

LAUDO Nº. 1/2007

Laudo do Tribunal Permanente de Revisão constituído para entender a solicitação de pronunciamento sobre o excesso na aplicação de medidas compensatórias - controvérsias entre Uruguai e Argentina sobre a proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai.

Na cidade de Assunção, Republica do Paraguai, no oitavo dia do mês de julho de 2007.

1. VISTO:

A petição da Republica Argentina (doravante Argentina), apresentada no dia 3 de maio de 2007 na qual solicita ao Tribunal Permanente de Revisão (doravante Tribunal) que se pronuncie sobre a proporcionalidade das medidas compensatórias aplicadas pela Republica Oriental do Uruguai (doravante Uruguai) em relação ao não cumprimento do laudo elaborado na controvérsia “Proibição de importação de pneumáticos remodelados” (Laudo Nº. 1/2005 e seu Laudo Aclaratório 1/2206), e cumprido os tramites de rigor.

II. CONSIDERANDO:

1. Antecedentes

- 1.1 Através da Lei 25.626 (08/08/2002; BO 09/08/02) a Argentina decidiu proibir “a importação de mercadorias individualizadas e classificadas no Sistema Harmonizado de Designação e Codificações de Mercadorias, elaborado sob os auspícios do Consenso de Cooperação Alfandegário, assinado em Bruxelas, reino da Bélgica, em 14 de julho de 1983 e modificado por seu Protocolo de Emenda também feito em Bruxelas em 24 de junho de 1986 e suas notas explicativas que figuram na Nomenclatura Comum do Mercosul sob N.C.M 4012.10.00 pneumáticos: (rodas pneumáticas) remodelados e 4012.20.00 Pneumáticos (rodas pneumáticas) usadas”, sem discriminação de sua origem extra ou inter Mercosul.
- 1.2 Considerando que a referida normativa era incompatível com o Direito do Mercosul, o Uruguai elaborou a demanda arbitral pertinente. Em primeira instância, o Tribunal *ad hoc* (a seguir, TAH) estabeleceu que a norma impugnada observasse os princípios do direito do Mercosul (laudo de 25 de outubro de 2005, Proibição de importação de pneumáticos remodelados, assunto do TAH-2/05, BOM nº 00, pendente de publicação, disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/>).
- 1.3 Em virtude do recurso de revisão dirigido contra a dita sentença, o Tribunal, decidiu, por maioria, dar provimento ao dito recurso, revogando a decisão e, constatando que a lei em questão infringia o Direito do Mercosul, determinando, entre outras coisas, que a Argentina deveria proceder a sua derrogação ou modificação “pela via institucional apropriada, dentro do prazo de cento e vinte dias passados” a partir da citada decisão (laudo de revisão de 20 de dezembro de 2005, proibição de importação de pneumáticos remodelados, assunto TPR-1/05- Laudo nº. 1/2005-, BOM nº.

00, pendente de publicação, disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/>).

1.4 A dita sentença foi objeto de uma solicitação esclarecedora, analisada oportunamente pelo Tribunal (aclaratória de 13 de janeiro de 2006, laudo de revisão proibição de importação de pneumáticos reformados, assunto TPR-1/05- Laudo N°. 1/2206- BOM N°. 00, pendente de publicação; disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/>).

1.5 Posteriormente, o Uruguai considerando que a Argentina não havia dado cumprimento a decisão do Tribunal depois de solicitar, segundo suas afirmações em reiteradas ocasiões, a observância do Laudo n°. 1/2005, antes citado, decidiu aplicar medidas compensatórias, através do Decreto 142/2007; DO 26/04/07). O referido decreto fixa uma taxa global tarifária de 16% à importação da Argentina de pneumáticos com as NCM 4011.10.00.00 e 4012.11.00.00 (pneumaticos-rodas pneumáticas). Tal decreto tem vigência a partir de 18 de abril de 2007.

2. **Marco normativo:** a presente controvérsia se encontra regida pelos artigos 31 e 32 do Protocolo de Olivos (a seguir, PO), assim como os artigos 43 e 44 do regulamento do BO (a seguir, POR).

3. Alegações das Partes

3.1. Argentina

3.1.1 Argentina expõe, em primeiro lugar, que a medida compensatória, tem efeitos que provocam desvio de comércio, em particular em benefício ao Brasil e China, bem como entre outros países.

3.1.2 Em relação à determinação do “excesso” de uma medida compensatória, a Argentina, logo após apontar que o PO não estabelece os critérios aplicáveis e sendo que não existem precedentes jurisprudenciais a respeito, em especial no marco do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, destaca que os mesmos deverão ser decididos pelo Tribunal.

3.1.3 Apesar do silêncio do PO, a Argentina considera que a utilização da expressão “equivalentes” utilizada em seu artigo 31, incisos 1 e 2, tem relação, segundo entendimento de fóruns como o da Organização Mundial do Comércio (OMC), a equivalência que deve existir é entre a medida compensatória e o prejuízo provocado pela parte reclamante tendo em vista a medida incompatível com o Direito do Mercosul, usa para sustentar este argumento laudos proferidos no âmbito da OMC. Menciona a sua vez, que as medidas habilitadas na dita organização carecem de natureza punitiva, o que significa, segundo os laudos que cita, a existência de uma finalidade de induzir ao cumprimento da decisão arbitral respectiva, sem que isso deva entender-se como uma autorização para que as mesmas suspendam as concessões em um nível maior de equivalência, de anulação ou menosprezo provocado ao Estado que o aplica.

3.1.4 A partir da análise do artigo 32, inciso 2, “i”, do PO, conclui que a proporcionalidade da medida compensatória deve ser considerada em relação aos prejuízos que surgem a partir do descumprimento do laudo, não podendo ser incluído na dita análise os danos provocados desde o momento em que se encontrava em vigência a medida argentina que restringiu as importações, que, obviamente, é anterior a emissão do laudo baseado nos laudos da OMC.

3.1.5 Para a Argentina, a redação do artigo 32, inciso 2, “i”, do PO, ao mencionar outros fatores à margem do volume e do valor de comércio que se pode incluir na determinação da medida compensatória, impõe ao Uruguai a carga probatória a respeito.

3.1.6 Assim mesmo, a Argentina alega, com base nos laudos da OMC, que o critério para avaliar o nível de prejuízo provocado por uma medida nacional inconsistente com o direito do Mercosul é o impacto sobre o valor das importações, é assim dizer, aquelas correntes comerciais que existiriam se não houvesse editado tal medida.

3.1.7 Tendo em vista tudo o exposto anteriormente, a Argentina solicita ao Tribunal, que declare que as medidas compensatórias uruguaias são excessivas e desproporcionais em relação às conseqüências que advém do descumprimento do Laudo N.º. 1/2005, anteriormente citado, que estabeleça o montante proporcional das medidas compensatórias que pode ser aplicado pelo Uruguai e que estabeleça um prazo de dez dias para o Uruguai adequar-se a esse montante.

3.1.8 Posteriormente, respondendo ao traslado proveniente do Tribunal de 21 e 23 de maio de 2007, a Argentina em sua petição destaca, primeiramente, que sua atitude não tem sido a de omitir o cumprimento do laudo, mas sim a de estar acatando com certa demora, produto, segundo afirma, dos procedimentos internos e prazos necessários para a aprovação de uma lei modificatoria da Lei N.º. 25.626. Também alega que em todo momento tem informado o Uruguai sobre as medidas internas que vem realizando na função de tal fim.

3.1.9 Com base no artigo 34 do PO (princípios e disposições do Direito Internacional), afirmam que a interpretação do Tribunal deverá ser norteadada pelos princípios da hermenêuticas que se referem os artigos 31 e 33 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

3.1.10 Afirma ainda não compartilhar da mesma interpretação realizada pelo Uruguai sobre a palavra “equivalente” que figura no artigo 31 do PO, pois considera que o dito conceito deve-se entender, implicitamente, referindo ao nível de anulação ou menosprezo ocasionado pelo descumprimento do laudo, hermenêutica que surge se considerando, segundo alega, que esta norma se inspira no Entendimento Relativo das Normas e Procedimentos pelo que rege o Sistema de Solução de diferenças da OMC (ESD).

3.1.11 Segundo a Argentina, a interpretação do Uruguai acerca do conceito de “proporcionalidade” como relação existente entre as medidas compensatórias e o cumprimento do laudo como objetivo das mesmas e não em vinculação ao dano provocado pelo descumprimento, não se encontra amparada no texto do

PO, em particular os artigos 31 e 32 do dito instrumento. Finalmente, segundo o dito Estado, a interpretação uruguaia implica no reconhecimento à medida compensatória um caráter punitivo, o qual somente poderia derivar de um acordo dos Estados Partes, que não existe atualmente, não podendo também ser presumida tal delegação de soberania.

3.1.12 Em relação ao recurso a jurisprudência da OMC, destaca que ela é pertinente por varias razões. Em primeiro lugar, segundo a doutrina que cita, o PO se inspira no ESP; além do mais, a diferença das normas da União Européia, aquela normativa encontra-se mencionada no artigo 1, inciso 2, do PO; mesmo porque, o dito regime tem sido reconhecido em Acordo de Complementação Econômica assinados pelo Mercosul, o que demonstra uma orientação do bloco em direção a natureza “compensatória” das medidas compensatórias em função do descumprimento do laudo.

3.1.13 Por outro lado, existem sistemas de integração onde este caráter punitivo é oferecido às medidas, isso resulta de uma delegação expressa dos Estados, como no caso do Tratado da Comunidade Européia (artigo 171, hoje 228), introduzida pela reforma do Tratado da União Européia. Isto porque em matéria punitiva não é possível aplicar a analogia. Além do mais a Comissão definiu critérios e métodos de cálculo para solicitar ao Tribunal de Justiça a imposição de multas correspondentes ao descumprimento de suas sentenças. As mesmas considerações valem em relação ao regime que impera na Comunidade Andina. Tudo isso, afirma a Argentina, é diferente ao que sucede no Mercosul, onde a normativa não autoriza ao Tribunal sancionar o descumprimento de um laudo.

3.1.14 Invocando o artigo 34 da citada Convenção de Viena, considera que nada autoriza no Mercosul a aplicação do direito comunitário europeu nem o do direito comunitário andino.

3.1.15 Segundo o mesmo Estado, a apreciação do conceito de proporcionalidade que fez o Tribunal no Laudo N°. 1/2005, antes citado, referiu-se a proporcionalidade que deve observar toda medida que restrinja a livre circulação de mercadorias a fim de ser compatível com as normas do Mercosul, portanto, como se observa, um âmbito diferente do presente assunto.

3.1.16 Por sua vez enquanto os critérios invocados pelo Uruguai para determinar a medida compensatória, segundo Argentina, não expressa concretamente as conseqüências derivadas do descumprimento do laudo, resultando inválidas.

3.1.17 Por outro lado, o Uruguai, na opinião da Argentina, não tem cumprido em absoluto com seu ônus probatório, previsto no artigo 44, inciso 2, do RPO em relação ao caráter proporcional da tarifa alfandegária dos 16% aplicado.

3.1.18 A Argentina questiona também os dados aportados pelo Uruguai que acreditaria que, apesar da referida tarifa alfandegária, as exportações argentinas mantiveram a margem de competitividade. Segundo seus dados de comércio exterior a dita margem não existe, e resulta em benefícios às importações uruguaias do Brasil e da China.

3.1.19 Finalmente, a Argentina manifesta que a proporcionalidade das medidas compensatórias com as conseqüências derivadas do descumprimento do laudo deve ser determinada pela comparação das correntes comerciais das posições envolvidas. Alegar, ainda, que a medida uruguaia afeta um fluxo comercial em 30 vezes superior ao afetado pela proibição argentina, o qual chega a 11 vezes se agregar às exportações uruguaias prejudicadas num fator de crescimento anual de 10%. Neste contexto, considera-se que, levando em conta a taxa de crescimento de ambas as correntes comerciais afetadas, a argentina e a uruguaia, naquela porcentagem, ainda assim no caso das exportações argentinas esta é maior, uma medida compensatória proporcional consistiria na aplicação às exportações argentinas uma proporção de uma cota tarifaria de 104.995 unidades livres de tarifa, com uma tarifa de 16% para a corrente comercial que supere a dita cota. Em relação aos demais argumentos, o Tribunal se remete *in totum* às apresentações argentinas.

3.1.20 Em conseqüência, solicita-se ao Tribunal, entre outros, que declare que a medida compensatória uruguaia é desmedida e desproporcional em relação às conseqüências derivadas do descumprimento do Laudo 1/2005, antes citado, que o Uruguai poderá aplicar uma medida compensatória até o montante identificado, que estabeleça que o Uruguai adote uma cota tarifaria como a referida *ut supra*; que o Uruguai deva adequar sua medida compensatória no prazo de 10 dias, e que a mesma deverá ser deixada sem efeito a partir do momento em que se adotem as medidas necessárias para cumprimento do laudo citado.

3.2 Uruguai

3.2.1 O Uruguai destaca, primeiramente, que a Argentina reconheceu, neste caso em concreto, a existência de um pressuposto essencial para a aplicação da medida compensatória, a saber, o descumprimento do Laudo N°. 1/2005, antes citado.

3.2.2 Para o Uruguai, o sistema jurisdicional do Mercosul e sua efetiva aplicação constituem a garantia do processo de integração. Por outro lado, o caráter obrigatório dos laudos surge do PO, razão pela qual seu descumprimento implica em uma violação tanto a norma do Mercosul, objeto de erro, como também do citado Protocolo, o que constitui assim uma violação da essência do processo de integração.

3.2.3 As medidas compensatórias habilitadas pelo PO, segundo o Uruguai, tem por objetivo não só que o Estado acate o Laudo do Tribunal, mas também que reduza o dano provocado pela demora na observância do dito laudo. Embora, neste caso, as medidas adotadas pelo Uruguai, segundo este Estado Parte, são menos gravosas que as conseqüências que derivam para o Uruguai do descumprimento do Laudo N°. 1/2005, antes citado, por parte da Argentina.

3.2.4 Por outro lado o Uruguai considera que não existe razão para a Argentina pretender fundar sua argumentação na equivalência e não na proporcionalidade. Segundo sua opinião, a expressão “equivalentes” contidas nos incisos 1 e 2 do artigo 32 do PO tem relação com o termo “obrigações”, o

qual é equivalente a “concessões”, e não a equivalência entre o dano provocado pelo descumprimento e as medidas compensatórias. Em relação à jurisprudência da OMC, aportada pela Argentina, manifesta que a mesma não é aplicável ao Mercosul dada à diferença de redação que existe entre os artigos pertinentes do PO e do ESD.

3.2.5 Assim mesmo, o Uruguai, considera sem fundamento as observações da Argentina relativas ao feito das medidas compensatórias que devem ser analisadas em relação ao comércio afetado a partir do descumprimento do laudo, e não do momento da adoção da medida declarada incompatível, especialmente porque não foi censurado ao Uruguai a aplicação do dito critério temporário.

3.2.6 Em relação aos critérios de justificação da medida compensatória, o Uruguai ressalta, em primeiro lugar, que a aplicação das mesmas no mesmo setor no qual a Argentina tem descumprido o Laudo N.º 1/2005, antes citado, resulta ineficiente segundo a prova na qual se baseia, isto porque as assimetrias de tamanho de comércio impedem que se alcance a proporcionalidade no mesmo setor, mesmo que, supostamente, se tivesse proibido totalmente a importação da Argentina - a qual não ocorreu. Por isso se optou pela aplicação de uma tarifa alfandegária mínima, necessária para essa finalidade, ou seja, alcançar o cumprimento do laudo sem impedir a importação. Isso respeita, segundo alega, o critério da proporcionalidade referido pelo TJCE em sentença prolatada por este Tribunal no Laudo N.º 1/2005, antes citado. Enquanto aos demais argumentos, o Tribunal remete *in totum* à apresentação uruguaia.

3.2.7 Tendo em vista tudo o exposto, o Uruguai solicita ao Tribunal que acolha a pretensão argentina, declarando que as medidas compensatórias denunciadas são proporcionais e não excessivas, nos termos do PO.

3.2.8 Posteriormente, ao efetuar o traslado que lhe foi oferecido por providências do Tribunal de 21 e 23 de maio de 2007, o Uruguai, além de ratificar os anteriores conceitos, assinala que a proporcionalidade da medida compensatória se demonstra também ao considerar-se o ponto de vista do comércio bilateral, mas também porque a medida proibitiva adotada pela Argentina afetou o 0.30% do total das exportações do Uruguai em direção a aquele país, já a medida que o Uruguai adotou compreendeu somente 0.07% do total das importações procedentes de Argentina.

3.2.9 Para este Estado Parte, a proporcionalidade mencionada no PO deve existir em relação às conseqüências do laudo descumprido e às derivadas da medida compensatória aplicada, fazendo relação, em ambos os casos, aos efeitos sobre o valor total das exportações ou da produção dos setores envolvidos. Neste sentido, afirma, nos setores respectivamente comprometidos, o valor das exportações à Argentina cresceu 65% do valor total das mesmas e aproximadamente 60% de seu montante de produção; já a corrente comercial em direção ao Uruguai alcançou somente 2% do valor total das exportações e 1% de sua produção. Foi a partir deste conceito de proporcionalidade que Uruguai aplicou a medida compensatória, a qual,

embora afete margens de comércio da Argentina muito inferiores aos alcançados pela proibição Argentina aos produtos uruguaios.

3.2.10 O Uruguai também adiciona que a pretensão Argentina que a medida compensatória seja equivalente ao nível de prejuízo sofrido pelo descumprimento do Laudo N.º 1/2005, antes citado, frustraria, sem deixar dúvidas, o objetivo de alcançar o acatamento de tal sentença dada às assimetrias de tamanho existente entre ambos Estados.

3.2.11 Finalmente, o Uruguai alega que com o fim de estabelecer a proporcionalidade de uma medida compensatória não se deve unicamente comparar os fluxos comerciais afetados, pois é evidente que tanto a Lei 25.626 Argentina como a atitude do dito Estado de descumprir um laudo do Tribunal afeta outros valores que escapam ao aspecto meramente comercial, já que incidem negativamente na consolidação do processo de integração em si mesmo e na confirmação do mercado comum. Enquanto às demais alegações de parte uruguia, nos encaminhamos *in totum* às apresentações pertinentes.

3.2.12 Diante do exposto, o Uruguai solicita ao Tribunal que indefira o recurso da Argentina e que declare que as medidas compensatórias aplicadas são proporcionais e não excessivas em relação às consequências derivadas do descumprimento do Laudo 1/2005, antes citado, e por isso são ajustadas ao disposto nas normas pertinentes ao PO.

5. Relatório solicitado à Secretaria do Mercosul

5.1 Por providência de 21 de maio de 2007, o Tribunal, no uso de suas atribuições e levando em conta, por um lado, as competências atribuídas a Secretaria do Mercosul (adiante SM) pelo direito do bloco, cujo teor institucional tem sofrido um processo de transformação tendo em vista ser “um órgão com ampla capacidade operacional” cuja principal função é a de “prestar assessoria e apoio técnico aos demais órgãos do Mercosul, com o objetivo de contribuir para a configuração de um espaço de reflexão comum sobre o desenvolvimento e a consolidação do processo de integração”, e, por outro, a necessidade de contar com a maior quantidade de elementos probatórios possíveis, permitindo, assim, ao Tribunal a adoção de uma decisão efetiva e adequada ao direito, considerou pertinente solicitar um relatório econômico e jurídico sobre as possíveis margens dos efeitos proporcionais dos ditos fluxos comerciais. O Tribunal argumentou, além do mais, que tal tipo de medidas visando a melhor instrução dos autos são práticas comuns em outros processos de integração quando se aborda questões como a presente.

5.2 A SM, prontamente, comunicou ao Tribunal, notificando os Estados Partes na controvérsia, que o relatório solicitado não poderia ser efetuado tendo em vista a carência da Secretaria de uma base de dados próprios de comércio exterior que lhe permitiria a sua elaboração; conseqüentemente também não é possível emitir um relatório jurídico sobre o assunto; e, mesmo porque, efetuar um estudo jurídico não está dentro das atribuições que lhe confere as normas do Mercosul. Especificamente, a SM, destacou a existência da Resolução GMC N.º 16/04.

5.3 É fato que esta não é a oportunidade processual para analisar a resposta da SM, embora, é conveniente destacar que, tal como o Tribunal o considerou na sua resolução da petição do relatório, a SM se encontra normativamente dotada, segundo a ordem jurídica do Mercosul, para efetuar consultas como à referida, mesmo porque não se pode opor ao Tribunal a resolução GMC N°. 16/04, em razão do disposto nas decisões CMC N°. 30/02 e 07/07, as quais como norma do CMC, beneficiam-se de uma hierarquia superior às disposições do GMC, com seu predomínio absoluto.

6. Apreciações do Tribunal

6.1 Esta é a primeira ocasião na qual o Tribunal é chamado a discorrer sobre a “proporcionalidade” de uma medida compensatória aplicada diante um descumprimento de um laudo elaborado por este Tribunal.

6.2 Dada a novidade da questão e a conseqüente necessidade de estabelecer, pela primeira vez no Mercosul, os critérios que estabeleçam a proporcionalidade de uma medida compensatória, resulta necessário realizar uma valorização global da situação.

7. Marco conceitual

7.1. Primeiramente, convém destacar que o Mercosul, diferente da OMC e a semelhança da União Européia e da Comunidade Andina, não se baseia puramente e exclusivamente em direitos, obrigações, benefícios e vantagens comerciais e econômicas entre Estados Parte.

7.2 A partir da assinatura do tratado de Assunção (TA), os Estados Partes tem criado uma comunidade de interesses não só econômicos e comerciais, mas também sociais, culturais, jurídicos e políticos. Isso se comprova, principalmente, no teor da letra e espírito do preâmbulo do Tratado de Assunção e de seu capítulo I “Propósitos, princípios e instrumentos”, mas também ao considerar o desenvolvimento normativo do bloco, no qual é possível encontrar normas sobre saúde, justiça, educação, integração social, direitos trabalhistas, meio ambiente, aspectos políticos, relações internacionais, assimetrias, entre outros, sem se esquecer do conteúdo das Comunicações Presidenciais semestrais, bem como da criação de determinados órgãos de caráter comercial, como o Parlamento do Mercosul, o Fórum Consultivo-Econômico Social, as diferentes Reuniões do Ministério, o Fórum de Consulta e Acordo Político e a Comissão de Representantes Permanentes, entre outros.

7.3. Como estabeleceu o TAH, no marco de sua primeira decisão, “o Tribunal terá que buscar e identificar regras jurídicas aplicáveis, guiado pelos fins e objetivos de ordem normativa criado pelas Partes... com vistas a alcançar o objetivo compartilhado de sua integração, no âmbito dos fins e princípios do sistema do TA. Nesse sentido, o sistema de solução de controvérsias previsto no Protocolo de Brasília (hoje PO) antecipa que as controvérsias requeiram um trabalho interpretativo nos diversos níveis de soluções estabelecidas” [laudo de 28 de abril de 1999, Comunicados N°.37/1997 e N°. 7/1998 do Departamento de Operações de Comercio Exterior (DECEX) e da Secretaria de Comercio

Exterior (SECEX): Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco, assunto 1/99, BOM N.º.9, junho, 1999, pág. 227, considerando 51].

7.4. No mesmo TAH, ao assinalar a importância do método teleológico de interpretação, destacou que este “resulta ainda mais claro nos tratados e instrumentos que... configuram processos ou mecanismos de integração” já que, diferente dos tratados de escopo clássico, aquele “constitui um marco, uma estrutura, pra desenvolver variadas e múltiplas atividades, onde a valorização teleológica das obrigações e das atividades ocupa um lugar central sob pena de perder todo sentido”. Mais adiante, o TAH elencou – citação de Lecourt- que “[1] a consideração do objeto e fim dos tratados e instrumentos de integração... é também um fator de segurança jurídica Sendo os objetivos permanentes e não mediando uma modificação expressa por uma norma de hierarquia igual, constituem-se em uma referência estável cuja continuidade depende a consolidação das correntes de comércio e dos processos econômicos e sociais que se produzem ao seu redor (TA preâmbulo e artigos 1 e 5, entre outras normas)” (Laudo de Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco, assunto 1/99, cit, considerados 57 e 60; mas também, TAH, Laudos de 27 de setembro de 1999. Subsídios à Produção e Exportação de Carne de Porco, assunto 2/99, BOM N.º. 11, dezembro, 1999, pág. 269, considerando 55, e de 29 de setembro de 2001, Restrições de Acesso ao Mercado Argentino de Bicicletas de Origem Uruguaia, assunto 2/01, BOM N.º. 19, dezembro 2001, pág. 321, considerando 3.1).

7.5. As anteriores considerações resultam pertinentes com o fim de concluir que o Mercosul não pode ser avaliado nem conceituado como um processo de mero equilíbrio entre as concessões comerciais e econômicas dos Estados Partes que estes outorgaram entre si, mas sim pelo envolvimento de outros fatores não menos importantes que aquelas concessões, fatores que surgem dos fins e objetivos traçados pelo TA. Tudo isso porque o Mercosul é um bloco regional consistente em um processo de integração e não um mero organismo público promotor da liberalização comercial como a OMC.

8. O descumprimento de uma decisão do Tribunal

8.1. O descumprimento de uma decisão do Tribunal, no caso de seu primeiro laudo, e, conseqüentemente, a aplicação de um a medida compensatória, indeferivelmente, afeta tanto os ocasionais fluxos de comércio diretamente envolvidos, como também todo o processo em seu conjunto e nas distintas relações, de diversa natureza, que surgem no seu marco.

8.2. Assim, a falta de observância de uma decisão do Tribunal além de prejudicar o estado Parte beneficiado pela mesma põe em risco a estabilidade e efetividade das instituições do Mercosul, provocando, conseqüentemente, uma preocupante sensação de descrédito na sociedade em relação ao processo no seu conjunto.

8.3. A situação que permite uma medida compensatória, o descumprimento de uma decisão do Tribunal, constitui um dos atos unilaterais mais delicados que um Estado Parte pode adotar frente às instituições e ao direito do Mercosul, dados as mencionadas conseqüências que isso provoca.

8.4. Como há sustentado o Tribunal de Justiça da Comunidade Andina (a seguir, TJCA), o não cumprimento de uma sentença “constitui a mais grave ofensa que se pode ser auferida ao Ordenamento Jurídico Comunitário, pois o racha em sua essência ao desconhecer os valores como o do respeito ao órgão que dirime uma controvérsia em última instância”, tal situação “sempre e em todos os casos... é de extrema gravidade”¹.

8.5. Em palavras do mesmo Tribunal de Justiça, aplicáveis ao Mercosul, “quando não se cumpre uma sentença não só se causa um dano particular ou concreto, que pode ser reparado com uma medida compensatória em favor de quem sofre o dano, mas também se agrava de maneira superlativa toda a ordem jurídica comunitária, convertendo em um feito que afeta a todos os países do Mercosul, bem como os Órgãos do Sistema ao se lesar o processo de integração”².

8.6. Por outro lado, aplicando a jurisprudência andina³, constata-se que no caso de um descumprimento de uma decisão do Tribunal, a “gravidade da infração... proveniente do não cumprimento da sentença por si só constitui um ato de extrema gravidade”, mas também “a conduta” do Estado Parte que, neste caso, afeta um dos pilares fundamentais em que se assenta o processo de integração” moldado no TA e seu Anexo I, fundado no Programa de Liberação Comercial, ao impedir a livre circulação de mercadorias reconhecida por este Tribunal.

8.7. Diante do exposto, o descumprimento de um laudo do Tribunal se perdura no tempo chegado, dependendo do caso, a ter um efeito contagioso sobre os Estados Partes, tendo uma potencialidade prejudicial considerável, podendo chegar a comprometer as mesmas bases do processo de integração.

9. As medidas compensatórias

9.1. Segundo o PO, a aplicação de uma medida compensatória fica habilitada diante da falta de observância de uma decisão ditada pelo TAH ou pelo Tribunal.

9.2. As medidas compensatórias, no marco do Mercosul, tem por finalidade solucionar uma situação de descumprimento jurisdicionalmente declarado do direito regional, as quais implicam não só equilibrar as correntes comerciais afetadas pela dita violação, mas também defender de outros fatores de índole não comercial, outrossim alterados por esta situação.

¹ TJCA, autos de 20 de outubro de 1999, sumário por descumprimento da sentença proferida no processo 1-AI-97, Junta/Venezuela, GOAC N° 500, 25/10/99, de 27 de outubro de 1999, sumário por descumprimento da sentença proferida pelo processo 3-AI-96, Junta /Venezuela, GOAC N° 512, 26/11/99, de 1° de agosto de 2001, sumário por descumprimento da sentença proferida no processo 34-AI-99, Secretária Geral/Peru, e 6 de março de 2002, sumário por descumprimento da sentença proferida no processo 53-AI-99, Secretária Geral/Equador, GOAC N° 778, 02/04/02.

² TJCA, autos de 6 de março de 2002, processo 53-AI-99, cit., ver a sua vez, auto de 1° de agosto de 2001, sumário por descumprimento da sentença proferida no processo 33-AI-99, Secretária Geral/Peru.

³ TJCA, autos de 4 de agosto de 2004, sumário por descumprimento da sentença proferida no processo 52-AI-2002, Secretária Geral/Venezuela, GOAC N° 1108, 25/08/04..

9.3. A fim de resolver a solicitação da Argentina, deve-se essencialmente avaliar o dano que uma medida compensatória tende a reverter, pois isso será o barômetro para medir sua proporcionalidade.

9.4. Como antes foi analisado, a falta de observância de uma decisão do Tribunal afeta uma diversidade de interesses os quais vão muito além dos próprios Estados Partes envolvidos, os quais, segundo o artigo 32, inciso 2, i) e ii), do PO devem ser avaliados pelo Tribunal em face da presente decisão, pois corresponde a um Tribunal comunitário, dada as suas atribuições institucionais, em particular a de garantir a efetiva aplicação do direito regional.

10. Danos

10.1. Tendo em vista a já citada diferença com a OMC e a semelhança com a União Européia e a Comunidade Andina, é que o Mercosul deve prescindir do critério de mero equilíbrio entre as concessões comerciais recíprocas, aplicado na primeira da Organização citada, e optar pelo critério do dano globalmente considerado, ou seja, tendo em vista a sua natureza jurídica, alcançar os objetivos e metas da prática das últimas⁴. Deve-se ressaltar que este critério inclui o dano comercial, mas não se esgota no mesmo, pois incorpora outros bens dignos da mesma proteção que as correntes comerciais ocasionalmente prejudicadas (dano institucional), sendo um conceito mais amplo que o mero dano comercial; o dano econômico.

10.2. No caso europeu, o Tribunal de Justiça, ao se referir a uma soma um tanto alta e a multa coercitiva como remédio para o suposto descumprimento de suas sentenças, tem destacado que sua finalidade é induzir ao Estado Membro que coloque fim ao descumprimento no menor prazo possível, fixando como critério moderador que a mesma seja proporcional à capacidade de pagamento do Estado e ao descumprimento propriamente dito⁵. Em qualquer caso, a medida aplicada deve garantir que o Estado cumpra a sentença cuja a falta de observância lhe é imputada⁶ e, assim, garantir a aplicação efetiva do Direito comunitário, o que é o mesmo que restabelecer a legalidade jurídica⁷.

⁴ Na Comunidade Européia, a Comissão, em seu Comunicado sobre a aplicação do artigo 171 do Tratado da CE [hoje artigo 228 CE] N° 96/C 242/07 ((Diário oficial das Comunidades Européias – DOCE – N° C242, 21/08/1996, pág. 6), estabelece que “a determinação da imposição de uma sanção deve ser guiada pelo objetivo do dito instrumento: assegurar a efetiva aplicação do Direito Comunitário. A Comissão estima que o montante deva ser calculado em função de três critérios fundamentais:

-a gravidade da infração,

-a duração da mesma, e

-a necessidade de assegurar um efeito coercitivo a sanção para se evitar a reincidência.”

⁵ TJCE, sentença de 4 de julho de 2000, Comissão/República Helênica, assunto C-387/97, Rec. I-5047, consideração 89 e seguintes, e de 14 de março de 2006, Comissão/República Francesa, assunto C-177/04, Rec. I-2461, consideração 61 e conformes.

⁶ TJCE, sentença de 25 de novembro de 2003, Comissão/Reino da Espanha, assunto C-278/01, Rec. I-14141, consideração 40 e seguintes.

⁷ TJCE, sentença de 12 de julho de 2005, Comissão/República Francesa, assunto C-304/02, Rec. I-6263, consideração 80 e seguintes e 103.

10.3. O mesmo Tribunal de Justiça tem destacado que a medida mencionada não tem sentido reparador ou indenizatório, mas sim o de pressionar o Estado que execute a sentença prolatada em face sua⁸.

10.4. Por sua vez, o TJCA tem considerado que as sanções que se aplicam nestes casos “não tem por que se referir somente à relação da gravidade do dano ocasionado pela conduta que deu origem a ação de descumprimento com a sentença objeto do desacato, mas sim, necessariamente, deve-se objetivar o descumprimento da sentença do Tribunal⁹”.

10.5. Em primeiro lugar, a situação que habilita uma medida compensatória, afeta, como neste caso, uma determinada corrente de fluxos comerciais, a saber, a dos produtos cuja livre circulação encontra-se proibida pela Argentina. Por isso, a medida compensatória deverá cobrir, aproximadamente, como primeiro elemento de cálculo o mesmo montante pecuniário que o fluxo comercial prejudicado pelo descumprimento que é a causa da mesma.

10.6. O setor afetado pela medida compensatória deve ser o mesmo ao que se refere o descumprimento da decisão do Tribunal, salvo se, como estabelece o artigo 31, inciso 2, do PO, o Estado Parte, de forma fundada, considere que a execução da medida é impossível ou ineficaz, ocasião em que poderá suspender as concessões ou obrigações em outro setor.

10.7. Não obstante, a fim de garantir a efetividade da medida e a igualdade dos direitos e obrigações dos Estados Partes resulta necessário ponderar também se a medida leva em consideração o tamanho do Estado Parte afetado pela mesma.

10.8. Isso se justifica, por um lado, para evitar que a diferença de tamanho entre os Estados Partes possa, em alguns casos, neutralizar seu objetivo imediato e, por outro, possa ser suficientemente persuasiva para o Estado negligente seja induzido a ajustar sua conduta ao ordenamento do Mercosul. Em todos os casos, a medida compensatória deve garantir que os benefícios ou vantagens obtidos pela falta de cumprimento de uma decisão jurisdicional sejam substancialmente menores que aqueles que se obtêm no caso de acatá-la.

10.9. No mais, esta forma de avaliação da proporcionalidade e alcance da medida compensatória é coerente com o afirmado anteriormente, no sentido de que os prejuízos pelo descumprimento de uma sentença do Tribunal seja constatado não somente no Estado que o sofre, mas também tenha um efeito expansivo sobre todo o processo de integração, afetando substancialmente sua credibilidade institucional e sua consolidação jurídica.

10.10. Finalmente, deve-se levar em conta que os Estados Partes não podem alegar normas, disposições ou práticas de direito interno como justificativa para descumprir o Direito do Mercosul (neste sentido, ver TPR, Opinião Consultiva,

⁸ TJCE, sentença de 14 de março de 2006, Comissão/República Francesa, assunto C-177/04, Rec. I-2461, consideração 59 e seguintes.

⁹ TJCA, autos de 20 de outubro de 1999, processo 1-AI-97, cit., de 27 de outubro de 1999, processo 3-AI-96, cit., e 1 de agosto de 2001, processo 34-AI-99, cit.

de 3 de abril de 2007, Norte/Laboratórios Northia, assunto TPR-1/07.BOM N°.00, pendente de publicação; disponível em <http://www.mercosur.int/msweb/>, ver Declaração N°.2, em concordância, voto da maioria dos membros Moreno Ruffinelli, João Grandino Rodas e Oliveira Garcia e voto concorrente do membro relator Fernandez de Brix e do ministro Nicolis Becerra; e TAH, laudo de aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco, assunto 1/99, cit., considerando 62).

10.11. Por tudo isso, no marco de uma medida compensatória, a consideração dos danos provocados desde a data da adoção do ato ou da medida nacional que tem sido declarada incompatível com o direito do Mercosul pelo Tribunal, não afeta, somente sua circunstância, mas a proporcionalidade de dita medida. Por sua vez, o artigo 32, inciso 2, "i", do PO habilita plenamente este Tribunal, a avaliar a proporcionalidade, considerando como consequência derivada do descumprimento do laudo ao dano existente a partir da data de vigência da medida (neste caso Lei 25.626) declarada violadora do ordenamento regional pelo laudo descumprido.

IV. CONCLUSÃO

A fórmula avaliadora da proporcionalidade da medida compensatória em estudo tende a cobrir dois aspectos: o dano econômico (cujo um dos componentes é o dano comercial, sendo os outros os derivados das assimetrias em questão, as pertinentes escalas da economia, capacidade ociosa perdida, desemprego, custos afundados, inversões perdidas) e o dano institucional. Neste caso, a medida compensatória adotada nem sequer esgota no primeiro fator. É um pouco mais que simbólica, levando em conta que a mesma é abertamente menos grave para Argentina que as consequências que derivam para Uruguai do descumprimento do Laudo N°. 1/2005, antes citado. Isso se explica essencialmente pelas assimetrias de tamanho entre ambos Estados Partes e de suas respectivas economias, e realidade econômica do setor envolvido. Um só exemplo bastaria para ilustrar esta conclusão: a participação da Argentina no ano 2000 nas exportações do Uruguai do item 4012.11.00 foi de 43,4%, enquanto que a participação de Uruguai nas exportações de Argentina do item 4011.10.00 se tem mantido ao redor de 2%. Por sua vez, consultando a página da Web do INDEC (Instituto Nacional de Estatística e Censos) da Argentina pode-se observar também atualmente como cifra macroeconômica que as exportações globais (FOB) intra Mercosul da Argentina apenas são de 10,96% com destino ao Uruguai, enquanto as exportações globais da Argentina tendo como destino Uruguai são de somente 2,1% (www.indec.mercosur.ar). Para o mesmo ano na página web do INE uruguaio as exportações globais de Uruguai (FOB) intra Mercosul dão à Argentina como destino o percentual de 34,17%, enquanto que as exportações globais dão como destino à Argentina um percentual de 7,84% (www.ine.gob.uy).

Adicionalmente, existe inclusive um fator não mencionado por nenhuma das partes: o fator econômico social de perda de empregos. Assim, no caso em questão, uma eventual perda de 2% de mercado não implica a nenhum resultado negativo para Argentina, mas sim, *a contrario sensu*, a perda de 43,4% de mercado obviamente provoca resultados muito negativos se for

considerado individualmente. A equivalência sustentada por parte argentina sucede manifestadamente inadequado ao avaliar-se a proporcionalidade de uma medida compensatória dentro do marco do descumprimento de um laudo emanado do tribunal comunitário de um bloco regional de integração.

Finalmente, o dano institucional explicitado de certa forma, mas não especificadamente conceituado pelo Uruguai, comporta um fator de vital importância para a avaliação da proporcionalidade para casos como o presente, além do mais se considerar-se que o descumprimento se refere precisamente ao primeiro laudo emitido por este Tribunal desde a sua constituição. Por sua vez, guardada a devida proporção, já que na União Européia estão proibidas as medidas compensatórias, mesmo que os critérios mencionados neste laudo elaborados pela Comissão Européia em relação ao sistema de cálculo de multas coercitivas, são igualmente de plena aplicação ao caso (gravidade da infração, duração da mesma e a necessidade de garantir o efeito coercitivo da sanção para evitar a reincidência), para o qual este Tribunal não necessita, tendo em vista a realidade normativa, de nenhuma delegação de soberania.

Em virtude de todo o exposto, o Tribunal DECIDE:

- 1) Pela maioria, determinar que a medida compensatória contida no Decreto N.º. 142/2007 de 17 de abril de 2007, emitido pela República Oriental de Uruguai é proporcional e não excessiva em relação às conseqüências derivadas do descumprimento do Laudo N.º. 1/2005 elaborado por este Tribunal no dia 20 de dezembro de 2005, conforme a normativa aplicada.
- 2) Por unanimidade, dispor, conforme a normativa aplicada ao caso, que dada à novidade da questão, os honorários e gastos do presente processo em relação aos três Membros atuantes do Tribunal serão arcados pela Argentina e pelo Uruguai igualmente.
- 3) Por unanimidade, dispor a notificação por correio privado às partes.
- 4) Por unanimidade, dispor que o presente laudo seja notificado por correio privado, com mero efeito informativo, às Coordenações Nacionais do GMC da República Federativa do Brasil e da República do Paraguai, às Supremas Cortes de Justiça dos Estados Partes, bem como à Secretaria do Mercosul.
- 5) Por unanimidade, dispor de tradução imediata ao português do presente laudo.
- 6) Por unanimidade, dispor a publicação imediata deste laudo nas páginas web do Tribunal Permanente de Revisão e da Secretaria do Mercosul, a partir da notificação mencionada no ponto 3).
- 7) Registre-se na forma devida.