mas ainda sensivelmente longe de se realizar. A segunda de ordem sociológica, se apresenta com o paradoxo da multiplicação dos contatos que não implicam maior compartilhamento intersubjetivo do mundo.

Entretanto, a crença no Direito como instrumento de pacificação social leva a pensar em erguê-lo a instrumento de pacificação de toda a sociedade, da “*communitas orbis*” de Vitoria ou da “*civitas gentium*” de Kant, um Estado de todos os povos, instituído como sistema de garantias jurídicas para os cidadãos num mundo de fronteiras sem significado político, “tomando”, na paráfrase de Ferrajoli fez de Dworkin, “o Direito Internacional a sério”.

Saltar do modelo do Estado-nação traz consigo riscos inerentes à sobrevivência das culturas e à diferenciação dos povos. A idéia de homogeneidade implica a negação parcial de valores individuais e diminui a resistência aos efeitos do entorno. Porque esta homogeneidade se dá em dois níveis: dos sistemas entre si e dos sistemas com o entorno. A defesa do entorno é a soberania do Estado.

Pode-se usar para ilustrar o que se disse um exemplo partindo da teoria dos sistemas (relevando que o exemplo serve mais pela imagem do que por qualquer pretensa abordagem epistemológica que se possa ver pelo seu uso). Todo o sistema possui um contorno, uma delimitação, mais ou menos rígida, com o entorno, o ambiente em que se encontra. É o mesmo que ocorre com uma membrana endoplasmática, que faz a divisão entre a célula e o mundo exterior, controlando a entrada e a saída de fluidos e outras substâncias.

Imaginando-se esta célula integrada a um corpo maior, de células semelhantes, percebe-se que quanto menor a rigidez das barreiras que separam o interno do externo,

menor o controle sobre o sistema interno e maior sua relação com o entorno. O exagero desta relação com o entorno poderá levar ao desaparecimento dos limites, tornando a célula indiferenciável na sua comunidade. Tomando como hipótese a idéia de que para o surgimento do sistema a primeira tarefa a ser desempenhada tivesse sido a diferenciação, possibilitando a integração dos semelhantes, quando a semelhança atinge um nível ideal e a interação entre as células aumenta consideravelmente, tem-se a homogeneização tendente à formação de um só corpo.

A substituição do modelo do Estado, ou do Estado-nação, pode ocorrer neste mesmo sentido. A busca por uma ordem jurídica internacional, ou melhor ainda, dando a ela uma constituição sobre-estatal, a busca por um constitucionalismo internacional, tende a ampliar as bases territoriais de um poder central, que, obviamente, não precisa ser exercido por outro modo que não através da representação das unidades, entretanto diluídas num plasma em que sua diferenciação se dá por especificidades, cujo potencial de subversão da ordem torna-se, com riscos, essencialmente reduzido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABADIE-AICARDI, Aníbal. Expansion Imperial y Pathos Espacial : Un Aspecto de la Mentalidad Imperial Iberica. *Mélanges de la Casa de Velazquez*. Tome XXIII. Paris : Diffusion de Boccard, 1987, p. 253-279.
- ABREU BONILLA, Sergio de. *Mercosur e Integración*. 2. ed. Montevideu : Fundação de Cultura Universitaria, 1991.
- ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. Saraiva : São Paulo, 1996.
- ADEFA - Asociación de Fábricas de Automotores de Argentina. *Anuário 1997*. Disponível na internet: <http://www.adefa.com.ar>. 15.06.1998.
- _____. *Anuario 1998*. Disponível na internet: <http://www.adefa.com.ar>. 14.01.2000.
- _____. *Actividades Principales*. Disponível na internet: <http://www.adefa.com.ar>. 15.06.1998.
- ADEODATO, João Maurício. *Modernidade e direito*. Recife, 1997, mimeo.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul : fundamentos e perspectivas*. Brasília : Grande Oriente do Brasil, 1998.
- ANDERSON, Kim. *Agriculture, WTO and the next round of multilateral trade negotiations*. Adelaide : Centre for International Economic Studies, University of Adelaide, 1998. Disponível na internet: <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade>. 20.02.2000.
- ANFAVEA. *Anuário da indústria automotiva brasileira de 1998*. Disponível na internet: <http://www.anfavea.com.br>. 08.01.1999.

_____. *Anuário da indústria automotiva brasileira de 1999*. Disponível na internet: <http://www.anfavea.com.br>. 14.02.2000.

ARBUET VIGNALI, Heber. El concepto de soberania y el ingreso al Mercosur. *Revista Juridica del Centro de Estudiantes de Derecho*. Numero especial. Montevideú, p. 61-68 [199-].

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE FRANGO (ABEF). *Relatório 1998*. Disponível na internet: <http://www.abef.com.br>. 07.10.1999.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Reforma Tributária, Mercosul e IVA. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Vol. 1. Porto Alegre : Síntese, p. 199-, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariiedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

_____. Legalidade - dicricionariiedade - seus limites e controle. *Revista de Direito Público*. N. 86, p. 42-59, [s.l.-s.d.], [199-].

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo : Saraiva, 1994.

_____. (coord.). *Mercosul : a estratégia legal dos negócios*. São Paulo : Maltese, 1994.

_____, HUCK, Hermes Marcelo, CASELLA, Paulo Borba (org.). *Direito e Comércio Internacional : tendências e perspectivas*. São Paulo : LTr, 1998.

_____, MERCADANTE, Araminta de Azevedo, CASELLA, Paulo Borba (org.). *Mercosul: das negociações à implantação*. São Paulo : LTr, 1994.

_____, MERCADANTE, Araminta de Azevedo, CASELLA, Paulo Borba (org.). *Mercosul : das negociações à implantação*. 2. ed. São Paulo : LTr, 1998.

BARRAL, Welber. *A regulamentação Antidumping na Organização Mundial do Comércio*. São Paulo, 1999. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo.

_____. O regime automotivo brasileiro e as regras da OMC. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, n. 4, p. 129-144, 1997. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

_____, REIS, Geraldo. Globalização e o novo marco regulatório do comércio internacional : a inserção brasileira. *Ensaio FEE - véspera dos 500 anos*. Porto Alegre, Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, ano 20, n. 1, p. 179-208, 1999.

_____ (org.). *O Brasil e a OMC*. Florianópolis : Diploma Legal, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito tributário*. 4. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1995.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro : Rio, 1977.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Evolução Histórica do Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 29, n. 115, p. 381/399, jul.-set. 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade : para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo : Paz e Terra, 1992.

_____. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath. 9. ed. Brasília : Universidade de Brasília, 1997.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 9. ed. Brasília : Universidade de Brasília, 1997.

- _____, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 9. ed. Trad. Carmen C. Varriale *et alii*; coord. trad. João Ferreira; rev. geral J. Ferreria e Luis Guerreiro Pinto Cascais. Brasília : Universidade de Brasília, 2 v.
- BODIN, J. *Los Seis Libros de la República*. Sel., trad. e introd. por Pedro Bravo Gala. Madrid : Aguilar, 1973. [A edição utilizada para a tradução foi a de Barthèlemy Vincent, Lyon, 1593].
- BOLSON, Simone Hegele. O direito do consumidor à luz da globalização e do Mercosul. *Jornal Síntese* nº 20 - out/98, p. 3-. Porto Alegre : Síntese, 1998.
- BRIERLY, James L. *Direito Internacional*. Trad. M. R. Crucho de Almeida. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1963. [Tradução do original da 6ª edição inglesa, 1963]
- BURNS, Edward Mcnall, LERNER, Robert E., MEACHAM, Standish. *História da Civilização Ocidental : do homem das cavernas às naves espaciais*. Trad. Donaldson M. Garshagen. 32. ed. São Paulo : Globo, 1990, 2 v.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.
- CANÍSIO, Márcia Jabôr. A dupla dialética das Relações Internacionais : elementos para a elaboração de uma visão do sul. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Rio de Janeiro : 1958-1992; Brasília 1993-. Ano 39, nº 2, p. 74-96, 1996.
- CARREAU, Dominique, FLORY, Thiébaud, JUILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 3. ed. Paris : LGDJ, 1990.
- ÇASELLA, Paulo Borba. *Mercosul : exigências e perspectivas*. São Paulo : LTr, 1996.
- _____, MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coord.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio? : a OMC e o Brasil*. São Paulo : LTr, 1998.

CAUBET, Christian Guy. *Fundamentos político-econômicos da apropriação dos fundos marinhos*. Florianópolis : UFSC, 1977.

_____. (org.). *O Brasil e a dependência externa*. São Paulo : Acadêmica, 1989.

CHÂTELET, François, *et alii*. *História das Idéias Políticas*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1985.

CHO, Sung-joon. GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework : Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process? *Harvard International Law Journal*. Vol. 39, n. 2. Cambridge : Harvard Law School, p. 311-356, Spring 1998.

_____. Gasoline : United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. *European Journal of International Law*. Disponível na internet: <http://www.ejil.org/journal/surveys.html>. 18.08.1999.

CLAUSEWITZ, Karl von. *War, Politics and Power*. Washington : Gateway, [199-?].

COCCUZZA, Cláudio, FORABOSCO, Andrea. Are the states relinquishing their sovereign rights? The GATT dispute settlement process in a globalized economy. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. New Orleans, Tulane University, School of Law, Volume 4, issue 2, p. 161-189, Summer 1996.

CROSSMAN, R. H. S. *Biografia del Estado Moderno*. Trad. J. A. Fernández de Castro. 4ª ed. rev. México : Fondo de Cultura Económica, 1992.

CRUCHAGA GANDARILLAS, Vicente. *La Igualdad Jurídica de los Estados*. Santiago : Jurídica de Chile, 1968.

DE THOU, Histoire des choses arrivées de son temps, (Paris, 1659), 658 sqq, in J.H. Robinson, 2 vols. (Boston: Ginn, 1906), 2:180-183. Hanover College, 1995. Disponível na internet: <http://history.hanover.edu/early/>. 03.01.2000.

- DEL CARPIO, Rómulo Francisco Vera. *Carta de Crédito e UCP 500 (comentada)*. São Paulo : Aduaneiras, 1994.
- DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Trad. Maria Clara Rocha. Lisboa : Arcádia, 1970.
- ESPÍNDOLA, Carlos José. *As agroindústrias do Brasil: o Caso Sadia*. Chapecó : Grifos, 1999.
- FERNANDEZ, Tomas R. *De la arbitrariedad de la administración*. 2. ed. ampl. Madrid : Civitas, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In: OLIVEIRA Jr. José Alcebiades (org.). *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *La sovranità nel mondo moderno : nascita e crisi dello Stato nazionale*. Milão : Anabasi, 1995.
- FIGUEIRAS, Marcos Simão. *Mercosul no contexto latino-americano*. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo : Atlas, 1996
- FÓRMULA XXI. *Reunión ANFAVEA/ADEFA – Propuestas conjuntas*. Maio 98. Disponível na internet: <http://www.adeffa.com.ar>. 15.06.1998.
- FRAILE, Guillermo. *Historia de la Filosofía*. Madrid : Católica, 1978. Vol. III.
- FRANCK, Thomas M. Three Major Inovations of international Law in the Twentieth Century. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, n.1, p. 139-156, Spring 1997.
- FURLAN, Luiz Fernando. *As cadeias produtivas e seus desafios*. In: *Seminário O Agronegócio brasileiro e as negociações agrícolas da virada do milênio*. Florianópolis, 18 de outubro de 1999, mimeo.

GARCÍA, Mercedes. Banana III: European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas. *European Journal of International Law*. Disponível na internet: <http://www.ejil.org/journal/surveys.html>. 18.08.1999.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GONÇALVES, Reinaldo, BAUMANN, Renato, PRADO, Luiz Carlos Delorme, CANUTO, Otaviano. *A Nova Economia Internacional : uma perspectiva brasileira*. 3. ed. São Paulo : Campus, 1999.

GOYOS JR., Durval de Noronha (coord.). *O Direito do Comércio Internacional*. São Paulo : Observador Legal, 1997.

_____. *GATT, Mercosul & NAFTA*. São Paulo : Observador Legal, 1996.

GROTIUS, Hugo. *De jure Belli ac Pacis libri tres*. Trad. Francis W. Kesley et alii. Introd. James Brown Scott. Oxford : Clarendon Press, 1925. [A edição do original usada para a tradução é de Amsterdam, 1646]

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Trad. Dario Canali. 10ª ed. Porto Alegre : LPM, 1980.

HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização : o passado e o futuro da soberania e da cidadania. Trad. Antônio Sérgio da Rocha. *Novos Estudos - CEBRAP*, n. 43, p. 87-101, nov. de 1995.

HART, H. *O Conceito de Direito*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1960.

HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições - épocas medieval e moderna*. Coimbra : Almedina, 1982.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Lisboa : Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1995.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica : uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo : Saraiva, 1996.

HUDEC, Robert E. *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*. New York : Praeger, 1975.

INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS (IRELA). *Latin America and Europe: beyond the year 2000*. Dossier n. 65. Madrid, set. 1998.

JACKSON, John Howard. *The world trading system : law and policy of international economic relations*. 2. ed. Boston : MIT, 1997.

_____. Global Economics and International Economic Law. *Journal of International Economic Law*. Vol. 1, n. 1, p. 1-24, mar. 1998. Oxford : Oxford University Press, 1998.

JANIS, M. W. Individuals as subjects of international law. *Cornell International Law Journal*. Vol. 17, p. 60-78, 1984.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. 2. ed. México : Continental, 1958.

JO, Hee Moon. *Introdução ao Direito Internacional*. São Paulo : LTr, 2000.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Trad. Marco Antonio de A. Zingano. - Porto Alegre : L&PM, 1989. [Edição original de 1795]

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*. Trad. Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro : Zahar, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado; revisão para edição brasileira de Silvana Vieira, 3. ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1991. [A 1ª edição, de 1934, foi completamente reelaborada pelo autor na edição seguinte, de 1960, utilizada para a tradução].

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. [Edição original de 1945]

_____. *Teoria Geral da Norma*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1986.

KENNEDY, David. International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, n. 1, p. 99-138, Spring 1997.

KINGSBURY, Benedict. A Grotian Tradition of Theory and Practice? Grotius, Law, and Moral Skepticism in the Thought of Hedley Bull. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, n.1, p. 3-33, Spring 1997.

KLAES, Marianna Izabel Medeiros. *Supranacionalidade : paradigma necessário ao Mercosul*. Florianópolis, 1999. Dissertação de mestrado. CPGD-UFSC.

LACARTE MURÓ, Júlio A. *Ronda Uruguay del GATT - La globalización de la economía*. Montevideo : Fundacion de Cultura Universitaria, 1994.

LAFER, Celso. *O convênio do café de 1976 - da reciprocidade no direito internacional econômico*. São Paulo : Perspectiva, 1979.

_____. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994.

LIMONCIC, Flávio. Como o amor cego leva à ruína. *Políticas Ambientais*, n. 15, p. 8-11, ago.-nov. 97.

LIPOVETZKY, Jaime César e LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *Mercosul, estratégia para integração : mercado comum ou zona de livre comércio? : análise e perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo : LTr, 1994.

LOCKE, John. *Second Treatise of Government*. Edited by C. B. Macpherson. Indianapolis : Hackett, 1980. [Edição original de 1690]

LOPEZ, David. Dispute Resolution Under MERCOSUR from 1991 to 1996: Implications for the Formation of a Free Trade Area of the Americas. Separata de *NAFTA: Law and Business Review of the Americas*. Vol. III, n.2, Spring 1997, p. 3-32, Kluwer Law International, 1997.

LOPEZ, Luiz Roberto. *História do século XX*. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1983.

LOSOVIZ, Horacio. La negociación automotriz Mercosur. *Fórmula XXI*, maio 98. www.adefa.com.ar. 15.06.1998.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Proteção jurídica do software : eficácia e adequação*. Porto Alegre : Síntese, 1998.

LUPI, João Eduardo Pinto Basto. A rainha e o filósofo. In: *Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica*, Anais da XVII Reunião. São Paulo : SBPH, 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Comentado por Napoleão Bonaparte. Trad. Fernanda Pinto Rodrigues (texto) e M. Antonieta Mendonça (comentários de Napoleão Bonaparte). Lisboa : Europa-América, 1976.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes*. Florianópolis : OAB-SC, 1999.

- MARX, Vanessa. *Investimento Direto Estrangeiro na Argentina e no Brasil*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; Porto Alegre : Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados*. São Paulo, 1995. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2 v.
- _____. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1995.
- MENDONÇA, Paulo Roberto S. O poder soberano em Thomas Hobbes. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 1, jul-dez 1991. 2ª ed. Rio de Janeiro : Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p. 118-128, 1991.
- MERCADANTE, Araminta de Azevedo, MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*. São Paulo : Necin-Capes, 1998.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introduccion al Derecho Internacional Publico*. 6a. ed. Madrid : Atlas, 1974.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília : Universidade de Brasília, 1982.
- MOSCA, Caetano. *História das doutrinas políticas desde a antiguidade*. Completada por Gaston Bouthoul...; trad. Marco Aurélio de Moura Matos, 6. ed. Rio de Janeiro : Guanabara, 1987.
- MURTA, Roberto de Oliveira. *Incoterms 1990 : publicação n. 460 da CCI*. Trad. Roberto de Oliveira Murta. 2ª ed. São Paulo : Aduaneiras, 1995.
- NASSER, Rabih Ali. *A liberalização do comércio internacional nas normas do GATT - OMC*. São Paulo LTr, 1999.

- NERCOLINI, Gian Marco. *Tratados Internacionais e o Direito brasileiro : sistema de convalidação*. Florianópolis, 1999. Dissertação de mestrado. CPGD-UFSC.
- OLIVEIRA, Maria Odete de. *União Européia : processos de integração e mutação*. Curitiba : Juruá, 1999.
- OPPENHEIM, Lassa *International Law : a treatise*. 7. ed., editada por Hersch Lauterpacht. London : Longmans, Green and Co., 1954, 2 vol.
- PANIZZA, Diego. Conceptions of International Order in Eighteenth Century Political Thought: A Typology in Context. *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, n. 1, p. 61-98, Spring 1997.
- PEREIRA, Osny Duarte. *Ferro e Independência : um desafio à dignidade nacional*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1967.
- PEREIRA NETO, Mario. *Direito, política, economia das Comunidades Européias*. São Paulo : Aduaneiras, 1994.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System. *Journal of International Economic Law*. Vol. 1, n. 1, p. 25-48, mar. 98. Oxford : Oxford University Press, 1998.
- PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Mercosul no cenário internacional : Direito e Sociedade*. Curitiba : Juruá, 1998, 2. v.
- PIRES, Alice, FONSECA, Amanda, CROSHERE, Indira. *Soluções de Controvérsias no Mercosul*. São Paulo : LTr, 1998.
- QUADROS, Fausto de. *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*. Lisboa : Almedina, 1991.

- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- RATTI, Bruno. *Comércio Internacional e Câmbio*. 8. ed. São Paulo : Aduaneiras; 1994.
- RENOUVIN, P.; DUROSELLE, J. B. *Introdução à História das Relações Internacionais*. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1967.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público : curso elementar*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1993.
- ROCHA, Leonel Severo. *As dimensões de legitimação-dominação do discurso jurídico sobre o poder soberano*. Florianópolis, 1982. Dissertação de Mestrado. CPGD - UFSC.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Solução de controvérsias no Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- ROELOFSEN, C. G. Grotius and the Development of International Relations Theory: 'The Long Seventeenth Century' and the elaboration of a European States System." *Quinnipiac Law Review*, Volume 17, n.1, p. 33-59, Spring 1997.
- ROSSETTI, José Pascoal. *Introdução à Economia*. 12. ed. rev., atual., ampl. São Paulo : Atlas, 1987.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Paris : Recueil Sirey, 1953.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Lourdes Santos Machado; intr. e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 4. ed. São Paulo : Nova Cultural, 1987.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial : aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

SCHAPOSNIK, Eduardo C. *As Teorias da Integração e o Mercosul : Estratégias*. Florianópolis : UFSC, 1997.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría del derecho*. Granada, mimeo, 1999.

SOARES, Guido F. *A compatibilização da ALADI e do Mercosul com o GATT*. Disponível na internet: <http://www.mre.gov.br>. 17.09.1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Mercosul : direitos humanos, globalização e soberania*. Belo Horizonte : Inédita, 1997.

SOLOMON, Robert. *O sistema monetário internacional 1945-1976*. Trad. Nathanael Caixeiro. Rio de Janeiro : Zahar, 1976.

SOMMERVILLE, Johann P. *Thomas Hobbes : political ideas in historical context*. New York : St. Martin's Press, 1992.

STELZER, Joana, *Integração Européia : dimensão supranacional*. Florianópolis, 1998. Dissertação de Mestrado. CPGD - UFSC.

STRAUSS, Leo. *The Political Philosophy of Hobbes : its basis and its genesis*. Trad. Elza Sinclair. Chicago : University of Chicago Press, 1952.

TEMPLE, Sir William. *From Observations upon the United Provinces of the Netherlands*. (Extraído de "The Works of Sir William Temple", 4 vols. (London, 1814), Vol. 1, p. 118-119). Disponível na internet: <http://www.fordham.edu/halsall/mod/17dutch.html>. 03.01.2000.

THORSTENSEN, Vera. *GMC - Organização Mundial do Comércio : as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo : Aduaneiras, 1999.

TRACHTMAN, Joel P. European Communities - Customs Classification of Certain Computer Equipment. *European Journal of International Law*. Disponível na internet: [http:// www.ejil.org/journal/surveys.html](http://www.ejil.org/journal/surveys.html). 18.08.1999.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *História do Direito Internacional Público*. Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa : Instituto Superior de Novas Profissões, 1996.

TUCK, Richard. *Hobbes and Descartes*. In: Rogers, G. A. J.; Ryan, Alan. *Perspectives on Thomas Hobbes*. New York : Oxford University Press – Clarendon Paperbacks, 1988, p. 11-42.

_____. *Hobbes*. New York : Oxford University Press, 1989.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A Ordem Jurídica do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

_____. (org.). *Direito Comunitário do Mercosul*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

_____. (org.). *O Mercosul em movimento*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1995.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Serra. 6. ed. Madrid : Aguilar, 1976.

WATHEN, Tom. Um guia para o comércio e meio ambiente. Trad. Eduardo Lycurgo Leite. In: *Comércio e meio ambiente : Direito, Economia e Política*. São Paulo : Governo do Estado de São Paulo - Secretaria do Meio Ambiente, Center for International Environmental Law - CEIL-US, p. 21-30, [1997?].

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Sociedade*. 2. ed., rev. e amp. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *História do Direito no Brasil*. Forense : Rio de Janeiro, 1998.

YOKOHAMA, Alexandre. *A eficácia como condição de validade em Hans Kelsen*. Florianópolis, 1999. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina.

LEGISLAÇÃO E TRATADOS:

Nota: toda a legislação citada está disponível na internet: <http://www.senado.gov.br> (Brasil) e <http://www.senado.gov.ar>. (Argentina). 25.03.2000.

ARGENTINA. *Constitución de la República de 1994*.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil Brasileiro*.

_____. Lei n. 313 de 30 de julho de 1948. *Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acórdão Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa de Alfândegas, e dá outras providências*.

_____. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*.

_____. Lei nº 4.131, de 03 de setembro de 1962. *Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências*.

_____. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. *Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT*.

_____. Decreto nº 2.072, de 14 de novembro de 1996. *Dispõe sobre a redução do imposto de importação para os produtos que especifica e dá outras providências*.

_____. Decreto nº 1.987, de 20 de agosto de 1996. *Altera as alíquotas do imposto de importação para as quotas, prazo, origem e produtos que especifica*.

_____. Lei nº 9.440 de 14 de março de 1997. *Estabelece incentivos fiscais para o desenvolvimento regional e dá outras providências.*

_____. Lei nº 9.449, de 15 de março de 1997. *Reduz o imposto de importação para os produtos que especifica e dá outras providências.*

_____. Decreto nº 2.179, de 18 de março de 1997. *Dispõe sobre a concessão de incentivos fiscais para o desenvolvimento regional para os produtos que especifica e dá outras providências.*

_____. Portaria Interministerial nº 3, de 31 de março de 1997. *Regulamenta a habilitação no regime automotivo especial.*

_____. Decreto nº 2.233, de 23 de maio de 1997. *Dispõe sobre os setores das atividades econômicas excluídos das restrições previstas no artigo 39 da Lei n. 4.131, de 03 de setembro de 1962.*

_____. Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997. *Altera a Legislação tributária federal e dá outras providências.*

TRATADOS INTERNACIONAIS

Tratado de permuta de territórios e outras compensações, entre Brasil e Bolívia. 17 de novembro de 1903. Disponível na internet: <http://www.pub2.lncc.br/wrmkk/btt1903.html>. 15.01.2000.

*Tratado feito entre S. M. Imperial e S. M. Fidelissima sobre o reconhecimento do Imperio do Brazil aos 29 d'Agosto de 1825, e ratificado por S. M. o Imperador no dia immediato. Rio de Janeiro, 29 de agosto de 1825. In: O PADRE AMARO ou SOVÉLA. *Política, História e Literaria*. Tomo XI, N. LVIII, outubro de 1825. Londres : Greenlaw, 1826, p. 355-358.*

Treaty concerning the Cession of the Russian Possessions in North America by his Majesty the Emperor of all the Russias to the United States of America. Disponível na internet: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/treatywi.htm>. 01.02.200.

OUTROS DOCUMENTOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário. N. 662-PU-TP. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça da União, 30.05.1997.

BRASIL. Secretaria de Política Industrial do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo. *Regime automotivo: objetivos e metas.* Disponível na internet: <http://www.mict.gov.br>. 05.06.1998.

LAUDOS ARBITRAIS DO MERCOSUL

MERCOSUL. *Brasil (Reclamado) - Controvérsia sobre Comunicados n. 37 de 17 de dezembro de 1997 e n. 7 de 20 de fevereiro de 1998 do Departamento de Operações, de Comércio Exterior (DECEX) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco. Reclamado pela Argentina.* Laudo do Tribunal Arbitral. 28.04.1999.

_____. *Brasil (Reclamado) - Subsídios à produção e exportação de carne suína. Reclamado pela Argentina.* Laudo do Tribunal Arbitral. 27.09.1999.

_____. *Argentina (Reclamada) - Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (Res. 861/99) do Ministério de Economía y Obras Y Servicios Públicos. Reclamado pelo Brasil.* Laudo do Tribunal Arbitral. 10.03.2000.

DOCUMENTOS E CASOS DO GATT/OMC

Nota: todos disponíveis na internet: <http://www.wto.org>. 20.04.2000.

DOCUMENTOS DO GATT

GATT. *Declaração Ministerial sobre Procedimentos de Resolução de Disputas*. 29 GATT BISD 9. 29.11.1982.

GATT. *Procedimentos de Resolução de Disputas*. 31 GATT BISD 9. 30.11.1984.

GATT. *Melhoras no Processo de Resolução de Disputas do GATT*. 36 GATT BISD 61. 12.04.1989.

CASOS DO GATT

GATT. *Comunidade Européia - Pagamentos e subsídios pagos a processadores e produtores de oleaginosas e proteínas de alimentação animal relacionadas*. L/6627 - 37S/86. 14.12.1989.

GATT. *Continuação do relatório do painel Comunidade Européia - Pagamentos e subsídios pagos a processadores e produtores de oleaginosas e proteínas de alimentação animal relacionadas*. DS28/R - 39S/91. 31.03.1992.

GATT. *Estados Unidos - Restrições às Importações de Atum*. 39 BISD 155, 204, 1993.

GATT. *Estados Unidos - Restrições às Importações de Atum*. DS 29/R, 1994.

DOCUMENTOS DA OMC

OMC. *Organograma*. 23.04.2000.

OMC. *Publicação para imprensa - Negociações de Serviços e Agricultura na OMC : encontros previstos para começar em Fevereiro e Março - Dados de suporte*. Press 167. 07.02.2000.

OMC. *Argentina - Medidas transitórias de salvaguarda sobre certos produtos de algodão importados do Brasil*. Requerimento para estabelecimento de um painel. WT/DS190/1. 11.02.2000.

CASOS DA OMC

OMC. *Brasil - Certas Medidas de Investimento no setor Automotivo*. Reclamado pelo Japão. WT/DS51.30.07.1996.

OMC. *Brasil - Certas Medidas que Afetam o Comércio e o Investimento no Setor Automotivo*. Reclamado pelos EUA. WT/DS52. 09.08.1996.

OMC. *Brasil - Certas Medidas que Afetam o Comércio e o Investimento no Setor Automotivo*. Reclamado pelos EUA. WT/DS65. 10.01.1997.

OMC. *Brasil - Certas Medidas que Afetam o Comércio e o Investimento no Setor Automotivo*. Reclamado pela CE. WT/DS81/1. 07.05.1996

OMC. *Comunidade Européia - Classificação Aduaneira de Certos Equipamentos de Computador*. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS62, 67, 68/AB/R. 1998.

OMC. *Comunidade Européia - Regime para Importação, Venda e Distribuição de Bananas*. Relatórios dos painéis. WT/DS27. Maio, 1997.

- OMC. *Comunidade Européia - Medidas que afetam a Importação de Certos Produtos Avícolas*. Relatório do Painel. WT/DS69/R. 12.03.1998.
- OMC. *Comunidade Européia - Medidas que afetam a Importação de Certos Produtos Avícolas*. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS69/AB/R. 13.07.1998.
- OMC. *Estados Unidos - Padrões para Gasolina Reformulada e Convencional*. Relatório do Painel. WT/DS2/R. 29.01.1996.
- OMC. *Estados Unidos - Padrões para Gasolina Reformulada e Convencional*. Relatório do Órgão de Apelação. WT/DS2/AB/R. 29.04.1996.
- OMC. *Estados Unidos - Proibição às Importações de Certos Camarões e Produtos de Camarão*. WT/DS58/AB/R (98-0000). 06.11.1998.
- OMC. *Guatemala - Investigação Antidumping Concernente à Importação de Cimento Portland do México*. WT/DS60.
- OMC. *Guatemala - Investigação Antidumping Concernente à Importação de Cimento Portland do México*. WT/DS60.
- OMC. *México - Investigação Antidumping de Xarope de Milho de Alta Frutose (HCFS) dos Estados Unidos*. DS 132.
- OMC. *Estados Unidos – Taxa antidumping sobre Semicondutores para Memórias Dinâmicas de Acesso Aleatório (DRAMs) de um Megabit ou Mais da Coréia*. WT/DS99/1. 29.01.1999.
- OMC. *Estados Unidos - Lei Antidumping de 1916*. WT/DS136/R. 31.03.2000
- OMC. *Japão - Taxas sobre Bebidas Alcoólicas*. WT/DS58/15. 14.02.1997.

PERIÓDICOS

ALMEIDA, Haroldo *et alii*. Decisão contra Brasil atinge todo bloco. *Gazeta Mercantil Latino-Americana*, 10-16 de maio de 1999, p. 17.

BELMONTE, Gecy. Acordo do Mercosul deve sair no dia 25. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 05.07.98, p. B 11.

BENETTI, Estela. Luís Henrique ainda espera a GM. *Diário Catarinense*. Florianópolis, 23.04.97, p. 21.

DIÁRIO CATARINENSE. *Economia da Argentina depende mais do Brasil*. Florianópolis, 29.12.98. Disponível na internet: <http://www.diario.com.br>. 29.12.1998.

FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil e Argentina devem assinar acordo do regime automotivo. São Paulo, 06.12.98, p. 2.4.

GASPARI, Elio. O assentamento da General Motors no RS. *Diário Catarinense*. Florianópolis, 23.04.97, p. 21.

GAZIR, Augusto. Argentina quer restringir carros a diesel. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 07.06.98, p. 2.8.

_____. Argentina quer regulamentar incentivos. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 05.07.98, p. 2.5.

_____. Governo argentino descarta acordo parcial. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 16.07.98, p. 2.7.

MARIN, Denise Chrispim. Continuam as divergências sobre carros. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22.07.98, p. 2.5.

_____. Protecionismo marca cúpula do Mercosul. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 06.12.98, p. 2.4.

_____. Mercosul busca acordo para automóveis. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 10.12.98, p. 2.6.

MEDEIROS FILHO, Marcílio. Delírio em Wall Street. *O Estado*. Florianópolis, 19 e 20 de abril de 1997, p. 2.

O PADRE AMARO ou SOVÉLA. *Política, História e Literaria*. Tomo XI, n. LVII, setembro de 1825. LVIII, outubro de 1825. Londres : Greenlaw, 1826.

_____. *Política, História e Literaria*. Tomo XI, N. LVIII, outubro de 1825. Londres : Greenlaw, 1826.

PEREIRA FILHO, Arthur. GM quer acirrar a disputa com Volks e Fiat neste ano. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 16.02.98, p. 2.5.

PEREIRA FILHO, Arthur. Argentina quer II menor para caminhão. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 05.07.98, p. 2.5.

QUARTIERO, Márcia. BNDES diz que a GM não oficializou empréstimo. *Diário Catarinense*. Florianópolis, 27.01.98, p. 12.

VAZ, Dorian. Mercedes-Benz justifica sua decisão. *Diário do Comércio*. Belo Horizonte, 19.04.96, p. 3.

RELNET. Resenha econômica n. 222/99, 25.11.1999.

RELNET. Resenha Econômica n. 230/99, 09.12.1999.

RELNET. Resenha Econômica n. 001/00, 03.01.2000.

RELNET. Resenha Econômica n. 002/00, 04.01.2000.

RELNET. Resenha Econômica n. 026/00, 07.02.2000.