

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO/ÁREA DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS

THALIS RYAN DE ANDRADE

Multilateralismo x Regionalismo: a fragmentação jurídico-institucional do comércio internacional no âmbito das exceções à cláusula da nação mais favorecida da OMC

Florianópolis
Março de 2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Thalis Ryan de Andrade

Multilateralismo x Regionalismo: a fragmentação jurídico-institucional do comércio internacional no âmbito das exceções à cláusula da nação mais favorecida da OMC

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de mestrado em Direito (concentração em Relações Internacionais) da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Florianópolis
Março de 2009

Autor: Thalís Ryan de Andrade

Título: Multilateralismo x Regionalismo: a fragmentação jurídico-institucional do comércio internacional no âmbito das exceções à cláusula da nação mais favorecida da OMC

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Mestrado em Direito (concentração em Relações Internacionais) da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, aprovado com nota _____

Florianópolis (SC), 27 de Março de 2009

Professor Orientador Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior – UFSC

Coordenador do Curso Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer – UFSC

Autor: Thalís Ryan de Andrade

Título: Multilateralismo x Regionalismo: a fragmentação jurídico-institucional do comércio internacional no âmbito das exceções à cláusula da nação mais favorecida da OMC

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Mestrado em Direito (concentração em Relações Internacionais) da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, aprovado com nota _____

Florianópolis (SC), 27 de Março de 2009

Professor Orientador Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior – UFSC

Membro da Banca Examinadora Prof^a. Dr^a. Maristela Basso – USP

Membro da Banca Examinadora Prof^a. Dr^a. Odete Maria de Oliveira – UFSC

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Victor e Eva e ao irmão Alysso pelo incentivo e apoio às longas horas que me ausentei do convívio familiar por conta da pesquisa.

Ao professor Arno Dal Ri Júnior pela orientação e voto de confiança ao desafio por mim proposto.

Aos amigos e professores do CPGD/UFSC por compartilhar experiência, conhecimento e discussões que em muito auxiliaram para esta dissertação, em especial, aos professores Antônio Carlos Wolkmer e Odete Maria de Oliveira pela valiosa contribuição sobre o tema.

Aos amigos que, por cada momento de descontração, me permitiam um novo olhar sobre o texto produzido.

À Tatiana Lacerda Prazeres por ampliar o horizonte da investigação e à Renata Vargas Amaral pela amizade.

A CAPES pela bolsa de estudo concedida, sem a qual o assunto não teria sido aprofundado como deveria.

A Deus e à avó Clara pela presença de espírito e oração.

RESUMO

Dentro da problemática da proliferação do regionalismo e a erosão da cláusula da nação mais favorecida (NMF), a presente pesquisa investiga a possibilidade de se identificar os acordos regionais de comércio como instituições jurídicas atuantes no sistema multilateral de comércio. O problema da pesquisa propõe uma análise do tema sob outro ângulo, partindo-se de um referencial jurídico-institucionalista e uma visão objetiva da sociedade econômica internacional. Com esse enfoque, se busca contribuir para a compreensão do fenômeno do regionalismo e lançar hipóteses que auxiliem o reconhecimento dessas mudanças. Para esse propósito, a metodologia do trabalho contempla análise de teorias e doutrinas que compõem o universo do Direito Internacional, bem como o aprofundamento do conceito de instituição jurídica de Santi Romano. São também cotejadas as regras positivas do sistema multilateral que abrem caminho para o regionalismo, além de artigos e jurisprudência sobre o tema. Ademais, são trazidos documentos do GATT/OMC que demonstram a atuação da instituição jurídica europeia no comércio internacional e tolerância dos demais componentes da comunidade internacional frente às prescrições do sistema multilateral de comércio. O método dedutivo é utilizado para se tentar traçar um paralelo entre os conceitos de instituições jurídicas e acordos regionais de comércio, abrindo espaço para sua identificação como sujeitos desse sistema. No último capítulo há, ainda, a análise da experiência europeia de integração, aplicando-se as conclusões obtidas ao acordo regional europeu. Concluindo a pesquisa, encontra-se uma resposta positiva para a possibilidade de considerar as instituições jurídicas regionais, que não detêm *status* de parte integrante do sistema multilateral, como sujeitos. O estudo de caso, inclusive, corrobora as considerações obtidas demonstrando que a personalidade jurídica da CEE existe de um modo objetivo, independentemente das regras dispostas no sistema.

Palavras-chave: instituições jurídicas; regionalismo; sujeitos; sistema multilateral de comércio; acordos regionais de comércio

ABSTRACT

Within the problem of regionalism proliferation and the erosion of most favored nation clause (NMF), this research investigates the possibility of identifying the regional trade agreements as legal institutions active in the multilateral trading system. The problem of the research proposes an analysis of the issue from another angle, starting of a juridical-institutionalist reference and a objective vision of international economic society. With this approach, it aims to contribute to comprehension the regionalism phenomenon and launch assumptions that help recognize these changes. For this purpose, the methodology of work includes theories and doctrines analysis that involve the universe of international law, as well the deepening of the concept of the legal institution of Santi Romano. They are also collated the positive rules of the multilateral system that paves the way for regionalism, as well articles and case law on the issue. Furthermore, GATT/WTO documents are brought to show the action of European legal institution in international trade and tolerance of other components of the international community facing the multilateral system requirements. The deductive method is used to try to draw a parallel between the concepts of legal institutions and regional trade agreements, opening space for their identification as subjects of that system. In the last chapter there is also the European experience integration analysis, applying the findings to the European regional agreement. Concluding the research, has been found a positive answer to the possibility of considerate the regional legal institutions, which have not status of part of the multilateral system, as subjects. The case study, besides, corroborates the considerations obtained showing that EEC legal personality exists in a objective way, regardless the system rules.

Keywords: legal institutions; regionalism; subjects; multilateral trade system; regional trade agreement

LISTA DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ACP	África, Caribe e Pacífico
AE	Acordo Europeu
AELC	Associação Europeia de Livre Comércio
APEC	<i>Asia-Pacific Economic Cooperation</i>
BENELUX	<i>Belgium, Netherlands and Luxembourg</i>
CAN	Comunidade Andina
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CED	Comunidade Europeia de Defesa
CEJ	Corte Europeia de Justiça
EEE	Espaço Econômico Europeu
EPA	<i>Economic Partnership Agreement</i>
EUA	Estados Unidos da América
EURATOM	<i>European Atomic Energy Community</i>
FEDER	Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional
GATS	<i>General Agreement on Trade in Services</i>
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
IED	Investimento Estrangeiro Direto
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
NMF	Nação Mais Favorecida
OCDE	<i>Organization for Economic Cooperation and Development</i>
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias
SGP	Sistema Generalizado de Preferências
SGPC	Sistema Global de Preferências Comerciais
TEC	Tarifa Externa Comum
UE	União Europeia
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
ZLC	Zona de Livre Comércio
WTO	<i>World Trade Organization</i>

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
ABSTRACT	7
LISTA DE SIGLAS	8
SUMÁRIO	9
1 INTRODUÇÃO	11
2 FUNDAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS INTERNACIONAIS	18
2.1 Fundamentos do direito positivo: a doutrina formalista	21
2.1.1 O positivismo voluntarista	23
2.1.1.1 Reconhecimento de sujeitos internacionais no positivismo voluntarista	26
2.1.2 O positivismo jurídico	31
2.1.2.1 Reconhecimento de sujeitos internacionais no positivismo jurídico	34
2.2 Fundamentos do direito objetivo: a doutrina institucionalista	38
2.2.1 O solidarismo francês no Direito Internacional	40
2.2.1.1 O reconhecimento de sujeitos internacionais pela figura da instituição	42
2.2.2 O institucionalismo Italiano no Direito Internacional	49
2.2.2.1 A identidade entre sujeitos internacionais e as instituições jurídicas	53
2.3 A instituição do comércio internacional ao longo da história	58
3 ACORDOS REGIONAIS DE COMÉRCIO SEGUNDO A OMC	63
3.1 A criação do Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT/1947)	64
3.2 A regra da Nação Mais Favorecida como padrão do comércio internacional	66
3.2.1 A regra da não discriminação entre sujeitos	66
3.3 O processo de integração: entre o velho e o novo regionalismo	72
3.3.1 A cláusula da anterioridade (<i>grandfather clause</i>): Art. I, § 2º do GATT	91
3.3.2 O art. XXIV do GATT	93
3.3.3 O art. XXV do GATT	104
3.3.4 Cláusula de Habilitação (<i>Enabling Clause</i>)	108
3.3.5 O art. V do GATS	114
3.4 Negociações de Doha sobre os acordos regionais	117

4 ACORDOS REGIONAIS COMO INSTITUIÇÕES JURÍDICAS	119
4.1 A fragmentação jurídico-institucional da sociedade comercial internacional	120
4.1.1 Instituições jurídicas x acordos regionais: características	126
4.2 A Comunidade Européia como instituição jurídica regional	130
4.2.1 Evolução histórica da instituição jurídica européia	131
4.2.2 A política comercial comum da instituição jurídica européia	137
4.2.3 A posição da instituição jurídica européia perante o GATT	141
4.2.4 A posição da instituição jurídica européia perante a OMC	149
4.2.5 A difusão da experiência jurídico-institucional européia	154
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
REFERÊNCIAS	170

1 INTRODUÇÃO

Apesar de a cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF) constituir-se no pilar básico da não discriminação no sistema multilateral de comércio, positivada no acordo GATT em 1947, diversos dispositivos e decisões permitem a proliferação de acordos regionais, constituindo exceções à regra de não discriminação entre partes contratantes/membros nos últimos 60 anos de sistema multilateral de comércio. Essas regras excepcionaram a criação de, pelo menos, 300 acordos regionais de comércio, sendo 90% áreas de livre comércio e 10% uniões aduaneiras, fazendo com que suas prescrições se tornassem mais uma regra do que verdadeiramente uma exceção.

A inexorável globalização que permeia as relações econômicas também é uma das razões para o avançado estágio de integração entre as economias nacionais. A tendência de proliferação destes acordos regionais dentro do sistema jurídico multilateral faz com que o conceito clássico, absoluto e indivisível de soberania do Estado, revelado pela atuação isolada dos membros do sistema GATT/OMC, seja repensado de modo a se ajustar à nova tendência de regionalização comercial que se configura no sistema jurídico do comércio internacional.

Isso porque, sob a base das exceções à regra da NMF, acordos regionais emergem como instituições jurídicas particulares, ainda que, sob a perspectiva das regras positivas de liberalização do comércio, sejam simples acordos entre membros da Organização Mundial do Comércio (OMC). Por outro lado, a exemplo do reconhecimento obtido pelo bloco europeu, a reprodução desses acordos tem sido uma constante nas novas tratativas econômicas internacionais, constituindo -se – principalmente para os países em desenvolvimento – numa saída racional para a superação das longas negociações multilaterais e para o atual impasse da Rodada Doha.

Nesse contexto, a parceria estratégica deflagrada pela Comunidade Européia e diversos países em desenvolvimento são exemplos desta tendência de inserção estratégica na economia global, permitindo-se a concertação de um discurso uníssono no cenário econômico internacional. Apesar da falta de reconhecimento do caráter de parte contratante/membro à instituição jurídica

européia, seu ordenamento jurídico autônomo há muito negocia com outros integrantes do sistema multilateral do comércio e instituições regionais reforçando-se a atuação dos países em bloco e não mais isoladamente.

Não obstante esse cenário ter se consolidado há algumas décadas – não mais anunciando uma tendência de regionalização comercial, mas sim, ratificando um cenário deveras consolidado – parece ainda existir no imaginário jurídico a leitura positivista do fenômeno. Em outros termos, a capacidade jurídica para os acordos regionais de comércio (formados a partir das exceções à cláusula da Nação Mais Favorecida) atuarem no Direito Internacional Econômico está vinculada à restrita leitura dos comandos positivos postos pelos Acordos OMC.

Uma nova leitura crítica ao fenômeno, ao invés de justificá-lo como um “esvaziamento” da regra positiva de não discriminação, parece ser possível na medida em que se identificam estes acordos com o direito objetivo representado por instituições organizadas. Nessa medida, pode-se cogitar a interpretação de que a frequência com que os acordos regionais aparecem no sistema multilateral de comércio revela a possibilidade desse novo formato de negociação internacional representar os anseios da Comunidade Econômica Internacional, afastando-se a idéia de as exceções à NMF desvirtuarem o sistema multilateral de comércio .

A não percepção deste direito objetivo incrustado na sociedade internacional, muitas vezes não traduzido pelas regras positivas da OMC, legitima a atuação de acordos regionais como um efetivo membro do sistema jurídico multilateral de comércio.

Com o objetivo de aclarar a visão positivista que reluta em admitir os acordos regionais como verdadeiros sujeitos nesse cenário, a presente pesquisa vai investigar o problema sob a ótica institucional do direito. Isto equivale a dizer que a pesquisa tem o fito de perquirir a possibilidade destas instituições jurídicas internacionais, não reconhecidas pelas regras abarcadas pela OMC, figurarem como sujeitos deste ramo jurídico, com plenos direitos, deveres e obrigações.

Caso seja adotado o referencial de que as condições para reconhecimento de sujeitos jurídicos internacionais são somente aquelas regras postas pelas partes contratantes/membros por meio de seu consenso multilateral, certamente a resposta será negativa. Em razão do âmbito limitado desta concepção

e a falta de alimentação de *inputs* valorativos e sociais, esta não será a visão de mundo capaz de responder ao questionamento proposto, servindo tão somente como caráter informativo precedente a outro referencial: a concepção institucional do direito.

Essa vertente, por sua vez, é capaz de suprimir algumas amarras do normativismo purista, podendo servir de amparo à compreensão da “problemática” do regionalismo. Sua inteligência ultrapassa a idéia de perda de eficácia da Cláusula da NMF, expandindo a perspectiva para uma nova categoria de sujeitos internacionais, uma vez que muitos acordos regionais não detêm *status* de membro da OMC, tampouco sujeitos de Direito Internacional. Essa afirmação preliminar parece possível porquanto a teoria institucionalista do Direito – desenvolvida principalmente em Itália pelo jurista Santi Romano – rechaça a visão de o Estado como única instituição capaz de criar direito ou como única representação da ordem jurídica. O Estado, na visão institucionalista, é apenas mais uma instituição jurídica organizada, das muitas que integram a Comunidade internacional.

Nesse sentido, a teoria institucionalista sugere uma hipótese afirmativa – ainda que provisória – à premissa de que alguns acordos regionais, apesar não serem sujeitos da OMC, assumem a posição de sujeitos atuantes na ordem econômica internacional em condições análogas às outras instituições detentoras de personalidade jurídica, tais como as Organizações Internacionais.

Cabe também registrar que a dúvida suscitada nesta pesquisa científica se mostra relevante na medida em que a proliferação de acordos regionais tem sido alvo de constante preocupação para os defensores do sistema multilateral de comércio. Isso porque o movimento de globalização econômica ensejada pelo compromisso liberal positivado no acordo GATT conduz à idéia de que os Estados - membros são os sujeitos incontestes que atuam neste ramo do Direito Internacional, relegando aos acordos de integração o singelo papel de manifestação de direito por parte dos efetivos membros da OMC.

Além disso, por questões metodológicas, deve se ressaltar que a discussão a respeito da oposição ou coexistência entre o regionalismo e multilateralismo não se constitui em debate primordial para este trabalho, de modo que efeitos econômicos destes blocos são apenas tangenciados na pesquisa, quando necessário ao melhor entendimento da problemática posta.

Por outro lado, partindo-se do contexto de que a ampla difusão do ideal regionalista é uma realidade, aliada às inúmeras variáveis decorrentes da globalização, o problema de pesquisa ganha maior motivação quando se conjuga a hipótese básica da pesquisa com o estudo da atual sofisticação destes acordos. Assim, os acordos regionais celebrados pelos Estados membros da OMC, sob as exceções à cláusula de não discriminação, trazem aportes institucionais desenvolvidos que, de acordo com a visão institucionalista, revelam um papel não mais coadjuvante e subjacente à ordem jurídica internacional posta, mas são também protagonistas da sociedade econômica internacional. Quer dizer, ainda que sejam desprovidos de reconhecimento pela ordem jurídica multilateral positiva, a análise da atual sofisticação institucional dos acordos de integração identificam estes como verdadeiros acordos regionais organizados, com vontade própria, capazes de interferir na dinâmica do Direito Internacional. Essa capacidade era até então atribuída apenas às Organizações Internacionais com personalidade jurídica formalmente reconhecida pelo Direito Internacional Econômico posto, ou melhor, pela vontade coletiva exteriorizada pelos membros que firmaram os pactos multilaterais de comércio.

Diante destes sujeitos de fato, reitera-se a opinião de que estas áreas não representam simples acordos, mas sim, podem ser consideradas verdadeiras instituições participantes deste Direito Internacional, ao lado da figura estatal. Dessa forma, aponta-se no horizonte um novo paradigma de relacionamento na Comunidade Internacional, padrão que pode ou não conduzir ao reconhecimento de instituições jurídicas regionais em detrimento do imaginário vestfaliano erguido em torno da figura estatal.

Quanto às justificativas econômicas, os argumentos do ganho de competitividade e possibilidade de discriminação entre os membros não integrantes do bloco têm fomentado a opção pela integração regional frente ao Sistema Multilateral de Comércio, num inter cruzamento institucional que parece redesenhar a construção do Direito Internacional Econômico. O formalismo do Direito Internacional Econômico representados pelo sexagenário acordo GATT (agora abarcado pela OMC) e suas exceções podem, assim, serem interpretados de maneira a adequar essas instituições em seu arcabouço jurídico uma vez que a cooperação entre

acordos regionais parece apontar uma nova tendência para as negociações comerciais no âmbito internacional.

Ademais, a abordagem jurídico-institucional fornece elementos para se repensar a condição de reconhecimento de membros na própria OMC, bem como abre caminhos para se melhor entender o “desvirtuamento” das exceções para a criação de acordos regionais na atualidade. Uma nova abordagem do fenômeno pode conduzir ao entendimento de que essas instituições organizadas podem ganhar corpo também dentro do campo da formalidade jurídica, a qual resiste como única manifestação do direito admissível para aqueles que adotam o referencial positivista.

Para tentar se desvendar o atual paradigma ou, pelo menos, buscar uma resposta diversa à compreensão da propagação do regionalismo, esta pesquisa procura investigar a possibilidade de considerar esses acordos regionais de comércio como legítimos sujeitos da ordem econômico-jurídica internacional. Trata-se de uma hipótese ao problema que pode contribuir para a revisão e readaptação do próprio sistema jurídico OMC, de modo a permitir que este continue gerando frutos na liberalização do comércio multilateral, porventura sob um novo modelo de liberalização multirregional.

Por essas razões, justifica-se a verificação da hipótese do reconhecimento dos acordos regionais como novos sujeitos do Direito Internacional Econômico, numa perspectiva que ultrapassa o formalismo positivado nos acordos do GATT/OMC, motivando a investigação de estas instituições jurídicas internacionais se personificarem na órbita econômica internacional. A partir dos resultados obtidos, poder-se-á interpretar o Direito Internacional Econômico posto, bem como suscitar uma reflexão sobre modificações sobre o sistema, especialmente no que tange às disposições relativas às exceções que ganharam larga eficácia ao longo das últimas décadas de liberalização comercial e, algumas, há muito exteriorizam a faculdade do regionalismo.

Para a concretização da tarefa de se tentar identificar os acordos regionais como instituições jurídicas atuantes no Direito Internacional Econômico, a presente pesquisa se divide basicamente em três capítulos, que buscam construir num pensamento lógico dedutivo os assuntos relevantes para a proposta.

No primeiro capítulo, primeiramente buscar-se-á identificar as instituições internacionais ao longo da história, identificando as referências francesas que deram suporte à teoria da Escola Italiana institucionalista desenvolvida por Santi Romano. Além disso, será cotejada a teoria formalista austríaca, que se constitui no contraponto ao pensamento de Santi Romano. Será também explorado o referencial teórico de Santi Romano, na medida em que sua teoria servirá de suporte para a identificação de acordos regionais juridicamente organizados como efetivos sujeitos de Direito Internacional.

Em seguida, no segundo capítulo, passar-se-á à investigação da positivação da Cláusula da NMF no sistema multilateral de comércio GATT, bem como as raízes do regionalismo e a positivação das exceções à essa cláusula. Serão abordados ainda os atuais entendimentos sobre o fenômeno, as negociações na OMC e decisões emanadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) sobre o regionalismo. Assim, poder-se-á concluir e identificar os objetivos propostos, fornecendo elementos para o capítulo seguinte.

No terceiro capítulo, serão contrapostas as vertentes formalista e institucionalista, servindo essa última de suporte ao estudo da experiência da Comunidade Européia no sistema multilateral de comércio. Nessa análise, também serão levados em conta o grau de sua atuação em uníssono no Direito Internacional, bem como a capacidade de criação e destinação de Direito Internacional.

No que diz respeito à coleta de dados para o trabalho, esta pesquisa cingir-se-á, exclusivamente, pelo levantamento bibliográfico das obras que tratam do conceito de instituição e documentos de trabalho disponíveis.

Quanto ao método de abordagem, ao invés de se buscar uma descrição rotulada do método aqui empregado (e.g. procedimento hipotético dedutivo), por opção metodológica se privilegia as lógicas utilizadas na construção de cada capítulo. Em termos específicos, o método dedutivo será o meio de interpretação de cada informação, deduzindo premissas gerais a enunciados singulares e, ao final, aplicando-as ao estudo de caso específico da instituição jurídica da Comunidade Européia.

No tocante aos aspectos técnicos da redação, é importante salientar ainda que serão observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de

Normas Técnicas (ABNT) com a ressalva de que, na NBR nº 10520:2002, o modelo de citação autor-data e numérico serão excepcionadas da estrita regra da ABNT. Isso porque serão utilizadas as referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-se com notas explicativas em rodapé (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor -data).

2 FUNDAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS INTERNACIONAIS

O vocábulo “instituição”, na sua acepção cotidiana, transmite o conceito de “coisa estabelecida ou estabelecimento”¹, trazendo a idéia de organização ou associação para alguma finalidade. Utilizando alguns aspectos dessa definição, instituição assume no âmbito do direito o significado de corporificação da norma, manifestando-se em regras imanentes ao corpo social que regula.

Santi Romano, por sua vez, define instituição como figuras existentes por si mesmas, autônomas, que gozam de personalidade própria, não se limitando a fonte criadora do direito, mas sim, se trata de uma figura ambivalente que também se revela como o próprio ordenamento². Em fragmentos de seu dicionário jurídico, Romano entende que a instituição, corpo ou ente social, reflete unidade, sendo entes indissociáveis do ordenamento jurídico. A sociedade é a própria organização dotada de um espírito jurídico que a anima e estrutura³.

Na explicação de Paul Reuter as instituições são, em sentido amplo, as organizações, as tradições e as regras fundamentais que caracterizam uma determinada sociedade. Instituições internacionais⁴, por sua vez, são as relativas a uma sociedade internacional⁵. Longe da compreensão costumeira, o conceito de

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI*. Versão 3.0. Novembro de 1999. Há ainda outros significados como, e.g., no âmbito canônico, a instituição significa a “imposição de poderes espirituais próprios de um cargo eclesiástico, feita por um superior hierárquico”. Já no âmbito da sociologia, traduz-se como uma “estrutura decorrente de necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor de seus códigos de conduta, alguns deles expressos em leis”.

² ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006, p. 58 (no prelo).

³ ROMANO, Santi. *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: Giuffrè, 1953, p. 68. “[...] ogni ordinamento giuridico, considerato nel suo aspetto, non solo più largo e comprensivo, ma anche più decisivo per comprenderne la natura, si rivela, non un complesso di norme, che ne sono piuttosto un prodotto e una derivazione, ma un ente sociale, avente una propria organizzazione e, quindi, una vita che si identifica con lo spirito giuridico che l’anima e che dalla struttura dell’ente no può scindersi, così come lo spirito vitale non può scindersi dal corpo vivente se non per mera astrazione. Questi enti, corpi sociali o istituzioni, che dir si voglia possono essere volontari, ma alcuni e i più importanti no hanno tale carattere, in quanto sono delle comunità necessar ie, come, ad esempio, lo Stato e, secondo noi, nonostante ogni contraria apparenza, la grande comunità internazionale”

⁴ A escola institucional será retomada com mais vagar adiante. No entanto, por ora, sua menção é indispensável para compreensão da evolução das instituições de Direito Internacional. Cabe registrar que, no âmbito deste trabalho, se utilizará indistintamente os vocábulos: instituições, instituições jurídicas, instituições internacionais, instituições jurídicas internacionais, uma vez que, aqui, todas as expressões equivalem à identificação entre sujeito e ordenamento jurídico.

⁵ REUTER, Paul. *Instituciones Internacionales*. Trad. Cristóbal Massó Escofet, Barcelona: Casa Editorial BOSCH, 1959, p. 11.

instituição aqui empregado não só compreende o sentido oficial que se utiliza nos cursos de Direito, mas também idéias, crenças, símbolos, costumes, usos práticos legados por uma tradição, como as instituições políticas, jurídicas ou religiosas.

Quando essa entidade organizada se reporta ao plano internacional, invariavelmente se tem a instituição jurídica do Estado como o ente mais importante e, no âmbito do Direito Internacional Público, essa entidade se apresenta como sujeito⁶ incontestável da ordem jurídica internacional. O Estado então se identifica como instituição de Direito Internacional Público na medida em que é a grande fonte deste direito, sendo, por conseguinte, o legítimo destinatário dessas normas, podendo ou não incorporá-las ao seu ordenamento jurídico interno.

O Estado organizado goza ainda do atributo da autonomia de sua ordem jurídica originária, revestindo-se com o manto da soberania, seu poder supremo incontrastável a qualquer outra entidade. Essa supremacia institucional do Estado faz com que subsista até os dias de hoje o ideal de que tudo que existe em termos de direito derive da ordem originária estatal.

Esta supremacia jurídica do Estado é um dos enfoques da doutrina positivista; todavia, essa corrente não se utilizava do ideal institucional para concepção do direito, uma vez que o direito não possuía seu fundamento objetivo na sociedade. A ausência desta idéia institucional do direito fica clara na escola positivista voluntarista, em que o surgimento de quaisquer entidades – inclusive organizações internacionais – são manifestações derivadas da vontade do Estado e a ela subordinada.

Essa supervalorização do direito positivo emanado pela vontade estatal é representado pela vertente clássica do positivismo, tendo em Dionísio Anzilotti um dos seus expoentes. Em seguida, a corrente positivista atinge seu ápice com o purismo normativo buscado por Hans Kelsen, hipótese adiante esmiuçada por seu discípulo Alfred Verdross.

⁶ Apesar de alguns autores como José Francisco Rezek utilizar a nomenclatura atores para designar as entidades que atuam no Direito Internacional (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18), aqui se utilizará a expressão sujeitos internacionais para designá-los, uma vez que melhor traduzem a manifestação das instituições jurídicas e seu *status* legal dentro do Direito Internacional.

Na contraposição desses ideais é que a justificativa institucionalista do Direito Internacional vem à tona, reagindo a algumas premissas arraigadas pelo pensamento positivo. A corrente institucionalista pugna por um ordenamento jurídico independente, fragmentado. Seus primórdios são encontrados nos escritos de franceses que cunham a expressão “instituição”, identificando -a com o corpo social. Essa expressão, por sua vez, ganha contornos jurídicos na obra do jurista italiano Santi Romano, o qual vai buscar defender a existência de sistemas jurídicos autônomos (instituições) não reconhecidos pelo formalismo jurídico -estatal, abrindo assim uma discussão em detrimento do paradigma jurídico-positivista predominante.

É com o propósito de melhor identificar essas teorias que fundamentam o Direito Internacional⁷ – ou melhor, as instituições jurídicas internacionais – que esse

⁷ Ressalte-se que a intenção da pesquisa não é destrinchar todas as escolas que buscam justificar ou negar a existência do Direito Internacional, mas tão somente expor as vertentes entendidas como relevantes na pesquisa. Para um aprofundamento das diversas classificações existentes sobre a fundamentação do Direito Internacional, é interessante o estudo das classificações desenhadas pelos diversos internacionalistas, dentre eles Jean Tousseuz, Alain Pellet, Agenor Pereira de Andrade, Manuel Diez Velasco Vallejo, Alfred Verdross, dentre outros. A título de exemplo, Jean Tousseuz classifica as doutrinas de Direito Internacional em 4 vertentes: Jusnaturalista (racionalista e espiritualista); Voluntarista; Objetivista (Solidarista e Marxista); e Positivista (metodológico e filosófico). (TOUSCOUZ, Jean. *Direito Internacional*. Portugal: Publicações Europa-América, 1993, p. 44-51). Outra classificação é a que considera Realismo e Idealismo na justificação do Direito Internacional, destacando ainda dicotomias entre uma vertente formalista do Direito Internacional (voluntarismo jurídico e teoria pura do direito) e outra institucionalista (fundamentos no jusnaturalismo, objetivismo e marxismo). (PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, *Direito Internacional Público*, 2. ed., Trad. Vitor Marques Coelho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 100-109). Agenor Pereira de Andrade tem classificação mais distinta, destacando as teorias voluntaristas que cultuam exacerbadamente o Estado (positivismo absoluto, teoria da autolimitação e teoria da vontade coletiva dos Estados) e as que fundamentam o Direito como regra objetiva superior à vontade do Estado (teoria sociológica, objetivismo lógico, jusnaturalismo). (ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Público*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 11-14). Pode também se citar a divisão doutrinária elaborada por Manuel Diez de Velasco Vallejo, delineando, como primeira vertente, os negadores do caráter jurídico do Direito Internacional: Direito Internacional como política de forças; Direito Internacional como simples moral entre as nações; Direito Internacional como ordenamento *sui generis*; Direito Internacional como direito imperfeito. Dentro das concepções que buscaram dar fundamento ao Direito Internacional, destacou as teorias: Positivista voluntarista (teoria do direito estatal exterior, teoria da autolimitação e teoria da vontade coletiva); Escola normativista e da teoria dogmática (teoria fundamental da norma suprema, teoria dogmática de Perassi, outras posições que tentam superar a direção normativa e dogmática); e, direções que buscam o fundamento da validade do direito na sociedade (solidarismo francês, institucionalismo italiano, teoria da vontade do corpo social, validade do direito como fenômeno psicológico, posições de Mario Giuliano e Roberto Ago) (VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Curso de Derecho Internacional Público*, tomo I, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1963, p. 63-99). Por último, menciona-se a classificação de Alfred Verdross que adicionou a contribuição de Bartolo de Sassoferrato, jusnaturalismo puro (racionalista) de Thomas Hobbes e Samuel Puffendorf, e ainda o positivismo como uma só corrente de pensamento. Enquadra ainda os negadores do Direito Internacional destacando Espinoza, Thomas Hobbes e os neo-hegelianos como alguns defensores deste ponto de vista. (VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Trad. Antonio Truyol y Serra, 5ª ed., Madrid: Aguilar, 1976, p. 77-94).

primeiro capítulo abordará as correntes positivistas (voluntarista e normativista) e em seguida, as vertentes institucionalistas do direito (contribuição francesa e italiana).

2.1 Fundamentos do direito positivo: a doutrina formalista

Os primórdios do positivismo têm fontes controversas. Previamente ao conceito de direito positivo largamente difundido hoje, alguns teólogos como Francisco de Vitória (1480-1586) e Francisco Suarez (1548-1617) já vislumbravam a dicotomia entre direito natural e positivo. Entretanto, a noção a respeito do direito positivo era ainda influenciada pela igreja⁸.

A desvinculação entre jurídico e o divino só ocorreu em definitivo com Hugo Grócio (1583-1645), motivo que lhe concedeu a alcunha de pai do Direito Internacional, pois, ainda que entendesse que o direito natural era anterior e superior ao positivo, estando a construção desse limitada aos desígnios da natureza⁹, Grócio desatrelou o direito natural da moral cristã, atribuindo-lhe um caráter racional¹⁰.

⁸ Francisco de Vitória entendia que a lei natural era o instrumento divino para conhecer o justo. Portanto, da realização do direito natural divino dependiam as leis humanas positivas (VITÓRIA, Francisco de. *Os Índios e o Direito de Guerra*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006, p. 18). Francisco Suarez, por sua vez, trilhou o mesmo caminho que Vitória, mantendo a idéia de subordinação do Estado soberano ao direito natural. Todavia, na medida em que Suarez sustentava o caráter imutável do direito natural, atribuía ao direito positivo um caráter construtivista na medida em que o considerava derivado da apreciação do povo a respeito do conteúdo do direito natural, evidenciando assim o papel do costume.

⁹ Hugo Grócio ao distinguir rigorosamente direito natural e positivo, dispensava o papel constituinte de Deus na formação do Direito das Gentes. No entanto, Grócio não negava os mandamentos de Deus, atribuindo-lhes um valor local. Neste sentido, Grócio não se distanciava da filosofia de Tomás de Aquino no que tange à existência da racionalidade divina por detrás da grande máquina. Haveria uma causa primeira que permitira conhecer direta e integralmente esta racionalidade e esta poderia ser lida diretamente na ordem das coisas (causa secundária). Em suma, sua hipótese impiíssima é de que o direito natural deve se identificar com a razão e não com a vontade divina. A razão estava, então, atrelada a uma moral laicizada. O direito, por sua vez, não passaria da hipótese de que as causas segundas se podiam mover por si só uma vez postas em marcha pela primeira causa. Em outras palavras, apesar de precursor da distinção entre direito positivo e natural, sua influência jusnaturalista fez com que continuasse subordinando o direito positivo ao direito natural em alguma medida (GROTIUS, Hugo. *O Direito de Guerra e da Paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005, p. 21).

¹⁰ Segundo Arno Dal Ri Júnior, Hugo Grócio foi um dos fundadores da Escola de Direito Natural que tinham cinco objetivos: a) instituição de um ordenamento e amplificação de um instrumento técnico essencialmente jurídico; b) elaboração de uma teoria que apoiasse o desenvolvimento progressivo da sociedade internacional, como entidade composta de Estados e não mais por indivíduos; c) dessacralização e condenação do princípio da guerra; d) desenvolvimento de meios próprios para manter ou restabelecer a paz; e, e) limitação da guerra às partes diretamente em conflito (noção de neutralidade). Isso o conduziu a escrever a obra "Direito da Guerra e Paz", pela qual expôs sistematicamente o *jus gentium*, destacando elementos de uma doutrina que valorizasse a paz como bem fundamental da sociedade internacional. (DAL RI JÚNIOR, Arno. *Tradições do*

Mas o alcance de uma teoria positivista em si foi alcançado somente (segundo alguns) por Moser (1701-1785) ou Georges Frédéric de Martens (1756-1821). Contudo, estes pensadores não teriam eliminado por completo a presença da auréola tomista no direito natural. Por esta razão, atribui-se à Emmerich Vattel (1714-1768) uma original ruptura com o pensamento grociano¹¹.

Na verdade, Emmerich Vattel também concordava com Hugo Grócio na medida em que entendia que somente os Estados eram soberanos na sociedade internacional, deduzindo desta o princípio da igualdade entre os Estados. No entanto, Vattel, sob grande influência do Estado Leviatã de Hobbes, divergiu de Hugo Grócio quando concebeu o Estado como um grande intérprete soberano daquele direito natural, podendo esse Estado interpretá-lo da forma que melhor lhe aprouvesse.

Portanto, enquanto Hugo Grócio subordinava o direito voluntário ao direito natural, Vattel acrescentava a noção realista *hobbesiana* em seu pensamento, concluindo pela possibilidade de o Estado, por meio de sua vontade, chegar a modificar o direito natural. Ao fazer isto, cria o Direito Internacional voluntário, o único que constitui o direito positivo, privilegiando o direito imperativamente posto pela vontade do Estado¹².

Essa vontade estatal foi identificada pela corrente positivista voluntarista. Adiante, o pensamento da Escola de Viena iria sobrelevar ao extremo a regra positiva, apartando-a de qualquer valoração em seu bojo e deixando de lado o caráter subjetivo da vontade estatal na elaboração do direito. As escolas voluntarista e normativista foram as de maior expressão do positivismo (razão pela qual serão explicitadas adiante). No entanto, como já fora mencionado, as diferentes abordagens sobre as escolas que fundamentam o Direito Internacional revelam diversas classificações que podem não corresponderem entre si. Aqui, é suficiente o

pensamento às teorias internacionais: Hugo Grotius, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. In (orgs.) OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno, *Relações Internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: Unijui, 2003, p. 118).

¹¹ PELLET *et al*, 2003, p. 60. Os autores ainda destacam outros pensadores que enveredaram pela via positivista. Contestando a tese de liberdade dos mares de Grócio, o inglês *Selden* (1548-1654) afirma que o direito das gentes resulta não de qualquer direito superior, mas unicamente dos tratados e do costume. Outro inglês, *Zouch* (1590-1660) filia-se a mesma tendência estudando os "fatos jurídicos estabelecidos". Mais tarde o holandês *Bynkershoek* (1673-1743) estuda o direito positivo oriundo do costume.

¹² PELLET *et al*, 2003, 58-60.

destaque da doutrina positivista, destringendo-a nas vertentes voluntarista e normativista pura.

2.1.1 O positivismo voluntarista

A justificação positivista voluntarista¹³ do Direito Internacional vê sua origem nos desígnios dos sujeitos que compõem a ordem internacional. Portanto, o Direito Internacional constrói-se sob a base de um elemento volitivo fundamental dos entes que o integram, identificado por meio dos acordos que estes entes concluem.

Nessa medida, sobreleva-se a concepção hegeliana de Estado, donde se extrai que o direito gerado por “fontes formais” é o único direito verdadeiro, excluindo dessas “fontes formais” (direito positivo) todos aqueles fatos que não constituem manifestações diretas ou indiretas da vontade do Estado, pois só ao Estado é reconhecida a potestade de criar normas jurídicas¹⁴.

A esse respeito, Touscouz destaca que “se considerarmos – sem fundamento, como teremos ocasião de demonstrar – que os Estados são os únicos sujeitos de Direito Internacional, deduzimos que o Direito Internacional tem por único fundamento a vontade dos Estados (a qual os tratados dão forma)¹⁵”. Por outro lado, Touscouz alerta para a precariedade da teoria quanto ao caminho inverso, isto é, a possibilidade de distrato de acordos pela simples vontade de denúncia destes

¹³ Na lição de Roberto Ago a expressão “direito positivo” como um direito de origem voluntária era sutilmente abordado por Hugo Grócio. Na verdade, Grócio usava a expressão *jus voluntarium* ao invés de *jus positivum*, pois, inspirando na mesma fonte aristotélica a que se refere Suarez e concordando, de resto, com este último, via na “posição” do direito, um ato não só de inteligência, mas também de vontade. Esta expressão então se generalizou com aqueles que continuaram a tradição grociana do século XVIII (Christian Wolff, Emmerich de Vattel, George Friedrich de Martens), de maneira que a expressão “Direito Internacional positivo” – no âmbito do direito que se encontra vigente na sociedade internacional – traduzia aquela parte gerada pelo consenso, tácito ou expresso, dos Estados. (AGO, Roberto. *Direito Positivo e Direito Internacional*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Mimeografado, p. 05).

¹⁴ Como bem destaca Roberto Ago, a corrente de pensamento positivista difunde-se tão amplamente que acaba por reduzir o mesmo positivismo jurídico a um mero voluntarismo estatalista; cria-se o mito da vontade do Estado como origem única do direito, mito que toma raízes profundas na doutrina de diversos países, e as quais cria danosas conseqüências que se fazem sentir particularmente – em relação à compreensão do fenômeno jurídico internacional. (AGO, Roberto. *Direito Positivo e Direito Internacional*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Mimeografado, p. 11).

¹⁵ TOUSCOUZ, 1993, p. 46.

tratados. Isso destituiria a substância dos acordos por completo, invalidando novamente o Direito Internacional que tanto se buscava justificar¹⁶.

Apesar das críticas, para a formação desta vontade seria suficiente que o procedimento fosse regular e que seu agente fosse competente para emanar este desejo, pouco importando se o seu conteúdo colidisse com outros postulados da ordem internacional. Consagrou-se, assim, o primado da forma sobre o conteúdo, desconsiderando se a substância dessa vontade é injusta, imoral ou ilegítima¹⁷. Por conta desse compasso entre forma/matéria, essa vontade revela-se autônoma, pois, ao invés de se subordinar ao seu conteúdo, domina-o¹⁸.

Esse desprendimento inerente ao positivismo é inteiramente conforme aos postulados da soberania absoluta, em que nenhum poder superior é capaz de mitigar a vontade do soberano¹⁹. Por outro lado, a justificativa voluntarista que sustenta o poder de o Estado criar direito a seu bel-prazer, em completa desvinculação com seu conteúdo, é a mesma razão que a fragiliza.

O argumento reside na dúvida em saber como podem as instituições jurídicas estatais estabelecer laços duradouros por meio de sua vontade se esta

¹⁶ TOUSCOUZ, 1993, p. 46. A premissa de que o Estado poderia se obrigar na ordem internacional foi desenvolvido pela doutrina de Jellinek, sob o argumento de que a assunção de direitos e deveres na órbita internacional só é possível na medida em que o Estado se autolimita no exercício de sua soberania absoluta, evidenciando uma “teoria da autolimitação”. No entanto, admitida a existência do Direito Internacional, a autolimitação do Estado é justamente o que faz com que esta corrente se torne extremamente precária na fundamentação do Direito Internacional. Dessa forma, o Estado poderia a qualquer momento desistir do propósito de limitar a si próprio, reduzindo o Direito Internacional à “boa vontade” de os Estados que compõem a Comunidade se curvarem à algo incapaz de subordiná-los.

¹⁷ Apesar do positivismo voluntarista defendido por Anzilotti também guardar elementos de autonomia desta vontade, o jurista italiano não parece totalmente comprometido com uma ciência despida de valores tal qual Vattel, Jellinek e Triepel fizeram. Isso porque Anzilotti entendia que a vontade deveria tentar se aproximar de alguns princípios. Em Aula Magna ministrada na abertura do ano letivo 1914-1915, na Universidade de Roma, Anzilotti afirmara que “não é tarefa da civilização impedir o predomínio dos fortes, mas fazer com que a força seja determinada sempre mais por elementos intelectuais e morais e a ordem jurídica se aproxime assim, progressivamente, do ideal ético, com o qual nunca poderá ser confundida, nem ser trocada”. (ANZILOTTI, Dionísio. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, mimeo, p. 14). Nessa medida, Anzilotti guarda semelhança com a concepção desenhada por Francisco Suarez, em que o direito positivo se constrói a partir de alguns pressupostos arraigados em um direito natural, podendo convergir para a base de valores e estabelecida no direito natural, mas nunca se confundindo com este.

¹⁸ PELLET *et al*, 2003, p. 101.

¹⁹ Este é o principal argumento que reforça uma vertente identificada por Manuel Diez Velasco Vallejo, a “teoria do direito estatal externo”. Esta corrente entende que a força obrigatória do Direito Internacional ocorre apenas na medida em que estes sejam incorporados pelo direito estatal.

mesma vontade não tem condições de se impor sobre os outros Estados, isto é, se inexistente um alicerce institucional superior capaz de exigir a aplicação do Direito Internacional por seus pares.

A questão deu lugar ao desenvolvimento da idéia da “vontade coletiva” ou do “pacto normativo”, corrente que foi buscar a justificativa do Direito Internacional na vontade comum de cada um dos Estados. Em 1899, Karl Heinrich Triepel desenvolveu sua obra *Völkerrecht und Landesrecht*²⁰, doutrina que teve ampla repercussão e, inclusive, ganhou continuidade no trabalho de Dionísio Anzilotti que igualmente justificou esta vontade coletiva:

Esta não é vontade de um sujeito diferente dos Estados, é simplesmente o resultado da reunião de mais vontades de conteúdo idêntico, que se objetiva em uma norma e subsiste nessa e por essa. A norma internacional é, portanto, a declaração de uma vontade diferente daquela do Estado; daí advém – coerentemente à persuasão comum – que não está entre as faculdades do Estado a de se liberar da obrigação de observá-la: produto da vontade que não é do Estado, mas de mais Estados, a norma não pode ser revogada ou modificada a não ser com o concurso de todos os Estados que a constituíram. De tal modo, se afirma a subordinação do Estado à norma e ao caráter claramente heterônomo desta, mesmo permanecendo firme o princípio de que o Estado não pode ser obrigado sem a sua vontade, já que a norma não se constitui, a respeito dele, se não enquanto concorreu para formar a vontade coletiva nessa objetivada. Partindo desta base, pela qual a norma-vontade dos Estados é nas relações internacionais aquilo que a norma-vontade do Estado é nas relações internas, a doutrina construiu um sistema completo, em que se enquadram todas as relações surgidas entre os Estados devido a normas independentes por sua vontade coletiva: o complexo de tais normas constitui o que se diz ser ordenamento jurídico internacional²¹.

Buscou-se então justificar este voluntarismo com uma noção exterior à sua lógica – como fizeram os partidários da Teoria Pura –, ou seja, apelou-se a um postulado de natureza indemonstrável denominado *pacta sunt servanda*. Esta transposição da hipótese do contrato social para o plano das relações internacionais²² faz emergir a freqüente crítica de não se explicar a razão pela qual

Dentre os autores que defenderam a primazia do direito interno destacam-se Felipe Zorn, Alberto Zorn, Max Wenzel, Pütter, Bekker, e Wiitmayer. (VALLEJO, 1963, p. 70).

²⁰ VALLEJO, 1963, p. 72-73.

²¹ ANZILOTTI, Dionísio. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, mimeo, p. 12.

²² VISSCHER, Charles de. *Contribución à l'étude des sources du Droit international*. Recue de Droit International et de Législation compare, 1933, p. 397 *apud* VALLEJO, 1963, p. 73.

as vontades particulares dos Estados – cujo concurso foi necessário para dar a luz à vontade comum – não pode se desligar desta quando julguem devido²³.

2.1.1.1 Reconhecimento de sujeitos internacionais no positivismo voluntarista

Os argumentos do positivismo voluntarista que fundamentavam o Direito Internacional também se refletiram nas justificativas quanto aos sujeitos²⁴ reconhecidos pela vontade coletiva dos inúmeros Estados que compõem a Comunidade internacional. Sobre o tema, Dionísio Anzilotti²⁵ destacou que o problema da personalidade jurídica de uma entidade determinada não pode ser colocado de maneira geral e abstrata, senão unicamente em relação com a ordem jurídica dada, devendo-se admitir que, numa ordem como a internacional, a consideração uníssona dos grupos de Estados juridicamente ordenados constitui-se no único critério positivo capaz de responder à questão colocada. Se depois essas ordens jurídicas sejam qualificadas de pessoas jurídicas ou em outra forma, será apenas uma questão de palavras²⁶.

Esta influência repercutiu no ensinamento de Gaetano Morelli que assim tratou o tema da determinação de sujeitos de Direito Internacional:

²³ Esta premissa será melhor explicitada pela teoria institucionalista do direito, quando este for apartado da idéia de vontade como fundamento último do Direito Internacional. No momento, é necessário identificar a contribuição do positivismo voluntarista para a fundamentação do Direito Internacional.

²⁴ Por ora, as entidades capazes de atuar na órbita internacional sob a égide de determinada corrente e de pensamento, serão denominadas de sujeitos. Mais tarde, com a introdução das teorias institucionalistas do Direito, verificar-se-á que o conceito será substituído pela noção de “instituição”, isto é, uma ordem jurídica autônoma que se relaciona na sociedade internacional.

²⁵ Jurista italiano que viveu entre 1867 e 1950, Anzilotti foi identificado como o maior expoente da corrente positivista voluntarista no âmbito do Direito Internacional, fama atribuída em grande medida pelas suas atividades como professor, escritor, advogado, juiz, e por certo, tempo, presidente da Corte Permanente Internacional de Justiça. O desenvolvimento e revisão de sua doutrina foi levado adiante pelo trabalho de muitos outros juristas italianos como Donato Donati (Universidade de Padova), Scipione Gemma (Universidade de Bolonha), Arrigo Cavaglieri (Universidade de Nápoles), Tomaso Perassi (Universidade de Roma), Carlo Ghirardini (Universidade de Pisa), Mario Marinoni (Instituto de Ciências Sociais de Florença), Giuseppe Ottolenghi (Universidade de Turim), Aldo Baldassarri (Universidade de Bari), Manlio Udina (Universidade de Trieste), Gaetano Morelli (Universidade de Nápoles), Giacinto Bosco (Universidade de Florença), Claudio Baldoni (Universidade de Bolonha), Roberto Ago (Universidade de Milão), Angelo Piero Sereni (Universidade de Ferrara). (SERENI, Angelo Piero. *The Italian Conception of International Law*. New York: Columbia University Press, 1943, p. 209).

²⁶ ANZILOTTI, Dionísio. *Curso de Derecho Internacional*. Trad. Julio Lopez Olivan, Madrid: Editora Reus, 1935, p. 143.

A determinação dos entes que são sujeitos de qualquer norma internacional e, então, da ordem internacional como um todo depende exclusivamente das regras que compõem tal ordenamento. Abstratamente é possível que qualquer ente existente de fato na realidade concreta seja tomado em consideração por uma norma internacional enquanto ponto de referência de uma obrigação, de uma faculdade, de um direito subjetivo ou de um poder jurídico, obtendo deste modo a qualidade de sujeito do ordenamento internacional²⁷. [tradução do autor]

Em outros termos, a corrente voluntarista relega a tarefa do reconhecimento de entidades às prescrições do acordo multilateral firmado pela Comunidade internacional. O comando expresso no direito positivo (tratado) é que será capaz de atribuir a um ente a condição de figurar como destinatário das regras de dada Comunidade internacional, garantindo-se obrigações, direitos, poderes. A “personificação” da entidade deriva então do acordo firmado entre os sujeitos da ordem internacional, englobando todos os sujeitos que possam firmar acordos regidos por aquela regra de Direito Internacional²⁸.

Neste sentido, uniões de Estado poderão se revestir de personalidade jurídica internacional se puderem assumir direitos e obrigações separadas dos Estados das quais são membros. Na mesma linha, Claudio Baldoni entende que enquanto as entidades estatais possam ganhar o *status* jurídico de membro da Comunidade internacional (em virtude da regra positiva voluntarista do Direito Internacional), as uniões de Estados são pessoas de Direito Internacional somente

²⁷ MORELLI, Gaetano. *Nozioni di Diritto Internazionale*. 3ª ed. Padova: Cedam, 1951, p. 113. Do original, “La determinazione degli enti che sono soggetti di una qualche norma internazionale e, quindi, dell’ordinamento internazionale nel suo complesso dipende esclusivamente dalle norme che compongono tale ordinamento. Astrattamente è possibile che un qualunque ente esistente di fatto nella realtà concreta sia preso in considerazione da una norma internazionale in quanto punto di riferimento di un obbligo, di una facoltà, di un diritto soggettivo o di un potere giuridico, acquistando così la qualifica di soggetto dell’ordinamento internazionale”.

²⁸ ANZILOTTI, 1935, p. 114. Dionísio Anzilotti não considera sujeitos de Direito Internacional as nações, populações bárbaras, colônias, indivíduos, órgãos dos Estados, tanto pelo fato de não figurarem como parte nos acordos internacionais, tanto pelo fato de não serem destinatários das regras de Direito Internacional. No entanto, eles podem ser objeto das regras de Direito Internacional, quando vinculem os Estados a lhes garantir determinado tratamento. Por exemplo, grupo de organizações políticas, como os grandes domínios britânicos e a Índia (entidades que a doutrina nunca havia outorgado qualidade de Estados e em realidade se apartavam grandemente do conceito histórico tradicional de Estado) tomaram parte na estipulação dos tratados de paz e entraram num plano de igualdade absoluta na Sociedade das Nações. Coisa ainda mais significativa ressaltava na medida em que uma norma de Direito Internacional tinha previsto de modo expresso a possibilidade de organizações sociais não qualificadas de Estados, e ainda com uma denominação para distinguir-las dos Estados como a de “domínios” ou “colônias”, foram, no futuro, membros da Sociedade.

se reconhecidas como tal e somente em consideração aos sujeitos que lhe conferiram essa personalidade²⁹.

Dionísio Anzilotti, por sua vez, entende correta sua teoria que atribui o reconhecimento de sujeitos da ordem internacional tão somente à vontade dos Estados – fato que se comprova pela prática internacional³⁰. Desse modo, um novo Estado autônomo que surja na ordem internacional, não tem o direito de ser reconhecido na ordem internacional, tampouco os Estados têm obrigação de reconhecê-lo, pois tudo depende do sentido que a vontade coletiva estabelecida pelos atuais sujeitos irá tomar³¹.

Essa posição vai ao encontro do atual mecanismo para ingresso de novos entes ao sistema multilateral de comércio. No entanto, na última etapa será analisada a hipótese de a voluntariedade não ditar o ritmo das adesões às regras do comércio multilateral, isto é, uma perspectiva jurídica diversa da hoje estabelecida³².

Cabe registrar ainda que, apesar do notável reconhecimento que o voluntarismo possui nos dias de hoje, era inegável a fragilidade da idéia de *pacta*

²⁹ BALDONI, Claudio, *Le unioni di Stati*, Rivista Italiana per le scienze giuridiche, 1931, p. 475 *apud* SERENI, 1943, p. 230.

³⁰ A prática internacional verificada por Anzilotti repercute ainda nos dias de hoje. Cabe registrar o recente episódio de declaração de independência do Kosovo ocorrido em 17 de fevereiro de 2008, por meio da qual continua claro a continuidade do atual paradigma positivo-voluntarista quando a Comunidade internacional se dividiu quando da manifestação de vontade em reconhecer Kosovo como um novo Estado (Afeganistão, Alemanha, EUA, França, Itália, Reino Unido, Turquia, etc.), e outros Estados negaram o desejo de reconhecer o território que busca a secessão (Azerbaijão, Sérvia, Espanha, Romênia, Vietnã, Chipre, Grécia, Eslováquia, Bulgária, entre outros Estados que têm receio de movimentos separatistas). (*Kosovo declara independência; Sérvia não reconhece decisão*, Folha online, São Paulo, 17 fev. 2008). Disponível em: <www.folha.com.br>. Acesso em: 18 fev. 2008.

³¹ É importante destacar a opinião de Lauterpatch sobre o reconhecimento de sujeitos na órbita internacional. Segundo Lauterpatch, é predominante na literatura do Direito Internacional que a questão do reconhecimento de sujeitos é de natureza política e não de natureza jurídica. O reconhecimento é resultado de uma decisão tomada não em execução de uma obrigação jurídica, mas na busca de exigências do interesse nacional. Se isto é verdade, como fica a questão jurídica deste reconhecimento, a qual muitos juristas colocam como fenômeno extrajurídico? A resposta é que, enquanto negam a qualidade de direito ao ato de reconhecimento, alguns sustentam que o ato é de natureza política, que uma vez cumprido, deflagra consequências jurídicas, como o ponto inicial da personalidade internacional com todos os direitos a ela inerentes. Em qualquer caso, a forma e circunstâncias dessa aceitação são de interesse jurídico e necessitam a consideração de que essas questões, como a distinção entre reconhecimento de direito e de fato, implicam reconhecimento ao reconhecimento condicional. No entanto, persiste a teoria de que o começo da personalidade internacional dos Estados e a questão de seu direito à existência jurídica são entendidos pela maioria da doutrina como questões fora da órbita jurídica internacional. (H. LAUTERPATCH, M.A. *Recognition in International Law*, London: Cambridge University Press, 1948, p. 1).

³² Vide seções 4.2.3 e 4.2.4.

sunt servanda entre os Estados. Isso porque a criação de um vínculo obrigacional de relações mútuas na Comunidade internacional, sem a existência de um poder superior que pudesse obrigar os Estados a respeitar os acordos celebrados entre si, era tida como uma ordem jurídica ineficaz, ou seja, o Direito Internacional não poderia ser classificado como Direito. Por esta razão, Tomaso Perassi desenvolve uma teoria dogmática que tenta superar essa incongruência da teoria de Anzilotti.

Adiciona, então, à noção de juridicidade internacional, a idéia de que as normas dever-se-iam ser admitidas como “postulados”, bases da juridicidade de todo ordenamento jurídico. Ao contrário da idéia de se entender como indemonstrável a norma fundamental, a dogmática jurídica apregoada pela corrente positivista deveria conceber a norma fundamental como postulado, isto é, um elemento pressuposto.

Conforme bem destaca Manuel Diez Velasco Vallejo, Tomaso Perassi busca entender o fundamento da Comunidade internacional, abandonando-se a norma *pacta sunt servanda* em troca da validade do costume. Substitui-se, portanto, por um conjunto de normas fundamentais desenvolvidas historicamente, mas cuja juridicidade no ordenamento internacional segue sendo um postulado³³.

Segundo Angelo Piero Sereni, o mérito de Perassi foi o de colocar o problema da origem da Comunidade internacional como um postulado jurídico, não buscando demonstrar essa validade pelo ponto de vista da ordem internacional por si mesma. Além disso, a teoria de reconhecimento de sujeitos na ordem internacional é mais convincente, mantendo-se compatível com a doutrina positivista:

Perassi chega à conclusão de que o reconhecimento pode ser construído por meio de um acordo ou um ato unilateral, mas não pode constituir ato de criação de um novo sujeito de Direito Internacional. Quanto às regras concernentes à aquisição de personalidade internacional, Perassi observa que elas são inerentes ao princípio de que todas as regras de Direito Internacional são criadas por meio de acordos governados pelo princípio básico do *pacta sunt servanda*. Esse princípio pressupõe a existência de sujeitos entre os quais os tratados possam ser celebrados. Dizer, ‘tratados devem ser respeitados’ é a maneira mais simples de dizer que ‘os acordos devem ser respeitados por aqueles que são partes no acordo’³⁴.

³³ VALLEJO, 1963, p. 29.

³⁴ SERENI, 1943, p. 247. Do original, “Perassi reaches the conclusion that recognition, be it construed as an agreement or as a unilateral act, cannot constitute the act creating a new subject of international law. The rules concerning acquisition of international personality, Perassi observes, are inherent in the principle that all rules of international law are created through agreements governed

A conclusão obtida por Perassi é a do dever de existir regras gerais de Direito Internacional que estabeleçam os requisitos para aquisição da personalidade jurídica, análogos aos atributos que os Estados possuem na condução de suas relações no plano internacional que é a capacidade de funcionar continuamente e de estabelecer relações regulares com outros membros da Comunidade internacional.

Portanto, divergindo de Anzilotti, Perassi entende que o reconhecimento de um Estado pressupõe a existência de um Estado, quer dizer, o reconhecimento não atesta a existência de um novo Estado, mas sim pressupõe que o novo Estado já seja no plano fático um sujeito internacional.

Enquanto para Anzilotti a Comunidade internacional é algo decorrente da voluntariedade comum que coordena os Estados, Perassi afirma que a existência da Comunidade internacional é necessária, concebendo-a como um postulado objetivo fornecido pela simples existência desta sociedade³⁵. Neste aspecto, é possível vislumbrar um elo de ligação entre a posição de Perassi (postulado do fundamento do direito) com as concepções institucionalistas do Direito Internacional, que baseiam o Direito na existência da sociedade e não num ato de vontade desta ou de quem quer que seja. Pode se dizer que, segundo Anzilotti, a Comunidade econômica internacional se baseia numa vontade coletiva para se reunir, enquanto Perassi vê essa reunião inerente à própria Comunidade.

Perassi então vê na simples existência da sociedade internacional a base fundamental para todo o direito de maneira que ela representa o postulado objetivo mencionado em detrimento da especulação da existência de uma vontade coletiva uníssona apregoada por Anzilotti.

As considerações sobre o desenvolvimento desta idéia de direito objetivo serão trazidas novamente quando se tratar da teoria institucional. Antes, é preciso

by the basic principle *pacta sunt servanda*. This principle presupposes the existence of subjects among which treaties may be concluded. To say 'treaties should be respected' is only a shorter way of stating that 'they must be respected by those who are parties to them'".

³⁵ SERENI, 1943, p. 248-249. Certas entidades, os Estados, não podem recusar em fazer parte da Comunidade internacional. Eles se tornam membros dela e estão sujeitas à algumas de suas regras em virtude do simples fato de existirem. Também não se pode olhar pelo ângulo do Direito Internacional voluntário, pois as entidades que são necessariamente membros da Comunidade internacional não podem recusar sua vinculação ao Direito Internacional, que se constitui na ordem jurídica de tal organização.

destrinchar a vertente austríaca do positivismo, na qual uma teoria normativista pura do direito ganhou espaço e criou uma vertente distinta da concepção voluntarista.

2.1.2 O positivismo jurídico

A teoria normativista (positivismo jurídico ou crítico³⁶) tem como principal expoente Hans Kelsen que, juntamente com Alfred Verdross, integram a Escola de Viena³⁷. A doutrina positivista de Hans Kelsen é marcada por uma rigorosa metodologia para o estudo de ciência do direito, limitando-se à investigação do objeto desta ciência: a norma jurídica.

Com base nesse recorte, Hans Kelsen desenvolve sua *Teoria Pura do Direito*, uma pureza que se justificaria pelo afastamento de quaisquer convicções que influenciassem seu objeto de investigação que é a norma jurídica³⁸. Do mesmo modo que a concepção voluntarista, a escola normativista vienense cultiva, num grau extremo, a abstração e os formalismos jurídicos.

Estabelecida a norma pura como objeto de sua metodologia, não existe direito na ciência jurídica que não seja o direito positivo. O direito natural estabelece relações de causa e efeito, não sendo estabelecida esta relação por meio de um ato de vontade que tenha a significação de norma. Já o direito positivo estabelece as relações por meio do princípio da imputação, ou seja, pressupõe-se uma norma que

³⁶ É conhecida também por positivismo crítico em virtude de Kelsen ter tentado distinguir-lo do positivismo voluntarista.

³⁷ O Círculo de Viena encabeçado por Kelsen declinou no apogeu do modernismo vienense. Nos últimos anos surgiram inúmeras publicações que abordaram condições sociais e históricas deste período intelectualmente progressivo, os diversos vínculos entre os seus principais valores e, por fim, o êxodo cultural da Áustria. Uma característica importante do modernismo vienense foi a maneira que englobava tanto cultura entendida num sentido mais estreito e a ciência. Isto pode explicar porque o desenvolvimento da psicanálise transcendeu os limites da ciência e da cultura, e porque ainda hoje o núcleo duro do modernismo Vienense, o neopositivismo do Círculo de Viena, pode ser visto como um fenômeno cultural. (JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years, *European Journal of International Law*. vol. 9, nº 2, 1998, p. 01)

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Moises Nilve, Buenos Aires: Eudeba, 1960, p. 15-16. Logo no primeiro capítulo de sua obra, Kelsen destaca que o qualificativo de “teoria pura” indica que se busca constituir uma ciência que tenha por único objeto o direito, ignorando tudo que não corresponda estritamente a sua definição. O princípio fundamental de seu método é, portanto, eliminar da ciência do direito todos os elementos que lhes são estranhos. Justifica então que este princípio metodológico tem sido ignorado pela ciência jurídica tradicional durante os séculos XIX e XX, época em que uma falta de total sentido crítico levou a psicologia, biologia, moral e a teologia a se ocupar da ciência do direito.

estabeleça uma sanção quando ocorrer determinada conduta prescrita na norma se concretizar no mundo dos fatos³⁹.

O flagrante erro da doutrina jusnaturalista, segundo Kelsen, seria o de ignorar esta diferença entre a natureza e o direito, mais precisamente as leis causais formuladas pela natureza e as regras de direito formuladas pela ciência jurídica. O ponto de partida dos jusnaturalistas é de uma “natureza legisladora”, que seria criação de Deus, uma manifestação de sua vontade. A doutrina do direito natural se funda, portanto, numa interpretação religiosa ou social-normativa da natureza. Não haveria nenhuma distinção entre o que é e o que deveria ser⁴⁰.

Outro destaque da teoria é a idéia de um direito hierarquizado, normas superiores conferindo validade às inferiores. Hans Kelsen concebe o ordenamento jurídico como uma pirâmide escalonada, constituída por diversas categorias ou graus de normas onde, no seu ápice, encontra-se a *Grundnorm*, isto é, a norma fundamental da qual derivam todas as demais, extraindo-se dela seu fundamento. No entanto, a norma fundamental não pode ser uma norma de caráter positivo, assumindo apenas a forma hipotética, uma hipótese científica indemonstrável, pois, uma vez que todo o ordenamento jurídico extrai sua base da norma fundamental, consegue-se dar unidade ao sistema, revelando-se a teoria pura como uma corrente universalista⁴¹.

Por outro lado, cabe ainda ressaltar a opinião de Alfred Verdross, discípulo de Kelsen que rechaçava o rótulo de “pureza absoluta” desse positivismo. A idéia de um direito autônomo, hermeticamente fechado – atribuído à Kelsen – não era 100% verdadeira, porquanto, segundo Verdross, Kelsen inaugurou uma vertente crítica do positivismo. Justifica seu argumento dizendo que, a rigor, quando Kelsen estabeleceu que o direito deveria respeitar esta norma suprapositiva (*Grundnorm*),

³⁹ KELSEN, 1960, p. 50-52. Hans Kelsen cita como exemplo contemplado pelo direito natural a lei que determina que um metal submetido ao calor deva se dilatar. Vê nessa lei da física uma relação de causa e efeito que não interessa ao direito positivo. Este, por sua vez, pode prescrever que aquele que roubar sob a jurisdição de determinado Estado, poderá ser condenado à prisão. Neste caso, há a imputação da norma jurídica estatal ao fato concreto.

⁴⁰ KELSEN, 1960, p. 52.

⁴¹ KELSEN, 1960, p. 135-138. Kelsen afirma que a pluralidade de normas existentes constitui-se uma unidade na medida em que sua validade se repousa numa única norma (*Grundnorm*). Partindo-se do pressuposto que esta norma é válida, também será válida a ordem jurídica que lhe esta subordinada.

ele partiu do imperativo de que a hipótese fundamental deveria ser acatada⁴². Assim, ao conceder autoridade jurídica ao ordenamento, Kelsen compartilhava dos ideais de ordem social e paz que seriam passíveis de conquista por meio do império da regra positiva. Era, portanto, evidente que não caberia uma ordem de paz fora de uma ordem efetiva, sendo esta a única autoridade capaz de garantir a ordem e a convivência humana⁴³. O próprio Kelsen corrobora este argumento quando na sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, destaca que só obterá a paz social aquela ordenação que reduzir os atritos sociais ao mínimo⁴⁴.

Portanto, ainda, na ordem jurídica de Kelsen, haveria espaço para o direito positivo internacional ir ao encontro de alguns postulados jusnaturalistas.

Por fim, cabe ressaltar que, ainda dentro do quadro positivista, Manuel Díez Velasco Vallejo⁴⁵ opta por incluir Piero Ziccardi como uma vertente desta corrente. De fato, Ziccardi ainda alimenta a idéia de cientificidade do direito, representando um ordenamento ou um sistema objetivo de valorações jurídicas distinto de qualquer outro e, portanto, munido de características idôneas⁴⁶. De igual modo, Ziccardi também aceita a derivação dogmática de normas proposta por Kelsen. No entanto as coincidências param por aí, pois Ziccardi não concorda com a negação do caráter jurídico intrínseco de uma amplíssima série de fenômenos sociais, devida às tendências que identificam no ordenamento jurídico o fenômeno

⁴² Cabe destacar o resgate às obras Guggenheim e Morelli, cujos apontamentos coincidem com a última postura de Kelsen sobre a norma fundamental, isto é, de que esta daria validade ao costume. Guggenheim, particularmente, acredita que norma fundamental radica o costume internacional em seu bojo, servindo de fundamento de validade tanto ao direito convencional quanto ao costumeiro. Rechaça ainda que esta norma seja hipotética e indemonstrável. (VALLEJO, 1963, p. 77).

⁴³ Verdross não olvida o questionamento de a ordem e a tranquilidade serem “valores” não apenas colocados pelo direito positivo, mas pressupostos por este direito. No entanto, enquanto o jusnaturalismo encampa a plenitude dos valores enraizados na natureza do homem, o positivismo jurídico se baseia numa axiologia artificialmente recortada, ao tomar como exclusivo ponto de partida os valores da tranquilidade e a ordem internacional. Isso abre às portas do direito positivo ao direito natural, o que, entretanto, não simplifica a natureza destes valores (VERDROSS, 1976, p. 20-21).

⁴⁴ KELSSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo Garci Maynez, México: Imprenta Universitária, 1950, p. 22. Ao relacionar direito e paz, Kelsen assume o valor de que uma Comunidade só é possível se cada indivíduo respeitar certos interesses – vida, saúde, liberdade e propriedade dos demais –, quer dizer, se cada um deixar de interferir com violência na esfera de interesses dos outros.

⁴⁵ VALLEJO, 1963, p. 79.

⁴⁶ ZICCARDI, Piero. *Diritto Internazionale in Generale*, trad. por Prof. Arno Dal Ri Júnior (mimeografado). Originalmente publicado na Enciclopedia del diritto. Vol. XII. Milano, 1964, p. 988-1035, p. 01.

jurídico fundamental. Esta negativa, segundo Ziccardi, advinha do fato de não se levar consideração o caráter elementar e primitivo da experiência jurídica ⁴⁷.

2.1.2.1 Reconhecimento de sujeitos internacionais no positivismo jurídico

Como foi demonstrado, a ordem jurídica apregoada por Kelsen era uma, descabendo a firma de uma linha divisória entre o direito interno e internacional, pois ambos os sistemas possuem o mesmo fundamento de validade. Neste sentido, Hans Kelsen é coerente ao identificar que quaisquer sujeitos podem ter relevância jurídica, inclusive no plano internacional, bastando para tanto que a norma jurídica assimilada pelo Estado contemple essa possibilidade.

Dentre os sujeitos identificados, Kelsen possui um ponto de vista bem diferente da ótica apregoada pelo positivismo voluntarista sobre o Estado. Os normativistas não reconhecem aos Estados a qualidade de sujeitos diretos e exclusivos do Direito Internacional, mas sim entendem o Estado como o ente que administra as regras do ordenamento jurídico ⁴⁸.

Quer dizer, a diferença existente entre o sujeito Estado e os demais sujeitos é que o Estado “dita as regras do jogo” e as alberga em sua ficção. Entretanto, do mesmo modo que os demais sujeitos que a ela se submetem, o Estado revela uma espécie de natureza híbrida porquanto deve respeito às regras jurídicas quando age nesta qualidade, assumindo assim uma identidade subjetiva. Nas palavras de Kelsen, “Estado é uma pessoa jurídica e que cumpre a função de um órgão da Comunidade constituída pelo Direito Internacional, especialmente na medida em que participa da formação das normas desta ordem jurídica”.

⁴⁷ ZICCARDI, 1964, p. 50. Era na experiência jurídica que se encontrava o fundamento de validade de todo o ordenamento objetivo, expressando-se este por meio do costume. Para Ziccardi, então, era impossível encontrar o fundamento do direito senão na própria atividade empírica da sociedade. Este argumento é traço distintivo marcante das escolas solidaristas que encontram o fundamento de validade do direito na própria sociedade. Isto impediria, uma classificação derivada na concepção positivista, pois, ainda que Ziccardi se utilize dos propósitos dogmáticos para derivar suas conclusões normativistas, o direito fundado na *práxis* social se aproxima muito mais das concepções objetivas. Estas colocações parecem demonstrar a simpatia de Ziccardi às idéias institucionais de Santi Romano. A propósito, Ziccardi corrobora algumas delas em seu ensaio *As doutrinas jurídicas de hoje e a lição de Santi Romano: o Direito Internacional*.

⁴⁸ KELSEN, 1960, p. 189.

Esta dedução vai conduzir ao afastamento da idéia de soberania estatal, pois esse elemento não integra o objeto de estudo da Teoria Pura⁴⁹. Isso porque para Kelsen a soberania é um instrumento da ideologia imperialista dirigido contra o Direito Internacional. Ainda que não fosse a intenção de Kelsen enveredar pela senda política internacional, admite que a noção de soberania não possa se valer de verdades incontestáveis a argumentos puramente políticos, indicando uma “preferência” política quando o argumento conviesse.

A desconsideração do argumento político da soberania leva a uma fusão entre o Estado e o Direito, definindo o Estado como o próprio “ordenamento jurídico”. Essa identidade confere objetividade ao direito na medida em que é agora representado pela figura do Estado e assim se despede do argumento voluntarista o qual relegava à sua vontade o papel da criação de todo o direito. O Estado não é um ente inabalável pelo manto da soberania, mas sim uma ordem jurídica que possui o condão de imputar aos seus súditos e a si mesmo a ordem jurídica assimilada. O Estado é o próprio direito, nada mais :

Uma teoria do Estado despida de todo elemento ideológico, metafísico ou místico só pode compreender a natureza desta instituição social considerando-a como uma ordem que regula a conduta dos homens. A análise revela que esta ordem que organiza a coação social deve ser idêntica à ordem jurídica, já que ela está caracterizada pelos mesmos atos coativos e uma mesma Comunidade social não pode estar constituída por ordens diferentes⁵⁰.

Conclui afirmando então que “o Estado é, portanto, uma ordem jurídica, mas nem toda ordem jurídica é um Estado”, pois só alcançará essa condição na medida em que estabelecer certos órgãos especializados para a criação e aplicação

⁴⁹ Quanto à crítica ao conceito de soberania, Stefano Mannoni afirma que ansiosamente se buscava afastar a acusação de excessiva condescendência com a soberania, de modo que a doutrina se esforça em construir uma teoria coerente do *rule of law* sobre aquelas que pareciam as ruínas do positivismo estatalista. No entanto, só a partir de 1920 frutifica a crítica ferrenha à soberania, sendo Kelsen e sua escola os primeiros a reduzir em esta estreita prerrogativa a nada mais do que uma competência acordada pelo ordenamento jurídico (Estado nacional e Direito Internacional *in O Estado de Direito: História, teoria e crítica* (orgs.) Pietro Costa e Danilo Zoto, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 608).

⁵⁰ KELSEN, 1960, p. 189. Do original, “una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico solo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerádola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituída por ordenes diferentes”.

das regras que o constituem. Qualifica, portanto, o Estado como próprio direito, dando em definitivo, nesse ponto, um sentido objetivo ao Direito⁵¹.

É também mérito de Hans Kelsen a busca pela unidade do objeto na sua metodologia de estudo da ciência jurídica, quer dizer, o direito, seja nacional ou internacional, deriva de um mesmo postulado jurídico. Não há linhas demarcatórias entre os direitos, tampouco existem várias normas fundamentais. Kelsen rechaça a idéia da doutrina dualista, ou mais exatamente pluralista, em razão de o grande número de ordens jurídicas tropeçarem na impossibilidade lógica de considerarem válidas, simultaneamente, as normas de direito interno e internacional⁵². Este critério, que a doutrina dualista não nega, leva à necessidade lógica de conceber todo o direito a partir de um único e idêntico ponto de vista e, por conseguinte, considerar -lo como um sistema único⁵³. François Rigaux comenta a crítica Kelseniana à Triepel:

A principal objeção levantada por Kelsen contra o dualismo de Triepel é que este contempla o Estado dentro de duas perspectivas irreconciliáveis. Por um lado, o Estado é totalmente identificado com a sua ordem jurídica – para um advogado o Estado nada mais é do que ordem jurídica (*Rechtsordnung*), no entanto, ao mesmo tempo, o Estado atua na ordem jurídica internacional na condição de sujeito com personalidade jurídica (*Rechtssubjekt*), cuja personificação de um ser antropomórfico é rejeitada por Kelsen.

O conceito de Estado como ordem jurídica, que repousa na familiar doutrina do *Rechtsstaat*, é altamente esclarecedora no campo do Direito Internacional. Ela remove qualquer distinção entre direito público e privado uma vez que todas as ações jurídicas ou interesses devem se reportar a norma jurídica cuja validade é extraída da *Grundnorm*. Ela elimina a distinção entre órgãos estatais e particulares. Trata do tema da personificação do Estado como um agente detentor de quaisquer outros poderes quando permitidos pelas regras de Direito. A fábrica estatal como

⁵¹ Essa idéia de direito objetivo é retomada adiante pelas teorias institucionalistas nas quais as entidades organizadas (instituições) irão se manifestar como o próprio direito, numa visão semelhante à de Kelsen. Todavia, na visão institucionalista, a objetividade do direito está na sociedade. Desta forma, irá se mitigar a supervalorização da identificação do Estado com a ordem jurídica, abrindo-se essa identidade para quaisquer ordens jurídicas autônomas e organizadas, criando-se um espelho entre os conceitos de instituição e Direito.

⁵² Por seu turno, Karl Heinrich Triepel critica a unicidade e monismo jurídico defendido por Kelsen, lembrando que este simpatiza com a doutrina que confere primazia ao Direito Internacional sobre o direito interno. “Ora, se isso for certo, uma conclusão se impõe: todo o direito interno, as constituições de todos os Estados, e todas as leis promulgadas com base nessas constituições, derivam do Direito Internacional. Pode-se objetar que essas deduções de KELSEN e de sua escola desconhecem este fato que o Direito Internacional e o direito interno são destinados a reger relações sociais diferentes; que o Direito Internacional rege relações entre Estados e o direito interno relações entre indivíduos”. (TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o Direito Internacional*. Recueil des Cours, vol. I, 1923, p. 73-119, Trad. Amílcar de Castro, Revista da Faculdade de Direito, Minas Gerais: UFMG, 1966, p. 20).

⁵³ KELSEN, 1960, p. 204.

uma construção piramidal de normas interligadas é a garantia de respeito à regra de direito que pode ser iluminada por um padrão de democracia⁵⁴.

Ainda que se vislumbre toda ordem jurídica derivada de uma raiz comum, Kelsen entende que entidades podem ser destinatárias de deveres e obrigações de Direito Internacional, tão somente se este direito, especialmente um tratado, confira-lhes esses direitos (e.g. permissão para indivíduos postularem contra um Estado perante um tribunal nacional ou internacional)⁵⁵.

Dessa forma, o Estado – enquanto ordem jurídica – atua como um ente mediador entre o direito e seus destinatários, imputando-lhes direitos e deveres na medida em que os atos das entidades “paraestatais” obtenham do ordenamento albergado pelo Estado, essa relevância jurídica. Na mesma situação encontra-se o Estado, pois este, na sua condição de sujeito de atos estatais é precisamente a personificação de uma ordem jurídica e não pode ser definido de outra maneira⁵⁶.

As colocações de Kelsen repercutiram na formação de Verdross que, por outro lado, não identificou o Estado como simples exteriorização do ordenamento jurídico. Verdross classificou o Estado soberano como um sujeito de Direito Internacional porquanto é uma Comunidade humana perfeita e permanente, “*que se governa plenamente a si própria*, não tem sobre ela nenhuma autoridade terrena que não seja o Direito Internacional Público, está unida por um ordenamento jurídico efetivo e se acha organizada de maneira que pode participar das relações internacionais”⁵⁷.

⁵⁴ Do original, “The main objection raised by Kelsen against Triepel’s dualism is that it contemplates the state within two irreconcilable perspectives. On the one hand, the state is totally identified with its legal order – for a lawyer a state is nothing other than a legal order (Rechtsordnung), Yet, at the same time, the state acting in the international legal order is deemed to be a legal subject (Rechtssubjekt), whose personification is rejected by Kelsen as being anthropomorphic. The concept of the state as a legal order, which relies on the familiar doctrine of the *Rechtsstaat*, is highly illuminating in the field of constitutional law. It removes any distinction between private and public law since all legal actions or interests are to be referred to a legal norm whose validity is itself grounded in the *Grundnorm*. It erases the distinction between state organs and private persons. It makes short shrift of the personification of the state as an agent possessing any other powers than those afforded by the rule of law. The state fabric as a pyramidal construction of interrelated norms is a guarantee for respect of the rule of law and can as such be an enlightened pattern of democracy”. (RIGAUX, François. Hans Kelsen on International Law, *European Journal of International Law*. vol. 9, nº 2, 1998, p. 03).

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. USA: Johns Hopkins University, 1952, p. 221.

⁵⁶ KELSEN, 1960, p. 191.

⁵⁷ VERDROSS, 1976, p. 177.

Assim, os Estados com autogoverno somente são soberanos na medida em que sejam juridicamente independentes de outros Estados e só estejam subordinados ao Direito Internacional. É esta vinculação imediata entre o ordenamento dos Estados e o Direito Internacional que os torna sujeitos soberanos, detentores de personalidade jurídica internacional⁵⁸. Além do Estado, Verdross dedica algumas linhas à possibilidade de os Estados associados, se apresentarem como um só sujeito de Direito Internacional, desde que seu tratado fundacional lhe confira essa qualidade. Assim, a maioria das uniões administrativas, como a própria ONU e suas organizações especializadas, são sujeitos de Direito Internacional na medida em que suas constituições (tratados constitutivos) lhes permitam realizar atos de alcance jurídico internacional⁵⁹.

A concepção positivista do direito vai ser alvo de duras críticas primeiramente em França, local onde nasce a identificação do direito com a idéia de instituição. Posteriormente, em Itália, esse conceito será a base da concepção de Santi Romano a respeito do Direito, consolidando-se, assim, uma vertente institucionalista e, em certa medida, reacionária ao direito positivo.

2.2 Fundamentos do direito objetivo: a doutrina institucionalista

Conforme exposto, desde seus fundadores, buscava-se distinguir o Direito Internacional nas vertentes natural (até então de origem divina) e positiva – o que ocorreu somente com Hugo Grócio quando este obrou uma espécie de “descanonização” do direito positivo com sua incrédula hipótese impiíssima. Apesar da racionalização do direito positivo, Grócio ainda acreditava que este estava, em alguma medida, pré-condicionado às diretrizes do direito natural, razão pela qual só com Emmerich Vattel o papel do Estado na interpretação deste direito foi sobrelevado, dando-lhe a definitiva autonomia.

Posteriormente, Dionísio Anzilotti desenvolveu uma teoria em que o direito estava intrinsecamente associado à vontade do Estado. Do mesmo modo, entendeu

⁵⁸ VERDROSS, 1976, p. 179. É este traço distintivo que impede que Estados Membros de um Estado Federal, Estados vassalos, e outras agrupações autônomas dentro de um Estado sejam sujeitos de Direito Internacional.

⁵⁹ VERDROSS, 1976, p. 187.

que essa vontade, uma vez conjunta, unia os Estados na Comunidade internacional (*pacta sunt servanda*). No entanto, a falta de sanção supra-estatal para garantir eficácia à norma que determinava este agrupamento coletivo permitiu que sobreviessem críticas em torno da fragilidade da teoria no plano internacional. De modo a complementar esta “fragilidade”, Tomaso Perassi adicionou a idéia de não se buscar justificar o Direito Internacional com base nesta mesma vontade, mas sim, assumir esse fato social como um postulado à teoria voluntarista.

Em reação à idéia de direito como produto da vontade, no início do século XX, Hans Kelsen traçou a linha definitiva entre o direito natural e o positivo, buscando uma metodologia isenta de quaisquer elementos estranhos à norma jurídica. Caberia ao Estado não mais a vontade de produzir e validar a ordem jurídica, mas tão somente imputar os fatos à regra positiva albergada na ficção estatal.

Em oposição a essa “purificação jurídica”, emergiram reações em diversos países – em especial França e Itália – que, preocupados com a possibilidade de desumanização da norma jurídica, fundamentaram o direito na sociedade⁶⁰, trazendo novamente os valores sociais ao produto jurídico. Nasce, então, uma concepção institucionalista do direito, a qual amplia os fundamentos e horizontes do direito positivo.

Nesse ponto cabe salientar que a vertente institucionalista muitas vezes é entendida como expressão “antiformalista” – o que não deve ser entendido como corrente antagônica à vertente formalista. Quer dizer, apesar de as escolas institucionalistas francesas e italianas fundamentarem o direito na sociedade, elas não negam que o Estado seja uma das grandes ordens jurídicas, de modo similar à idéia de Kelsen. No entanto, a semelhança de opiniões é restrita à figura estatal. Isso porque o direito positivo, consubstanciado pelas regras do Estado é, para a teoria institucionalista (antiformalista), uma das várias exteriorizações de direito possíveis. Aliás, a norma positiva é apenas um instrumento a carrear os valores

⁶⁰ As correntes fundamentadas na sociedade partem da premissa de que o mero fato da existência de uma comunidade social leva a formação de um núcleo de Direito (normas sociais). Este é integrado pelo costume e pelo acordo entre os sujeitos da Comunidade, variando quanto ao modo de formação concreta deste direito fundamental da Comunidade internacional. Apesar destas divergências, todos os autores institucionalistas preocupam-se em colocar a sociedade como fundamento de validade do direito, buscando superar o positivismo. (VALLEJO, 1963, p. 83).

sociais pressupostos à própria regra positiva imposta pelo Estado. O legislador, portanto, desempenhará a tarefa de mediador entre o direito objetivo arraigado na sociedade e as regras positivas postas em forma de leis emanadas pelo Estado. Para que o direito seja o mais legítimo e representativo possível, os legisladores, como representantes de grupos sociais, deveriam estar em sintonia com os seus representados, captando os anseios dos grupos que lhes conferiram o poder de legislar.

Estes são alguns dos argumentos que as escolas francesa e italiana contrapõem à corrente positiva de pensamento, vertente formalista que ao limitar a leitura do direito, negando manifestações jurídicas não chanceladas pela vontade do Estado ou pela Comunidade internacional de Estados, tem obtido grande êxito entre os juristas da atualidade.

2.2.1 O solidarismo francês no Direito Internacional

Conforme o breve resgate histórico apresentado anteriormente, e em França surgem os movimentos que fundamentavam o direito na sociedade, objeto donde deriva o conteúdo e obrigatoriedade do direito. León Duguit destaca-se como um dos maiores nomes desta vertente, o qual tratou de determinar o processo de passagem das necessidades sociais à norma jurídica.

De acordo com Duguit, a norma social transformava-se em norma jurídica quando a massa de indivíduos que integram certa sociedade tivesse consciência da sua importância para a defesa da solidariedade social, demandando, assim, a intervenção da coação para sancionar sua violação. Essa necessidade é que faria nascer o direito, derivado das necessidades sociais, obrigatório para todos, independente da vontade estatal⁶¹.

Este é o direito objetivo que, fundamentado na solidariedade social, se impõe aos indivíduos concomitantemente ao seu agrupamento em sociedade. Seu respeito pela sociedade é, num dado momento, a garantia de interesse comum e sua violação determina reação coletiva contra o autor dessa violação. O direito

⁶¹ PELLET, 2003, p. 107.

subjetivo, por sua vez, era diretamente derivado daquele, apresentando-se como o poder do indivíduo que vive em sociedade obter o reconhecimento social do objeto que pretende, quando o motivo que determina o seu ato de vontade é um fim considerado legítimo pelo direito objetivo⁶².

Adotando o pensamento objetivo de Duguit, Georges Scelle destaca o papel do indivíduo não só como titular de direitos, mas também como destinatários de deveres, assumindo uma condição ativa perante a ordem jurídica. Isso porque Scelle estende a concepção solidarista à sociedade internacional, apagando quaisquer linhas divisórias entre sociedade interna e internacional, pois ambas são sociedades de indivíduos⁶³. Por conseguinte, a sociedade internacional universal é que detém soberania, afastando-se quaisquer soberanias nacionais entre Estados.

Hubert Thierry, um dos discípulos de Georges Scelle, destaca, ainda, como essencial ao pensamento de Scelle, a distinção entre direito objetivo e direito positivo. Scelle tenciona a subjugar o Estado ao direito, destimificando a figura estatal. Assim, o primeiro axioma do seu pensamento jurídico é o primado da lei como uma expressão de solidariedade social.

Uma vez que a noção de Estado soberano é incompatível com a soberania da lei, Scelle teve o fundamental papel de colocar em julgamento a soberania estatal e o próprio Estado. O desaparecimento do Estado soberano permite a construção do federalismo como um futuro e uma realidade, por vezes, institucional e normativa, por vezes, como no conceito de uma "Comunidade ecumênica do direito das gentes" (*communauté ecuménique du droit des gens*). Por último, emerge então o indivíduo, com vontade própria e responsabilidade individual por suas ações, destacando-se como os únicos sujeitos de Direito Internacional em detrimento das entidades jurídicas⁶⁴.

⁶² DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. Florianópolis: Letras Contemporâneas Oficina Editorial Ltda, 2004, p. 07.

⁶³ A sociedade internacional resulta não da coexistência e da justaposição dos Estados, mas, pelo contrário, da interpenetração dos povos por meio do comércio internacional (no sentido amplo). Seria bem curioso que o fenômeno de sociabilidade que está na base da sociedade estatal não ultrapassasse as fronteiras do Estado. (SCELLE, Georges. *Manuel de droit international public*, Paris: Domat, 1948, p. 18-19).

⁶⁴ THIERRY, Hubert. The thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*. vol. 1, nº 1, 1990, p. 07.

Cabe ressaltar, ainda, que na visão solidarista de León Duguit, o Estado não passa de um fato caracterizado pela interdependência social e desprovido de personalidade jurídica. Estes mesmos indivíduos reunidos em sociedade é que, quando na condição de legisladores, irão positivizar o direito objetivo emanado pela Comunidade que habitam.

2.2.1.1 O reconhecimento de sujeitos internacionais pela figura da instituição

Analisada a objetiva fundamentação do direito na sociedade e não mais na vontade dos Estados ou numa norma fundamental hipotética, em França surgem autores que identificam estas raízes sociológicas do direito objetivo como a face “institucional” do direito. Em outras palavras, sendo o direito – ou melhor, as instituições – um produto social, elas assumem a ampla noção de organizações, tradições, regras fundamentais que caracterizam uma determinada sociedade ⁶⁵.

Nesta linha, Maurice Hauriou delineou a teoria da instituição como uma idéia que se realiza e dura juridicamente num ambiente social. Para a realização desta idéia, se organiza um poder fornecido em parte pelos órgãos, e em parte pelos membros que compõem o grupo social interessado nesta realização da idéia ⁶⁶. Esta organização demonstra que um elemento substancial para a afirmação de uma verdadeira instituição ⁶⁷ é a sua estabilidade.

Georges Renard, por sua vez, também trabalhou conceito de instituição identificando-a com a “razão”, ligada a um instrumento de proporcionalidade ou analogia e que evoca similaridades. Esta análise comparativa racional, em termos

⁶⁵ Na filosofia de Georges Renard, a concepção institucional do direito é a diferenciação da ordem jurídica. Ela vai além da limitada ordem jurídica. Alguns dizem “pluralismo”, “diferenciação”, “concepção institucional” ou “analógica”. Ela é a categoria do “nós”, uma transposição jurídica do “bem comum”, onde participam todos, de modo similar ao “meu” no “teu”, e o “sua” na “minha”. Inclui o “direito de terceiros” abrangendo todos os conceitos jurídicos, bem como a própria noção de direito e, até mesmo os pensadores com ponto de vista diferente. (RENARD, Georges. *La philosophie de l’institution*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1939, p. 22).

⁶⁶ HAURIOU, Maurice. *Teoria dell’istituzione e della fondazione*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 12.

⁶⁷ No plano das instituições internacionais, esta idéia é reiterada por Alain Gandolfi ao afirmar que a noção de instituição implica uma certa ordem e estabilidade das relações, podendo ser definidas como estruturas e mecanismos que governam as relações entre Estados e a organização da Comunidade internacional. Além de incluir o Direito Internacional, a instituição também vai além ao abranger aspectos históricos, políticos, econômicos e sociológicos, sem os quais, dificilmente seria

ideais, permite identificar contrastes, destacando elementos do mecanismo. Por outro lado, as semelhanças permitem vislumbrar uma estrutura organizacional que é traduzida como a instituição.

Dentre as analogias feitas por Renard, é abordado também o conceito de personalidade, sendo essa, por si só, uma noção puramente analógica. Como toda e qualquer analogia, ela possui seus limites. No entanto, a análise dos elementos congêneres permite revisão e, neste âmbito, sua abertura é infinita⁶⁸. Além do mais, as instituições e estruturas organizacionais identificadas (similitudes) não se resumem às relações, mas sim, aos verdadeiros sujeitos de direito, coletividades, unidades – instituições – umas com as outras ou com indivíduos, podendo algumas vezes permanecer no nível de mero relacionamento, e algumas vezes, de novas integrações: existem instituições entre homens, instituições de instituições, e assim por diante⁶⁹. Portanto, esta definição de Renard é explícita em considerar a estrutura organizada das instituições como verdadeiros sujeitos de direito, relacionando -se estes ordenamentos autônomos uns com os outros, criando outro universo emaranhado de relações de esferas sociais e de direitos objetivos.

Esta analogia tocante à personalidade permite distinguir as instituições, basicamente, em duas categorias: as que possuem personalidade jurídica e as que não possuem esta personalidade. As primeiras se constituem em “instituição - pessoa” ou corpo constituído, de modo que, uma vez sejam os poderes organizados e as manifestações comunitárias interiorizadas como parte das idéias, o sujeito da pessoa moral se manifesta pelo corpo constituído. Já a segunda categoria é a “instituição-coisa”, o poder organizado e as manifestações comunitárias dos membros do grupo não são mais interiorizadas como parte das idéias, mas existem no ambiente social, estando fora da idéia. “A regra jurídica estável socialmente é

compreendida a produção, evolução e aplicação do direito. (GANDOLFI, Alain. *Institutions Internationales: première année*, Paris: Masson et Cie Éditeurs, 1971, p. 2).

⁶⁸ RENARD, 1939, p. 134.

⁶⁹ Do original, "Or, parce qu'elles sont, non de simples relations, mais de véritables sujets de droit, les unités collectives ainsi constituées – les institutions – entrent les unes avec les autres ou avec les particuliers dans des rapports qui, eux aussi, tantôt restent au niveau de la simple relation, et tantôt constituent de nouvelles intégrations : il y a des institutions de personnes humaines et des institutions d'institutions [...]" (RENARD, 1939, 269)

uma instituição deste segundo tipo: é uma instituição porque como idéia se propaga e vive no ambiente social, mas não se corporifica propriamente”⁷⁰.

Ademais, a instituição nasce, vive e morre juridicamente: nasce mediante sua fundação a qual lhe provê sua base jurídica e continuidade; vive uma vida tanto objetiva como subjetiva; e, termina com a sua dissolução o ou revogação. Além desse ciclo vital, as instituições são compostas por três elementos: idéia de ser implementada em um grupo social; o poder organizado para a realização desta idéia; e, a manifestação comunitária que se produz no grupo social em relação com a sua idéia e realização⁷¹.

Nestas instituições há um fenômeno de incorporação, seja do poder organizado, seja das manifestações comunitárias dos membros do grupo, conduzindo-se à sua personificação. Trata-se de um processo trifásico de interiorização, incorporação e personificação, etapas de suma importância para a teoria da personalidade⁷². A realidade deste processo, quando constatado, reporta-se à personalidade moral como base da personalidade jurídica e, uma vez posto em marcha, sua personificação é natural, espontânea.

Portanto, uma vez que o grupo ou associação tenha seguido estas etapas de interiorização e incorporação dos ideais em seu âmago, a necessidade de personificação jurídica ou ganho de personalidade pelas regras positivas é uma

⁷⁰ Do original, “La regola giuridica stabilita socialmente è una istituzione di questo secondo tipo: è una istituzione perché come idea si propaga e vive nell’ambiente sociale, ma non genera una corporazione che le sia propria”. “Essa vive nel corpo sociale, per esempio nello Stato, facendosi prestare dallo Stato il potere sanzionatorio e profittando delle manifestazioni comunitarie che nello Stato si producono, ma non può realizzarsi in una corporazione perché non è un principio di azione o di intrapresa, bensì un principio di limitazione”. (HAURIUO, 1967, p. 12-13). Essa noção foi bem encampada por Santi Romano, onde ressalta que “analizando a instituição, nota-se que há duas espécies de instituições, aquelas que são das coisas inertes, por exemplo, um capital, e as que são os corpos sociais; estas últimas ‘se aproximam’ de um conjunto de coisas, de tal modo que nada mais são que ‘coisas ativas’”. (ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Trad. Maria Helena Diniz, São Paulo: RT, 1977, p. 83).

⁷¹ Do original, “Le istituzioni nascono, vivono e muiono giuridicamente: nascono mediante operazioni di fondazione che ad esse forniscono il fondamento giuridico in quanto sono continuative; vivono una vita che è insieme oggettiva e soggettiva, grazie a ripetute operazioni giuridiche di governo e di amministrazione, operazioni vincolate, del resto, da procedure; infine, muiono con operazioni giuridiche di dissoluzione o di abrogazione [...] sono tre gli elementi di qualsiasi istituzione corporativa: 1) l’idea dell’opera da realizzare in un gruppo sociale; 2) il potere organizzato per la realizzazione di questa idea; 3) le manifestazioni comunitarie che si producono nel gruppo sociale in rapporto all’idea e alla sua realizzazione”. (HAURIUO, 1967, p. 14).

⁷² HAURIUO, 1967, p. 24. Ilustrando este movimento natural, Maurice Hauriou utiliza o exemplo histórico do Estado, o qual, no seu movimento de incorporação e personificação, dadas suas

mera questão de palavras porquanto o grupo já possui relevância jurídica social, mesmo que o Estado assim não admita.

Por sua vez, no plano internacional, as instituições jurídicas traduzem fatos sociais internacionais⁷³ na medida em que os grupos sociais guardam relevância com a sociedade internacional⁷⁴. Essa sociedade internacional é identificada por Alain Gandolfi como uma justaposição de um grande número de Estados que coexistem, não podendo se isolar dos demais, ainda que assim pretendessem. Dessa forma, o desenvolvimento da Comunidade entre Estados coincide com o processo de formação dos Estados nacionais no século XVI, originando o que hoje se chama de relações internacionais. Essas relações vêm, cada vez mais, sendo reguladas pelas regras de Direito Internacional, as quais governam as condutas recíprocas. Essa tendência é exacerbada nos dias atuais, em que uma infinidade de problemas, interconexões entre grupos, desenvolvimento das relações entre Estados e a transformação da tradicional sociedade de Estados, fazem desta uma verdadeira sociedade política organizada. Este é o estado atual da sociedade internacional. No entanto, uma sociedade composta por Estados soberanos, iguais, é ainda uma sociedade imperfeita e incompleta, que busca na necessidade social um sentimento de solidariedade para se aperfeiçoar⁷⁵.

similaridades com a personalidade individual e das corporações, é suficiente para convencer que a personificação de um grupo é um movimento natural e espontâneo.

⁷³ Para Jean Charpentier, as instituições podem ser perfeitas (nacionais) ou imperfeitas (internacionais). A imperfeição decorre do fato de, na instituição internacional, ainda que a regra de direito se imponha, sua aplicação é ainda difícil. (CHARPENTIER, Jean. *Institutions Internationales*. Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1984, p. 01 -02).

⁷⁴ REUTER, 1959, p. 11. Da mesma forma como ocorre com as instituições no plano interno, as instituições internacionais passam por esse processo de personificação, seguindo o ciclo que vai desde o plano das idéias de determinada sociedade, passando pela interiorização, incorporação e posterior personificação dos ideais compartilhados por determinado grupo.

⁷⁵ Na citação completa e original, “ce qui caractérise la société politique, c’est la perfection de son organisation, de telle sorte qu’elle est faite pour se suffire à elle-même. L’État est le type même de cette société politique. Mais notre monde est fait de la juxtaposition d’un grand nombre d’États indépendants. Qu’ils le veuillent ou non, ils coexistent et cette coexistence ne peut s’instaurer dans l’isolement total : des rapports de caractère belliqueux ou pacifique s’établissent entre sociétés politiques indépendantes avec un caractère inéluctable. Anarchiques à l’origine, ils s’organisent sous l’empire de cette nécessité, commandée par l’intérêt commun. Ainsi naît une société interétatique. Son développement coïncide avec l’apparition de l’État nation au 16^o siècle, d’où son nom de société internationale. Les rapports que les États entretiennent les uns avec les autres constituent ce que l’on appelle les relations internationales. Ils sont de plus en plus dominés par le phénomène du droit, c’est-à-dire par un ensemble de règles acceptées par les États, et qui régissent leur comportement mutuel.

Le caractère de plus en plus fini du monde actuel, la complexité croissante des problèmes qui s’y posent, l’interpénétration des groupes et l’extraordinaire développement des relations entre

A respeito destas Comunidades, Renard destaca que a coletividade é um conjunto de modos individuais, determinada por si mesma mediante a ação comum de seus membros. A infinidade de grupos é distinguida pelas suas diferentes organizações, devendo cada grupo guardar sua própria unidade, no entanto, isto não cria Comunidades sobrepostas, mas sim, diferentes modos de organização. Quanto ao argumento da exigência de uma autoridade para se garantir a unidade, Renard assume a posição de que o direito social emerge como um contraste ao princípio da autoridade, sendo a instituição a representação da ordem jurídica da categoria autoridade⁷⁶.

Outro autor que se destaca pela sua opinião sobre o caráter institucional do direito é J. T. Delos. Para este autor, o Direito Internacional consagra uma ordem de legalidade internacional de situações de direito mais profundas e primitivas. A ordem formalista e positivista que se procura estabelecer tem por base as recíprocas situações jurídicas pré-positivas constituídas por elementos de fatos da sociedade internacional. Essa é a preliminar tarefa mais necessária para o cumprimento do Direito Internacional, que estuda os elementos de fato, em virtude de sua natureza e função derivarem de situações jurídicas naturais, ou melhor, de princípios da organização internacional positiva. Então, é desse modo que a instituição internacional é a típica sociedade orgânica das nações, pois a busca do desenvolvimento de suas instituições constitui-se num dos fatos novos da

États on provoqué le développement d'une solidarité internationale qui transforme progressivement la société traditionnelle de caractère relationnel en une véritable communauté organisée dont la société politique étatique est le lointain et inaccessible modèle. Ces tentatives d'organisation communautaire du monde se traduisent par l'élaboration d'un nouveau droit de subordination qui voudrait évoquer le droit interne des États, mais auquel le caractère souverains de ceux-ci confère un aspect inachevé.

Tel est l'état actuel de la société internationale. Composée d'États souverains, égaux et ne tolérant pas d'autorité qui leur soit supérieure, elle est imparfaite et inachevée. Fondée sur le sentiment d'une nécessaire solidarité, elle cherche sans cesse à se perfectionner et à se dépasser". (GANDOLFI, 1971, p. 2).

⁷⁶ RENARD, 1939, 139-140. Desta forma, Renard parece não aceitar a idéia de Alain Gandolfi de que a ausência de uma autoridade superior na sociedade internacional faz com a mesma seja imperfeita. A divergência se dá na medida em que a concepção de instituição para Gandolfi parece não contemplar em seu próprio direito objetivo o conceito de sanção jurídica, reportando a eficácia do direito a uma autoridade extra-institucional. Por outro lado, Georges Renard coloca categoricamente a instituição como a própria representação jurídica da autoridade, não necessitando buscar uma autoridade exterior para impor o direito consagrado pela instituição senão a sua própria autoridade.

atualidade, tentando submeter à análise certa formação sociológica nova, que lhe precisa a natureza⁷⁷.

Quanto à formação dessa instituição, J. T. Delos destaca que existem grupos institucionais na realidade fática que antecedem o próprio nascimento da instituição. Embora assumamos que existam elementos reais da sociedade de fato que não alcancem uma instituição organizada, esses elementos são institucionais por natureza. É por essa razão que eles são integrantes da sociedade internacional em que vemos um corpo complexo de instituições internacionais. Ao longo da instituição, encontram-se os chamados “fatos” dos grupos institucionais⁷⁸.

J. T. Delos então confirma aquela noção arraigada em toda a escola sociológica francesa, segundo a qual o direito objetivo, fundado na solidariedade dos povos, é o direito pressuposto, latente na realidade fática dos seus sujeitos e instituições. No entanto, muitas vezes esse direito objetivo não é captado pelos seus legisladores, julgadores ou aplicadores, criando-se um descompasso entre o direito pressuposto, enraizado na sociedade – e o direito posto – validado pelo Estado, mas não legitimado pela sociedade.

Esse mesmo direito objetivo é organismo institucional constituído ao redor da idéia; é essa que anima toda a instituição⁷⁹. No plano internacional, essas instituições são essencialmente orgânicas, e constituem-se num fato de

⁷⁷ Do original, "Le Droit International consacre par un ordre de l'égalité internationale des situations de droit plus profondes et plus primitives. L'ordre formaliste et positif qu'il cherche à instaurer a pour base les réciproques situations juridiques pré-positives des éléments de fait de la société internationale.

C'est donc une tâche préliminaire mais nécessaire, à l'accomplissement de la mission propre du droit international, que d'étudier ces éléments de fait, car de leur nature et de leur fonction, découlent leurs situations juridiques naturelles, - « principes » de l'organisation internationale positive.

Puis donc que l'Institution Internationale est l'élément typique de la société organique des nations et puisque le développement de ces institutions constitue l'un des faits nouveaux de l'époque contemporaine, essayons de soumettre à l'analyse cette formation sociologique nouvelle et d'en préciser la nature". (DELOS, J. T. *La société Internationale et les Principes du Droit Public*, Paris: Pedone, 1950, p. 96)

⁷⁸ Do original, "Il y a donc des faits de groupement institutionnel antérieurs à la naissance de l'institution proprement dite. De même que bien des éléments qui concrètement font partie intégrante de l'Etat ne dépassent pas le stade de l'individualité pré-personnelle, de même, bien des éléments réels de la société internationale de fait ne donnent-ils pas naissance à une institution organisée. Ils n'en sont pas moins, si l'on peut dire, de nature institutionnelle. C'est à ce titre qu'ils sont partie intégrante de cette société internationale en laquelle nous voyons un complexe organisme d'institutions internationales. Il y a, à côté des Institutions, ce que nous appelons les «faits de groupement institutionnels». (DELOS, 1950, p. 97).

⁷⁹ DELOS, 1950, p. 104.

organização. No entanto, uma vez atingido o nível organizacional, ela tem sua realidade objetiva exteriorizada, com sua própria consistência, sentido de ação e objetivos⁸⁰ a galgar a sua finalidade.

Confirma-se, portanto, que o direito objetivo, institucional, é a mais pura regulação de uma sociedade internacional orgânica:

Se considerar verdadeiro que não há precedente na história da humanidade em que a sociedade de fato encontrada em qualquer tempo, não seja sua expressão política e jurídica, o Direito Internacional parece ser a expressão jurídica da situação interna da sociedade internacional de fato, uma expressão formal dos relacionamentos e situações de direito, estabelecidas entre os órgãos ou instituições que compõem a sociedade internacional de fato⁸¹. [tradução do autor]

Assim, a sociedade internacional emerge como uma “instituição das instituições internacionais”, de maneira que os elementos dos corpos sociais internacionais se aproximam de uma diretriz que os norteia, um ideal baseado na sociedade humana universal. Esta sociedade internacional é uma formação sociológica do tipo institucional e não contratual, assentada em um fundamento natural e objetivo⁸².

Esse enfoque acaba por contrapor a idéia de um direito fundado unicamente na vontade do Estado ou em qualquer abstração hipotética. Ainda que a derivação sociológica francesa sobre o conceito de instituição parta da tênue figura da idéia, a abstração feita tem o concreto fundamento da solidariedade social, representado pela instituição, que ganha atividade no mundo real na medida em que sua organização atua e interage com as demais instituições.

Dessa maneira, a instituição é a representação da entidade organizada, estável, imbuída de valores sociais, que vai intermediar a comunhão de idéias, finalidades e objetivos de seus sujeitos até sua concretização prática. Nessa medida, as considerações filosóficas e sociológicas realizadas em França foram determinantes para a identificação do conceito de instituição com o direito, mais

⁸⁰ DELOS, 1950, p. 117.

⁸¹ Do original, "Si véritablement is sans exemple dans l'histoire de l'humanité qu'une société de fait n'ait pas trouvé à un moment donné son expression juridique et politique, le droit international semblait devoir être l'expression juridique du statut interne de la société internationale de fait, l'expression formelle des relations et situations de droit, établies entre les organes ou institutions qui composent la société internationale de fait" (DELOS, 1950, p. 121).

⁸² DELOS, 1950, p. 119-120.

precisamente, com o *Ordenamento Jurídico* de Santi Romano, cujo pensamento é exposto a seguir.

2.2.2 O institucionalismo Italiano no Direito Internacional

A corrente positivista do direito que, em Itália, teve Dionísio Anzilotti como seu grande nome, também ganhou resistência neste país. A relutância se deve principalmente ao fato de que o Direito Internacional não é constituído somente por acordos entre sujeitos internacionais como insistiam os positivistas, mas sim, algo muito mais amplo, decorrente da complexidade existente dentro da Comunidade internacional. Além disso, positivistas negam o direito como produto espontâneo e necessário dessa sociedade, derivado dos constantes contatos entre as múltiplas instituições conviventes.

A percepção desse direito dinamizado pela sociedade foi encampada pelo jurista italiano Santi Romano (1875-1947), que em sua obra o *Ordenamento Jurídico*⁸³ utilizou o conceito de instituição jurídica para construir uma visão reacionária ao modo formalista de pensar⁸⁴ o direito.

⁸³ A obra utilizada aqui como base foi escrita em dois fascículos nos anos de 1917 e 1918 e posteriormente reeditada em 1945. Foi traduzida do italiano para o português pelo Prof. Arno Dal Ri Junior e a versão utilizada é respectiva tradução que aguardava publicação (ROMANO, Santi. *Ordenamento Jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006, 152p. no prelo). Segundo Paolo Grossi, o título da obra não é por acaso, pois se deve insistir no vocábulo ordenamento para o direito. “Não se trata de expediente lingüístico, substituiu um termo por outro e deixando imutável o conteúdo. Ordenamento significa o ato de ordenar, de colocar em ordem, e ordem é uma noção preciosa ao menos no seu aspecto: presta contas com a realidade subjacente, a pressupõe na sua onticidade querendo alcançar o objetivo de ordená-la e não de restringi-la; conseqüentemente, registra e respeita toda sua complexidade. Conceber o direito como ordenamento possui, desse modo, o significado de iniciar a tentativa de recuperação da complexidade, da complexa riqueza do universo jurídico”. (GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, Trad. Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004, p. 72 -73). Segundo Ziccardi, a ampla influência da obra de Santi Romano se deve, em primeiro lugar, pela sua capacidade de oferecer uma resposta fácil à interrogação que atormenta desde sempre o jurista: como se verifica e por quais elementos seja atestado o “ser” do direito. Em segundo lugar, sua influência se deve ao fato de suas lições terem dado uma resposta ao problema capital do positivismo jurídico quando identificou o direito existente no mundo dos fatos através do conceito de instituição, que ilustra identidade entre direito e sociedade. (ZICCARDI, Piero. *As doutrinas jurídicas de hoje e a lição de Santi Romano: O Direito Internacional*. Trad. Prof. Arno Dal Ri Junior, mimeo, p. 04).

⁸⁴ Paolo Grossi destaca que o mérito de Santi Romano, há mais de oitenta anos, foi justamente indicar na sociedade o referente de juridicidade, recuperando a visão do direito através da experiência, de uma dimensão social e detrimento de poder, normas, sistema de categorias formais. “Tomar consciência da sociabilidade do direito não significa ficar bloqueado pela

Em sua obra é patente a influência francesa objetivista, pois Romano compactua com a idéia de que o direito é uma organização interna inerente a qualquer grupo social que pretenda resistir ao longo dos tempos. Fica claro também a premissa de que a existência de uma dada sociedade traz em seu seio o fenômeno da instituição, espelhado pelas ambivalentes figuras do sistema jurídico que a governa e a organiza. Esse direito autônomo, identificado com o conceito de instituição, não é somente aquele que funciona sob a jurisdição estatal, mas o transcende como, por exemplo, o direito canônico, ou ainda, lhe é contrário, como os códigos de conduta das organizações criminosas.

Romano então explicita a imagem e semelhança existente entre os conceitos de instituição e ordenamento jurídico, identificando-os como interfaces de um mesmo fenômeno⁸⁵. Segundo ele, a instituição é um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo, comparando-se a um Estado. No entanto, este ordenamento jurídico (instituição) não consagra somente o princípio da coexistência dos indivíduos, mas também perpetua certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e duradouros que os indivíduos⁸⁶, atuando para cumprir seus propósitos determinados⁸⁷.

Em outras palavras, este ideal institucional cunhado na sociologia francesa que designava uma infinidade de ordem de valores convergentes é

afirmação elementar e, além do mais, banal, de que, em todos os lugares onde existe uma pluralidade de homens, existe o direito. Ao contrário, deve ser o ponto de partida para um conhecimento ulterior; que o vínculo necessário entre a sociedade, reflete a sua estrutura variada, estratificada e diferenciada. Concluindo, o direito não é e não pode ser a realidade simples e unilinear pensada pelos nossos antepassados do século XVIII. Se uma conclusão como essa se justificava, então, pelo valor estratégico que se revestia, hoje surge somente como um sinal de aridez cultural e nada mais". (GROSSI, 2004, p. 66-67).

⁸⁵ Dentro desta idéia de equivalência entre instituição e ordenamento, Romano afirma que "se o direito pode se concretizar e tomar corpo somente na instituição e se tudo o que passa a ser socialmente organizado é absorvido como elemento desta última – adquirindo caráter jurídico –, pode se concluir que o direito é o princípio vital de toda instituição, que anima e mantém reunidos os vários elementos que desta advêm, que determina, fixa e conserva a estrutura das entidades imateriais. Reciprocamente, a instituição é sempre um regime jurídico. Mesmo se num certo sentido poderia ser exato concebê-la como o corpo, a ossatura, o tecido do direito, isso não faz com que este último possa vir a ser separado dela, nem materialmente, nem conceitualmente, assim como não se pode distinguir a vida do corpo vivo. Não se trata de dois fenômenos diferentes que se relacionam, se distinguindo um do outro; trata-se, ao contrário, do mesmo fenômeno. (ROMANO, 2006, p. 63).

⁸⁶ ROMANO, 2006, p. 60.

⁸⁷ ROMANO, 2006, p. 64.

utilizado por Romano como a expressão do direito objetivo, um corpo social que possui no mundo jurídico, uma existência efetiva, concreta, objetiva, estável⁸⁸.

É o seu conceito de instituição:

Toda instituição – enquanto é um ente que tem uma própria estrutura e organização e, portanto, uma ordem mais ou menos estável e permanente que reduz à unidade os indivíduos, assim como os demais elementos que compõem, adquirindo perante eles uma vida própria e formando um corpo – constitui uma “ordenação jurídica”. Com efeito, a própria existência destes entes, corpos sociais ou instituições por si mesmas já determina a posição, a função e uma determinada linha de comportamento para os mesmos entes.

Por outras palavras, toda instituição é uma ordenação jurídica e toda ordenação jurídica é uma instituição, uma vez que, onde haja esta, podem existir relações sociais, mas não relações que, como as jurídicas, sejam formal, objetiva e estavelmente ordenadas⁸⁹.

Ela implica relações jurídicas, mas não se esgota nelas; quer dizer, é pré-ordenada em relação às mesmas, sendo a estrutura ou organização necessária para que as relações possam ser qualificadas como jurídicas. Para que esse vínculo que dá azo à instituição apareça não basta a existência de pessoas ligadas entre elas por uma simples relação, mas sim, faz-se necessária uma relação mais estreita e orgânica⁹⁰.

Dessa forma, a instituição – enquanto ordenamento jurídico – vai diferir das simples relações, pois estas não são ordenamentos. A relação depende da instituição, sendo quase a atmosfera em que ela vive, ou seja, algo externo a ela. Assim, esse fenômeno explica como um ato jurídico, que gera somente relações, não basta para fazer surgir o direito objetivo.

Para se atingir o nível institucional é necessário que um ato jurídico não se limite a constituir uma relação que se mova, em todos os seus elementos, no âmbito de um ordenamento já existente, mas esse ato deve gerar, ao menos parcialmente, este último. Nas palavras de Romano “uma regra tomada isoladamente, em si e por si, não é o direito objetivo. Um ato jurídico, para que possa

⁸⁸ Piero Ziccardi destaca que a compreensão do direito que deveria ser realizada pela sociologia não é uma consequência aceita por Romano. Pelo contrário, Romano reivindica para a ciência jurídica a tarefa de conhecer inteiramente o fenômeno social, considerando-o apto para isto. (ZICCARDI, p. 03).

⁸⁹ ROMANO, 1977, p. 72.

⁹⁰ ROMANO, 2006, p. 77.

ser considerado fonte de direito, deve estabelecer não só regras, mas uma organização social mais ou menos completa”.⁹¹

Esta completude descrita por Santi Romano faz com que a figura da instituição seja a base das relações existentes entre as sociedades. No âmbito internacional, a concretização de um ato jurídico entre Estados que gere relações não é suficiente para se identificar um direito objetivo se esse ato não for capaz de inovar de alguma forma as instituições jurídicas sobre as quais se assenta.

Sobre esta linha sutil entre relações e instituições Piero Ziccardi destaca:

A concepção institucionalista do direito traz consigo inevitavelmente a tendência a explorar os elementos institucionais presentes em um ordenamento. Se tal tendência pode algumas vezes conduzir ao erro de considerar como instituições jurídicas em sentido próprio, ou seja, como aparelhos juridicamente organizados e disciplinados, estruturas sociais que não são objeto de regulação jurídica, todavia, a mesma tendência se revela iluminadora e metodologicamente preciosa quando se trata de indagar sobre o conteúdo e as características de sistemas jurídicos como o internacional, em que os elementos institucionais são escassos e algumas vezes ausentes. De fato, segundo um ponto de vista que consideramos fundamentado, a disciplina jurídica das estruturas sociais chega algumas vezes a se afirmar no Direito Internacional, mas em outros períodos isso não acontece, fazendo com que o Direito Internacional sofra limitações, reduzido, em tal caso a um sistema de regras de comportamento definível como *direito comum*. Encontra-se em contraposição a tal aspecto de Direito Internacional a idéia da sua periódica integração com instituições, ou seja, com um *direito institucional*.⁹²

Portanto, o trabalho de Romano possui o mérito de trazer à baila a evolução da Comunidade internacional para uma coesa Comunidade institucional. Isso porque as regras que movimentam a sociedade internacional devem ser capazes de, por si só, entabularem novas formas de organização social entre os grupos que a anima. Se esses conjuntos organizados são autônomos, isto é, destacáveis da sociedade que integram por ocasião da emergência de regras a eles pertinentes, daí sim parece que realmente há uma nova razão finalística, uma nova vontade a ser exteriorizada para o cumprimento de seus propósitos, enfim, uma nova instituição. É por esta senda evolutiva que os comentários de Ziccardi a Santi Romano enveredam, uma sociedade cada vez mais alicerçada em instituições que,

⁹¹ ROMANO, 2006, p. 79.

⁹² ZICCARDI, p. 10.

por sua vez, permitem maiores interações entre os grupos sociais que as constituem.

A compreensão moderna de que as sociedades estão em contatos mais freqüentes por intermédio das instituições que as compõem faz com que obra de Santi Romano possa ser lida em diversos fenômenos da atualidade, principalmente aqueles movimentados pelos ventos da globalização, como é o caso da reprodução de acordos regionais. Fundamental, portanto, a compreensão institucional do direito elaborada pela doutrina italiana exposta em seguida.

2.2.2.1 A identidade entre sujeitos internacionais e as instituições jurídicas

O conceito de instituição depurado pela escola francesa traz uma idéia fragmentadora do direito, asseverando que as diversas espécies de grupos sociais organizados emanam indutivamente normas (direito pressuposto) a serem apreendidas pelos comandos positivos dos legisladores (direito posto). Essa noção rompe com a compreensão unificadora e dedutivista do direito defendida por Kelsen, para quem uma norma hipotética e fundamental seria o substrato comum para a dedução de todo o restante das regras jurídicas, sejam nacionais ou internacionais⁹³.

Essas unidades são as instituições que tanto tem se abordado, representando a imagem e semelhança do direito. Não são, portanto, sua fonte, mas sim a materialização de um direito objetivo que apresenta as seguintes características⁹⁴: a) existência objetiva e concreta e sua individualidade deve ser exterior e visível; b) ente com manifestação da natureza social e não puramente

⁹³ Como afirma Paolo Grossi, a concepção de Kelsen de um direito reduzido ao universo de normas e sanções é um universo pobre, que corre o risco de flutuar sobre a sociedade e até, perversamente, forçá-la e condená-la aos seus desenvolvimentos vitais. (GROSSI, 2004, p. 72-73).

⁹⁴ Apesar de a obra romaniaiana lançar alguns elementos para caracterização de instituições e sujeitos de direito, Romano destaca que no caso da instituição do Estado seria suficiente que este preenchesse certos requisitos, dispensando o reconhecimento por parte de instituições e Estados que lhe antecedia. Diante da omissão, Giorgio Balladore Pallieri viu a necessidade de se destacar quais são estes requisitos. De acordo com a prática internacional, os requisitos seriam: (a) existência efetiva de uma organização ou entidade; (b) que esta organização busque exercitar sua jurisdição no cumprimento dos seus propósitos e o realmente o faça; e, (c) que sua jurisdição seja territorial. Esses seriam os três elementos que, de fato, permitiriam a constituição do Estado de acordo com a doutrina. (PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto internazionale pubblico*, Milano: Giuffrè, 1948, p. 185).

individual do homem, devendo ser administrada e dirigida por homens; c) mesmo como ente fechado que é e com individualidade própria, ela também se relaciona com outras instituições seja de que complexidade for; e, d) há uma espécie de perenidade da instituição na medida em que ela não perde sua identidade ainda que haja alterações em seus elementos, pessoas, patrimônio, meios e interesses ⁹⁵.

Cada unidade jurídica autônoma⁹⁶ que compunha uma instituição constitui-se numa das engrenagens que movimentam a Comunidade da qual faz parte. Nessa perspectiva, as instituições devem ser analisadas como figuras existentes por si mesmas, autônomas, o que afasta a idéia de que toda instituição necessite de um reconhecimento formal do Estado para atuar, ou melhor, que o Estado lhe confira uma espécie de certidão de nascimento para começar a gerar efeitos jurídicos ou assumam a condição de sujeito ativo no universo do direito.

Sendo toda instituição uma verdadeira realidade social, uma entidade fechada, diferente dos indivíduos que dela fazem parte e possuindo uma “personalidade própria” – ou ao menos uma personalidade potencial⁹⁷ – ela pode interagir com outros sujeitos e instituições desde o momento em que exterioriza sua afinidade racional e detenha uma satisfatória organização que sustente a concretização de seus propósitos. Ademais, a organização dessa entidade permite-lhe se distinguir dos entes que a integram, inclusive das instituições que as alicerça,

⁹⁵ ROMANO, 2006, p. 58.

⁹⁶ Sobre autonomia é importante destacar que esta não deve ser confundida com a soberania, atributo que a instituição do Estado possui. No interior da ordem jurídica que compunha as instituições medievais, não existia lugar para individualidades rígidas, para soberanias isolantes. A autonomia é noção intimamente relacional. “O absoluto peculiar à soberania cede lugar à relatividade da autonomia; se a primeira parece feita de propósito para escavar fossos impossíveis de serem atravessados entre duas ou mais entidades, a segunda separa, ligando”. A autonomia emerge a entidade ao lado das outras, sendo, contudo, pensada e resolvida no interior de um tecido o mais amplo possível, até ser universal, no centro de uma rede de fios que se ligam entre si. Em suma, tal qual o universo político-jurídico que existia na idade média, as relações entre diversas entidades diferentes e fechadas em uma ordem, conservam a suas diversidades marcadas pelos limites relativos da autonomia. (GROSSI, Paolo. *Da sociedade de sociedade à insularidade do Estado entre medievo e idade moderna*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, mimeo, p. 9-10).

⁹⁷ ROMANO, 2006, p. 52. A personalidade potencial passa a ser efetiva na medida em que as idéias do grupo social que fomentaram a instituição passam a se concretizar na prática, de modo autônomo e organizado. Neste sentido, como bem destaca Romano, o principal mérito de Maurice Hauriou foi liberar o conceito de instituição da idéia de personalidade jurídica, de maneira que um ente detém personalidade desde que contemple os pressupostos de instituição, pouco importando se os requisitos de “personalidade jurídica” impostos pelos comandos do Estado não estejam preenchidos ou sejam contrariados.

de maneira a buscar seu objetivo por meio de uma vontade própria que lhe é intrínseca⁹⁸.

Essa autonomia da entidade institucional faculta seu relacionamento com o exterior e interior. No campo exterior, há uma “individualidade subjetiva” quanto às interações que realize na condição de instituição, revelando sua qualidade de sujeito. Do ponto de vista da sua vida interior, se descobre a sua “individualidade objetiva”, relacionando-se intimamente com a ordem jurídica que anima sua estrutura.

Esses elementos são igualmente perceptíveis nas instituições do plano do Direito Internacional, onde Romano aborda de forma específica o problema do fundamento da ordem jurídica internacional e destaca que apesar desta ordem carecer de personalidade jurídica, este atributo é irrelevante para a identificação de seu aspecto institucional⁹⁹. Ricardo Monaco reitera o argumento afirmando que, do mesmo modo que a produção da norma jurídica mediante lei é um modo de ser do ordenamento estatal, a produção da norma jurídica internacional mediante acordos entre Estados não é um fato que deva se legitimar numa norma superior, mas sim é qualquer coisa que designe o modo de ser do ordenamento internacional. O ordenamento internacional é todo jurídico, não necessitando apoiar todo o sistema a um postulado meta-jurídico ou a um dado racional. O caráter institucional do Direito Internacional se refere diretamente ao dado concreto no qual se manifesta o direito positivo¹⁰⁰. Além disso, o caráter de instituição deve ser encontrado na Comunidade

⁹⁸ Segundo Romano, substancialmente, “uma instituição assume o caráter de pessoa quando, seja em virtude do seu próprio ordenamento, é considerada entidade dotada de própria vontade”. Adiante esclarece que esta vontade é aquela materialmente manifestada pelos indivíduos com as formas e para as finalidades que impõe a estrutura do ente. Por sua vez, em sentido amplo, lembra que são os membros, órgãos, administradores que conduzirão em última instância esta vontade que é considerada da instituição. (ROMANO, 2006, p. 85).

⁹⁹ ROMANO, 2006, p. 68. Cabe registrar que Romano concorda com Anzilotti no que tange à inexistência de um poder superior sobre os membros da Comunidade internacional. No entanto, como Romano acreditava na existência do Direito Internacional como um fenômeno natural, rejeita todas as teorias que se fundamentem na força vinculante da vontade coletiva ou da autolimitação dos Estados, inclusive, da *pacta sunt servanda* apreçoada por Anzilotti.

¹⁰⁰ Ricardo Monaco sintetiza suas conclusões sobre o fundamento institucional da Comunidade internacional em quatro premissas: a) A Comunidade tem seu próprio conteúdo social e que ela mesma é uma instituição social; b) para encontrar o fundamento do ordenamento jurídico basta comprovar que o ordenamento mesmo tem sua constituição, a qual não é outra coisa que seu modo de ser e sua estrutura fundamental. A constituição assim entendida não tem nada de normativo e denota simplesmente as raízes de fato de um determinado ente; c) que tendo sua vida a constituição do ordenamento internacional a estrutura real da Comunidade dos Estados e tomando sua origem ali onde se inicia o fenômeno jurídico, tal constituição conterà sobre todos os princípios

de Estados em que se concretiza o ordenamento jurídico internacional e este era concebido de forma clara na doutrina mais antiga, antes de ser negado pela atual doutrina positiva¹⁰¹.

Mario Giuliano compactua da noção de sociedade internacional, reforçando que essa é a superestrutura constituída pelo Direito Internacional. É um ordenamento jurídico que coexiste com uma pluralidade de diversos outros ordenamentos jurídicos, mais precisamente, com o ordenamento jurídico que constitui as diversas sociedades atualmente organizadas¹⁰².

A independência dos Estados não é anterior a sua criação¹⁰³, mas sim, posta pelo Direito Internacional na mesma medida em que as instituições estatais assim a demandam. Portanto, do mesmo modo que o direito estatal surge com a existência do Estado, o Direito Internacional surge juntamente com a existência da Comunidade de Estados, que postula um ordenamento jurídico que a regule¹⁰⁴.

No entanto, em razão do direito objetivo institucional carregar as diferentes nuances entrementes em cada grupo, o Direito Internacional está longe da alvura preconizada pela regra positiva despida de valor. Desta forma, o diferente relacionamento entre as entidades deste sistema jurídico internacional não se dá entre instituições isonômicas, podendo haver grandes diferenças estruturais entre os

que governam a produção das normas jurídicas; e, d) que este dado, de grande relevo, permite explicar a obrigatoriedade das normas jurídicas internacionais sobre o pressuposto que as normas sobre a produção jurídica têm em sua base a constituição mesma do ordenamento internacional, quer dizer, que são inerentes a constituição mesma e, portanto, estão situadas em uma esfera superior a aquela das normas que dela derivam, já sejam estas criadas mediante acordos ou costumes. (MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960, p. 18-19).

¹⁰¹ ROMANO, 2006, p. 70.

¹⁰² GIULIANO, Mario. *La cooperazione degli stati e il commercio internazionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1972, p. 7.

¹⁰³ Esta analogia é transposta por Romano à Comunidade Internacional. Romano afirma que o processo de formação de um Estado é pré-jurídico, mas, quando o Estado efetivamente está vivo, este já é um ordenamento do direito, do qual fazem parte os órgãos aos quais é confiado o poder legislativo. Para o autor italiano, o mesmo ocorre com a comunidade internacional na medida em que sua estrutura atual terá se desenvolvido, lentamente e certamente independente do direito, mas esta comunidade fez com que se tornasse jurídico o princípio de que os Estados deverão contribuir com a própria vontade à emanação de novas normas, do mesmo modo serão jurídicos os atos formados por esses acordos e lentamente se somam ao edifício do Direito Internacional. Esses acordos se apóiam em um princípio colocado com o surgimento da comunidade internacional, princípio inerente à sua constituição, marcado pelas suas atuais características institucionais. (ROMANO, 2006, p. 72-73).

¹⁰⁴ ROMANO, 2006, p. 70-72.

sujeitos internacionais, ainda que pertençam a uma mesma classe. Por outro lado, isto não conduz a uma sociedade de relações subordinadas, mas sim coordenadas, ainda que em diferentes medidas.

Esta identidade entre sujeitos e instituições jurídicas na coordenada Comunidade internacional foi por Santi Romano explicitada em nível de Estados e teve suas bases lançadas no tocante às uniões de Estados. Isso porque para o jurista restava claro que “a Comunidade internacional e um Direito Internacional poderiam, sem dúvida, continuar a subsistir mesmo quando os Estados se reduzissem somente a dois¹⁰⁵”. Portanto, para existir Comunidade internacional, bastaria que esta sociedade fosse plural, isto é, composta por mais de um sujeito, no caso, os Estados. Desta forma, ainda que o número de Estados fosse restrito à somente dois, a necessidade de se regular as relações entre ambos faria exsurgir um legítimo direito objetivo de Comunidade internacional institucional.

Essa hipótese romaniana extremista, apesar de difícil concretização prática, mostra que o fundamento de um direito institucional entre seus sujeitos é algo espontâneo e ocorre a qualquer tempo em que a sociedade assim necessite. Além do mais, a doutrina institucional romaniana permite conjecturar uma sociedade internacional além das interações entre Estados, passando-se a uma interação entre regiões porquanto “além da Comunidade internacional composta por muitos Estados, têm-se outras particularidades que, como certas federações ou uniões reais de Estados, são instituições formadas por somente dois Estados¹⁰⁶”.

Quer dizer, à época já se vislumbrava que as relações interinstitucionais não se limitavam aos ordenamentos jurídicos estatais, mas também abrangia interações entre ordens jurídicas maiores como as Organizações Internacionais compostas por Estados.

Adiante, será demonstrado que a concepção institucional há muito estava alinhada ao comércio entre os povos.

¹⁰⁵ ROMANO, 2006, p. 78.

¹⁰⁶ ROMANO, 2006, p. 78.

2.3 A instituição do comércio internacional ao longo da história

A instituição do comércio internacional é antiga. A comunidade internacional, entendida como instituição jurídica, é a continuação da antiga República Cristiana.

Paul Reuter retrata bem a existências de instituições internacionais na Antiguidade e na Idade Média. Segundo ele, havia nas civilizações antigas o mesmo Direito Internacional existente em grandes civilizações como exóticas de América e Ásia. Em certos casos as relações internacionais se limitavam a relações mediatas; em outros casos, os estrangeiros experimentavam contatos efetivos entre si. As cidades e ainda as antigas têm sido, em regra, hostis aos estrangeiros, mas os mercadores gozavam em toda a época um trato de favor para o comércio que nem no mar, nem nos desertos, os estrangeiros teriam possuído. Naquela época, as relações internacionais se davam num meio geográfico limitado, com algumas poucas exceções. Neste sentido, podem se citar as relações entre o Império Romano e os reinos asiáticos ou africanos que instituíram fórmulas de protetorados quase modernas.

Igualmente, o modo como o Império Romano organizou as relações de nacionalidade e de cidadania tem sido freqüentemente apresentados como modelo. Todavia, é bastante difícil interpretar estas instituições para derivar conclusões aplicáveis ao mundo contemporâneo. Como a intensidade das relações internacionais está em função das necessidades, a relação entre grupos pertencentes a civilizações não técnicas, se referem a objetos relativamente limitados. Na idade média se fala de algo muito mais próximo do mundo atual. No entanto, ainda assim é difícil propor afirmações gerais para um modelo de cinco séculos, de modo que as observações são válidas em conjunto. Ainda que os países da cristandade formem um conjunto homogêneo, separado dos países pagãos, suas relações mútuas têm sido, durante os períodos felizes da Idade Média, muito intensas.

As relações entre os países membros do cristianismo foram dominadas durante a maior parte da Idade Média pelo fenômeno feudal, caracterizado pela decomposição da compreensão moderna de Estado, sendo os duques, marqueses,

condes, os titulares destas circunscrições. Em outros termos, pode -se dizer que os grupos primários estavam em todas as partes, mas que, por outro lado, não estava em parte alguma em sua plenitude, podendo, se correr o risco de ver relações internacionais onde não existe.

A Idade Média também conheceu problemas e instituições de Direito Internacional moderno como: noção de fronteira, teoria das represálias, a arbitragem, as tréguas e armistícios, o mar territorial. Além disso, na Idade Média, nunca se viu relações internacionais imediatas, entre indivíduos, tão intensas. Mas à época, a Igreja e certos grupos profissionais chamavam para si a origem das relações internacionais imediatas. As Corporações de Ofício estavam também bem organizadas de modo que algumas delas tomavam parte ativa nas trocas internacionais, destacando-se a realização de feiras. Os grupos de banqueiros e mercadores desenvolvem um direito comercial internacional (*jus mercatorum e jus nundinarum*). Ao final, além das repúblicas mercantis italianas, a Idade Média oferece outros exemplos orientados ao comércio como as organizações políticas internacionais, cuja única justificção é o comércio. Este é o caso das cidades mercantis, dentre as quais a Liga Hanseática é o exemplo mais ilustre¹⁰⁷.

Nessa mesma época se desenvolve a instituição jurídica mais conhecida no comércio internacional atualmente: a regra da nação mais favorecida (NMF). Registros atestam a existência desse tipo de regra ainda na Idade Média. Nesse período, a República de Veneza mantinha intensa atividade comercial no mediterrâneo e, em razão dessa experiência, teria difundido e aperfeiçoado a cláusula da NMF e do Tratamento Nacional¹⁰⁸.

Outro exemplo histórico da cláusula NMF que se tem conhecimento foi firmado pelo Rei Henrique V da Inglaterra ao assinar um tratado para intercâmbio de mercadorias com Flandres em 17 de Agosto de 1417 com o Duque João de Burgundi em Amiens (França), ocasião em que navios Ingleses tiveram garantido o direito de usar os portos de Flandres da mesma maneira que franceses, holandeses,

¹⁰⁷ REUTER, 1959, p. 33-37.

¹⁰⁸ DAL RI JÚNIOR, 2004, p. 48-49.

escoceses e o povo do principado de *sealand*¹⁰⁹. Somente no século XVII o ponto de referência para a NMF deixou de ser limitado a um restrito número de países, aplicando-se a terceiros Estados como o tratado datado de 16 de Agosto de 1692 entre a Dinamarca e a Liga Hanseática¹¹⁰.

Em 1778, os Estados Unidos incluíram uma cláusula NMF (embora condicional) em seu primeiro tratado celebrado com a França. Especulava -se que, anteriormente, as cláusulas NMF possuíssem alcance restrito no tocante ao seu significado, sem pormenorizar as obrigações comerciais. Já entre os anos 1800 e 1900, a cláusula NMF, também manifestada sob a forma condicional ou incondicional, era freqüentemente incluída numa série de tratados, particularmente nos tratados de Amizade, Comércio e Navegação¹¹¹.

Somente após a 2ª Guerra Mundial o estandarte da NMF ganhou projeção global, abrangendo todos os sujeitos que quisessem estreitar seus laços comerciais com os demais, além de aumentar a cumplicidade entre os sujeitos estatais pela via comercial. Isso porque se acreditava que a catástrofe da guerra mundial não se repetiria caso houvesse um mecanismo de interdependência entre os Estados, elo que os reuniria em torno de um bem comum maior. Necessitavam, então, maior aproximação entre os sujeitos da sociedade internacional para se alcançar o propósito da paz duradoura. Essas opiniões foram difundidas ainda no século XVIII, época em que floresceu o iluminismo e surgiram idéias como o pensamento utópico-cosmopolita.

Esse ideário antes mencionado relacionava o comércio entre Estados com o fim das guerras, afirmando que “o efeito natural do comércio é trazer a paz; duas nações que comerciam juntas tornam -se reciprocamente dependentes; se uma

¹⁰⁹ KRAMER, Die Meistbegünstigung, Recht der internationalen Wirtschaft, 1989, p. 478 *apud* United Nations Conference on Trade and Development. *Most Favoured Nation*, New York: Geneva, 1999, p. 17.

¹¹⁰ O primeiro tratado de comércio moderno que incluiu a cláusula da NMF incondicional foi o tratado de Cobden em 23 de Janeiro de 1860 entre Reino Unido e França. Mais tarde, em Março de 1929, o Conselho da Liga das Nações adotou um modelo de cláusula da nação mais favorecida para tarifas. (KRAMER, 1989, p. 478).

¹¹¹ JACKSON, 2000, p. 158.

tem interesses em comprar, a outra tem em vender; e todas as uniões estão baseadas nas mútuas necessidades”¹¹². Kant, por sua vez, pôs em termos explícitos:

é o espírito comercial que não pode coexistir com a guerra que, mais cedo ou mais tarde, se apodera de todos os povos. Porque entre todos os poderes (meios) subordinados ao poder do Estado, o poder do dinheiro é sem dúvida o mais fiel, os Estados vêem-se forçados (claro está, não por motivos da moralidade) a fomentar a nobre paz e a afastar a guerra mediante negociações sempre que ela ameaça rebentar em qualquer parte do mundo, como se estivessem por isso numa aliança estável, pois as grandes coligações para a guerra, por sua natureza própria, só muito raramente podem ocorrer e ainda com muito menos freqüência ter êxito.¹¹³

Dessa forma, o processo em busca da paz poderia ser alcançado mediante a cooperação e o laço comercial que os uniam.

Odete Maria de Oliveira destaca que a criação dessas associações entre os povos com a finalidade de garantir a paz universal e a cooperação política foi proposta constante entre os filósofos e pensadores de todos os tempos; nesse sentido, foram surgindo os Conselhos, os Patronatos, as Ligas, e as alianças entre as polis. Com o surgimento do Estado moderno instituíram-se as Conferências Internacionais, prefigurando, pode-se dizer, a posterior criação das denominadas organizações internacionais. Abriram-se, nessa medida, perspectivas aos acordos de cooperação permanente, passando a apresentar diversificados objetivos coletivos¹¹⁴.

No entanto, os negócios internacionais necessitavam de elementos mais seguros a garantir vínculos estreitos entre os sujeitos estatais. Reforçava-se, assim, a necessidade de se formalizar um amplo tratado multilateral; elemento capaz de agregar em larga escala a necessidade de efetiva institucionalização jurídica da sociedade internacional¹¹⁵.

¹¹² MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, p. 358.

¹¹³ KANT, Immanuel. *A Paz perpétua e outros opúsculos* (1795), Lisboa: Edição 70, 2002, p. 149.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. Regionalismo in BARRAL, Welber (org.) *O Brasil e a OMC*, Curitiba: Juruá, 2002, p. 141.

¹¹⁵ Essas regras representam o Direito Internacional Econômico de hoje; regras que, para Patrick Juillard e Dominique Carreau, ensejam a interdependência e geram a expansão dos domínios do Estado em detrimento da idéia de proteção que o Direito Internacional Público apregoa. Em outras palavras, o Direito Internacional é um direito de proteção e repousa na idéia de preservação da independência política dos Estados. Por sua vez, o Direito Internacional Econômico é um direito de expansão e repousa na idéia de enriquecimento dos Estados como um fim legítimo, e que este enriquecimento é necessário para o estabelecimento de relações de interdependência econômica.

Esse assunto é tema do capítulo seguinte, em que as instituições jurídicas no comércio internacional assumem formas positivas para caracterizar o direito objetivo irradiado pela Comunidade internacional. Portanto, adiante será explorado, em seu aspecto formalista, a regra base que conduz o atual sistema jurídico multilateral de comércio, bem como suas exceções que acomodam as instituições jurídicas regionais existentes e buscam nortear, formalmente, o florescimento dessas novas instituições regionais.

3 ACORDOS REGIONAIS DE COMÉRCIO SEGUNDO A OMC

No capítulo anterior, verificou-se que o Direito – em especial o Direito Internacional – teve basicamente duas vertentes clássicas de justificação: a escola positiva (formalista) e a escola institucionalista (antiformalista). A evolução do comércio trilhou a dinâmica de ambas, pois, por muito tempo, seguiu uma postura micro-institucional, fragmentada, baseada nos costumes internacionais como fórmulas jurídicas recorrentes que, mais tarde, cederam espaço para os acordos formais.

Esses tratados, na era contemporânea, se dispersaram nos domínios mais diversos. A intensificação das trocas comerciais conduziu a uma expansão inimaginável desses ajustes formais¹¹⁶, sobrelevando o discurso positivista para todo o Direito, em especial, para o Direito Internacional Econômico.

Isso porque após o término da 2ª Guerra Mundial, ganha fôlego o discurso de alcance da paz mundial por meio do império do Direito. A doutrina de viés idealista via a possibilidade de a codificação jurídica internacional representar o caminho para a paz¹¹⁷.

No âmbito comercial não foi diferente. O mundo devastado pela guerra impeliu os Estados a implementarem fortes políticas protecionistas, como desvalorizações competitivas de moeda e altas tarifas de importação. Necessitavam ainda de auxílio financeiro para reconstrução da Europa e regulação do comércio internacional em nível mais amplo.

¹¹⁶ No período entre 14 de Dezembro de 1946 a Janeiro de 2005, somente no que tange aos temas de alcance da ONU, essa organização contabilizava 158.000 tratados nela registrados, publicados de acordo com o art. 102 da Carta das Nações Unidas. (*United Nations Treaty Series*, 2008). Disponível em: <<http://untreaty.un.org/English/overview.asp>>. Acesso em: 29 set. 2008.

¹¹⁷ Segundo o Professor Arno, Kant previa uma sociedade cosmopolita internacional composta por uma federação universal de Estados, único instrumento capaz de dar uma verdadeira validade e eficácia ao Direito Internacional, fazendo com que o direito de guerra deixasse de existir. As organizações internacionais, por sua vez, vêm a ser uma grande tradução desses ideais na medida em que possuem, em seus tratados constitutivos e composição teórica, elementos de paz perpétua kantiana. (DAL RI JÚNIOR, 2003, p. 146-149). Nesse contexto, foi criada a Organização das Nações Unidas – de vocação política e alcance universal – além da proliferação de organizações internacionais de domínios especializados.

3.1 A criação do Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT/1947)

Para conter os ímpetus protecionistas unilaterais, a o final da segunda guerra mundial, os países vencedores buscam instituir órgãos reguladores da economia internacional. Esse encontro foi realizado em Bretton Woods (New Hampshire, EUA), onde os países consentiram em criar três instituições: um fundo monetário que pudesse resguardar as economias nacionais contra as crises cambiais (FMI); um banco que financiasse a necessária reconstrução da Europa (Banco Mundial – BIRD); e, uma organização internacional que regulamentasse os fluxos comerciais (OIC).

Baseada na recomendação sobre as relações de comércio aprovada em Bretton Woods e na disposição manifestada pelos principais governos presentes na cidade norte-americana, no ano de 1945, o governo dos Estados Unidos lançou a idéia de se criar uma conferência voltada a aprofundar a análise sobre a expansão do comércio internacional (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Emprego), assim como uma instituição para sua fiscalização. A comissão deveria preparar um documento (Carta de Havana), mas os debates e votações realizados no âmbito da comissão foram marcados por um clima nada ameno, principalmente pela postura imprevisível dos Estados Unidos – promotor da Conferência. Temendo pelo pior, o Secretário-Geral das Nações Unidas conseguiu que os países aprovassem antecipadamente o art. 17 da Carta que versava sobre a redução tarifária mediante negociações, “salvando” parte do documento que mais tarde não seria aprovado¹¹⁸.

Nessa conferência de *Bretton Woods*, 23 membros¹¹⁹ assinaram o Acordo Geral de Tarifas de Comércio (GATT/1947), reduzindo barreiras tarifárias existentes entre si. Por cerca de meio século o acordo conseguiu sustentar boa parte das negociações comerciais multilaterais, unindo os sujeitos internacionais aos

¹¹⁸ DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 119-123.

¹¹⁹ Os 23 membros contratantes à época eram: Governos do *Commonwealth* da Austrália, Reino da Bélgica, Birmânia, Estados Unidos do Brasil, Canadá, Ceilão, República de Cuba, República Tchecoslováquia, República do Chile, República de China, Estados Unidos da América, República Francesa, Índia, Líbano, Grão Ducado de Luxemburgo, Reino de Noruega, Nova Zelândia, Reino dos Países Baixos, Paquistão, Reino Unido de Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Rodésia do Sul, Síria e União Sul-africana (preâmbulo do GATT/1947).

propósitos de redução tarifária no comércio visível (de bens) e angariando cada vez mais adeptos às rodadas multilaterais.

Durante sua vigência, o GATT/1947 permitiu a ocorrência de 8 Rodadas Multilaterais de comércio. As cinco primeiras trataram exclusivamente de desgravação tarifária; as três últimas (Kennedy, Tóquio, Uruguai), além de incrementarem o âmbito de negociações, alcançaram, respectivamente, 63, 102 e 123 membros. Na última rodada, foi criada uma instituição jurídica para o comércio internacional com personalidade jurídica formalmente reconhecida pelo seu tratado constitutivo¹²⁰. A assinatura de um acordo desse porte elevou, pela primeira vez, a regra de não discriminação ao nível multilateral. As seis décadas que se seguiram mantiveram como base para recrudescimento das barreiras comerciais as regras positivas multilaterais, baseadas em consensos entre as partes contratantes.

Todavia, essa nova sociedade econômica internacional também resguardou outros interesses que o pilar da não discriminação não contemplava; valores que necessitavam ser explícitos na normativa multilateral e excepcionassem a cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF). Nesse sentido, exceções de cunho regional permitiram o aparecimento de entidades maiores que os Estados contratantes, personificando interesses em planos regionais. Essas entidades modificaram a dinâmica do comércio internacional, fomentando a necessidade de releitura do acordo multilateral positivado no âmbito da OMC.

Diante desse cenário, nesse segundo momento vai se delinear a construção e função da regra da NMF para não discriminação entre partes contratantes/membros no cenário multilateral, em conjectura com os dispositivos formalistas que permitiram a proliferação de entidades regionais (exceções ao regionalismo). No âmbito dessas exceções, buscar-se-ão fontes doutrinárias, documentos, textos legais, além da jurisprudência OMC a respeito da sua utilização.

¹²⁰ A Organização Mundial do Comércio atualmente totaliza 153 membros, o que representa mais de 90% do comércio mundial. (*Understanding the WTO*, 2008). Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 15 jul. 2008.

3.2 A regra da Nação Mais Favorecida como padrão do comércio internacional

A positivação da regra da não discriminação¹²¹ constituiu-se no coração do GATT/47, fórmula repetida na nova versão resultante da Rodada Uruguai em 1994. No entanto, o comércio sob os moldes da não discriminação entre os sujeitos estatais pode ser encontrado antes mesmo do GATT/1947. Apesar de a regra estar comumente associada ao século XX, o crescimento do comércio nos séculos XV e XVI pareceu ser a maior das causas para a pactuação de cláusulas do tipo NMF na medida em que as nações européias competiam uma com as outras, desenvolvendo redes de relacionamentos comerciais¹²².

A pedra fundamental que conformava o princípio de um futuro sistema multilateral de comércio não se limitava à cláusula NMF, mas sim, à ampla base de não discriminação, que se subdividia em proibição da discriminação entre bens importados similares provenientes de sujeitos internacionais distintos do importador e não diferenciação entre bens nacionais e importados similares¹²³. Interessa aqui digressões a respeito da não discriminação entre sujeitos.

3.2.1 A regra da não discriminação entre sujeitos

Sem dúvida a regra que forneceu os contornos e toda a razão de ser do sistema multilateral de comércio foi a impossibilidade de se discriminar benesses concedidas a um produto similar de uma parte contratante em detrimento dos demais contratantes do GATT.

¹²¹ Uma questão debatida academicamente é se a cláusula da NMF ou as obrigações de não discriminação independem de sua positivação nos tratados, existindo na forma do Direito Internacional consuetudinário. A visão prevalecente é a de que essas obrigações existem somente na medida em que o tratado as cria por meio de cláusulas. Uma vez ausentes, as nações presumivelmente possuíam o direito soberano de discriminar nações estrangeiras, nos assuntos econômicos, da maneira que lhes conviesse. Por outro lado, a cláusula do tratamento nacional poderia diferir nesse aspecto. (JACKSON, John. *The World Trading System: Law and policy of International Economic Relations*. 4a ed., Cambridge: MIT Press, 2000, p. 158)

¹²² JACKSON, 2000, p. 158.

¹²³ No art. III, § 4º, 1ª parte, do GATT/1947, consta a essência da não discriminação objetiva: “os produtos do território de toda parte contratante importados no território de qualquer outra parte contratante não deverão receber um tratamento menos favorável que o concedido aos produtos similares de origem nacional, no concernente a qualquer lei, regulamento ou prescrição que afete a

O alicerce jurídico da NMF, trazido no art. I, § 1º, GATT/1947¹²⁴, prescreve em sua parte final:

Com respeito aos direitos aduaneiros e taxas de qualquer espécie aplicadas às importações ou exportações, ou em relação a elas, ou impostas nas transferências internacionais de pagamentos de importações ou exportações, e em relação ao método de incidência de tais tarifas e taxas, e em relação a todas as regras e formalidades relativas à importação e exportação, e com respeito a todas as questões referidas nos parágrafos 2 e 4 do art. III*, *qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida por uma parte contratante a um produto originário de outro país ou destinado a ele, será concedido imediata e incondicionalmente a todo produto similar originário dos territórios de todas as demais partes contratantes ou a elas destinado.* [grifou-se]

O tratamento significa que o membro contratante que garanta um tratamento favorável a outro membro estenda essa preferência concedida aos demais membros. Nesse sentido, ao membro não é permitido discriminar entre seus parceiros comerciais, por exemplo, dando a produtos importados similares de algum Estado tratamento mais favorável ao acesso a seu mercado do que o concedido para a entrada de produto similar oriundo de outros membros. Essa obrigação de tratamento visa garantir uma isonomia – ainda que meramente formal – no que tange à igualdade de oportunidades para importar e exportar bens para todos os membros da OMC.

Quanto ao aspecto econômico, a doutrina tem entendido que o sistema multilateral de comércio construído possui uma eficiência racional somente no caso de contemplar o princípio da NMF. A interação entre a NMF e a reciprocidade são os pilares de um sistema multilateral, trabalhando juntos numa política comercial eficiente ao eliminar as restrições comerciais associadas às motivações dos termos

venda, a oferta para a venda, a compra, o transporte, a distribuição e o uso destes produtos no mercado interior”.

¹²⁴ O atual documento do GATT/1994, resultado oriundo da Rodada Uruguai, consiste no GATT/1947, datado de 30 de Outubro de 1947, anexo à Ata Final do Segundo período do término das sessões da Comissão Preparatória da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego (excluído o protocolo de aplicação provisória), retificado, emendado ou modificado pelos termos dos instrumentos jurídicos que tenham entrado em vigor com anterioridade à data de início da vigência do Acordo sobre a OMC. Além disso, o GATT/1994 abrange também as disposições dos instrumentos jurídicos indicados: a) protocolos e certificações relativas às concessões tarifárias; protocolos de adesão; b) decisões sobre exceções outorgadas sob amparo do artigo XXV do GATT/1947 ainda vigentes à data de entrada em vigor do acordo da OMC; c) as demais decisões das Partes Contratantes do GATT/1947; d) o Protocolo de Marraqueche de 1994; e) os Entendimentos sobre interpretação dos artigos do GATT/1994: e.1) § 1º do art. II; e.2) art. XVII; e.3) disposições sobre balanço de pagamentos; e.4) art. XXIV; e.5) exceções relativas às derrogações (*waivers*) das obrigações; e.6) art. XXVIII. (WORLD TRADE ORGANIZATION. *Legal Texts*.

de comércio. As externalidades associadas à intervenção comercial somente são transmitidas com o deslocamento de preços ao redor do mundo, por meio da conformação à NMF¹²⁵.

Na opinião de Van den Bossche, a cláusula da NMF é a regra mais importante no comércio internacional de modo que, sem ela, o comércio multilateral poderia não existir¹²⁶. Jackson corrobora essa opinião, entendendo que o princípio consubstancia a idéia básica de que o comércio mundial deve ser realizado com o mínimo possível de discriminação entre os países, de modo a facilitar comércio, reduzir os custos de transação (tais como determinação de origens de mercadorias), minimizar tensões, sendo a NMF um dos pilares centrais do sistema multilateral¹²⁷.

Esse entendimento é compartilhado pelo Órgão de Apelação da OMC que já asseverou que o princípio da NMF, consagrado no parágrafo 1º, artigo I, é a pedra angular do GATT e um dos pilares do sistema OMC. Por mais de cinquenta anos, a obrigação de conceder o tratamento da nação mais favorecida no artigo I do GATT 1994 tem sido essencial para assegurar o sucesso de um sistema baseado em regras para o comércio de bens¹²⁸.

Cabe ressaltar que a opção da cláusula pela expressa extensão incondicional dos benefícios é reflexo da difundida desilusão a respeito do crescimento do protecionismo e especialmente dos arranjos bilaterais realizados durante o período entre guerras. A grande depressão foi vista – ao menos em parte – como conseqüência do fechamento de mercados e políticas de taxas câmbio competitivas no final da década de 20. Por conseguinte, alguns dos principais líderes políticos – bem como a maioria dos estudiosos do comércio internacional – viram na

Marrakesh Agreements, 2008). Disponível em: <www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm>. Acesso em: 30 set. 2008.

¹²⁵ BAGWELL, Kyle; STAIGER, Robert W. *Reciprocity, non-discrimination, and preferential agreements in the multilateral trading system*. Working Paper n. 5932, Cambridge: NBER, February 1997, p. 04.

¹²⁶ VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law of the World Trade Organization*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 40.

¹²⁷ JACKSON, John H. *The jurisprudence of GATT & the WTO*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 101.

¹²⁸ WT/DS246/AB/R, § 101. (*EC – Tariff Preferences*)

NMF e seu comando de não discriminação a melhor saída para organizar o comércio internacional entre as Comunidades das nações¹²⁹.

Apesar das boas intenções que ensejaram sua assinatura, os possíveis benefícios que a NMF poderia proporcionar não eram unânimes¹³⁰ uma vez que a igualdade formal preconizada pela NMF entre os sujeitos membros não guardava uma dimensão material (qualitativa) no tocante aos seus níveis de desenvolvimento. Essa não garantia de trato equitativo, mais tarde, seria objeto de reivindicação de exceções à NMF para países em desenvolvimento¹³¹.

No que tange à aplicabilidade da NMF, a regra do art. I, § 1º, estabelece que a verificação de sua violação deve perquirir três questões relevantes:

- a configuração de uma *vantagem* aos produtos originados em determinado Membro ou destinado aos territórios de outros Membros ;
- a *similaridade* dos produtos em questão;
- o caráter *imediate e incondicional* da vantagem concedida.

¹²⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *The future of the WTO: Addressing Challenges in the new millennium*. Switzerland: WTO, 2004, p. 19. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 10 out. 2007.

¹³⁰ Na série de argumentos favoráveis, era possível destacar os de fundamento econômico, como por exemplo: os efeitos salutares permitidos pela minimização das distorções dos princípios de mercado; a generalização das políticas de liberalização comercial (efeito multiplicador da NMF); a minimização de custos da formação da regra jurídica uma vez que a regra multilateral constitui-se na melhor saída para tantas nações envolvidas no comércio; e, a redução de custos de transação na medida em que dispensa a necessidade de se aplicar medida de exame de origem da produção de bens. Dentre os argumentos de caráter político, cabe destacar que os governos são tentados a grupos internacionais de discriminação particular, causando rancor e incompreensão por parte daqueles membros que foram deixados à margem das negociações. Nesse contexto, a NMF tem potencial de minimizar tensões de caráter político, evitando essas discriminações governamentais. No que pertine aos argumentos contrários, em especial, destacam-se as queixas dos países em desenvolvimento no tocante à implementação da NMF. Isso porque essas nações entendem que o sistema multilateral de comércio opera em seu desfavor na medida em que inibe o desenvolvimento econômico das sociedades com menor *status* econômico internacional. Na visão desses países, “preferências” deveriam ser arrançadas para compensar as agruras do sistema e permitir às nações mais pobres um desenvolvimento mais rápido. Obviamente o argumento possui seus méritos; no entanto, o risco reside no fato de eles serem sempre utilizados para racionalizar sistemas preferenciais que não possuam a função de promover o desenvolvimento econômico, mas sim serem utilizados para assistir governos nacionais no preenchimento de certas políticas nacionalistas de curto prazo, não relacionadas a propósitos de desenvolvimento econômico. Exemplo disso é a experiência do SGP (Sistema Geral de Preferências) em que nações industrializadas concedem tarifas preferenciais aos países mais pobres sem a necessidade de reciprocidade. A manutenção de tal regime invariavelmente tem servido como medida de barganhas diplomáticas para países economicamente mais fortes e sua consolidação, via tratados bilaterais, não implicando custo adicional algum. (JACKSON, 2000, p. 158-160)

¹³¹ Vide seção 3.2.4.

Conforme se depreende da 1ª parte do art. I, parágrafo 1º, a obrigação do trato via NMF exposto no primeiro questionamento não envolve somente tarifas, mas também taxas de quaisquer tipos relacionadas com importação e exportação, tributos internos e taxas sobre importados, bem como regras e formalidades internas que afetem a venda, distribuição e uso desses produtos. O termo “vantagem”, portanto, tem sido interpretado extensivamente, cobrindo uma ampla gama de medidas, a exemplo de regras e formalidades aplicáveis a medidas compensatórias¹³², despesas com transformação de mercadorias¹³³, regras da função da atividade¹³⁴; opinião essa que foi definitivamente aclarada pelo Órgão de Apelação mais tarde¹³⁵.

No tocante ao segundo questionamento, a obrigação de tratamento nacional está atrelada ao pressuposto de similaridade dos produtos comparados. Trata-se de um conceito não definido no GATT/1994, que assume diferentes significados diante de cada contexto enfrentado¹³⁶.

¹³² *US – Non Rubber Footwear (US – MFN Footwear)*, § 6.8. Em relatório do painel adotado em 19 de Junho de 1992 (DS18/R – 39S/128) asseverou-se que a expressão “regras e formalidades” constantes no art. I, § 1º, aplicáveis a medidas compensatórias incluíam aquelas aplicáveis à revogação dos pedidos de medidas compensatórias por se constituírem regras e formalidades impostas em conexão com importação, na acepção do artigo I, § 1º. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels>>. Acesso em: 13 ago. 2008.

¹³³ No caso *US – Customs User Fee*, o § 122 do relatório do painel (L/6264 - 35S/245) adotado em 2 de Fevereiro de 1988 destacava que as despesas com processo de transformação de mercadorias era um ônus implicado à importação ou a ela relacionada, na acepção do sentido do art. I, § 1º. Exceções para esse encargo recaíam na categoria de “vantagens, favor, privilégio ou imunidade” cuja redação do art. I, § 1º, determinava sua extensão incondicional a todas as partes contratantes. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

¹³⁴ No caso *EC – Bananas III* submetido ao Órgão de Apelação da OMC restou decidido que a imposição de regras de função de atividades (*activity function rules*), que estabeleciam requisitos aos importadores de bananas de países não integrantes do Acordo -ACP, diferiam e iam muito além das aplicadas à importação de bananas provenientes de países integrantes do ACP. (WT/DS27/AB/R, § 206)

¹³⁵ No caso *Canada – Autos* (WT/DS139/AB/R; WT/DS142/AB/R, § 79), o Órgão de Apelação interpretou os termos NMF no seguinte sentido: “o parágrafo 1º do artigo I estabelece que, ‘qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida por [um Membro] a um produto originário de outro país ou destinado a ele, será concedido imediata e incondicionalmente a todo produto similar originário dos territórios de [todos os demais Membros] ou a eles destinado’. Os termos do parágrafo 1º do artigo I não se referem a algumas vantagens concedidas ‘com respeito’ aos elementos compreendidos no âmbito de aplicação do artigo, senão a ‘qualquer vantagem’; e não a alguns produtos, senão a ‘um produto’; nem aos produtos similares de alguns outros Membros, senão aos produtos similares originários de ‘todos os demais’ Membros ou a eles destinado”.

¹³⁶ No caso *Japan – Alcoholic Beverages* (WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R; WT/DS8/AB/R, § 21) o Órgão de Apelação equiparou a noção de similaridade ao instrumento musical acordeão uma vez que o conceito “estica e encolhe em diferentes ocasiões, na medida em que diferentes dispositivos do Acordo da OMC são aplicados”. No mesmo relatório transcreveu-se o entendimento de que o termo deveria ser analisado caso a caso, o que permitiria um julgamento mais justo da expressão,

Um último aspecto a ser observado no que tange à observação da NMF é que a vantagem seja garantida imediatamente e incondicionalmente¹³⁷. Nos regimes condicionais da NMF, se um país “A” garantisse privilégio para “C” enquanto vinculado também ao “B” por meio da NMF, o país “A” então deveria garantir privilégio equivalente à “B” – tão somente depois de “B” ter dado ao país “A” algum privilégio recíproco para custeá-lo. Diferentemente, se a hipótese antes descrita obedecesse ao regime incondicional, “A” deveria garantir o privilégio ao sujeito “B” sem receber nada em troca de “B”¹³⁸.

Logicamente que, ao longo do processo negociador de concessões entre sujeitos internacionais, a extensão incondicional preconizada pela NMF poderia beneficiar alguns sujeitos sem que esses fizessem qualquer concessão para experimentar os benefícios acordados, exsurgindo, daí, o problema dos “caroneiros” (*free riders*)¹³⁹. Vale destacar, ainda, que o campo de atuação da NMF não se restringe apenas aos membros da OMC. A expressão “qualquer outro país” constante no artigo mencionado deixa claro que a obrigação de estender o tratamento envolve também vantagens concedidas a não membros do sistema

porquanto seriam invocados alguns critérios como: verificação de uso do produto a determinado mercado; consideração em relação aos hábitos e gostos dos consumidores, com mudança de país para país; propriedades, natureza e qualidade do produto (*Report of the Working Party on Border Tax Adjustments*, BISD 18S/97, § 18). Exemplo prático sobre a questão da similaridade foi a contenda envolvendo o Brasil e Espanha quanto aos tipos de café não-torrado. Apesar de sua produção assumir diferentes fatores geográficos, processamento de sementes, cultivos e genética, esses elementos não foram considerados suficientes para descaracterizar a similaridade existente entre ditos produtos. (*Spain – Tariff Treatment Of Unroasted Coffee*, L/5135 - 28S/102, § 4.6)

¹³⁷ A NMF, tal como fora posta no GATT, assume explicitamente o perfil incondicional, guardando uma espécie de “reciprocidade difusa”, em que normas de obrigação existem quando há regimes internacionais relativamente fortes. Por sua vez, as extensões condicionais da NMF traduziriam uma reciprocidade específica, em que há normas de obrigação fracas encontráveis na política internacional. (KEOHANE, Robert. Reciprocity in International Relations. *International Organization*, v. 40, n. 01, Winter 1996, p. 24-25)

¹³⁸ Alguns argumentos revelam benefícios da abordagem incondicional em detrimento da condicional. Em primeiro lugar, é muito difícil negociar concessões recíprocas de um terceiro sujeito beneficiário, pois quando o terceiro vai dar a necessária “contrapartida” para gozar da extensão da vantagem entabulada entre duas partes, já não possui um incentivo tão forte entrar num processo de barganha com o sujeito que a concedeu. As negociações podem então gerar mais rancor e problemas do que valer a pena. Além do mais, a NMF incondicional é capaz de difundir a liberalização de maneira mais rápida, visto que quaisquer concessões cedidas por um membro em particular serão generalizadas para larga aplicação. (JACKSON, 2000, p. 161)

¹³⁹ A solução encontrada para minimizar a prática dos “caronas” foi, durante as negociações, a adoção da regra do fornecedor principal. Por meio dessa, quando houvesse disposição de um membro em fazer uma concessão, exigia-se contrapartida de todos aqueles que fossem fornecedores relevantes do produto beneficiado pela redução tarifária. Na Rodada Dillon, e.g., somente os países cujo produto negociado tivesse participação menor que 10% no mercado do

multilateral de comércio, obrigando ao membro que a concedeu estendê-la aos demais membros da organização¹⁴⁰. Esse postulado de não discriminação, concebido para ser regra de multilateralização das aberturas de mercado, foi arquitetado para estender as preferências somente aos entes estatais, não considerando quaisquer outros sujeitos de Direito Internacional. Todavia, seu sentido evoluiu, sendo hoje uma regra geral excepcionada por regras especiais que lhe mitigaram a essência.

3.3 O processo de integração: entre o velho e o novo regionalismo

Segundo definição de Bela Balassa, na linguagem corrente a palavra “integração” significa a junção de várias partes num todo. Na literatura econômica a expressão “integração econômica” não tem um significado tão claro. Alguns autores incluem a integração social neste conceito, outros consideram várias formas de cooperação internacional, utilizando-se, inclusive o argumento de que basta a mera existência de relações comerciais entre economias nacionais independentes.

Integração assume, portanto, uma identidade híbrida, pois é concomitantemente processo e situação: enquanto processo, implica medidas destinadas à abolição de discriminações entre unidades econômicas de diferentes Estados; como situação, pode corresponder à ausência de várias formas de discriminação entre economias nacionais. Nessa definição, cabe distinguir ainda a agregação de sujeitos estatais para mera *cooperação* ou para efetiva *integração*. Para Balassa, a diferença não é só qualitativa, mas também quantitativa. Enquanto a cooperação inclui uma ação tendente a diminuir a discriminação, a integração econômica pressupõe à supressão de algumas formas de discriminação¹⁴¹. Balassa, então, classificou os distintos níveis de integração possíveis¹⁴²:

país que estava fazendo a concessão estariam eximidos de oferecer contraprestação (ou seja, apenas esses poderiam atuar como “caroneiros”). (KEOHANE, 1996, p. 25-26)

¹⁴⁰ Aqui sobressai o chamado “efeito aparente” do tratado do GATT/1947 sobre terceiros, pois novas vantagens firmadas por um membro contratante com demais sujeitos acabam por alcançar os demais membros contratantes em virtude do compromisso multilateral assumido anteriormente. (REZEK, 2005, p. 82)

¹⁴¹ BALASSA, Bela. *Teoria da Integração Econômica*. Trad. Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira, Lisboa: Livraria Clássica, 1961, p. 11 e 12. São exemplos de cooperação internacional os

Estágio de Integração	Características
Área (Zona) de Livre Comércio ¹⁴³	Direitos aduaneiros e restrições quantitativas entre Estados participantes são abolidos, mas cada país mantém suas pautas próprias em relação aos países não membros da ZLC
União Aduaneira	Além do livre comércio entre os membros, harmoniza tarifas em relação ao comércio com países não membros – Tarifa Externa Comum (TEC)
Mercado Comum	Atinge forma mais elevada de integração econômica, abolindo-se não só restrições comerciais, mas também restrições ao movimento de fatores produtivos, como trabalho e capital
União Econômica	Distingue-se do mercado comum por associar à supressão de restrições e ao movimento de mercadorias e fatores produtivos, certo grau de harmonização das políticas econômicas nacionais, de forma a abolir as discriminações resultantes das disparidades existentes entre essas políticas
Integração Econômica Total	Pressupõe a unificação das políticas monetárias, fiscais, sociais, e exige o estabelecimento de uma autoridade supranacional cujas decisões são obrigatórias para todos os Estados -membros

acordos internacionais sobre políticas comerciais; por seu turno, a supressão de barreiras aduaneiras figura como exemplo no campo da integração.

¹⁴² BALASSA, 1961, p. 13-24. Outra distinção relevante lembrada por Balassa se deve aos ideais “liberalistas” e “dirigistas” de integração econômica. Os liberalistas encaram a integração regional como um regresso aos ideais livre-cambistas do período anterior à 1ª Guerra Mundial dentro da área considerada e antecipam o abandono da política econômica nacional para as dimensões que tinha antes de 1914. Se essa solução for seguida, a integração significa apenas a abolição das restrições aos movimentos de mercadorias. No extremo oposto, a integração poderia também ser alcançada através do comércio estadual e da coordenação dos planos econômicos nacionais sem levantamento das barreiras aduaneiras. Essa alternativa rejeita o uso de métodos de mercado e confia apenas nos métodos administrativos exteriores ao mercado. Interessante destacar que Balassa via, no exemplo da Europa, que o recrudescimento dos métodos dirigistas em favor dos liberalistas é que contribuíram sobremaneira para o espetacular crescimento da Europa durante a década de 1950. Dessa maneira, a reintrodução de métodos dirigistas diminuiria o crescimento futuro, ao invés de aumentar. Assim, a intervenção estatal pode sim ser empreendida em certos campos como o planejamento regional, e será também necessária para resolver os problemas transitórios, mas espera-se que um alargamento da área econômica intensifique a concorrência e conduza a uma menor interferência nas atividades produtivas ao nível da empresa .

¹⁴³ Cabe registrar que Balassa não classifica as Zonas de Preferências Tarifárias (antecedentes às ZLCs) como forma de integração. Isso porque Balassa entendia que a simples redução de barreiras ao comércio entre determinados países (não eliminação) não se tratava de processo de integração, mas tão somente de cooperação, escapando do seu objeto de estudo. Todavia, para parte da doutrina, elas podem sim constituírem estágios de integração. Cf. HUMMER, Waldemar; PRAGER, Dietmar. *GATT, ALADI Y NAFTA: Pertinencia simultanea a diferentes sistemas de integracion*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 45.

Richard Baldwin resgata como causas popularizadas sobre esse processo a frustração com o GATT – o regionalismo é tido como mecanismo mais fácil realização – e a conversão da febre do multilateralismo por parte dos Estados Unidos para um ardente regionalismo; no entanto, rechaça sua difusão¹⁴⁴.

Autores como Charles Rousseau, por sua vez, acreditam que o fenômeno do regionalismo internacional tem como causa duas tendências distintas, mas complementares: a) a diversidade e aplicação do direito, particularmente que se manifesta, por exemplo, em matéria de reconhecimento, aquisição de territórios e responsabilidade internacional, assim como a regulamentação de guerra marítima; e, b) a diversidade na organização política, que coloca o problema da descentralização na organização da Comunidade internacional¹⁴⁵.

Com efeito, todas essas causas – inclusive a idéia de concretização da paz – servem à justificativa da regionalização. A noção clássica quanto à configuração desse processo repousa na idéia de contigüidade geográfica e uma comunidade de interesses políticos; juridicamente, se funda sobre uma base convencional; e, em sua fórmula ideal, supõe o estabelecimento de uma autoridade internacional, de caráter superior, que assegure a compatibilidade entre os acordos particulares e a organização mais ampla de que fazem parte.

¹⁴⁴ A assertiva de que o “regionalismo é mais fácil” e que os EUA se converteram a um ardente regionalismo são rechaçadas por Baldwin. Em primeiro lugar, a facilidade para o regionalismo só possui evidência empírica antes dos anos 90; enquanto a Rodada Uruguai caminhava de crise em crise, Europa e América ajustavam esquemas regionais com grande frequência. Numa perspectiva pós Rodada Uruguai, a afirmação de que o “regionalismo é mais fácil” torna-se de justificativa difícil. Cita vários exemplos como o TLC firmado entre Canadá e EUA; questão altamente controversa nas eleições parlamentares subseqüentes, enquanto a rodada Uruguai detinha grande apoio. Nos EUA, o NAFTA enfrentou uma oposição mais inflexível do que a Rodada Uruguai (lembre-se o debate às eleições presidenciais de 1992 nos EUA). Menciona também enormes problemas na Europa quando da aprovação do Tratado de Maastrich em 1992 e na Ásia; a Rodada Uruguai possuía aprovação popular, enquanto a realização da integração regional tinha singularmente falhado. Quanto à segunda assertiva, Baldwin entende que há uma errada leitura da história recente, pois o Canadá e México é que tiveram a iniciativa de negociar acordos regionais com os EUA. Além disso, os países latino-americanos é que estavam desejosos em reduzir suas barreiras às importações e investimentos. Até dez anos atrás, a América Latina resistiu de todas as formas à liberalização unilateral, regional e multilateral. Isso sem dúvida despertou os EUA para uma postura mais agressiva para abraçar livre mercados na América Latina. (BALDWIN, Richard E. *Causes of regionalism. The World Economy*, London: Blackwell Publishing, vol. 20(7), 1997, p. 875)

¹⁴⁵ ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Publico*, 3a ed., Trad. Fernando Gimenez Artigues, Barcelona: Ariel, 1966, p. 212. Esse fenômeno foi tomado em consideração pela primeira vez, no direito positivo multilateral, no art. 21 do Pacto da Sociedade das Nações e nos artigos 52 a 54 da Carta das Nações Unidas.

Os acordos regionais são muito desiguais em grau de coesão e integração, variando sobremaneira seus propósitos ao longo dos tempos. Por essa razão, são controversos os registros de seu início; contudo, sem dúvida, o século XVI pode ser considerado um marco para as primeiras aparições¹⁴⁶:

- Grã-Bretanha – propostas para união entre Inglaterra e Escócia em 1547-1548, e união de ambas as coroas em 1603; a lei de 1703 de União da Inglaterra e Escócia estabeleceu a união política e econômica;
- França – plano Colbert de 1664 de unir todas as províncias do Reino em uma união aduaneira com liberdade de comércio interno terminou fracassado; em 1789-1790, o governo revolucionário suprimiu todas as barreiras internas;
- Canadá – Ontário, Quebec, Nova Escócia e Nova Brunswick acordaram em 1850 o livre comércio de produtos alimentícios e matérias primas. Em 1854, concertou-se com os Estados Unidos da América um tratado de reciprocidade pelo qual se constituiu uma união que suprimia todas as tarifas sobre importação de produtos naturais de ambas as nações. Em 1867, a Confederação do Canadá estabeleceu a liberdade de comércio interna;
- Os Estados Unidos da América – Em princípio as colônias dos EUA mantiveram sistemas tarifários separados com um número moderado de direitos; a constituição de 1789 proibiu que os diferentes estados impusessem direitos sobre o comércio com os demais estados.
- *Zollverein* alemã – previu o estabelecimento de uma união aduaneira dos Estados alemães separados que naquela época (1813-1815) impunham direitos aduaneiros em 38 fronteiras; Prússia suprimiu tarifas internas em 1818 e mediante tratados bilaterais e multilaterais

¹⁴⁶ MACHLUP, Fritz. *History of Thought on Economic Integration*, New York: Columbia University press, 1977. Entre outros exemplos de uniões aduaneiras na Europa, cabe citar as cinco uniões estabelecidas pela Áustria com países vizinhos entre 1775 e 1879; a Confederação Suíça, estabelecida em 1848 com uma união econômica; os Estados italianos unidos por uma união aduaneira entre 1860 e 1866; a união aduaneira estabelecida entre Suécia e Noruega em 1874 - 1875; a união aduaneira formada por Bélgica e Luxemburgo em 1921; e a união aduaneira do

estabeleceu, entre 1818 e 1828, três uniões aduaneiras: a) Württemberg-Baviera, b) Prússia-Hesse-Darmstadt, c) União Central Alemã. Só em 1834 a 1871 o tratado de 1833 estabeleceu a *Zollverein* alemã única.

Passados muitos anos dessas formações regionais históricas, Charles Rousseau vislumbrou em dois momentos da primeira metade do século XX, a ocorrência de novos processos de integração regional¹⁴⁷:

- Pós 1919 – Os primeiros registros entre as duas guerras mundiais foram a Pequena Entente, a Entente Balcânica e o Pacto Renano (desconsiderando-se o esforço de uma organização regional na América Central por meio dos tratados de Washington de 1907, 1923 e 1951).
- Pós 1945 – os primeiros exemplos são: a formação da Liga Árabe em 1945, criada antes da própria ONU; a União Ocidental (1948); e, a União Africana de 1963.

A exemplo da presença do fenômeno na América Latina, o processo que se viu nos anos 50 – no qual se buscava a imagem da bem sucedida integração europeia – ganhou nova roupagem na década de 80¹⁴⁸, assumindo a forma de um novo regionalismo (regionalismo aberto)¹⁴⁹. Para a doutrina majoritária¹⁵⁰, foi relevante somente o regionalismo da década de 50, que configurou a “primeira

BENELUX, estabelecida por Bélgica, Luxemburgo e os Países Baixos (*Netherlands*) em 1944, semente da grande união aduaneira que viria se tornar a Europa.

¹⁴⁷ ROUSSEAU, 1966, p. 212-214.

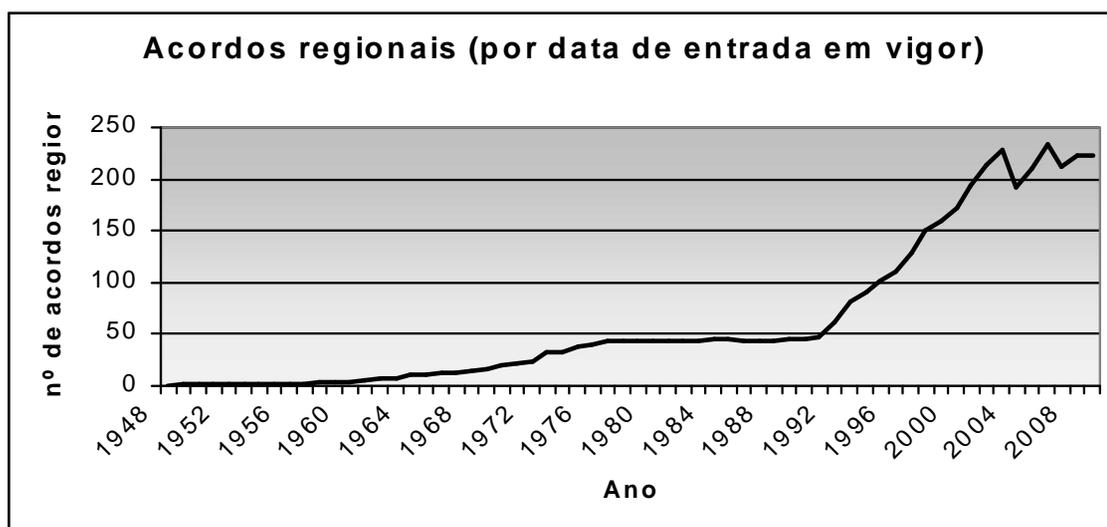
¹⁴⁸ A respeito dos processos de integração latino-americanos, Balassa comenta a necessidade de alto grau de intervenção governamental, pois nos países subdesenvolvidos os incentivos de mercado não conduzem muitas vezes ao desenvolvimento. Lembra ainda que a CEPAL preparou planos para criação de uma ZLC que abrangesse todas as economias latino-americanas, tendo em vista a eventual transformação desta zona em uma união aduaneira total. A proposta não foi aceita, mas conseguiu acordos em dois agrupamentos destes países. Em 1960, seis Estados sul-americanos e o México concluíram um Acordo (tratado de Montevideu) para o estabelecimento da Associação de Livre Comércio Latino-Americana, enquanto quatro países da América Central assinaram um tratado criando o Mercado Comum da América do Sul (BALASSA, 1961, p. 16-24). A respeito dos ganhos desse processo de integração na América Latina da última década, vide ANDRADE, Thalys Ryan de. O formato dos acordos bilaterais entre os Estados Unidos e os países latino-americanos: uma barganha positiva? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁴⁹ BURFISHER, Mary E.; ROBINSON, Sherman; THIERFELDER, Karen. *Regionalism: old and new, theory and practice*. MTID discussion paper n. 65, Fevereiro de 2004, p. 04.

¹⁵⁰ Vide BERGSTEN (1997), ETHIER (1998), MANSFIELD (1999), BURFISHER (2004), PRAZERES, (2007), OLIVEIRA (2002), BHAGWATI (1993).

onda” do regionalismo; apenas na década de 80 teriam ocorrido modificações substantivas a ensejar a observação de uma “segunda onda” regional (regionalismo aberto).

A classificação não é unânime, pois alguns destacam que os padrões de acordos regionais de última geração iriam além do regionalismo aberto, caracterizando uma “terceira onda” do regionalismo¹⁵¹. Seja qual for a classificação adotada, é certo que a tendência desse fenômeno, após a criação da OMC, acabou por eclipsar a primeira onda regional em virtude de um crescimento exponencial da última geração de acordos regionais de comércio, conforme ilustra o quadro a seguir¹⁵²:



Observa-se no gráfico acima que, desde o projeto de integração europeu o regionalismo não era muito cobiçado. Esse movimento de integração ganha algum ritmo entre as décadas de 60 e 80. Mas é efetivamente no começo dos anos 90 que recebe um impulso exponencial, época em que se consolida a integração europeia (Tratado de Maastrich – 1992) e a Rodada Uruguai alcança seu êxito (1994).

¹⁵¹ O novo regionalismo difere radicalmente daquele dos anos 60 e 70 por ser ativamente promovido, em sua maioria, pelos países em desenvolvimento como instrumento central de seus esforços de desenvolvimento. Esse conceito vai além da idéia de “regionalismo aberto”, usualmente utilizado para descrever os esforços de integração no contexto das economias abertas e orientadas ao mercado. Entretanto, há diferentes interpretações em relação às forças que guiam esse processo, com diferentes autores destacando diferentes características do atual regionalismo. (MAJLUF, Luis Abugattas. *Swimming in the spaghetti bowl: challenges for developing countries under the “new regionalism”*, Policy issues in international trade and commodities study series n. 27, New York: UNCTAD, 2004, p. 01-03).

Esse movimento recente do regionalismo diferencia-se do anterior na medida em que os novos processos de integração passam de uma lógica protecionista (centrípeta) para um sentido interacionista (centrífuga), pelo qual se promove a influência mútua entre acordos com o exterior¹⁵³. Além do mais, a nova onda de regionalismo não necessariamente irá se concretizar entre sujeitos estatais localizados geograficamente próximos, mas sim, pode alcançar qualquer nação do globo¹⁵⁴.

Esse novo modelo também promove a mudança de uma concepção da integração rasa (*shallow integration*) – que engloba somente a remoção de barreiras comerciais de *commodities* – para uma integração profunda (*deeper integration*)¹⁵⁵ –, envolvendo harmonização de políticas nacionais e permissão ou encorajamento à mobilidade dos fatores de produção internos .

¹⁵² WORLD TRADE ORGANIZATION. *Regional Trade Agreements: facts and figures*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/summary_e.xls>. Acesso em: 14 out. 2008.

¹⁵³ Tatiana Prazeres alerta para o fato de que o regionalismo aberto não é absoluto, valendo apenas em casos específicos: “Deve-se admitir a tendência de que, no que diz respeito à relação com o cenário externo, o fator distintivo do novo regionalismo refere-se, sobretudo, ao reconhecimento, por parte dos Estados, da inviabilidade de se adotar modelos econômicos fechados e de se utilizar do regionalismo como instrumento para a autarquia. Nos dias de hoje, os processos de integração regional são antes percebidos como estratégia em favor da inserção internacional dos países que participam de iniciativas dessa natureza. Talvez nesse aspecto mais sistêmico se encobre a principal diferença entre o regionalismo dos anos 1960 e o de hoje: atualmente, o regionalismo serve de veículo para estimular maior interação dos países que nele se engajam com o mundo, ao contrário da concepção das décadas anteriores em que, principalmente na América Latina, o regionalismo era meio de viabilizar medidas protecionistas e auto-centradas”. (PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo*, Tese (Doutorado em Relações Internacionais), Brasília, UnB, 2007, p. 94).

¹⁵⁴ Interessante exemplo a respeito dessa controvérsia é o de saber se o concerto entre Ásia-Pacífico é uma única região ou amálgama de duas regiões, ou ainda, de várias regiões. Para alguns autores, o conceito de região requer mais do que a contigüidade geográfica; compartilha também laços culturais, políticos, econômicos, lingüísticos. Além disso, os desígnios geográficos não são reais, naturais ou essenciais uma vez que esses limites são socialmente e construídos e politicamente contestados, estando, portanto, abertos a mudanças. (MANSFIELD, Edward D.; MILNER, Helen V. New wave of regionalism. *International Organization*, Vol. 53, nº. 3 Summer, 1999, p. 591). Para ilustrar a desnecessidade de contigüidade geográfica, basta verificar os acordos que os EUA têm entabulado com países distantes como Chile, Israel, Marrocos, entre inúmeros outros. Todavia, Wilfred J. Ethier diverge, afirmando que os participantes desses acordos regionais da segunda “onda”, tipicamente, são geograficamente vizinhos próximos. (The new regionalism. *The Economic Journal*, 108 (July), Oxford: Blackwell, 1998, p. 1152).

¹⁵⁵ Observe-se, entretanto, que o espectro mais largo quanto aos temas abrangidos pelos acordos regionais de última geração (*deeper integration*) não implica a adoção de um modelo de integração profundo na classificação proposta por Bela Balassa (e.g., ZLC, União Aduaneira, Mercado Comum, etc.).

O novo regionalismo¹⁵⁶ pode ainda ser caracterizado pelo envolvimento de vários elementos encontrados nos mais profundos níveis de integração, ou alcançar plena união econômica (e monetária), abrangendo¹⁵⁷:

- Facilitação de fluxos financeiros e de investimento direto estrangeiro por meio do estabelecimento de proteção e protocolos de investimento ;
- Liberalização do movimento da força de trabalho dentro do acordo regional de comércio;
- Harmonização da tributação interna e políticas de subsídios, especialmente aquelas que afetam a produção e incentivos ao comércio;
- Harmonização de políticas macroeconômicas, incluindo políticas fiscal e monetária, para alcançar um ambiente macroeconômico estável dentro do Acordo Regional de Comércio, incluindo coordenação da política cambial;
- Estabelecimento de instituições para gerir e facilitar a integração (e.g., fundos de desenvolvimento regional, instituições para ajustar padrões e mecanismos de solução de controvérsias);
- Melhorias na infra-estrutura de transporte e comunicações para facilitar o comércio e mobilidade de fatores de produção incrementados ;
- Harmonização de regulação jurídica de bens e serviços (e.g., lei antitruste, direito comercial, relações de trabalho, instituições financeiras); e,
- Estabelecimento de união de moeda comum e completa integração de políticas monetárias e cambiais.

A nova gama de elementos abrangidos diferencia o antigo regionalismo da sua nova forma. Esse manifesta o novo ímpeto de substituir o insuficiente sistema

¹⁵⁶ No que tange ao termo “regionalismo aberto”, C. Fred Bergsten elenca – na experiência específica da APEC – cinco opções na sua definição: abertura a adesão de terceiros; a NMF incondicional entre os membros integrantes; NMF condicional para os não integrantes do acordo; na busca de objetivos regionais não descuidar da continuidade e de esforços de liberalização multilateral; implementação de regras de facilitação de comércio para os países não membros. (BERGSTEN, C. Fred. Open regionalism. *The World Economy*, Vol. 20, no. 5, 1997, p. 551-557)

¹⁵⁷ BURFISHER *et al*, 2004, p. 10-11.

multilateral de liberalização e revela o desejo de facilitar a entrada em um sistema multilateral de comércio muito mais desenvolvido¹⁵⁸. Além disso, essa nova forma se diferencia por outras três razões fundamentais: i) a liberalização do comércio de bens entre países industrializados é muito mais completa nos dias atuais do que antigamente (as rodadas multilaterais para redução de tarifas do GATT hoje se constituem, talvez, no mais bem sucedido exercício de liberação econômica e política da história); ii) países menos desenvolvidos têm abandonado as políticas basicamente autárquicas e de anti-mercado que havia na época do velho regionalismo e agora tentam ingressar no sistema multilateral de comércio (durante os anos 50 e 60 o bloco soviético ainda era comunista e as substituições às importações regulavam o terceiro mundo, com alta desconfiança dos países menos desenvolvidos quanto ao comércio e investimento direto estrangeiro; isso se modificou assim que o novo regionalismo apareceu); iii) a terceira distinção envolve o papel modificativo do Investimento Estrangeiro Direto (IED) que hoje é muito mais proeminente do que na época do velho regionalismo (desde, então, o IED por parte dos países desenvolvidos tem se incrementado em duas vias: crescendo mais que o próprio comércio e aumentando seus fluxos para países em desenvolvimento e em reforma).

Aqueles que advogam em favor do novo regionalismo afirmam que ele tem o condão de colocar as negociações multilaterais de volta ao seu eixo, concebendo-o como parte da estratégia de liberalização competitiva. Isso porque esses acordos geralmente incluem provisões que vão além das atuais regras da OMC em áreas como investimento, propriedade intelectual, política da concorrência e compras governamentais, além de outras áreas excluídas da agenda das negociações comerciais multilaterais.

Seja qual for a nomenclatura utilizada, o fato é que o atual regionalismo encampa essa série de questões que não integravam o comércio internacional. É possível dizer, inclusive, que os resultados da Rodada Uruguai trouxeram para seu bojo normativo, padrões mínimos para comércio de outros temas cobijados pelas grandes potências econômicas.

¹⁵⁸ ETHIER, 1998, p. 1149-1150.

Por sua vez, um intercruzamento de interesses e regras passaram a costurar uma nova complexidade das instituições jurídicas internacionais que retomou, em certa medida, a predileção pela estrutura fragmentária do comércio internacional.

Nessa nova arquitetura das instituições jurídicas internacionais, a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento), em seu relatório sobre comércio e desenvolvimento, lançou alerta para os termos em que os acordos bilaterais Norte-Sul têm sido entabulados.

Esse relatório destaca que os países em desenvolvimento não deveriam apenas levar em consideração as potenciais mudanças que a abertura de mercado poderia ocasionar às suas exportações, importações e atração de Investimento Estrangeiro Direto (IED), mas também considerar o impacto que esses acordos poderiam ocasionar à sua habilidade de utilizar várias opções políticas e instrumentos na busca de uma estratégia de desenvolvimento de longo prazo. Mais do que simplesmente subscrever os acordos do novo regionalismo, esses países deveriam examinar outras áreas de cooperação com parceiros de uma mesma região geográfica, no espírito do verdadeiro regionalismo. Isso reforçaria suas próprias estratégias nacionais de desenvolvimento e integração dentro da economia global, construído nas vantagens da proximidade, similaridade de interesses e complementaridade econômica¹⁵⁹.

Diante disso, destacam-se cinco características (não exaustivas) na conformação do novo regionalismo. Essas estão presentes nos mais importantes acordos regionais¹⁶⁰:

- O novo regionalismo envolve tipicamente um ou mais países pequenos em conexão com um grande país¹⁶¹;
- Frequentemente, os pequenos países têm feito (ou estão fazendo) reformas unilaterais significantes¹⁶²;

¹⁵⁹ UNCTAD/TDR/2007 (*Overview*), p. 10.

¹⁶⁰ ETHIER, 1998, p. 1150-1152.

¹⁶¹ No NAFTA, México e Canadá são pequenos economicamente em relação aos EUA; os novos membros da União Européia (Bulgária e Romênia) são pequenos em relação à própria União; Brasil exerce uma relativa preponderância no MERCOSUL, etc.

- O grau de liberalização é modesto (dessa forma, o paradigma de Jacob Viner não serve como ponto de partida para análise do novo regionalismo)¹⁶³;
- A liberalização alcançada é primariamente atingida pelos pequenos países e não pelos grandes (acordos com obrigações para uma só parte)¹⁶⁴;
- Acordos regionais geralmente envolvem integração “profunda” (parceiros raramente impõem barreiras entre si, harmonizando ou ajustando também diversas outras espécies de políticas econômicas)¹⁶⁵.

No que tange aos efeitos econômicos desses acordos, a doutrina da metade do século XX aprofundou o debate sobre os benefícios dos diversos movimentos de integração que se difundiam no mundo ¹⁶⁶.

¹⁶² Os acordos da Europa realizados com seus participantes da região central, que abandonaram o comunismo. Canadá abandonou um nacionalismo econômico antes de negociar um acordo de livre comércio com os EUA. Países escandinavos (salvo a Noruega que posteriormente desistiu do processo de adesão) que negociavam sua entrada na União Européia realizaram importantes reformas em alguns setores como o agrícola.

¹⁶³ O NAFTA somente prevê uma modesta liberalização, pois as tarifas dos EUA já eram baixas de modo que os setores sensíveis continuaram protegidos pelo acordo, de variadas maneiras. Canadá e México têm feito algo mais, todavia as medidas mais significativas eram unilaterais e não integravam o NAFTA. A adesão de alguns países à União Européia também caminhou de modo tímido porquanto, em razão da participação no Acordo Europeu (EA), as relações comerciais da Áustria, Finlândia e Suécia com a União Européia eram virtualmente idênticas as que possuíam quando decidiram não ingressar na União Européia. Os acordos europeus concediam pouco no sentido de uma concreta liberalização.

¹⁶⁴ A liberalização no NAFTA é devida mais em razão das concessões realizadas pelo México e Canadá do que pelos EUA. Nas negociações para expansão dos membros integrantes da União Européia, o bloco tem sido flexível em responsabilidades financeiras e períodos de ajuste, mas sempre manteve uma atitude de “pegar ou largar” em consideração à natureza e estrutura da própria união. Em acordos celebrados com grandes nações, via de regra, os pequenos países têm obtido pequenas vantagens tarifárias em relação aos outros membros em virtude de grandes países já não possuírem grande margem para diminuir suas tarifas. Dentre esses acordos, o MERCOSUL é uma rara exceção na medida em que o Brasil tem feito concessões tão grandes como os pequenos membros.

¹⁶⁵ A União Européia é um claro exemplo disso. O Acordo realizado entre os EUA e Canadá e o subsequente acordo NAFTA incluíam compromissos de reformas por parte do Canadá e México. As três últimas rodadas multilaterais do GATT tentaram, com significativo sucesso, expandir o escopo dos acordos multilaterais.

¹⁶⁶ É importante destacar as repercussões que a integração pode causar ao bem-estar porquanto afetará: a) variação na quantidade de bens produzidos; b) alteração no grau de discriminação entre produtos fabricados internamente e no estrangeiro; c) redistribuição do rendimento entre os naturais de diversos países; d) redistribuição do rendimento dentro de cada país. (BALASSA, 1961, p. 25).

Em 1950, ganhou espaço o paradigmático estudo analítico realizado por Jacob Viner que descrevia a possibilidade de os processos de integração criar em comércio (*trade creation*) ou, simplesmente, desviarem sua trajetória (*trade diversion*)¹⁶⁷. O estudo descrevia pela primeira vez, com propriedade analítica, os efeitos econômicos da integração, servindo de modelo para discussões teóricas e práticas até os dias de hoje.

Na década passada, Richard Baldwin foi um dos autores que empregou os argumentos sobre o desvio de comércio, criando, em 1993, a “Teoria Dominó do Regionalismo”¹⁶⁸. De acordo com essa proposição, a formação de uma área preferencial de comércio, ou o aprofundamento de uma já existente, causa desvio de comércio e investimento. Esse desvio, por sua vez, gera novas forças político-econômicas em países não participantes — “pressões de inclusão”. A pressão aumenta de acordo com a envergadura do bloco comercial, cujo tamanho depende de quantas nações pretendem nele ingressar.

Dessa forma, uma simples incidência do regionalismo pode deflagrar vários pedidos de adesão de novos membros que, antes, estavam felizes com a condição de não membros. Se um bloco comercial está aberto à expansão, o regionalismo se espalhará como fogo. Por outro lado, se o ímpeto de expansão do bloco é refreado, as chamas da nova política econômica podem encontrar uma saída na elaboração de acordos preferenciais entre nações excluídas.

Perceba-se que esse regionalismo poderá ocorrer mesmo que nenhum progresso tenha sido alcançado nas constantes conversas multilaterais, a menos que essas tratativas também prometam compensar completamente a discriminação.

¹⁶⁷ Segundo Viner, na impossibilidade de se estabelecer o livre comércio mundial, a integração econômica regional aparece como a segunda melhor alternativa (*second best*). A dicotomia “criação e desvio” de comércio por ele defendida, basicamente consiste em saber se o incremento do comércio após o processo de integração é resultado das importações dos produtores mais eficientes ou se o incremento do comércio dos países que integram o acordo se dá em detrimento dos países que estão fora dessa relação. (VINER, Jacob. *The Customs Union Issue*. New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950). O trabalho precursor de Jacob Viner seria, alguns anos mais tarde, aditado por Meade (*The Theory of Customs Union*. Amsterdam: North-Holland Publishing, 1968, p. 34) e Lipsey (*The Theory of Customs Union: Trade Diversion and Welfare*, *Economica*, Vol. 24, 1957, p. 40-46). Alguns pontos fracos na obra de Jacob Viner consistem na desconsideração do “efeito dinâmico” (sobre o consumo) da união aduaneira, limitando-se aos “efeitos estáticos” (tarifários) de sua criação. Além disso, a hipótese de criação de comércio defendida por Viner ignora a redução de receita governamental quando da remoção tarifária interna entre os membros da União.

¹⁶⁸ BALDWIN, Richard. *A domino theory of regionalism*, NBER Working Paper Series n. 4465, 1993.

A celebração de acordos regionais por um país com diversos outros ensejou também a comparação ilustrativa. Uma das mais conhecidas é a comparação dos arranjos regionais a um terminal aéreo (*hub*) e os aeroportos de destinos para seus vôos (*spokes*): trata-se do conceito *hub and spokes*¹⁶⁹, posteriormente complementado pela elucidativa expressão *spaghetti bowl*¹⁷⁰. Atualmente há uma clara tendência em direção ao estabelecimento de, pelo menos, dois distintos sistemas *hub and spokes* dentro do Sistema Multilateral de Comércio: um baseado na constelação de acordos de comércio promovidos pelos Estados Unidos¹⁷¹; outro, com a União Européia figurando como *hub*.

Vários trabalhos foram publicados contemplando as implicações sistêmicas do padrão *hub and spoke*, de modo que as conclusões têm convergido no sentido de que essa configuração favorece menos a promoção de uma larga liberalização do sistema¹⁷².

A respeito dessa divergência argumentativa, o relatório anual sobre o comércio mundial (*World Trade Report*)¹⁷³ elaborado pela OMC em 2007 compila, em capítulo especial para o desafio do regionalismo, os argumentos favoráveis e contrários aos efeitos do regionalismo em relação ao sistema multilateral do comércio:

¹⁶⁹ Os termos "hub" e "spoke" foram utilizados pela primeira vez por Lipsey (Canada and the US-Mexico Free Trade Dance: Wallflower or partner? In C.D. Howe Institute Commentary, n. 20, Toronto, 1990) e Wonnacott (Canada and the US-Mexico Free Trade Negotiations, in Howe Institute Commentary, n. 21, Toronto, 1990) e a teoria foi desenvolvida em primeiro lugar por Kowalczyk e Wonnacott (Hubs and spokes and Free Trade in the Americas, in Working Paper, n. 92-14, Department of Economics, Dartmouth College, Hanover, NH, 1992).

¹⁷⁰ Trata-se de conceito criado pelo autor hindu Jagdish Bhagwati que bem ilustra as múltiplas e simultâneas participações dos países em acordos comerciais, em diferentes níveis e de diferentes naturezas. (BHAGWATI, Jagdish. U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Agreements in Jagdish Bhagwati and Anne O. Krueger, *The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements*, AEI Press, 1995).

¹⁷¹ Vide ANDRADE, Thalís Ryan *et al.* Las relaciones comerciales de América Latina: integraciones económicas regionales y análisis de la proliferación de acuerdos con EE.UU. *FORO: Revista de Derecho*, v. 9, Ecuador: Corporación Editora Nacional (Universidad Andina Simón Bolívar), 2008.

¹⁷² MAJLUF, 2004, p. 05.

¹⁷³ WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report*, Geneva: WTO, 2007, p. 316.

Visão otimista sobre o regionalismo (<i>building blocs on multilateral trade overlap</i>)	Visão pessimista sobre o regionalismo (<i>stumbling blocs on multilateral trade</i>)
A proliferação e expansão dos acordos regionais de comércio desgastam as preferências existentes, reduzindo a oposição à liberalização multilateral	Acordos regionais podem promover desvio de comércio ao invés de criação de comércio, reforçando a manutenção de margens de preferências
Acordos regionais atuam como laboratórios de cooperação internacional, nos quais a cooperação pode ser testada entre um pequeno número de países antes de estendê-la multilateralmente	Acordos regionais podem ser uma ferramenta de barganha para trocas de acesso preferencial a mercados e concessões em temas não tarifários (e.g., padrões mínimos de regulação em investimentos e propriedade intelectual)
Os acordos regionais ajudam a alcançar consenso político para mais liberalização multilateral	Proliferação de acordos regionais pode esgotar os recursos para se alcançar mais liberalização multilateral
A rede de acordos regionais de interesses comuns, incluindo os que desviam comércio, podem atuar como força positiva para o sistema multilateral, gerando a necessidade de racionalizar o sistema	Acordos regionais concorrentes podem confrontar padrões e estruturas regulatórias incompatíveis entre si e em relação à própria OMC. Sistemas autônomos podem ainda enfraquecer a transparência e previsibilidade da organização, bem como os sistemas de solução de controvérsias regionais podem enfraquecer o sistema de solução de controvérsias da OMC

A despeito da grande profusão de estudos sobre o tema, a forte dicotomia de ambas as correntes transmite a sensação de que hoje se sabe menos a respeito do fenômeno regionalismo do que à época de sua disseminação¹⁷⁴.

As palavras de Tatiana Prazeres traduzem essa dubiedade:

Com efeito, uma análise do regionalismo no contexto global parte da constatação de que, nos dias de hoje, verifica-se a coexistência de forças centrípetas e centrífugas que aproximam e afastam diferentes atores; que elementos que unem Estados em torno de um pólo comum servem ao mesmo tempo como fator de repulsão em relação a outros atores.

¹⁷⁴ Carlos Primo Braga retrata o caráter inconclusivo do fenômeno. Ao questionar o leitor sobre o sentimento que se deve ter sobre a proliferação do regionalismo, o economista responde afirmando que tudo depende do lado do jogo em que a pessoa se encontra: se você acredita que esses acordos regionais vão certamente gerar mais ineficiência, então o fenômeno é definitivamente um retrocesso; entretanto, se você acredita que o regionalismo possa se tornar parte de um processo de liberalização comercial maior, o regionalismo é um avanço. Trata-se de um fenômeno presente, que veio para ficar. Nesse espírito, o autor compara o processo à anedota em que havia apenas duas igrejas numa pequena cidade de Oregon: uma era conduzida por um padre extrovertido, enquanto a outra por um padre muito rígido. Num evento, ambos se encontram e o padre extrovertido diz, “no final das contas nós dois estamos pregando a palavra e Deus”. O outro padre então rebate dizendo, “bem, você está pregando a palavra à sua maneira; eu estou pregando à maneira ‘dele’”. (BRAGA, Carlos Primo. Comments on the proliferation of regional integration arrangements. Symposium: Free Trade Areas: The Challenge and Promise of Fair vs. Free Trade. *Law and Policy in International Business* 27, n. 4, Summer 1996, p. 963-968).

O regionalismo, curiosamente, representa uma certa síntese de fenômenos de natureza aparentemente contraditória e, nesse sentido, é sintomático do próprio sistema internacional. De fato, o regionalismo incorpora essa natureza ambígua à medida que constitui um processo ao mesmo tempo integrativo e desintegrativo. Em geral, quando analisada à luz do sistema multilateral de comércio, por exemplo, a formação de blocos regionais é percebida como um movimento de ruptura, uma força de natureza centrífuga diante do empuxo provocado pelo fenômeno do multilateralismo.

Uma reflexão similar poderia ser feita no contexto da segurança internacional: o emprego de forças por parte da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), por exemplo, é com frequência percebido como um desvio em relação ao sistema de segurança coletiva articulado pelas Nações Unidas (como ocorreu nos episódios que envolveram a ex-Iugoslávia em 1999 e mesmo o Iraque em 2004). Em si, contudo, o regionalismo – tanto sob o ponto de vista econômico-comercial, quanto sob o aspecto político-estratégico – não deixa de representar um vetor de aglutinação, que arregimenta atores em prol de objetivos e ações comuns ou ao menos coordenadas¹⁷⁵.

A ausência de um modelo teórico preciso sobre a vertiginosa propagação do regionalismo justifica a continuidade da presente investigação, a qual, por meio do viés do institucionalismo jurídico, busca acrescentar resultados positivos que se somem à compreensão desse dinâmico processo.

Analisado o desenrolar do regionalismo ao longo das décadas (e até séculos), o movimento de positivação que marcou o Direito no começo do século XX atingiu também a esfera comercial, implicando a formalização do Acordo GATT/1947. Da mesma forma que os ideais da NMF foram positivados, o regionalismo foi contemplado no acordo como exceção ao regime multilateral de não discriminação. No entanto, o que foi concebido como exceção, ganhou força ao longo dos mais de 60 anos de vigência GATT. Recebeu, por essa razão, vasta crítica, uma vez que sua utilização desenfreada pode colocar em xeque o sistema multilateral do comércio. Nesse passo, costuma-se afirmar que os pilares jurídicos do sistema multilateral estão erodindo; criaram-se, inclusive, ironias para o momento, como a modificação do brocardo da cláusula da nação mais favorecida para cláusula da nação “menos” favorecida¹⁷⁶, uma vez que a NMF deixou de ser uma regra para tornar-se quase uma exceção.

¹⁷⁵ PRAZERES, 2007, p. 62-63.

¹⁷⁶ BHAGWATI, Jagdish; PANINGARIYA, Arvind. Preferential Trading Areas and Multilateralism: strangers, friends or foes? *In Free Trade Areas or Free Trade? The economics of preferential trading agreements*, AEI Press, 1996.

Certamente as grandes economias ainda realizam grande parte do comércio via cláusula da NMF. Entretanto, o que tem se chamado de *spaghetti bowl* de uniões aduaneiras, mercados comuns, áreas de livre comércio, regiões de preferências tarifárias e uma miscelânea de acordos de comércio, têm quase chegado ao ponto de tornar a NMF num tratamento excepcional¹⁷⁷. Além disso, as motivações governamentais para celebração de acordos preferenciais de comércio fora do sistema multilateral – a exemplo da frustração com as Conferências Ministeriais, em especial a Rodada de Doha – têm preocupado os defensores do sistema multilateral uma vez que os riscos, sem dúvida, são reais¹⁷⁸.

Em contraponto à visão descrita no relatório *O Futuro da OMC*, Thomas Cottier apresenta interessante crítica à propagação da idéia de erosão da cláusula de não discriminação. Segundo o autor, historicamente, os acordos comerciais – talvez as expressões mais antigas do direito internacional – têm utilizado o formato bilateral e preferencial. A garantia de privilégios no particular às entidades adjacentes e vizinhas era o normal curso de ação desses acordos, incrementado com o comando da NMF. Em geral, esses acordos comerciais formaram uma base que eventualmente ensejou as modernas confederações. Portanto, o sistema

¹⁷⁷ As importações de mercadorias pelos Estados Unidos sob a forma de acordos preferenciais alcançam em torno de 25% de suas importações totais. (LEDERMAN, Daniel; ÖZDEN, Çağlar, *U.S. Trade Preferences: All Are Not Created Equal*, Working Papers Central Bank of Chile 280, Central Bank of Chile, January, 2004, p. 01). Segundo estudos do Banco Mundial, em 2005, mais de um terço do comércio global foi realizado entre países que possuíam forma de acordos regionais de comércio recíprocos, sendo a União Européia (UE) e os EUA os grandes responsáveis por esses números. O Acordo de Livre Comércio da América Central (CAFTA) é somente mais um entre cerca de uma dúzia de acordos regionais celebrados pelos EUA. A UE, por meio de seus acordos de parcerias econômicas, tem usado os acordos de livre comércio para reestruturar relações comerciais com a África, Caribe e países do Pacífico que se beneficiam das preferências de Cotonou. (WORLD BANK. *Regional trade agreements and development: upside potential and downside risks*, September, Washington, DC: World Bank, 2005, p. 01).

¹⁷⁸ SUTHERLAND, Peter; BHAGWATI, Jagdish; BOTCHWEY, Kwasi; FITZGERALD, Niall; HAMADA, Koichi; JACKSON, John H.; LAFER, Celso; MONTBRIAL, Thierry de. *The future of WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium*, Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi Geneva: World Trade Organization, 2004, p. 19. Outras preocupações como a demora nas Rodadas do GATT como Tóquio (5 anos) e Uruguai (8 anos) e, ainda, a Rodada da OMC de Doha lançada em 2001 e não concluída até o momento foram discutidas em um fórum promovido pela OMC (*WTO forum*). No evento, também se destacou que a coalizão entre os mais de 150 membros da organização e as inúmeras questões em jogo levam naturalmente mais tempo do que negociações para acordos bilaterais; nesses a assimetria entre os países nem sequer permite uma negociação de fato. (*Regional Trade Agreements: Are they stepping stones or more obstacles to a more effective trade system?* WTO Fórum, [Vídeo] 13:04 min., 2007). Disponível em: <http://www.wto.org/english/forums_e/debates_e/debate3_e.htm>. Acesso em: 05 jun. 2008.

multilateral foi concebido, em sua acepção, para estender a NMF e relações preferenciais dentro das regiões. Era algo mais do que uma exceção à regra¹⁷⁹.

O sistema multilateral de comércio é baseado na não discriminação. Ele merece proteção e reforço como um princípio fundamental. Até o momento, o grande número de diferenças de fato entre os membros da OMC, a legitimidade dos objetivos da integração regional e o avanço das relações econômicas para patamares além do comércio mundial, também conduzem a uma necessidade de geometria variável e assim, regras e políticas parcialmente discriminatórias. Igualdade requer tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A aplicação desse princípio fundamental às diferentes situações fáticas deve direcionar de modo efetivo e contemplar variações da NMF dentro de todo o sistema global antes de procurar rechaçar todas as diferenças no princípio por meio de uma tolerante isonomia e por um argumento de erosão da não discriminação ou, ainda, pela eliminação de todas as preferências¹⁸⁰.

Nessa perspectiva, Cottier julga incompreensível que os acordos preferenciais sejam questionados como um tema de princípios no relatório apresentado pelas razões indicadas pelo comitê. Em particular, reputa difícil compreender que não sejam permitidos aos acordos bilaterais endereçar questões não comerciais e assim atuarem como laboratórios para futuras disciplinas do direito da OMC, pois há claramente um processo dialético entre duas vertentes.

Não se trata de descartar o princípio, mas sim remodelar o relacionamento jurídico de uma maneira mais apropriada, tudo em observância à idéia de pavimentar os caminhos para o livre comércio e não erigir obstáculos (*stepping stones x stumbling blocks*). Esse problema existe com muitos acordos preferenciais de comércio que não se amoldam aos critérios existentes, e que permanecem inalterados. Além disso, muitos desses acordos incompletos não são mais limitados à integração regional, mas concebidos com o propósito de aderir a outros sistemas regionais.

¹⁷⁹ COTTIER, Thomas. The erosion of non-discrimination: stern warning without true remedies, *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n. 3, Oxford University Press, 2005, p. 597.

¹⁸⁰ COTTIER, 2005, p. 601.

Para o autor, esses são os verdadeiros problemas sobre o tema que deveriam ter sido identificados. O que pode ser feito além das poucas sugestões apresentadas no relatório apresentado? Apesar do número crescente de acordos preferenciais trabalharem no realinhamento motivado pela queda da União Soviética e, mais recentemente, a emergência da China e Índia, a OMC tem permanecido e se desenvolvido como a coluna vertebral do sistema multilateral. Relações comerciais entre grandes países e blocos – em particular a União Européia, os EUA, Japão, China, Brasil, Argentina e Rússia (essa ainda em fase de acesso), são todas exclusivamente conduzidas sob a base da NMF e as regras da OMC. Ademais, é interessante observar que temas difíceis, em particular a Agricultura, são amplamente excluídos dos acordos preferenciais por demandarem um número maior de participantes, isto é, um contexto multilateral. Da mesma forma, refere-se o sistema de soluções de controvérsias multilateral aos bilaterais, devido ao alto nível de independência e legitimidade desse requisitado foro de litigância internacional. Todos os países similares, sejam ou não membros de um acordo regional de comércio, dependem de relações baseadas na OMC entre os maiores blocos comerciais. Todos os países perceberam que o comércio preferencial não pode funcionar sem um sólido eixo de sustentação multilateral. Relações preferenciais – por exemplo dentro da União Européia ou do NAFTA – não podem florescer se as relações baseadas na OMC com terceiros países estão sob tensão. O acesso a outros blocos comerciais depende das efetivas regras da OMC. Sugere-se, então, que a maioria das nações comerciais compartilhem o interesse comum em preservar e promover as regras da OMC como sustentáculo de todo sistema, envolvendo tanto a NMF como as relações preferenciais. Não há interesse em deixar a OMC de lado e entrar de cabeça apenas em acordos preferenciais entre os membros. Essa política poderia tornar toda a coerência e conformidade dos outros membros com as regras da OMC muito mais difíceis. Igualmente, países menos atrativos para o comércio preferencial – em particular pequenas nações em desenvolvimento – dependem dos direitos de acesso a mercados baseados na OMC. O ponto fundamental é que o interesse básico no sistema global é também compartilhado pelos países essencialmente dependentes do comércio preferencial. Eles são igualmente dependentes de uma boa arquitetura funcional¹⁸¹.

¹⁸¹ COTTIER, 2005, p. 601.

Esses argumentos oferecem outra visão quanto ao freqüente questionamento de legitimidade que se tem feito ao regionalismo e aos interesses que acarretaram sua positivação.

Pode-se dizer, inclusive, que eles se alicerçam na teoria do direito objetivo arraigado na Comunidade internacional, uma vez que, desde a concepção do sistema multilateral, o interesse velado pela manutenção de fugas para o regionalismo tem se manifestado ao longo da história das negociações internacionais. Isso ilustra a presença de um direito objetivo regional, ou seja, regras incrustadas no seio da Comunidade, que se manifestam pelas mais diversas exceções à NMF.

Nesse contexto, afirma-se que, concomitantemente à positivação da regra da não discriminação, verificou-se o interesse comum para que a redação do Acordo Geral de Tarifas de Comércio acomodasse o fenômeno do regionalismo, permitindo, de modo definitivo, que os sujeitos que compunham esse cenário pudessem validar acordos bilaterais existentes e costurassem relações de toda sorte. Essas regras específicas ensejaram um movimento de sobreposição de tratados que abordavam o mesmo tema no plano multilateral, regional e bilateral ¹⁸².

Basicamente, as regras positivas que amoldaram o regionalismo no bojo do sistema multilateral de comércio foram, cronologicamente: a cláusula de anterioridade, concomitantemente aos artigos XXIV e XXV do GATT; a Cláusula de Habilitação; e, no último esforço de positivação de regras para celebração de acordos regionais, o art. V do Acordo Geral de Comércio de Serviços (GATS). Por serem a mais importante representação da conformação do direito positivo internacional aos anseios iminentes dessa sociedade, essas regras (ou caso se prefira entendê-las como exceções) são analisadas a seguir.

¹⁸² ANDRADE, Thalís Ryan *et al.* Novas tendências nas relações econômicas na América Latina: a estagnação de arranjos regionais e multilaterais de comércio e a proliferação de tratados bilaterais como mecanismo de promoção de desenvolvimento *in* BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio; CORREA, Carlos Maria (orgs). *Direito, Desenvolvimento e Sistema Multilateral de Comércio*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 292.

3.3.1 A cláusula da anterioridade (*grandfather clause*): Art. I, § 2º do GATT

Foi analisado que o GATT tinha como pilar de sustentação a não discriminação (e reciprocidade) entre seus membros; essa intenção, aliás, constava já em seu preâmbulo:

[...] Reconhecendo que suas relações comerciais e econômicas devem tender a alcançar níveis de vida mais altos, a consecução do pleno emprego e de um nível elevado, cada vez maior, de ingresso real e da demanda efetiva, à utilização completa dos recursos mundiais e ao crescimento da produção e das trocas de mercadorias,

Desejosos de contribuir ao alcance desses objetivos, mediante a celebração de acordos destinados a obter, na base da reciprocidade e de mútuas vantagens, a redução substancial das tarifas de importação e das demais barreiras comerciais, assim como a eliminação do tratamento discriminatório no âmbito do comércio internacional, [...] [grifou-se]

A despeito desses objetivos manifestados pelas 23 partes contratantes originárias do acordo, o surgimento do sistema multilateral em 1947 também levou o legado do regionalismo em consideração.

Resultado do primeiro esforço em tolerar os acordos regionais existentes ao tempo da criação do GATT/1947, as partes contratantes positivaram a “cláusula do avô” (*grandfather clause*), dispositivo que identificava o desejo latente de a Comunidade internacional manter, de alguma forma, a estrutura fragmentada que conduzia por séculos o comércio internacional. O comando ficou conhecido como cláusula de anterioridade, e possuía sua redação no artigo I, parágrafo 2º do GATT:

As disposições do parágrafo 1º deste artigo [cláusula da NMF] não implicarão, em relação aos direitos ou taxas de importação, a supressão das preferências que não excedam os níveis prescritos no parágrafo 4º e que estejam compreendidas nos seguintes grupos:

- a) preferências vigentes exclusivamente entre dois ou mais dos territórios especificados no Anexo A¹⁸³, com ressalva das condições que neles estabelecidas;
- b) preferências vigentes exclusivamente entre dois ou mais territórios que ao 1º de Julho de 1939 estavam unidos por uma soberania comum ou por relações de proteção ou dependência, e que estejam especificados nos

¹⁸³ Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte e seus territórios dependentes, Canadá, *Commonwealth* da Austrália e seus territórios dependentes, Nova Zelândia e seus territórios dependentes, União Sul-Africana, incluindo Sudoeste africano, Irlanda, Índia (na data de 10 de abril de 1947), Terranova, Rodésia do Sul, Birmânia, Ceilão.

Anexos B¹⁸⁴, C¹⁸⁵ e D¹⁸⁶, com a ressalva das condições que neles se estabeleceram;

c) preferências vigentes exclusivamente entre os Estados Unidos da América e a República de Cuba;

d) preferências vigentes exclusivamente entre países vizinhos enumerados nos Anexos E¹⁸⁷ e F¹⁸⁸.

Segundo suas prescrições, o dispositivo exige expressamente a obrigação do trato da NMF aos acordos preferenciais vigentes no momento em que entrou em vigor o Acordo Geral, como as preferências imperiais britânicas, as preferências em vigor na União Francesa, as preferências concedidas pelos países do BENELUX e pelos Estados Unidos, as estabelecidas entre Chile e seus países vizinhos e as outorgadas pela união aduaneira do Líbano e Síria a Palestina e Cisjordânia.

A despeito dessa regra, no curso das sucessivas reduções multilaterais de tarifas se mitigou a importância dessas preferências¹⁸⁹. No caso de as partes consentirem coletivamente, os acordos regionais de integração preexistentes podem ficar isentos da obrigação da NMF da mesma forma, a pedido dos novos membros, no momento de sua adesão. Essa última hipótese ocorreu no protocolo de adesão da Suíça ao GATT, ocasião em que se estabeleceu uma cláusula desse tipo relativa à união aduaneira engendrada entre Suíça e Liechtenstein¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Trata dos territórios da União Francesa contando com França, África Equatorial francesa (Tratado Fundacional do Congo e outros territórios), África Ocidental francesa, Camarões sob administração francesa, costa francesa dos Somalis e colônias, estabelecimentos franceses do Condomínio das Novas Hébridas, estabelecimentos franceses da Oceania, Indochina, Madagascar e Dependências, Marrocos (Zona francesa), Nova Caledônia e colônias, São Pedro e Miguelão, Togo sob administração francesa, Tunísia.

¹⁸⁵ A União Aduaneira da Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos, englobando União econômica entre Bélgica e Luxemburgo, Congo belga, Ruanda-Burundi, Países Baixos, Nova Guiné, Suriname, Antilhas holandesas, República da Indonésia.

¹⁸⁶ Área relativa aos EUA que abrange os Estados Unidos da América (território aduaneiro), territórios dependentes dos Estados Unidos da América e República das Filipinas.

¹⁸⁷ Preferências entre Chile e os vizinhos Argentina, Bolívia e Peru.

¹⁸⁸ Preferências em vigor exclusivamente entre a União Aduaneira Sírio-Libanesa com a Palestina e Cisjordânia.

¹⁸⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *El regionalismo y el sistema mundial de comercio*. Ginebra: OMC, 1995, p. 9.

¹⁹⁰ OMC, 1995, p. 10.

3.3.2 O art. XXIV do GATT

Além da positivação da cláusula da anterioridade, as partes consentiram em estabelecer critérios para a formação de uniões aduaneiras e acordos de livre comércio no artigo XXIV do GATT, delineando uma série de normas aplicáveis a esses acordos regionais. Essa prescrição abriria, formalmente, a maior brecha de todas para que se efetivasse o propósito da sociedade econômica internacional, em que privilegia comercialmente determinadas partes contratantes/membros em detrimento do seu conjunto.

Nas palavras de Thomas Cottier, esse comando foi inserido no acordo geral de modo a excluir acordos bilaterais ou regionais, limitando sua completude dentro do sistema multilateral. As principais funções do artigo I e XXIV consistiram em nortear a concretização dos ajustes comerciais bilaterais segundo as condições ajustadas.

Contudo, deve-se ressaltar que as intenções de manutenção e proliferação de arranjos regionais são mais fortes do que o de liberalização multilateral. Esse fator traduz-se num ideal objetivo que justifica a ineficácia quanto à aprovação da legitimidade dos acordos regionais, conforme será mencionado adiante.

A integração regional – particularmente após a 2ª Guerra Mundial – era provavelmente um importante fator para a paz no continente europeu e contenção do Stalinismo. A criação de um Mercado Comum em 1957 era o maior incentivo à redução substancial de tarifas na Rodada Kennedy.¹⁹¹

A introdução da cláusula da NMF com tolerância ao regionalismo pelo art. XXIV buscava estabelecer limites para a constituição dos acordos regionais. Por essas razões, os fundamentos para a expansão posterior do comércio internacional foram assentados sobre a base da não discriminação. Esse foi um objetivo fundamental, em especial defendido pelos EUA. Apesar disso, os próprios EUA – firme opositor das preferências comerciais – aceitaram desde o princípio as uniões aduaneiras com sua política comercial e tarifa externa comuns. Esse conceito contou com firme apoio de vários governos europeus, sobretudo da França e dos membros

da recém estabelecida união aduaneira do BENELUX. Não obstante esse posicionamento, as propostas dos EUA não contemplavam as Zonas de Livre Comércio nem as disposições provisórias anteriores ao estabelecimento de uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio.

Nas negociações preparatórias do Acordo Geral, aceitou-se a necessidade de acordos provisórios (*interim agreements*), já que não cabia esperar que os participantes de uma União Aduaneira pudessem estabelecer – da noite para o dia – políticas comerciais comuns e liberdade mútua de trocas comerciais, o que foi refletido pelas disposições do art. XXIV do Acordo Geral original, assinado em outubro de 1947. A elaboração da Carta da Organização Internacional do Comércio (OIC) continuou durante a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego que se celebrou em Havana, no período entre novembro de 1947 a março de 1948. Ao final da Conferência se celebrou o primeiro período de sessões das partes contratantes do Acordo Geral, no qual se reconheceu o conceito de Zona de Livre Comércio como sendo aquele em que os membros eliminariam seus obstáculos mútuos ao comércio, mas manteriam suas políticas comerciais nacionais próprias, com respeito aos não membros. Líbano e Síria, com o apoio de vários outros países em desenvolvimento, apresentaram a proposta sobre a base de que a supressão da exigência de uma política comercial externa comum fazia com que a técnica das ZLCs se adaptassem melhor às necessidades de integração no que se refere aos países em desenvolvimento. A proposta, defendida pela França, foi aceita como meio encaminhado a reduzir as exigências dos países em desenvolvimento em favor da legitimação das preferências. Essas mudanças se incorporaram ao Acordo Geral em 1948. Desde então não têm variado em sua essência – a Rodada Uruguaí clareou algumas das disposições, mas não modificou suas normas¹⁹².

Outro trabalho trouxe curiosa motivação para que o art. XXIV fosse incorporado ao GATT/1947. De acordo com o levantamento elaborado por Kerry Chase, o art. XXIV buscava legitimar alguns interesses surgidos no pós-guerra, como aspirações americanas para promoção da integração européia e esforços a persuadir países em desenvolvimento a endossar a Carta de Havana. Além disso, o art. XXIV teria o condão de acomodar um tratado de comércio que os EUA tinham

¹⁹¹ COTTIER, 2005, p. 601.

secretamente alcançado com o Canadá. Como resultado, a exceção da Área de Livre Comércio estaria contemplada no regime GATT/OMC, mesmo que a Carta de Havana e o acordo para a Área de Livre Comércio entre EUA e Canadá só viessem a ser ratificados quatro décadas depois¹⁹³.

A ressalva foi amplamente utilizada ao longo de mais de meio século e reiterada sua prescrição na Rodada Uruguai (1986-1994); acolhida, inclusive, no Entendimento sobre a aplicação do art. XXIV. Na opinião de Julio Muró, as conclusões obtidas nessa última Rodada do GATT demonstraram inequivocamente a ratificação da intenção dos participantes de que a OMC e o regionalismo poderiam coexistir sem conflitos traumáticos entre essas regras. Não poderia ser de outra maneira, uma vez que (salvo a Mongólia) todos os países intervenientes nas negociações pertenciam a algum mecanismo de integração regional. Além disso, o Entendimento sobre o artigo XXIV é um presságio de que os mercados comuns e as zonas de livre comércio alcançaram um reconhecimento formal de sua compatibilidade com a OMC, coisa que não se obteve com o GATT/ 1947¹⁹⁴.

Razões, portanto, não faltavam para que o direito positivo do GATT contemplasse regras acomodatórias ao direito objetivo que irradiava da Comunidade internacional, isto é, do ímpeto ao regionalismo comercial¹⁹⁵.

Nesse sentido, o art. XXIV, § 1º do GATT disciplinou o regionalismo:

1. As disposições do presente Acordo se aplicarão aos territórios aduaneiros metropolitanos das partes contratantes, assim como a qualquer outro território aduaneiro com respeito ao qual se tenha aceitado o presente Acordo de conformidade com o artigo XXVI ou se aplique em virtude do artigo XXXIII ou de conformidade com o Protocolo de aplicação provisória. Cada um desses territórios aduaneiros será considerado como se fosse

¹⁹² OMC, 1995, p. 9-11.

¹⁹³ Vide CHASE, Kerry. *Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT Article XXIV*, *World Trade Review*, vol. 5, n.1, United Kingdom: Cambridge, 2006.

¹⁹⁴ MURÓ, Julio A. Lacarte. *Ronda Uruguay del GATT: La globalización del comercio mundial*. Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 365.

¹⁹⁵ O artigo XXIV ilustra a tentativa dos negociadores do GATT de resolver o conflito entre o objetivo de promover o livre comércio e, concomitantemente, permitir a caracterização de acordos regionais, fenômeno inegável que, na época, entendia-se como contributivo ao comércio internacional. A dificuldade estava em definir critérios e precisar as condições mediante as quais os arranjos regionais poderiam contribuir para promover o regime multilateral, evitando que se permitisse um desvio excessivo do objetivo central da não-discriminação no comércio internacional. Os critérios estabelecidos pelo art. XXIV não foram os adequados. Assim a redação final do artigo XXIV traduziu a falta de clareza sobre o papel de arranjos preferenciais num regime multilateral. (POMFRET, Richard. *The Economics of Regional Trading Arrangements*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 50)

parte contratante, exclusivamente aos efeitos da aplicação territorial do presente Acordo, a ressalva de que as disposições deste parágrafo não se interpretem no sentido de que criem direitos nem obrigações entre dois ou mais territórios aduaneiros em respeito aos quais tenham sido aceito o presente Acordo de conformidade com o artigo XXVI ou se aplique em virtude do artigo XXXIII ou de conformidade com o Protocolo de aplicação provisória por uma só parte contratante.

Dessa forma, o dispositivo criou exceções em relação ao pilar básico do sistema multilateral do comércio, permitindo que os sujeitos internacionais criassem certos tipos de arranjos preferenciais de comércio quando os integrantes da área tentassem genuinamente desenvolver livre comércio dentro do bloco ¹⁹⁶. Determinou, portanto, que o estabelecimento de uma união aduaneira ou zona de livre comércio deveria ter por objeto facilitar o comércio entre os territórios constitutivos, sem obstaculizar o de outras partes contratantes com esses territórios ¹⁹⁷.

As partes integrantes desses territórios aduaneiros¹⁹⁸ tinham, por conseguinte, que eliminar os direitos alfandegários e as demais regulamentações comerciais restritivas com respeito ao comércio substancial dos produtos originários dos membros integrantes desses acordos regionais.

A esse respeito, o parágrafo 8º do artigo XXIV¹⁹⁹ classifica a união aduaneira e zona de livre-comércio sob duas análises: uma interna e outra externa. Sob o ponto de vista interno, os acordos devem eliminar substancialmente todas as

¹⁹⁶ JACKSON, 2002, p. 101.

¹⁹⁷ GATT, art. XXIV, § 4º. “As partes contratantes reconhecem a conveniência de aumentar a liberdade do comércio, desenvolvendo, mediante acordos livremente firmados, uma integração maior das economias dos países que participem nesses acordos. Reconhecem também que o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio deve ter por objeto facilitar o comércio entre os territórios constituídos e não erguer obstáculos aos de outras partes contratantes com esses territórios”.

¹⁹⁸ GATT, art. XXIV, § 2º. “Para efeitos do presente Acordo, se entenderá por território aduaneiro todo território que aplique uma tarifa distinta ou outras regulamentações comerciais distintas a uma parte substancial de seu comércio com os demais territórios”.

¹⁹⁹ GATT, art. XXIV, § 8º. “Para fins de aplicação do presente Acordo, a) se entenderá por união aduaneira, a substituição de dois ou mais territórios aduaneiros por um só território aduaneiro, de maneira: i) que os direitos aduaneiros e as demais regulamentações comerciais restritivas (exceto, na medida em que sejam necessárias, as restrições autorizadas em virtude dos artigos XI, XII, XIII, XIV, XV e XX) sejam eliminadas com respeito a todo comércio substancial entre os territórios constitutivos da união ou, pelo menos, no que concerne a todo comércio substancial dos produtos originários desses territórios; e ii) que, a reserva das disposições do parágrafo 9, cada um dos membros da união aplique ao comércio com os territórios que não estejam compreendidos nela direitos aduaneiros e demais regulamentações do comércio que, em essência, sejam idênticos; b) se entenderá por zona de livre comércio, um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros entre os quais se eliminem os direitos aduaneiros e as demais regulamentações comerciais restritivas (exceto, na medida em que seja necessário, as restrições autorizadas em virtude dos artigos XI, XII, XIII, XIV, XV e XX) com respeito a todo comércio substancial dos produtos originários dos territórios constitutivos da respectiva zona de livre comércio”.

restrições ao comércio regional; sob a perspectiva externa, o dispositivo determina que a união aduaneira adote substancialmente a mesma política para os produtos originários de terceiros mercados (exigência essa que, naturalmente, não se aplica às zonas de livre-comércio)²⁰⁰.

Todavia, o requisito de suprimir os direitos e outras restrições do comércio mútuo não é absoluto. Em que pese a flexibilidade implícita na expressão “comércio substancial”, os membros, “na medida do que seja necessário”, podem exercer seu direito de manter gravames ou restrições em virtude dos seguintes artigos do GATT:

- Art. XI (restrições quantitativas);
- Art. XII (restrições para manter o equilíbrio do balanço de pagamentos);
- Art. XIII (aplicação não discriminatória das restrições quantitativas);
- Art. XV (disposições em matéria de câmbio);
- Art. XX (exceções gerais)

São estabelecidas também as condições que as ZLCs e uniões aduaneiras devam cumprir para evitar os efeitos prejudiciais sobre o comércio de terceiros países. As uniões aduaneiras, além de obedecer em ao requisito de adoção da TEC – que implica coordenação de políticas comerciais – devem, quando do estabelecimento da união, fazê-la com outras medidas a um nível que, em conjunto, não sejam mais restritivas que as existentes em seus membros integrantes antes da criação da união²⁰¹.

²⁰⁰ PRAZERES, 2007, p. 177.

²⁰¹ GATT, art. XXIV, § 5º. “Conseqüentemente, as disposições do presente Acordo não impedirão, entre os territórios das partes contratantes, o estabelecimento de uma união aduaneira nem o de uma zona de livre comércio, assim como não impedirão a adoção de um acordo provisório necessário para o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio, a condição de que: a) no caso de uma união aduaneira ou de um acordo provisório tendente ao estabelecimento de uma união aduaneira, os direitos aduaneiros que se apliquem no momento em que se estabeleça dita união ou em que se firme o acordo provisório não sejam em conjunto, com respeito ao comércio com as partes contratantes que não formem parte de tal união o acordo, de uma incidência geral mais elevada, nem as demais regulamentações comerciais resulte m mais rigorosas que os direitos e regulamentações comerciais vigentes nos territórios constitutivos da união antes do estabelecimento desta ou da celebração do acordo provisório, conforme o caso; b) no caso de uma zona de livre comércio ou de um acordo provisório tendente ao estabelecimento de uma zona de livre comércio, os direitos aduaneiros mantidos em cada território constitutivo e aplicáveis ao comércio das partes contratantes que não formem parte de tal território ou acordo, no momento em que se estabeleça a zona ou em que se firme o acordo provisório, não sejam mais elevados, nem as demais regulamentações comerciais mais rigorosas que os direitos e regulamentações comerciais vigentes nos territórios constitutivos da zona antes do estabelecimento

Se a TEC se fixa a um nível que aumente as tarifas consolidadas de alguns de seus membros individualmente, é aplicável o procedimento de retirada ou modificação de concessões tarifárias negociadas previamente²⁰², com a possibilidade de reduções tarifárias compensatórias, levando-se em conta as novas oportunidades de acesso ao mercado, criadas para o produto de que trate as reduções das tarifas de outros membros da união aduaneira²⁰³.

Há previsão também de transparência aos acordos propostos²⁰⁴. Os acordos devem ser notificados rapidamente ao GATT para seu exame pelas partes contratantes que poderão formular recomendações. Tendo em consideração que as uniões aduaneiras e as ZLCs se estabelecem normalmente ao longo de um prazo bastante dilatado, o art. XXIV prevê a possibilidade de acordos provisórios para a

desta ou da celebração do acordo provisório, conforme o caso; e c) todo acordo provisório a que se referem as alíneas “a” e “b” anteriores compreendam um plano e um programa para o estabelecimento, em um prazo razoável, da união aduaneira ou da zona de livre comércio”.

²⁰² GATT, art. XXIV, § 6º. “Se, ao cumprir as condições estipuladas na alínea ‘a’ do parágrafo 5, uma parte contratante tenha a intenção de aumentar um direito de maneira incompatível com as disposições do artigo II, será aplicável o procedimento estabelecido no artigo XXVIII. Ao determinar o ajuste compensatório, se terá em conta a compensação já concedida das reduções efetuadas no direito correspondente dos demais territórios constitutivos da união”.

²⁰³ GATT, art. XXVIII, § 1º. “O primeiro dia de cada período trienal, o primeiro dos quais começará em 1º de janeiro de 1958 (ou o primeiro dia de qualquer outro período* que as PARTES CONTRATANTES fixem mediante votação, por maioria de 2/3 dos votos emitidos), toda parte contratante (denominada no presente artigo de ‘a parte contratante demandante’) poderá modificar ou retirar uma concessão* incluída na lista correspondente anexa ao presente Acordo, prévio a uma negociação e um acordo com toda outra parte contratante com a que tenha negociado originalmente dita concessão, assim como com qualquer outra parte contratante cujo interesse como fornecedor principal* seja reconhecido pelas PARTES CONTRATANTES (estas duas categorias de partes contratantes, o mesmo que a demandante, são denominadas no presente artigo ‘partes contratantes principalmente interessadas’), e a reserva de que tenha entabulado consultas com qualquer outra parte contratante cujo interesse substancial* na concessão de referência seja reconhecido pelas PARTES CONTRATANTES”.

²⁰⁴ GATT, art. XXIV, § 7º. “a) Toda parte contratante que decida formar parte de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio, ou participar num acordo provisório tendente à formação de tal união aduaneira ou de tal zona de livre comércio, o notificará sem demora às PARTES CONTRATANTES, facilitando-lhes, no que concerne à união ou zona em projeto, todas as informações que lhes permitam submeter às partes contratantes os informes e formular as recomendações que julguem pertinentes. b) Se, depois de haver estudado o plano e o programa compreendidos num acordo provisório a que se refere o parágrafo 5, em consulta com as partes em tal acordo e tendo em conta as informações postas à sua disposição em conformidade com a alínea ‘a’ desse parágrafo, as PARTES CONTRATANTES chegam à conclusão de que dito acordo não oferece possibilidades de dar por resultado o estabelecimento de uma união aduaneira ou de uma zona de livre comércio no prazo previsto pelas partes do acordo, ou consideram que esse prazo não é razoável, as PARTES CONTRATANTES formularão suas recomendações às partes no citado acordo. Estas não o manterão ou não colocarão em vigor, conforme o caso, se não estiverem dispostas a modificar-lhes em conformidade com essas recomendações. c) Toda modificação substancial do plano do programa a que se refere a alínea ‘c’ do parágrafo 5 deverá ser comunicada às PARTES CONTRATANTES, as quais poderão solicitar das partes contratantes

finalidade de se evitar as perturbações econômicas decorrentes da súbita liberdade de comércio entre os membros. No que pertine a esses acordos provisórios, é facultado às partes formularem recomendações e conclusões sobre a assinatura desses, e as decisões serão adotadas por uma maioria de 2/3 dos votos emitidos ²⁰⁵.

As partes contratantes poderão, mediante uma decisão tomada pela maioria de 2/3, aprovar proposições de ZLC e união aduaneira que não se ajustem aos critérios antes indicados, com a condição de que essas proposições tenham como resultado final o estabelecimento de uma união aduaneira ou ZLC ²⁰⁶.

Apesar dos diversos desdobramentos que o art. XXIV do GATT obteve, a fraqueza de suas regras no tocante aos acordos regionais se tornou aparente quando da notificação do Tratado de Roma que criou a Comunidade Econômica Européia (CEE) em 1957²⁰⁷.

Na medida em que não se alcançava o exame de compatibilidade da CEE com o art. XXIV do GATT, a vagueza de sua redação levantou dúvidas nas análises dos requisitos exigidos para os acordos regionais subseqüentes:

- As barreiras comerciais impostas a terceiros países não sejam “no conjunto” (*on the whole*) maiores que aquelas anteriormente adotadas;
- As barreiras comerciais sejam eliminadas em relação a “substancialmente todo o comércio” (*substantially all the trade*) entre os membros do bloco;
- Acordos temporários visando a uma união aduaneira ou a uma zona de livre-comércio durem apenas por um “período razoável de tempo” (*reasonable period of time*) até que esses objetivos sejam atingidos.

O grupo de trabalho responsável em examinar a consistência dos acordos regionais firmados com as regras do GATT não estava apto a chegar a uma conclusão no curto prazo. Algumas razões, em parte, eram de cunho político; mas,

interessadas o início de consultas com elas, se a modificação parecer que pode comprometer ou diferir indevidamente o estabelecimento da união aduaneira ou da zona de livre comércio”.

²⁰⁵ GATT, art. XXIV, § 4º

²⁰⁶ GATT, art. XXIV, § 10º. Esse dispositivo tinha por finalidade supervisionar as ZLCs e uniões aduaneiras nas quais nem todos os participantes eram partes contratantes do GATT.

²⁰⁷ Vide seção 4.2.1.

também subjazia a incapacidade de se alcançar um consenso quanto à interpretação dos conceitos-chave previstos no dispositivo.

Ao tempo das negociações da Rodada Uruguai do GATT (1986-1994), período em que a “segunda onda” do regionalismo estava em ebulição, a indignação do presidente do grupo de trabalho para análise sobre o tratado de livre comércio firmado entre os EUA e Canadá refletia a necessidade de se aperfeiçoarem as regras relativas ao art. XXIV:

No passado, mais de 50 grupos de trabalho criados para examinar acordos de uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio não puderam alcançar conclusões unânimes em relação à compatibilidade desses instrumentos com o Acordo Geral. Por outro lado, não se têm reprovado explicitamente nenhum desses acordos [...] Cabe perguntar -se que sentido tem estabelecer um grupo de trabalho se ninguém pensa que poderá alcançar conclusões por consenso sobre disposições concretas de ditos acordos, nem recomendar aos participantes como reservar certos critérios de referência. Pode ser significativo o fato de que o grupo de trabalho sobre o acordo que se examina tem iniciado seus trabalhos com uma demora de mais de dois anos. À medida que se apresentem novos acordos, pode correr -se o risco de tratá-los cada vez com maior superficialidade e que as partes contratantes já não possam – se é que ainda podem – distinguir entre acordos mais ou menos compatíveis²⁰⁸.

No período de sessões das partes contratantes, realizado em Dezembro de 1992, foi ressaltado no discurso inaugural do presidente a necessidade de uma “revisão substancial” do modo como os grupos de trabalho cumprem sua incumbência derivada do art. XXIV²⁰⁹. A questão continuou na ordem do dia nas sessões seguintes em 1993 e 1994. No entanto, essa profunda revisão não ocorreu, sobrevivendo, apenas, ao final da Rodada do GATT, a edição de um Entendimento

²⁰⁸ Documento C/M/253 do GATT, p. 28.

²⁰⁹ Tatiana Prazeres lembra que esse tema não tinha recebido muita atenção no início das negociações da Rodada, mas voltou a ser objeto de debate a partir da provocação feita ao Secretariado do GATT em 1990, para que apresentasse um documento sobre as questões tratadas durante as negociações. A Comunidade Européia (CE) reagiu prontamente ao texto apresentado, criticando-o por ser propositivo, deveras ambicioso e desequilibrado. Ao se intensificarem as negociações sobre o tema, o presidente do Grupo de Negociação sobre os Artigos do GATT e o seu Secretariado apresentaram uma proposta de “Entendimento sobre o artigo XXIV”; essa foi apoiada por EUA, Japão, Austrália, Canadá, México e outros. A CE, no entanto, se opunha à sugestão, basicamente porque defendia o direito a compensações comerciais quando os países de um arranjo regional reduzissem suas tarifas para os membros do regime multilateral. O GATT /1947 previa renegociação de direitos nos casos em que, em razão de um acordo regional, um país tivesse que aumentar sua tarifa para além do nível consolidado no regime. Não havia previsão de compensações para a situação inversa (ou seja, caso o país diminuísse as barreiras para o resto do mundo), e a proposta apresentada tampouco contemplava esse interesse europeu. No resultado final o interesse europeu sobre as compensações não foi contemplado no texto adotado. (PRAZERES, 2007, p. 173-174).

sobre as regras do art. XXIV que melhorou a transparência dos acordos notificados e clarificou algumas disposições listadas a seguir:

- Estabeleceu métodos para o cálculo do nível de barreiras e encargos existentes antes e depois dos acordos regionais;
- Esclareceu as obrigações de os membros do acordo compensarem terceiros países em caso de aumento das barreiras em razão da formação do arranjo regional;
- Fixou em 10 anos o período razoável de tempo para que se estabeleça um acordo regional;
- Demandou a notificação de todos os acordos regionais para que sejam submetidos ao exame de conformidade às regras do art. XXIV e do seu respectivo entendimento.

No entanto, conforme mencionado anteriormente, o Entendimento não foi capaz de eliminar as controvérsias relativas à análise de conformidade ao art. XXIV. Além disso, deixou pendente a proposta apresentada por diversos países no intuito de se aclarar o requisito relativo a “todo comércio substancial”²¹⁰.

É importante mencionar a disposição trazida pelo Entendimento do art. XXIV no tocante à permissão para que o sistema de solução de controvérsias da OMC pudesse ser acionado para se contestar qualquer aspecto baseado na aplicação das disposições do art. XXIV, dissipando a incerteza a respeito da possibilidade de se examinar questões derivadas de um acordo que tenha sido examinado por um grupo de trabalho estabelecido no marco do art. XXIV. Essa faculdade repercutiu explicitamente no Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, no caso *Turkey – Textils* que é tido como paradigma jurisprudencial nessa corte.

Nessa contenda, foi recordada a prescrição do art. XXIV, parágrafo 5º, do GATT: “as disposições do presente Acordo não impedirão, [...] o estabelecimento de

²¹⁰ Sobre o tema, as propostas mais debatidas têm sido as de Austrália e Japão. Cabe destacar que, para a Austrália, o comércio substancial deve abranger 95% da pauta tarifária, num período de dez anos. Além do alto percentual, o país defende a cobertura de pelo menos 70% das linhas tarifárias de seus membros. (WTO – Negotiating Group on Rules. Submission on Regional Trade Agreements by Australia. TN/RL/W/180. 13 May 2005)

uma união aduaneira nem o de uma zona de livre comércio, assim como não impedirão a adoção de um acordo provisório [...]”.

Ao se manifestar sobre essa redação, o Órgão de Apelação destacou:

entendemos que isso significa que as provisões do GATT/1994 “não devem tornar impossíveis” [*shall not prevent*] a formação de uniões aduaneiras. Dessa forma, o caput deixa claro que o art. XXIV pode, em certas condições, justificar a adoção de uma medida que seja inconsistente e com algumas outras provisões do GATT, e pode ser invocado como uma possível “defesa” a uma conclusão ou inconsistência²¹¹.

Para o Órgão de Apelação, o art. XXIV estabeleceria duas condições que poderiam justificar a adoção de medidas reputadas inconsistentes:

[...] Primeiro, a parte reclamante do benefício de sua defesa deve demonstrar que a medida em questão é introduzida em razão da formação de uma união aduaneira que preenche completamente os requisitos dos parágrafos 8 e 5 do artigo XXIV. E, segundo, que a parte demonstre que a formação de uma união aduaneira seria impedida caso não fossem permitidas a introdução das medidas em questão²¹².

Essa interpretação flexível do OSC delineou um duplo teste para se verificar se a medida – então reputada inconsistente face ao GATT/1994 – se justificaria sob os critérios do art. XXIV do GATT:

- Se a medida é introduzida em relação à formação de uma união aduaneira, uma área de livre comércio, ou um acordo provisório (*interim agreement*) que preencha todos os requisitos previstos nas regras da OMC; e,
- Se a formação de uma união aduaneira ou área de livre comércio será inviabilizada, caso a adoção das medidas das medidas em questão não sejam permitidas.

Além da jurisprudência da OMC ter firmado esse duplo teste na caracterização de conformidade dos acordos regionais ao GATT, no caso *Argentina – Footwear* emergiu a questão de saber se o art. XXIV, parágrafo 8º, proibia a Argentina, como membro do MERCOSUL, de impor medidas de salvaguardas a outros membros do MERCOSUL²¹³.

²¹¹ WT/DS34/AB/R, § 45.

²¹² WT/DS34/AB/R, § 58.

²¹³ No caso *Argentina – Footwear (EC)*, WT/DS121/AB/R, § 109, essa posição foi reiterada. “Tendo constatado que a nota 1 ao parágrafo 1 do art. II não é aplicável ao presente caso, tampouco

O OSC procedeu então a uma análise interna do acordo regional, asseverando que, na hipótese, não havia impedimento algum²¹⁴. Apesar de o parágrafo 8º, alínea “a”, item i, do art. XXIV do GATT proibir que um membro da união aduaneira imponha medidas de defesa comercial (salvaguardas, antidumping, compensatórias) a outros membros da união aduaneira, o parágrafo concede certa flexibilidade para os membros constituintes da união quando da liberação do seu comércio interno.

Com respeito às obrigações externas dos países membros integrantes do acordo regional, o OSC havia destacado no caso *Turkey – Textils* que a exigência de uma política comercial externa e comum aos membros de uma união aduaneira não é absoluta. Quer dizer, os membros que constituem a união não são obrigados a aplicar as mesmas obrigações e regulamentos comerciais que os outros membros constituintes, em relação a terceiros países²¹⁵.

Mais recentemente, o painel no caso dos pneus envolvendo o Brasil (*Brazil – Tyres*) reiterou a posição do OSC em não examinar se as restrições às importações do MERCOSUL estavam de acordo com o artigo XXIV do GATT²¹⁶.

estamos convencidos de que uma análise do artigo XXIV do GATT 1994 foi pertinente a respeito da questão específica que teria diante de si o Grupo Especial. Esta questão, como observou o próprio Grupo Especial, é se a Argentina, depois de incluir as importações procedentes de todas as fontes em sua investigação sobre o “aumento das importações” de produtos de calçado em seu território e os seguintes efeitos dessas importações em seu ramo de produção nacional de calçados, teria justificativa para excluir os outros Estados membros do MERCOSUL da aplicação das medidas de salvaguarda. No informe do Órgão de Apelação, quando tratou do tema no caso *Turquia – têxteis* – sustentou-se que, em determinadas condições, o artigo XXIV “pode justificar a adoção de uma medida incompatível com determinadas outras disposições do GATT”. Apesar disso, indicamos que esta defesa só é possível quando o Membro que aplique a medida demonstre que “a medida impugnada tem sido introduzida na ocasião do estabelecimento de uma união aduaneira que cumpre em sua totalidade as prescrições da alínea ‘a’ do parágrafo 8 e a alínea ‘a’ do parágrafo 5 do artigo XXIV” e “que caso se não se permitisse introduzir a medida impugnada se impediria o estabelecimento dessa união aduaneira”

²¹⁴ WT/DS121/AB/R, *Argentina – Footwear*, § 113. Constatou-se que a investigação realizada pela Argentina, que avaliou se as importações procedentes de todas as fontes causavam ou ameaçavam causar um dano grave, só podia dar lugar à aplicação de medidas de salvaguarda às importações procedentes de todas as fontes. Por conseguinte, chegaram à conclusão de que a investigação realizada pela Argentina no presente caso não pode servir como base para excluir as importações procedentes de outros Estados membros do MERCOSUL.

²¹⁵ WT/DS34/AB/R, *Turkey – Textils*, § 49.

²¹⁶ WT/DS332/AB/R, *Brazil – Tyres*. Os EUA, na condição de terceiros interessados, sustentavam que o Brasil não podia trazer o art. XXIV como defesa para as restrições existentes no MERCOSUL uma vez que esse acordo regional não fora notificado no marco o Artigo XXIV como União Aduaneira, como exige o parágrafo 7º deste artigo (§ 116). A apelação condicional ofertada pelas Comunidades Europeias solicitava também a análise jurídica da ausência de justificativa do MERCOSUL perante o artigo XXIV do GATT/1994 (§ 255). O Brasil, por sua vez, sustentava que as

Portanto, do mesmo modo que os membros da OMC, a jurisprudência do OSC tem enveredado pela tolerância dos acordos regionais na OMC, inclusive, àqueles que guardarem alguma medida inconsistente para a sua concretização. Por outro lado, sem ingressar nas motivações econômicas, pesa ainda nos relatórios dessa corte internacional o ideal formalista de adesão à OMC uma vez que acordos regionais, que não tenham manifestado voluntariamente essa opção, são ainda tratados como simples exceção ao regime multilateral. Isso porque os próprios sujeitos que compõem a entidade regional podem aplicar discriminações aos demais membros que façam parte da OMC.

3.3.3 O art. XXV do GATT

Outra brecha para o regionalismo é a previsão constante no Art. XXV do Acordo Geral que permite a pactuação de derrogações (*waivers*) às obrigações acordadas, inclusive à regra da NMF:

Artigo XXV: Ação coletiva das partes contratantes

1. Os representantes das partes contratantes se reunirão periodicamente para assegurar a execução das disposições do presente Acordo que requerem uma ação coletiva e, em geral, para facilitar a aplicação do mesmo e que se possam alcançar seus objetivos. [...]

[...]

4. Salvo disposição em contrário do presente Acordo, adotar-se-ão as decisões das PARTES CONTRATANTES por maioria dos votos emitidos.

5. Em circunstâncias excepcionais distintas das previstas em outros artigos do presente Acordo, as PARTES CONTRATANTES poderão dispensar uma parte contratante de alguma das obrigações impostas pelo presente Acordo, com a condição de que sancione esta decisão uma maioria composta de dois terços dos votos emitidos e que esta maioria represente mais da metade das partes contratantes. Por uma votação análoga, as PARTES CONTRATANTES poderão também:

restrições do MERCOSUL estavam justificadas pelo artigo XXIV do GATT (§ 253). Não obstante a discussão ter sido deveras abordada pelas partes na contenda e pelas partes interessadas, o Órgão de Apelação entendeu desnecessária a manifestação sobre a apelação condicional interposta pelas Comunidades Europeias uma vez que as exceções do MERCOSUL já haviam sido reputadas inconsistentes frente ao preâmbulo do artigo XX do GATT. Conseqüentemente, o Órgão de Apelação não fez nenhuma referência sobre a possibilidade de a exceção do MERCOSUL estar ou não justificada pelo artigo XXIV do GATT (§ 256).

- i) determinar certas categorias de circunstâncias excepcionais nas que se aplicarão outras condições de votação para eximir a uma parte contratante de uma ou várias de suas obrigações; e
- ii) prescrever os critérios necessários para a aplicação do presente parágrafo. (4) [grifou-se]

Depreende-se do parágrafo 5º do art. XXV que, sob “circunstâncias excepcionais”, membros atuando conjuntamente podem dispensar uma obrigação imposta a outro pelo GATT. Pode então ser então invocada (e tem sido) pelos membros que, em violação ao artigo I do GATT, queriam entrar em acordos preferenciais de comércio. Essa derrogação é tipicamente requerida se as partes no acordo preferencial não podem cumprir com as exigências do artigo XXIV (ou da Cláusula de Habilitação), bastando a aprovação de dois terços dos membros e que essa maioria inclua mais da metade dos membros da OMC (e.g., 77 membros em Outubro de 2008).

Pode se mencionar como exemplo de sua utilização, em 1948, a obtenção de uma exceção ao parágrafo 1º do art. I para a França estabelecer uma união aduaneira com a Itália, país este que, até então, não havia firmado o GATT. Em 1952, a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), a qual não possuía todas as condições para se enquadrar como união aduaneira segundo o art. XXIV, uma vez que abrangia poucos produtos, obteve uma exceção à aplicação da cláusula NMF. Da mesma forma, os EUA obtiveram em 1965 uma exceção para o acordo celebrado com o Canadá sobre o livre comércio para o setor automobilístico²¹⁷.

Dessa maneira, o artigo XXV do GATT tem fornecido a base jurídica para autorizar a manutenção de alguns acordos preferenciais de comércio, especialmente com abrangência setorial em contraponto ao artigo I do GATT. Todavia, a maioria das derrogações que tem sido concedida desde a formação do GATT, envolve preferências garantidas pelos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento, sob uma base de não reciprocidade no auxílio ao desenvolvimento econômico dessas regiões²¹⁸. Exemplos são as preferências australianas aos produtos de Papua Nova Guiné (1953); preferências canadenses às importações do Caribe (1968); preferências norte-americanas aos países do Caribe sob o ato de

²¹⁷ OMC, 1995, p. 23.

recuperação econômica do Caribe (1985); e preferências garantidas pelos EUA sob o ato de comércio preferencial andino em 1992. Além disso, uma das mais controversas derrogações garantidas pelo GATT é a 4ª Convenção de Lomé estabelecida entre a União Européia e Estados da África, Caribe e Pacífico (ACP)²¹⁹.

Cabe destacar que o recurso a essas derrogações tem sido limitado pelo Entendimento relativo o uso de derrogações às obrigações do GATT (*Understanding Respect of Waivers of Obligations under the GATT 1994*), texto oriundo da Rodada Uruguai²²⁰. Além da obrigação de justificar a necessidade para se valer da derrogação (parágrafo 1º do Entendimento), o documento prevê (no parágrafo 2º) que todas as derrogações existentes ao tempo da entrada em vigor do Acordo OMC (1º de Janeiro de 1995) devem se enquadrar nas datas de vencimento das derrogações ou não passar de dois anos da criação da OMC (e.g. 1º de Janeiro de 1998), a menos que seja estendido o prazo de acordo com o artigo IX do Acordo da OMC. De acordo com os termos do artigo IX, §§ 3º e 4º do Acordo da OMC, os membros que quisessem obter essas derrogações deveriam se submeter a um complicado processo antes de serem autorizados a se desviarem de seus compromissos do GATT. A derrogação deve ser garantida pela Conferência Ministerial da OMC em “circunstâncias excepcionais”, uma vez seja tomada a

²¹⁸ A maioria desses acordos extraiu sua inspiração da Parte IV do GATT. Vide seção 3.2.4.

²¹⁹ UNCTAD/DITC/TNCD/2004/7. *Multilateralism and regionalism: The new interface*. Geneva: UNCTAD, Edited by Mina Mashayekhi and Taisuke Ito, 2005, p. 41.

²²⁰ Membros acordam o seguinte:

1. O pedido de pedido de derrogação [*waiver*] ou a extensão de um já existente deve descrever as medidas que os membros pretendem utilizar, os objetivos específicos da política que os membros procuram e as razões pelas quais impeçam o membro de atingir seus objetivos políticos pelas medidas consistentes com suas obrigações do GATT 1994.
2. Qualquer pedido de derrogação [*waiver*] que seja eficaz, ao tempo da entrada em vigor do Acordo OMC, deve ser encerrado, ao menos que seja estendido de acordo com os procedimentos descritos abaixo e aqueles do Artigo IX do acordo OMC, na data de sua expiração ou dois anos da entrada em vigor do Acordo OMC, ou antes.
3. Qualquer membro que considere que o benefício esteja sendo acumulado sob o GATT 1994 é tido como nulo ou prejudicado como resultado de:
 - (a) a falha do membro cujo pedido de derrogação [*waiver*] foi garantido para observar os termos ou condições do pedido de derrogação [*waiver*]; ou, (b) a aplicação de uma medida consistente com os termos e condições do pedido de derrogação [*waiver*], pode invocar as provisões do artigo XXIII do GATT 1994 na forma elaborada e aplicada pelo Entendimento de Solução de Controvérsias. (WTO, 2008). Disponível em: <http://www.wto.int/english/docs_e/legal_e/11-25.pdf>. Acesso em: 20 out. 2008.

decisão por $\frac{3}{4}$ dos membros da OMC (115 membros na presente contagem de 153 membros da OMC)²²¹.

Caso um membro (ou um grupo deles) tenha sucesso na obtenção da derrogação, deverá acordar severas condições provavelmente colocadas pela Conferência Ministerial.

O art. IX, § 4º, por sua vez, prescreve que a derrogação deverá explicitar claramente as circunstâncias excepcionais que justificaram sua adoção, os termos e condições que governam a sua aplicação e a data de seu término. Se a derrogação é estendida por muitos anos, este deve ser revisto anualmente até sua expiração. A cada revisão anual, a Conferência Ministerial deve examinar se as circunstâncias excepcionais ainda subsistem e os termos relevantes e condições continuam em conformidade, de modo a permitir a continuação, modificação ou extinção da derrogação. Essa previsão introduz um elemento de incerteza quanto à sustentabilidade da derrogação com adversas implicações para os operadores econômicos que dele desejam tirar vantagem.

As prescrições do Entendimento sobre as derrogações e o artigo IX do Acordo OMC indicam que, a menos que um membro da OMC (ou um grupo deles) solicite a derrogação e mobilize outros membros da OMC à sua solicitação, eles não obterão facilmente a derrogação. Isso dá a impressão que maior uso de derrogações pelos membros da OMC – como base para estabelecimento de acordos preferenciais, em razão de sua inconsistência com as provisões do Artigo XXIV do GATT ou da Cláusula de Habilitação – tendam a diminuir. Apesar dessa tendência, a obtenção da derrogação continua possível conforme se observou pela decisão da 4ª Conferência Ministerial da OMC em 2001²²² que perpetuou o acordo de Parceria de Cotonou entre a União Europeia e os Estados integrantes do ACP.

²²¹ Todavia, alguma flexibilidade é facultada nos termos da tomada de decisão. O artigo IX: 3 (a) faculta à decisão da Conferência Ministerial que a derrogação seja obtida por consenso. Não obtido o consenso num período de 90 dias, a decisão será tomada por $\frac{3}{4}$ dos membros da OMC. Já o artigo IX: 3 (b) prescreve que a solicitação de derrogação concernente aos acordos multilaterais relacionados ao comércio de bens, serviços e propriedade intelectual, sejam submetidos inicialmente a um relevante órgão de supervisão, denominado Conselho de Comércio de Bens, de Serviços e de direitos relacionados à Propriedade Intelectual, em consideração ao período de tempo não excedente à 90 dias.

²²² WT/MIN(01)/15. Segundo a decisão de 14 de Novembro de 2001, após de uma série de considerações desenvolvimentistas, foi mantida a suspensão da aplicabilidade do art. I, parágrafo I

3.3.4 Cláusula de Habilitação (*Enabling Clause*)

Conforme os dispositivos analisados, ao longo de toda história de existência do sistema multilateral de comércio a regra da NMF tem sido flexibilizada para permitirem-se arranjos que facilitem a adesão ao livre comércio. Dentre esses instrumentos, outra forma utilizada com frequência são as preferências²²³ concedidas às exportações de países em desenvolvimento.

Historicamente, o conceito de preferências tem suas raízes nas relações comerciais após a 2ª Guerra; primeiramente, foram discutidas na Carta da Havana, originando uma questão entre a Europa e os países que foram suas colônias. Naquele tempo, os EUA e os países latino-americanos se opunham às preferências que permitiam aos colonizadores estenderem seus poderes coloniais – “preferências reversas” – enquanto discriminava outros países em desenvolvimento²²⁴.

Durante os anos 50, países em desenvolvimento tentaram diversas formas para adaptar o GATT às suas demandas específicas; muitas delas levaram a alterações ao texto do acordo²²⁵, como a permissão do art. XVIII do GATT para aplicação de restrições às importações quando da necessidade de proteção à indústria infante²²⁶. No entanto, as emendas foram reputadas insuficientes para resolver os problemas econômicos dos países em desenvolvimento, atestando-se no

da NMF, dando continuidade ao trato tarifário preferencial aos países integrantes do ACP até 31 de Dezembro de 2007.

²²³ Como bem destaca John Jackson, preferências geralmente traduzem a idéia de concessões tarifárias. Basicamente, se referem à idéia de que os produtos oriundos de países menos desenvolvidos – importados pelos países desenvolvidos – estão sujeitos a uma tarifa menor que à aplicada aos produtos originários de países diferentes, não reputados como em desenvolvimento. (JACKSON, John H. *World Trade and Law of GATT*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1969, p. 661)

²²⁴ SANTOS, Norma Breda dos; FARIAS, Rogério; CUNHA, Rafael. Generalized System of Preferences in General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization: History and Current issues. *Journal of World Trade*, Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p. 639.

²²⁵ Somente durante as negociações da Carta de Havana, os países em desenvolvimento contribuíram com mais de 800 emendas que variavam desde salvaguardas para manutenção ao equilíbrio do balanço de pagamentos e prazos dilatados para assunção de compromissos, até controle de preços de *commodities*. Muitos deles, inclusive, tinham aceitado a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC) por meio da Carta de Havana, incluindo o capítulo sobre Reconstrução e Desenvolvimento Econômico e acordo intergovernamental de *commodity*. Como já mencionado, essa carta não foi ratificada, restando apenas ao GATT a regulação do comércio mundial ocidental até 1995. (SANTOS *et al*, 2005, p. 640-641)

²²⁶ Uma dessas reformas introduzidas garantiria exceções para substituição de importações e proteção da indústria infante, pugnando-se por modificações ao artigo XVIII do GATT (*escape clauses*). O novo texto que passou a permitir restrições para proteção da indústria infante, portanto,

relatório anual do GATT de 1957 o crescimento das exportações das áreas industrializadas muito maior que em outras partes do mundo.

Por essas razões, em Outubro de 1958 foi publicado o Relatório Harberler²²⁷, documento que teve fundamental importância para discussão de uma política desenvolvimentista dentro do GATT. Esse propósito apareceu na Reunião Ministerial do GATT de 1961²²⁸, tendo as partes contratantes se ocupado em concertar novas provisões que formalizariam o esforço de expansão das exportações dos países menos desenvolvidos por meio da criação da Parte IV do GATT em 1964.

A parte IV do GATT institucionalizou a noção de que os países em desenvolvimento mereciam um “Tratamento Especial e Diferenciado” no âmbito do Sistema GATT, mediante observância de algumas condições. Trouxe também a nova percepção dos países em desenvolvimento no que diz respeito aos mecanismos para se atingir o desenvolvimento econômico, a exemplo da concessão de preferências tarifárias não recíprocas²²⁹. A quarta parte diferia da exceção do art.

incorporou aos termos do GATT um viés de desenvolvimento econômico. (HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. *The regulation of International Trade*. New York: Routledge, 1999, p. 79)

²²⁷ A idéia de adicionar a Parte IV, a qual formalmente entrou em vigor em Junho de 1966, foi primeiramente proposta no Relatório Harberler de 1958. Nos anos 50, as reclamações dos países em desenvolvimento de que seus interesses não eram adequadamente levados em consideração conduziu ao estabelecimento de um comitê de peritos (com Harberler como seu presidente e Mead, Tinbergen e Campos como membros). O relatório Harberler demandou a expansão das exportações dos países em desenvolvimento, lidando com problemas enfrentados por diversos países devidos às políticas comerciais de países desenvolvidos. Além disso, na Reunião Ministerial do GATT de Outubro de 1965 decidiu-se criar um grupo de trabalho para identificar impedimentos ao comércio de interesses especiais para países em desenvolvimento e considerar como essas barreiras deveriam ser removidas. (UNCTAD/GDS/2006/1, *UNCTAD: a brief historical overview*, 2006, p. 13)

²²⁸ Durante a década de 60, os países em desenvolvimento passaram a lançar mão de outros instrumentos e foros para tornar factíveis seus objetivos. Para tanto, introduziram e discutiram esses temas nas 1ª e 2ª Conferências das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e, após anos de negociações na UNCTAD, OCDE e no G-77, os países em desenvolvimento adotaram um programa para que cada país desenvolvido elaborasse seu próprio programa de preferências.

²²⁹ Certos países em desenvolvimento recorreram à Parte IV em relação aos acordos comerciais preferenciais que não cumpriam o requisito de abranger o “comércio substancial”, previsto no art. XXIV do GATT. Exemplo disso é a implementação dos 1º, 2º, e 3º Convênios de Lomé, os quais permitiam à Comunidade Europeia conceder preferências tarifárias aos países da África, Caribe e Pacífico (ACP). No entanto, a questão não era pacífica e suscitou divergências quanto à legitimidade dos convênios que se seguiram. Isso porque se sustentava que a parte IV do Acordo Geral não permitia discriminações em face de outros países em desenvolvimento porquanto o tratamento diferenciado e especial era concedido a todos os países em desenvolvimento e não à apenas um subgrupo. Por essa razão, em 9 de Dezembro de 1994 as partes contratantes do GATT, por meio da permissão do artigo XXV parágrafo 5º, concederam aos membros do 4º Convênio de Lomé uma exceção à aplicação do art. I, parágrafo 1º, até 29 de Dezembro de 2000. As partes no

XVIII, pois enquanto esse permitia aos países em desenvolvimento adotar políticas visando o ambiente interno do Estado (*inward-looking*) – a exemplo das salvaguardas e proteção à indústria infante –, aquele lhes permitiu olhar o ambiente externo (*outward-looking*), capacitando-os para o acesso a mercados dos países desenvolvidos²³⁰. Todavia, as prescrições dessa nova parte cuidavam mais de objetivos e princípios do que obrigações legais propriamente ditas. Essa ausência de compromissos não modificava no plano fático a situação desses países. Por outro lado, a positivação dessa crença de que as relações comerciais são efetivamente assimétricas iria remodelar os acordos comerciais e tarifários, demandando uma concreta perspectiva desenvolvimentista.

Em virtude disso, os países em desenvolvimento envidaram esforços para concretizar suas reivindicações, levando a cabo, em 1964, a 2ª Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento²³¹. Embora essa reunião da UNCTAD tivesse sido um dos maiores eventos do multilateralismo econômico – cerca de 4000 delegados representaram mais de 100 países –, num primeiro momento não houve acordo sobre o estabelecimento de preferências uma vez que os EUA rechaçavam qualquer tentativa de derrogar os princípios básicos que sustentavam o sistema multilateral de comércio²³².

Após 7 anos de discussão e pressão dos países em desenvolvimento, o ano de 1971 foi marcado pela aceitação dos programas de Sistema Generalizado de Preferências (SGP)²³³ por parte dos países presentes à Conferência. Em uma

convênio ainda reafirmaram a posição de que o convênio era totalmente compatível com as obrigações do art. XXIV à luz da Parte IV. (Vide documento L/7604 do GATT)

²³⁰ SANTOS *et al*, 2005, p. 642-643.

²³¹ No começo dos anos 60, países em desenvolvimento formaram uma coalizão para pressionar por mudanças no funcionamento do regime econômico internacional, estabelecendo um fórum universal para lidar com todas as questões relacionadas com desenvolvimento, numa abordagem factível. A coalizão tinha como raízes o processo de descolonização, o crescimento da desilusão com as engrenagens do regime econômico internacional em geral, o descontentamento com os esforços das instituições de *Bretton Woods* (e.g. Banco Mundial e FMI) e o GATT na arquitetura de uma adequada resposta aos problemas do desenvolvimento econômico. Sentindo-se marginalizados no processo de tomada de decisão das instituições de *Bretton Woods*, bem como nas negociações do GATT, países em desenvolvimento viram como alternativa um fórum internacional em que pudessem articular e agregar seus interesses. Dessa maneira, uma componente chave na plataforma interna e externa da ONU entre os países em desenvolvimento foi, primeiro de tudo, a chamada para uma Conferência Internacional para comércio e desenvolvimento, a qual foi incidentalmente apoiada com força pelos países socialistas. (UNCTAD, 2006, p. 2-3)

²³² SANTOS *et al*, 2005, p. 648.

²³³ Atualmente há 13 programas de SGP notificados ao Secretariado da UNCTAD. Os países que garantem preferências por meio de esquemas SGP são: Austrália, Belarus, Bulgária, Canadá,

decisão extremamente vaga²³⁴, que derogava (*waiver*) a cláusula da NMF, validou-se o SGP por até dez anos (até 1981), cabendo a cada país desenvolvido instituir seu próprio programa.

Em 28 de Novembro de 1979, na decisão sobre “tratamento diferenciado e mais favorável, reciprocidade e maior participação dos países em desenvolvimento”²³⁵ criou-se a Cláusula de Habilitação (*Enabling Clause*), com a seguinte redação:

Seguindo as conversações dentro da linha de trabalho das negociações comerciais multilaterais, as PARTES CONTRATANTES decidem o seguinte:

1. Não obstante as provisões do artigo I do Acordo Geral, as partes contratantes podem acordar tratamento diferenciado e mais favorável aos países em desenvolvimento, sem estender referido tratamento à outras partes contratantes.

2. As provisões do parágrafo 1 aplicam-se de acordo com o seguinte:

(a) Tratamento preferencial tarifário acordado por países contratantes desenvolvidos aos produtos originários de países em desenvolvimento conforme o Sistema Generalizado de Preferências,

(b) Tratamento Diferenciado e mais favorável com respeito às provisões do Acordo Geral concernentes a medidas não tarifárias regidas por provisões de instrumentos negociados multilateralmente sob os auspícios do GATT;

(c) *Arranjos regionais ou globais celebrados entre partes contratantes menos desenvolvidas para redução ou eliminação mútua de tarifas e, de acordo com critérios ou condições que possam ser prescritas pelas PARTES CONTRATANTES, para mútua redução ou eliminação de medidas não tarifárias, sobre produtos importados de outrem;*

(d) Tratamento especial para países menos desenvolvidos entre países em desenvolvimento no contexto de quaisquer medidas gerais ou específicas que favoreçam países em desenvolvimento.

[...] [grifou-se]

Estônia, União Européia, Japão, Nova Zelândia, Noruega, Rússia, Suíça, Turquia e os EUA. Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em: 13 out. 2008.

²³⁴ Decisão de 25 de Junho de 1971, BISD 18S/24. Nessa decisão as partes contratantes reconhecem a necessidade de promoção das exportações dos países em desenvolvimento para atingir seu desenvolvimento econômico, promover a industrialização e acelerar as taxas de crescimento desses países. Decidem então derogar as provisões do artigo I por dez anos para permitir a concessão de tratamento tarifário preferencial aos produtos originários de países em desenvolvimento sem necessidade de estender a outras partes. Disponível em: <<http://www.worldtradelaw.net/misc/gsp.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2008.

²³⁵ Decision on Differentiable and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries (Enabling Clause). Decision of 28 November 1979. L/4903

A decisão foi parte dos resultados obtidos na Rodada Tóquio²³⁶, acomodando definitivamente a possibilidade de as diversas partes contratantes do GATT concederem um tratamento diferenciado e mais favorável aos países em desenvolvimento, excetuando (a exemplo do art. XXIV do GATT) a cláusula da NMF.

Dessa forma, abrigou dentro do sistema OMC, mecanismos de preferências tarifárias – sem exigência de reciprocidade²³⁷ – concedidas entre os próprios países em desenvolvimento, bem como as concedidas por países desenvolvidos aos países em desenvolvimento, a exemplo do Sistema Generalizado de Preferências (SGP) de 25 de Junho de 1971.

A Cláusula de Habilitação é hoje parte integrante do GATT/1994 e, portanto, continua em vigor. Além de cancelar preferências tarifárias unilaterais dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento (e.g. SGP), extrai-se de sua redação que ela também se constitui na base legal para a celebração de acordos regionais entre países em desenvolvimento e para o Sistema Global de Preferências Comerciais (SGPC), por meio do qual um número de países em desenvolvimento permuta concessões comerciais entre si.

Essa faculdade traz exigências menores que as constantes no art. XXIV para criação de acordos regionais, pois clama apenas que qualquer tratamento diferenciado e mais favorável concedido sob esta cláusula seja destinado a facilitar e promover o comércio entre países em desenvolvimento e não aumente barreiras ou crie obstáculos indevidos ao comércio com quaisquer outros membros. A Cláusula de Habilitação abrange não só a eliminação, mas também a redução de barreiras tarifárias e não-tarifárias entre países em desenvolvimento, traduzindo-se numa grande mudança em relação ao artigo XXIV, que prevê necessidade de se eliminarem as barreiras entre os membros do acordo. Por outro lado, a autorização

²³⁶ IBDD 26S/221

²³⁷ Cláusula de Habilitação, § 5º. Os países desenvolvidos não esperam reciprocidade para seus compromissos feitos por eles nas negociações comerciais para reduzir ou remover tarifas e outras barreiras ao comércio de países em desenvolvimento, e.g., os países desenvolvidos não esperam que países em desenvolvimento, no curso das negociações comerciais, façam concessões que sejam inconsistentes com seu desenvolvimento individual, necessidades financeiras e comerciais. Partes contratantes desenvolvidas não devem procurar, tampouco as partes contratantes menos desenvolvidas devem aceitar, concessões que sejam inconsistentes com o desenvolvimento tardio e necessidades financeiras e comerciais.

dada pela Cláusula de Habilitação para celebrar acordos regionais também deve observar algumas condições.

O parágrafo 3º da Cláusula de Habilitação²³⁸ possui disposição similar ao requisito fundamental do parágrafo 4º do art. XXIV do GATT; aquele estabelece que esses acordos são destinados a fomentar o comércio dos países em desenvolvimento e a não erguer obstáculos ou criar dificuldades indevidas ao comércio de outras partes contratantes.

A alínea “c” do parágrafo 2º dá às tarifas um tratamento diferenciado em relação ao concedido às barreiras não tarifárias, uma vez que não estabelece critérios específicos para a redução ou eliminação mútua das tarifas, devendo as medidas relativas às barreiras tarifárias serem adotadas em conformidade aos critérios ou condições que possam fixar as partes contratantes. Os acordos também não devem se constituir em impedimento para a redução ou eliminação das tarifas e barreiras não tarifárias ao comércio com relação à cláusula da NMF.

No que tange à transparência, o parágrafo 4º exige que as disposições correspondentes sejam notificadas ao GATT quando se adotem, modifiquem ou retirem, e que os participantes se prestem a celebrar consultas com terceiros países quando as solicitarem²³⁹.

A seu respeito, cabe ainda ressaltar a escassa experiência que o dispositivo tem experimentado²⁴⁰. No entanto, isso não impediu a emergência de

²³⁸ Cláusula de Habilitação, § 3º. Qualquer tratamento diferenciado e mais favorável regido sob esta cláusula: (a) deve ser destinado a facilitar e promover o comércio de países em desenvolvimento e não elevar barreiras ou criar dificuldades indevidas para o comércio de quaisquer das partes contratantes; (b) não deve se constituir em impedimento a redução ou eliminação de tarifas e outras restrições ao comércio realizado na Cláusula da Nação mais Favorecida; (c) deve no caso de referido tratamento acordado por partes contratantes desenvolvidas aos países em desenvolvimento ser destinado e, se necessário, modificado, para responder positivamente ao desenvolvimento, e necessidades financeiras e comerciais dos países em desenvolvimento.

²³⁹ Cláusula de Habilitação, § 4. Qualquer parte contratante que leve a cabo a introdução de um arranjo, segundo os parágrafos 1, 2 e 3 acima ou subseqüentemente leve a cabo modificação ou renúncia do tratamento diferenciado e mais favorável deve: (a) notificar as PARTES CONTRATANTES e municiá-las de toda informação relacionada a tal ação; (b) conceder oportunidade adequada para pronta consulta ao pedido de quaisquer partes contratantes interessadas com respeito a qualquer dificuldade ou questão que possa emergir. As PARTES CONTRATANTES devem, se requisitado por uma parte contratante, consultar todas as outras partes contratantes sobre o tema na busca de solução satisfatória para todas as partes contratantes.

²⁴⁰ Por mais estranho que possa parecer, o Grupo Especial não possui jurisdição para receber reclamações a respeito de eventual violação à Cláusula de Habilitação. A razão é que pelo art. I:1 do Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), o Grupo Especial só possui jurisdição sob

controvérsias uma vez que a mesma não faz referência ao art. X XIV, não deixando claro se as disposições deste artigo afetam os acordos regionais constituídos sob a base da cláusula de habilitação.

Apesar de sua importância, o *status* jurídico da Cláusula Habilitação não está completamente claro, nem mesmo na literatura especializada²⁴¹. Na opinião de Normas Breda dos Santos, ela não é uma derrogação [*waiver*], pois transcende a noção de exceção à NMF; é, definitivamente, parte integrante das regras positivas do sistema multilateral de comércio²⁴².

3.3.5 O art. V do GATS

O último esforço de posituação do regionalismo na OMC foi a elaboração de um quadro jurídico para o comércio de serviços ao final de Rodada Uruguai em 1994. O GATS (*General Agreement on Trade in Services*) faz parte do compromisso único (*single undertaking*) oriundo dessa rodada, entrando em vigor em 1995, junto com a criação da OMC.

aqueles acordos abrangidos, excetuando-se somente o próprio ESC e o Acordo OMC. A maioria dos acordos abrangidos possui disposições sobre Solução de Controvérsias. No entanto, a Cláusula de Habilitação não possui qualquer disposição nesse sentido. A consequência inescapável é a de que não se possa invocar o artigo I:1 do ESC simplesmente com base na violação da Cláusula de Habilitação. É preciso que a reclamação fundamente que a medida relevante tenha violado o art. I do GATT, e não recaia nas exceções previstas na Cláusula de Habilitação. (BARTELS, Lorand. The WTO Enabling Clause and positive conditionality in the European Community's GSP Program. *Journal of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 516)

²⁴¹ Em 1981, os países desenvolvidos, especialmente os EUA sustentaram que os programas de SGP eram dispensados do sistema de solução de controvérsias do GATT, não cabendo revisão pelas partes contratantes, conselho ou qualquer outro órgão do GATT. (*GATT Council, Minutes of Meeting*, 03 de Novembro de 1981, C/M/152, p. 29). Disponível em: <<http://gatt.stanford.edu>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

²⁴² “Pondo a regra em simples termos, ela não é uma derrogação [*waiver*] do Artigo I do GATT em sentido exato, pois ela não se refere ao Artigo XXV:5, a qual se constitui na previsão da derrogação [*waiver*]. Em consideração às derrogações [*waivers*] estabelecidas sob as regras da OMC, membros podem se esquivarem das obrigações da OMC na medida em que sua conduta possa ser demonstrada em acordo com a derrogação [*waiver*]. Se a Cláusula de Habilitação fosse uma derrogação [*waiver*], poderia então se presumir que os ‘requisitos’ para garantir tratamento preferencial são estritos e sujeitos a um monitoramento judicial de perto. No entanto, a Cláusula de Habilitação não é uma derrogação [*waiver*] dentro do sentido específico do Artigo XXV do GATT ou Artigo IX do Acordo OMC. A Cláusula de Habilitação não menciona quaisquer circunstâncias excepcionais, não identifica qualquer parte contratante em particular, e não possui conceituação de derrogação [*waiver*]. [...] Em suma, mais do que uma exceção ao GATT, a Cláusula de Habilitação é uma parte integral do sistema jurídico do comércio internacional, ou seja, um instrumento dentro do GATT/1994”. (SANTOS *et al*, 2005, p. 660-661)

Da mesma forma que o acordo GATT fez com o comércio de bens (e a Cláusula de Habilitação fez para os países em desenvolvimento), o art. V do GATS trouxe previsão para acordos regionais em dispositivo intitulado de “integração econômica”; apesar de trazer uma parte relativa à plena integração de mercados²⁴³ de trabalho, o dispositivo não trouxe a distinção de zonas de livre comércio e uniões aduaneiras presentes no art. XXIV do GATT²⁴⁴.

No parágrafo 4 do artigo V, há parâmetros de liberalização do comércio nesses acordos, não devendo aumentar o nível geral (*overall level*) de barreiras ao comércio de serviços dentro de setores ou subsetores, em comparação com o nível existente antes da formação do acordo regional²⁴⁵. Essa previsão constitui-se em maior regalia que a prevista no GATT – barreiras consideradas em conjunto – porquanto o impedimento ao aumento de barreiras se refere a setores ou subsetores específicos²⁴⁶.

Por outro lado, há equivalência entre GATS e GATT no requisito da cobertura setorial substancial²⁴⁷ (*substantial sectoral coverage*), determinando ainda que se assegure a ausência ou a eliminação de substancialmente toda a discriminação entre as partes (*substantially all discrimination*) nos setores cobertos pelo acordo regional.

²⁴³ O Artigo V bis do GATS dispõe sobre acordos de integração dos mercados de trabalho, não impedindo nenhum membro de ser parte em um acordo pelo que se estabeleça a plena integração dos mercados de trabalho entre as partes no mesmo.

²⁴⁴ Isso se deve ao fato de que as tarifas e os contingentes de importação não desempenham um papel importante no comércio de serviços, o que dificulta a aplicação do conceito de União Aduaneira à esfera de serviços.

²⁴⁵ GATS, Art. V, § 4º. Todo acordo do tipo a que se refere o parágrafo 1º está destinado a facilitar o comércio entre as partes dentro dele e não elevará, com relação a nenhum Membro alheio ao acordo, o nível global de obstáculos ao comércio de serviços dentro dos respectivos setores ou subsetores com relação ao nível aplicável com anterioridade ao acordo.

²⁴⁶ Isso significa que um membro não pode alegar em sua defesa que o aumento de barreiras num dado setor teria sido compensado pela redução dos obstáculos em outro (argumento comum quando se trata de acordos regionais sobre bens).

²⁴⁷ GATS, Art. V, § 4º. O presente acordo não impedirá a nenhum dos seus membros serem parte em acordo pelo qual se liberalize o comércio de serviços entre as partes no mesmo, ou celebr em um acordo desse tipo, a condição de que tal acordo: a) tenha uma cobertura setorial substancial (1), e b) estabeleça a ausência ou a eliminação, em essência, de toda discriminação entre as partes, no sentido do artigo XVII, nos setores compreendidos na alínea “a”, por meio de: i) eliminação das medidas discriminatórias existentes, e/ou ii) a proibição de novas medidas discriminatórias ou que aumentem a discriminação, em relação às existentes na data de entrada em vigor desse acordo ou sobre a base de um marco temporal razoável, exceto pelo que respeita às medidas permitidas em virtude dos artigos XI, XII, XIV e XIV bis.

No que tange aos acordos de integração econômica em que os países em desenvolvimento façam parte, a alínea “a” do parágrafo 3º do GATS flexibiliza as exigências no que se refere à ausência ou eliminação, em essência, de toda a discriminação.

O 7º parágrafo, por sua vez, traz disposições relativas à transparência dos acordos propostos, devendo sua notificação ocorrer no âmbito do Conselho de Comércio de Serviços²⁴⁸, o qual tem a faculdade²⁴⁹ de constituir um grupo de trabalho para examinar a compatibilidade do respectivo acordo regional ao artigo V do GATS, diferente do Conselho de Comércio de Bens em que a criação desse grupo é automática.

Da mesma forma que o Acordo GATT, há também previsão de renegociação de direitos quando um membro da OMC desrespeita um compromisso assumido multilateralmente em função da formação do acordo regional²⁵⁰.

Apesar da história recente desse acordo ter se valido de interpretações realizadas no âmbito do artigo XXIV do GATT, o artigo V do GATS não tem suscitado tanta controvérsia quanto à disposição equivalente no comércio de bens. Um dos motivos é a pouca formação de acordos regionais dessa espécie em relação aos de comércio de bens, conforme revela o quadro comparativo a seguir²⁵¹:

Acordos regionais em vigor notificados sob o GATT/OMC	
Art. XXIV do GATT + Cláusula de Habilitação	141 + 26
Art. V do GATS	56
Total	223

²⁴⁸ GATS, Art. V, § 7º, “a”

²⁴⁹ GATS, Art. V, § 7º, “b”

²⁵⁰ GATS, Art. V, § 5º. Se por ocasião da conclusão, ampliação ou modificação significativa de qualquer acordo no marco do parágrafo 1º um membro se propuser a retirar ou modificar um compromisso específico de maneira incompatível com os termos e condições enunciadas em sua lista, dará aviso de tal modificação ou retirada com uma antecedência mínima de 90 dias, e será aplicável o procedimento enunciado nos parágrafos 2, 3 e 4 do artigo XXI.

²⁵¹ WORLD TRADE ORGANIZATION, *Regional Trade Agreements: facts and figures*, 2008. Disponível em <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/regfac_e.htm>. Acesso em 11 de Novembro de 2008.

No entanto, a exemplo do artigo XXIV do GATT, sua redação não foi precisa como era de se desejar, protelando polêmica e ambigüidade quanto ao efetivo papel dos acordos regionais no sistema multilateral de comércio.

3.4 Negociações de Doha sobre os acordos regionais

Conforme analisado, as dúvidas e ambigüidades pertinentes aos acordos regionais frente ao sistema multilateral de comércio não foram até o momento dirimidas.

O parágrafo 29 do mandato de Doha bem que tentou estabelecer uma linha de ação para solucionar a questão.

§ 29 do mandato de Doha. Concordamos também em celebrar negociações encaminhadas para melhorar as disciplinas e procedimentos previstos nas disposições vigentes da OMC aplicáveis aos acordos comerciais regionais. Nas negociações ter-se-ão em conta os aspectos desenvolvimentistas dos acordos regionais de comércio.

O dispositivo instituiu o programa de trabalho de negociações para clarificar e melhorar disciplinas e procedimentos em relação às provisões sobre acordos regionais existentes na OMC, enquanto leva em conta aspectos desenvolvimentistas dos acordos regionais. Todavia, até o momento o progresso tem sido limitado.

No começo, os membros da OMC enfatizaram a necessidade de maior rigor e efetividade às disciplinas da OMC aplicáveis aos acordos regionais. Os Estados que fazem parte do ACP propuseram maior flexibilidade a tratamento especial e diferenciado para acordos regionais celebrados sob a base do artigo XXIV do GATT, envolvendo países desenvolvidos e países em desenvolvimento²⁵². Todavia, o foco do Grupo de Negociação tem sido os aspectos procedimentais para melhorar o lapso da função da OMC em avaliar ditos acordos no seu Comitê de Acordos Regionais. Em suma, a questão da forma como tem sido conduzida nas negociações de Doha, ainda que a Rodada venha a obter eventual êxito, não se espera grandes mudanças para a problemática.

²⁵² UNCTAD, 2005, p. 44.

Analizados os tratados que delineiam a conformação que os acordos regionais devem assumir na ordem jurídica internacional, o capítulo seguinte irá, mediante aplicação do marco teórico do institucionalismo jurídico, buscar respostas para a desconformidade do fenômeno frente às regras positivas multilaterais. Além disso, serão abordados três importantes acordos regionais ante as regras da OMC e o referencial do institucionalismo jurídico.

4 ACORDOS REGIONAIS COMO INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

Conforme restou analisado nos capítulos precedentes, as regras positivas do sistema GATT/OMC têm concebido o regionalismo como exceção frente ao multilateralismo. Essa conjuntura, inclusive, gera perplexidade na medida em que exceções ao regime multilateral são cada vez mais exploradas e utilizadas num ambiente econômico arquitetado sob regras que deveriam privilegiar a eficiência econômica, mediante aplicação da cláusula da NMF no comércio multilateral.

Por outro lado, por envolver uma ampla gama de interesses e uma série de destinatários dessas normas, o percurso histórico da positivação das regras do comércio internacional tem demonstrado que as “exceções” ao regime multilateral foram um pleito concomitante à criação desse sistema. Nesse sentido, não se buscou simplesmente uma regulamentação prospectiva para os novos acordos regionais, mas também uma acomodação de um movimento há muito consolidado na Comunidade internacional.

Por meio das normas da Cláusula de Anterioridade, artigos XXIV e XXV do GATT e, posteriormente, Cláusula de Habilitação e artigo V do GATS, tentou-se, vagamente, restringir a propagação desses microssistemas jurídicos internacionais frente ao arcabouço jurídico multilateral; diz-se vagamente, porque a redação dos dispositivos é repleta de conceitos vagos, além de o respectivo comitê de avaliação desses não ter obtido sucesso na avaliação de conformidade desses mesmos acordos frente à normativa multilateral²⁵³. Além disso, a tentativa de contenção do fenômeno tem se exteriorizado por meio de um discurso ambíguo, pois o crescimento dessas instituições cresceu exponencialmente na última década e, salvo única exceção (Mongólia), todos os membros da OMC integram algum acordo regional. Esse flagrante ímpeto regionalista, que ora se sustenta, fragmenta institucionalmente o sistema jurídico do comércio internacional e sobreleva um cenário de complexidade jurídica complementar que o presente capítulo tentará justificar mediante aplicação do referencial jurídico-institucional. Em seguida, será abordada a experiência da instituição-jurídica regional européia, melhor aprofundando as considerações obtidas.

²⁵³ Vide páginas 115 e ss.

4.1 A fragmentação jurídico-institucional da sociedade comercial internacional

Quando se tratou das vertentes dialéticas que classificavam as concepções jurídicas em formalista e institucionalista, foi dito que a norma positiva é um elemento que carrega valores sociais pressupostos à própria regra formal imposta pelos Estados. Essa dicotomia aplicada à presente pesquisa revela que o referencial positivista tem prevalecido, pelos menos, nos últimos 60 anos de conformação do cenário comercial internacional, especialmente pela sua concepção voluntarista. Por outro lado, verificou-se que a realidade fática da sociedade econômica internacional, ao tempo das negociações do acordo GATT/1947²⁵⁴, já se encontrava fragmentada, porquanto se buscava estreitar os laços comerciais por meio de coalizões regionais que concretizassem a utopia kantiana de paz perpétua.

Nesse contexto, o êxito de um acordo multilateral àquela época dependia também do interesse europeu em acomodar as unidades autônomas regionais que se consolidavam no velho continente. Foi com o propósito de se exteriorizar o compromisso em liberalizar o comércio amplamente protegido após o segundo grande confronto bélico do século XX e, por outro lado, manter as instituições jurídicas que aproximavam Estados geograficamente próximos que o acordo GATT relaxou suas disposições multilaterais liberalizantes; isso porque, apesar de se tentar configurar o sistema multilateral de comércio sob uma perspectiva jurídico-institucional unitária – como a visão monista kelseniana –, o padrão comercial multilateral que outrora se buscava estabelecer impositivamente foi cedendo espaço ao modelo jurídico-institucional híbrido e pluralista arraigado anteriormente.

Nesse novo espaço jurídico, a maioria dos membros da Comunidade Econômica Internacional não mais se conforma à condição passiva na construção de

²⁵⁴ Cabe destacar que, em que pese a tradição positivista considerar que só houve uma verdadeira instituição jurídica quando a OMC foi criada ao final da Rodada Uruguai em 1994, há muito se discutia a concepção do próprio acordo GATT/1947 figurar como instituição. Segundo Kenneth Dam, alguns puristas não aceitam o GATT como organização internacional, não passando de um mero acordo multilateral, que prevê em seu art. XXV :1 a ação conjunta (*joint action*) das partes contratantes, mas não se refere ao GATT como organização. De outro lado, o entendimento do GATT/1947 como organização pode ser compreendido como tal na medida em que seu patrimônio institucional e jurídico é um dos mais consistentes agrupamentos de entes internacionais do cenário contemporâneo mundial. Seu caráter multilateral e suas provisões sobre ação conjunta e decisões lhe deram a potencialidade de se tornar, o que realmente aconteceu, uma “organização” internacional para cooperação comercial entre Estados signatários. (DAM, Kenneth W. *The GATT Law and International Economic Organization*. Chicago: University of Chicago Press, 1970, p. 335)

instituições jurídicas que lhes favoreçam oportunidades; pelo contrário, a demora e as dificuldades para obtenção de consenso multilateral ensejaram uma postura pró-ativa dos Estados – especialmente dos países em desenvolvimento que representam 2/3 dessa Comunidade – na construção da nova ordem jurídica econômica internacional. Problemas estruturais quanto à especificação de diretrizes claras pertinentes ao artigo XXIV, bem como a própria avaliação de conformidade a respeito desses acordos regionais, e ainda, a dificuldade de um desfecho à Rodada Doha representar algum avanço na contenção desses acordos tem corroborado o fato de que as instituições jurídicas regionais vieram se agregar à instituição jurídica maior, representada pela OMC e seus acordos multilaterais internalizados indistintamente por todos os seus membros.

Nesse cenário, apesar de a estrutura base da Comunidade internacional ainda ser a pluralidade de entes soberanos que não reconhecem autoridades superiores, uma nova ordem econômica internacional composta anteriormente só por entes soberanos e independentes, centrados no poder político estatal, hoje ce de lugar a uma série subjetiva nova que não se limita aos Estados, ao menos na tradicional acepção do termo; pondo-se igualmente como entidade soberana e independente, experimenta uma intensa vida de relações não somente com os Estados que as conceberam e asseguraram existência. De fato, há então uma efetiva dilatação de toda a Comunidade internacional e, no caso, da Comunidade Econômica Internacional²⁵⁵.

Doutrina moderna²⁵⁶ também se pronunciou sobre a necessidade de abordar o fenômeno sob viés nada convencional, o qual passa pela leitura do artigo XXIV como uma norma ineficaz para disciplinar ou impedir a criação e continuidade da existência dos acordos regionais. Além de a ineficácia da norma positiva da OMC ter se dado em virtude do fracasso da avaliação desses acordos, Joost Pauwelyn lembra que, no mecanismo de solução de controvérsias, evita-se desafiar os

²⁵⁵ GIULIANO, Mario. *La cooperazione degli stati e il commercio internazionale*, Milano: Giuffrè Editore, 1972, p. 13-14.

²⁵⁶ A multilateralização do regionalismo foi discutida em seminário realizado pela própria OMC, em setembro de 2007, no qual Joost Pauwelyn trouxe diferente abordagem ao sugerir o abandono da leitura de que o artigo XXIV coloca a OMC e suas regras como o centro do universo; a manutenção dessa visão presume que a OMC efetivamente decide quando e como os acordos regionais são concluídos, devendo, portanto, ser repensada. (PAUWELYN, Joost. *Legal Avenues to*

acordos regionais; quando o artigo XXIV é trazido como defesa, painéis e órgão de apelação fazem de tudo para evitar ingressar no seu mérito.

Dessa forma, identifica-se uma ambigüidade entre o discurso e a postura prática dos membros da OMC em relação ao avanço do regionalismo uma vez que há baixo grau de combatividade relacionado a esse assunto. Esse efeito corrobora conclusões anteriores sobre a tolerância dos membros da OMC ao regionalismo e sobre a tentativa de se acomodar esse fenômeno no âmbito do multilateralismo comercial. Tatiana Prazeres denominou a conduta de “síndrome do telhado de vidro”, a qual explica em boa medida a resistência que os membros da OMC têm de apontar as inconsistências do comportamento dos outros quando suas próprias práticas a respeito do mesmo tema apresentam suas fragilidades. Sem olhar para sua própria atitude, parece mais conveniente aos membros da OMC atuar na penumbra do regime, aproveitando-se da ambigüidade de suas normas para dar seguimento à política de estabelecimento de arranjos regionais questionáveis. Esses membros, apesar de terem receio dos blocos alheios, não estão exatamente dispostos a restringir sua margem de manobra para atuar regionalmente²⁵⁷.

A realidade política e jurídica é, portanto, que os acordos regionais estão aqui para ficar, estejam ou não conformes às regras da OMC. Antes de lamentar sua inconsistência com os princípios da OMC ou se aborrecer pelas costuras que o aprofundamento desses acordos possa acarretar (*spaghetti bowl*), dever-se-ia pensar modos de coexistência de ambos, de maneira a fazer com que a rede OMC e os acordos regionais possam ser “desenroscados”, maximizando-se seus efeitos²⁵⁸. Para se modificar o atual “jeito OMC” de se pensar o fenômeno (até então sem sucesso), que reclama hierarquia e supremacia sobre os acordos regionais (e.g., artigo XXIV) para uma situação de reconhecimento mútuo, acomodação e respeito, dever-se-ia parar de julgar os acordos regionais como um fenômeno fora de controle e, por exemplo, permitir-se que os painéis do OSC interpretem e apliquem as regras da OMC em referência aos acordos regionais acordados pelas partes

“*Multilateralizing Regionalism*”: *Beyond article XXIV*. Paper presented at the Conference on Multilateralising Regionalism, Geneva: WTO, September 2007)

²⁵⁷ PRAZERES, 2007, p. 65.

²⁵⁸ PAUWELYN, 2007, p. 03.

(“multilateralizar” o regionalismo na OMC)²⁵⁹; e, ao invés de considerar o artigo XXIV apenas como uma interface, fazer com que os próprios negociadores dos acordos regionais cuidadosamente regulem as interações com os acordos OMC de modo a preservar a integridade de ambos os sistemas (“multilateralizar” o regionalismo nos acordos regionais)²⁶⁰.

Nessa conjuntura, desatar o emaranhado existente entre os acordos regionais e a OMC é a palavra de ordem; esse propósito passa pelo mútuo reconhecimento e respeito de ambos os níveis institucionais promovendo no plano multilateral o fenômeno do regionalismo. Da mesma forma, alinhar-se a essa perspectiva de reconhecer o fenômeno ao invés limitá-lo se apresenta como o mais legítimo e representativo Direito Internacional Econômico; inclusive, particulariza interesses de pequenos Estados que passam a deter as rédeas de seu próprio processo negociador.

Ademais, a assimilação dessas microinstituições como ordens jurídicas conformadoras do novo paradigma de comércio internacional não é por acaso. Após detida análise sobre os modelos de acordos regionais que hoje vigoram, é possível afirmar que esses não mais se tratam de simples contratos ou concessões tarifárias, mas vão além; constituem-se em formações sociológicas do tipo institucional – não contratual –, assentadas em um fundamento natural e objetivo. O regionalismo – como fenômeno jurídico e institucional – emerge como um mosaico jurídico frente à instituição multilateral. Acordos regionais somam-se, portanto, ao arcabouço jurídico multilateral de maneira que os elementos dos corpos sociais internacionais se aproximem de uma diretriz que os norteia, um ideal baseado na sociedade econômica internacional: a liberalização do comércio internacional.

Esse norte pode ser observado pelas regras pautadas pela própria instituição OMC; mais ainda, esses acordos possuem graduações de convergência institucional, permitindo profunda intersecção entre instituições internacionais ao comum propósito de liberalização do comércio.

²⁵⁹ Uma saída apontada por Isabelle Van Damme é que a jurisprudência OMC – por meio de seus painéis e Órgão de Apelação – reconheça a relevância desses acordos regionais na interpretação do direito OMC. Essa é a única maneira de se contornar os problemas oriundos da proliferação dos acordos regionais para um sistema multilateral de comércio seguro e previsível. (VAN DAMME *apud* Pauwelyn, 2007, p. 16)

²⁶⁰ PAUWELYN, 2007, p. 03-04.

Como foi afirmado no primeiro momento dessa pesquisa, o regionalismo explica como um ato jurídico, que gera somente relações, não basta para fazer surgir o direito objetivo. Para se atingir o nível de ordenamento jurídico institucional preconizado por Santi Romano é necessário que um ato legal não se limite a constituir uma relação que se mova, em todos os seus elementos, no âmbito de um ordenamento já existente, mas esse ato deve gerar, ao menos parcialmente, este último. Em outras palavras, o regionalismo não gera apenas efeitos entre os membros que dele fazem parte, mas sim, instiga a própria redefinição jurídica de todo o sistema multilateral de comércio. Há, portanto, interface²⁶¹ entre o direito objetivo regional e o multilateral. A regra tomada isoladamente não se constitui em direito objetivo; um ato jurídico, para que possa ser considerado fonte de direito, deve estabelecer não só regras, mas uma organização social mais ou menos completa.²⁶² Essa organização institucional é perfeitamente encontrável na atual sociedade econômica internacional.

Por sua vez, a proliferação de instituições jurídicas regionais, por ser a identificação dos próprios anseios da Comunidade Econômica Internacional, traduz o descontentamento de seus membros com questões não contempladas pelas rodadas e acordos multilaterais. Esse contexto se enquadra perfeitamente como uma situação de direito objetivo, pressuposto, latente na realidade fática da sociedade do comércio internacional e instituições que compõem seu universo. A concretização de um ato jurídico (e.g. acordo regional) entre Estados que gere relações, não é suficiente para se identificar um direito objetivo se esse ato não for capaz de inovar de alguma forma as instituições jurídicas sobre as quais se assenta. Por essas razões, o ideal regionalista é essencialmente orgânico, dinâmico, e movimenta a renegociação das regras multilaterais positivadas. É produto espontâneo e necessário dessa sociedade, derivado dos constantes contatos entre as múltiplas instituições conviventes, sejam elas Estados ou acordos regionais de

²⁶¹ O termo é empregado no sentido de que a fragmentação institucional representa “direitos” de organizações internacionais, o que implica a ausência de direito geral ou princípios gerais de direito aplicáveis às organizações internacionais. Existe uma influência cruzada entre organizações internacionais o que não é somente sensível, mas também desejado. Nes se sentido, muitos dos problemas institucionais encontrados são comparáveis, de modo que as soluções encontradas por uma organização podem ser utilizadas noutras. (REUTER, Paul. *Principles de droit international public*, 103, Hague Recueil, 1961, p. 525-526)

²⁶² ROMANO, 2006, p. 79.

comércio. É ao mesmo tempo o fundamento do ordenamento jurídico existente, bem como sua própria completude.

A figura das instituições jurídicas (ou ordenamentos jurídicos) representa a tradução objetiva dos anseios das comunidades que abrange. Independem, portanto, do reconhecimento formal dos demais membros da Comunidade internacional. No caso do Direito Internacional Econômico, seus próprios sujeitos são os “legisladores”, aplicadores e destinatários do direito regional e multilateral que compõem esse universo.

Por outro lado, só a assimilação dessas manifestações jurídicas autônomas pelo sistema multilateral positivado é que solidificará uma coesa “superestrutura²⁶³” institucional. Os acordos regionais são as instituições que hoje movimentam a sociedade econômica internacional e promovem o debate da mudança do paradigma multilateral na sua pauta diária; devem ser, portanto, capazes de, por si só, entabularem novas formas de organização social entre os grupos e entidades que as animam.

Na medida em que esses conjuntos organizados são destacáveis da sociedade que integram, por ocasião da emergência de regras a eles pertinentes, surge definitivamente uma nova razão finalística, uma nova vontade a ser exteriorizada para o cumprimento de seus propósitos, enfim, uma nova instituição. Seguindo essa linha evolutiva, a sociedade comercial internacional, cada vez mais alicerçada em instituições jurídicas que lhe tragam maior bem-estar econômico, faz com que o chamado fenômeno da globalização econômica aproxime, com maior consistência, seus membros integrantes.

Finalmente, pode-se afirmar que os acordos regionais, integrantes da universalidade jurídica que é o sistema multilateral de comércio, são instituições à

²⁶³ O termo “superestrutura” é usado por Tunkin para ilustrar, na esfera econômica, as complexidades nacionais de forças produtivas que formam as conexões internacionais e ultrapassam os vínculos interestatais. Para Tunkin, esses *links* entre Estados denotam o caráter de uma superestrutura. Nessa medida, o sistema econômico de Estados individuais influencia sua política exterior em sede de relações internacionais superestruturais, ambos diretamente e por meio de categorias nacionais da superestrutura. Por meio desses dois canais, sob a base fundamental complexa que é, sistemas econômicos de Estados individuais influenciam relações internacionais de caráter superestrutural, bem como organizações internacionais contemporâneas e o próprio direito internacional. (TUNKIN, G. I. *Theory of International Law*. Trad. William E. Butler, Massachusetts: Harvard University Press, 1974, p. 308-310)

imagem e semelhança do próprio Direito Internacional; não são apenas sua fonte, mas sim, a corporificação de um direito objetivo preexistente.

4.1.1 Instituições jurídicas x acordos regionais: características

Além dessas elucubrações, é possível distinguir sinteticamente características das instituições jurídicas do referencial institucionalista²⁶⁴ que se entrecruzam com disposições formalistas dos acordos OMC.

Conforme foi dito anteriormente, os acordos regionais não são simples relações comerciais, mas sim, entidades *estáveis*; representam instituições jurídicas duradouras, permanentes, que guardam estabilidade ao longo do tempo e sofrem pequenas adaptações para, cada vez mais, refinar seu âmago institucional. Verifica-se, portanto, uma espécie de *perenidade* da instituição na medida em que ela não perde sua identidade, ainda que haja alterações em seus elementos, pessoas, patrimônio, meios e interesses. A instituição, portanto, é ordenamento jurídico que difere das simples relações, pois essas não são ordenamentos. A relação depende da instituição, sendo quase a atmosfera em que ela vive, ou seja, algo externo a ela. As regras da OMC também vão ao encontro dessas disposições, promovendo a interdependência comercial. Nesse sentido, as regras multilaterais dispõem de compensações comerciais quando se busque o distrato de acordos regionais, dificultando, sobremaneira, o desfazimento dessas estruturas.

Em segundo lugar, cabe ressaltar a apresentação *objetiva e concreta*, com individualidade exterior e visível das instituições. Os acordos regionais são normas concretas, simples e diretas, que em observância ao postulado da transparência, são acessíveis a todos os membros da OMC.

Segundo o comitê que promove a análise dos acordos regionais, a validade dessas instituições não dispensa o exame de conformidade às regras da OMC; por outro lado, esse comitê se manifestou sobre o mérito de acordo regional

²⁶⁴ ROMANO, 2006, p. 58.

em apenas um único caso²⁶⁵. Essa tolerância manifesta, portanto, a identidade objetiva que esses acordos têm assumido na Comunidade internacional, no sentido de que existe a instituição regional tão logo seja erguida pelas partes que a integram.

São também manifestações da *natureza social* e não puramente individual do homem, devendo ser administradas e dirigidas por homens. Possuem, portanto, comitês de administração para garantir a boa execução de suas regras acordadas. Os acordos regionais são a mais pura expressão desses anseios uma vez que seu conteúdo abarca diversas disposições não contempladas pela OMC. Cabe registrar, de outra banda, que a letra fria dos acordos multilaterais não mais reflete a natureza social de outrora; por essa razão, suas disposições relativas aos acordos regionais são tidas como ineficazes, despidas de sentido prático perante os novos valores que a sociedade econômica internacional têm assumido.

Outro aspecto a se ressaltar é *autonomia* de que cada unidade jurídica é dotada, constituindo-se numa das engrenagens que movimenta a comunidade da qual faz parte. Nessa perspectiva, as instituições são entidades existentes por si mesmas, que afastam a necessidade de reconhecimento formal do Estado para atuarem, ou seja, que os Estados chancelem sua gênese para começar a gerar efeitos jurídicos ou assumam a condição de sujeito ativo no âmbito do comércio internacional. Na verdade, a própria dinâmica fragmentária dessas entidades é que enseja a reconsideração das regras positivas multilaterais, ligando -se à natureza social antes mencionada.

Além disso, o institucionalismo apregoa que toda instituição é uma verdadeira realidade social, entidade fechada, diferente dos indivíduos que dela fazem parte, com *personalidade própria* – ou ao menos potencial²⁶⁶.

²⁶⁵ Em toda a história do GATT/OMC, em apenas uma ocasião houve exame de mérito sobre um acordo regional. No ano de 1994, chancelou-se a criação da União Aduaneira entre a República Checa e a Eslováquia. Logicamente se tratava de espaço comercial oriundo da dissolução da Checoslováquia que, em virtude de derivar da fragmentação de um único país em duas unidades políticas distintas, tratava-se de uma instituição regional muito integrada. (GATT Document, Working Party on the Customs Union between the Czech Republic and the Slovak Republic. Report. L/7501. 15 July 1994)

²⁶⁶ ROMANO, 2006, p. 52.

Para os tratados internacionais, segundo disposição do art. XII, §1º do acordo da OMC, que trata da adesão à organização, podem ser membros da organização “todo Estado ou território aduaneiro distinto que desfrute de plena autonomia na condução de suas relações comerciais exteriores e nas demais questões tratadas no presente Acordo e nos Acordos Comerciais Multilaterais poderá aderir ao presente Acordo em condições que haverá de convir com a OMC [...]”²⁶⁷. Dessa forma, valendo-se de sua autonomia, a instituição jurídica regional deve manifestar a vontade de aderir como membro da organização e, só a partir do momento de sua aceitação²⁶⁸, passa a gozar de todas as prerrogativas inerentes aos demais membros, inclusive a de celebrar acordos regionais.

Seguindo a leitura formalista, no ano de 1994 o comércio multilateral obtém o reconhecimento de sua personalidade jurídica, atributo concedido por seus Membros para o exercício das suas funções²⁶⁹. Por outro lado, a perspectiva jurídico-institucional utilizada nesta pesquisa conduz à afirmação de que personalidade jurídica é inerente às instituições dada a sua existência objetiva. Dessa maneira, interagem com outras instituições desde o momento em que exteriorizam sua afinidade racional e detenham uma satisfatória organização que sustente a concretização de seus propósitos²⁷⁰.

A organização dessa entidade permite-lhe se distinguir dos entes que a integram, inclusive das instituições que as alicerça, de maneira a buscar seu objetivo por meio de uma *vontade* que lhe é intrínseca – independente do reconhecimento de outrem. Dessa particularidade sucede sua *individualidade própria*, permitindo-a se

²⁶⁷ Apesar de não serem Estados, mas territórios aduaneiros separados, são membros da OMC: Hong Kong, China (comumente referida como Hong Kong), e os territórios aduaneiros separados de Taiwan, Penghu, Kinmen e Matsu (comumente referida como Taipé Chinesa).

²⁶⁸ Acordo OMC, art. XII, § 2º. As decisões em matéria de adesão serão tomadas pela Conferência Ministerial. A Conferência Ministerial aprovará o acordo sobre as modalidades de adesão por uma maioria de dois terços dos Membros da OMC.

²⁶⁹ Acordo OMC, Art. VIII, § 1º. A OMC será dotada de personalidade jurídica, sendo-lhe concedida pelos seus Membros a capacidade jurídica que se afigure necessária para o exercício das suas funções.

²⁷⁰ De acordo com o próprio texto do artigo XXIV do GATT/1947, no âmbito de política comercial, algumas instâncias específicas podem ser citadas para evitar algumas das implicações dos conceitos de soberania. Sobre o tema, Jackson reforça que o critério para acesso como membro do Acordo Geral de Tarifas de Comércio, e agora OMC, não está limitado a uma entidade soberana, mas, pelo contrário, abrange Estado ou territórios aduaneiros autônomos detentores de completa autonomia na condução de suas relações comerciais externas. (JACKSON, John H.

relacionar com outras instituições, de qualquer complexidade. As características de *vontade*, *individualidade* e *autonomia* da entidade institucional facultam suas interações em duas frentes: no campo exterior, há uma “individualidade subjetiva” quanto às interações que realize na condição de instituição, revelando sua potencial personalidade; em sua vida interior, se descobre a sua “individualidade objetiva”, relacionando-se intimamente com a ordem jurídica que anima sua estrutura .

Diante dos atributos enumerados, resume-se a seguir as características que a doutrina institucionalista arroga às instituições jurídicas em confronto com a leitura presente das regras da OMC:

Características das instituições jurídicas (doutrina institucionalista)	Características dos acordos regionais (doutrina formalista)
Instituições jurídicas são perenes e estáveis; não se desfazem pela simples mudança de dirigentes	A estabilidade das regras da OMC também promovem a continuidade dos acordos regionais
Todas as instituições jurídicas são objetivamente dotadas de autonomia, diferenciando-se de meras relações contratuais	Os acordos regionais guardam autonomia apenas na medida em que possam exercer sua política comercial externa de forma independente
Existência concreta e identidade objetiva, que dispensa reconhecimento ou anuência volitiva	Possuem existência concreta, identificável ante o postulado da transparência; apesar de a OMC condicionar a validade dos acordos ao exame <i>a posteriori</i> , seu nascimento o antecede
Natureza social, manifestada e dirigida por homens (constituídas por órgãos e membros que lhes delegam poder)	Sua natureza é jurídica, baseada no assentimento dos membros; em última análise, esses também são dirigidos por homens
Possuem individualidade; relacionam-se objetivamente com seu interior e subjetivamente com outras instituições externas	Regulam internamente a relação entre seus membros; externamente, as interações só ocorrem com o assentimento formal dos membros
Possuem personalidade jurídica independente de reconhecimento pelos Estados	Sua personalidade jurídica necessita de reconhecimento dos membros da OMC

Identificado o panorama da atual complexidade institucional, a análise comparativa permite sua aplicação a quaisquer experiências regionais específicas. Nesse ínterim, como forma de se complementar a análise desse processo de fragmentação jurídico-institucional, a última parte dessa pesquisa irá tratar de uma instituição regional específica que em razão de sua longa trajetória se firmou perante

o sistema multilateral. Para tanto, optou-se pela seleção da instituição jurídica regional constituída pela CE²⁷¹.

4.2 A Comunidade Européia como instituição jurídica regional

Explicitada a fragmentação jurídica institucional sob o referencial institucionalista para o fenômeno do regionalismo, é chegado o momento de aplicar suas premissas a um caso específico de acordo regional. Tendo em vista a larga experiência institucional e transformações sofridas que, inclusive, servem de paradigma para muitas outras, optou-se por se restringir a análise à experiência da CE como instituição regional.

Apesar de a literatura especializada ter amplamente abordado essa organização internacional, a presente pesquisa procura ir além das explicações tradicionais para o fenômeno do regionalismo, bem como da própria aceitação do ambicioso projeto de integração na Europa.

Investigando documentos do GATT e doutrina sobre o assunto, percebe-se que, desde sua concepção, uma série de conflitos entre a perspectiva do positivismo jurídico e o viés institucionalista (direito objetivo) permearam a construção do Direito Internacional Econômico e, por conseguinte, o estágio atual da integração européia.

Não obstante parecer que a partir da criação da OMC a situação jurídica da instituição européia não apresentaria maiores problemas, a investigação sobre sua evolução no sistema multilateral de comércio revela um passado conturbado. Além disso, a segunda onda do regionalismo trouxe outros desafios à compreensão dessa tendência que, acima de tudo, coloca a CE uma vez mais como pivô na criação desses novos acordos preferenciais e, porventura, instituições.

²⁷¹ Destaca-se que, no âmbito dessa pesquisa, o termo Comunidade é aplicado em diversas fases do processo de integração europeu. De acordo com o período temporal a que se refere, assume diferentes significados como a Comunidade Econômica Européia (CEE), Comunidades Européias, Comunidade Européia (CE). Já o termo União Européia é pouco utilizado nessa pesquisa uma vez que se refere ao processo de integração como um todo, não detendo *status* formal de membro do GATT/OMC.

Destacadas as razões para a escolha da experiência europeia como instituição jurídica a se submeter ao teste, inicia-se sua investigação a partir da sua evolução em mais de meio século de integração .

4.2.1 Evolução histórica da instituição jurídica europeia

Conforme foi destacado alhures, o flagelo da 2ª Guerra Mundial foi sucedido pela concretização do propósito iluminista de unificação dos povos; esse ideal se exteriorizaria pelo fenômeno do regionalismo, o qual, por meio da interdependência comercial, aprofundaria a cumplicidade entre as nações, evitando conflitos bélicos posteriores²⁷². O que era apenas uma utopia de filósofos e visionários passou a se desenhar como um verdadeiro projeto político²⁷³. Das cinzas da Segunda Guerra Mundial renovou-se a esperança de uma maneira que os Estados que haviam resistido ao totalitarismo durante a guerra estavam agora determinados a pôr fim aos antagonismos nacionais e a criarem condições para uma paz duradoura por meio da liberalização comercial²⁷⁴; surge então a idéia de criar uma instituição que, de fato, os reunisse em torno de um só propósito comum .

Nesse contexto, entre 1945 e 1950, estadistas como Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide De Gasperi e Winston Churchill esforçaram-se em convencer seus povos a buscarem novas estruturas, baseadas em interesses

²⁷² Cabe lembrar que, no século XX, não se criaram uniões aduaneiras significativas até o fim da Segunda Guerra Mundial, embora tenham sido feitas várias tentativas para integrar as economias de alguns países europeus. Isso porque diversos obstáculos políticos emperravam a concretização desses projetos. No entanto, a partir do exemplo europeu na metade do século XX, deslança a primeira onda do regionalismo (Vide seção 3.2.).

²⁷³ Cabe destacar que o foco dessa parte não é minudenciar as diversas discussões relevantes no âmbito da União Europeia (UE), mas sim, destacar sua evolução histórica para, em seguida, verificar a conformação do direito positivo multilateral abarcado pelo GATT/OMC à instituição jurídica europeia. Não obstante o recorte necessário para essa pesquisa, não se pode deixar de mencionar que o papel da CE no cenário internacional já abrange as mais diversas esferas, como celebração de acordos financeiros e telecomunicações, ajuda humanitária em euros, envio de tropas para auxiliar o processo de paz no Oriente Médio, e ainda motivar países industrializados a aderirem ao Protocolo de Kyoto para redução de emissão de gases poluentes; esses diversos planos de ação só reforçam a proeminência que a instituição jurídica europeia tem assumido nos mais diversos âmbitos, não mais se limitando a o cenário comercial.

²⁷⁴ Sobre o caso da formação da União Europeia, Jackson destaca que o forte objetivo político era visto como um início da integração das instituições econômicas europeias (a Comunidade do Carvão e do Aço de 1952 e o Tratado de Roma de 1957) relacionados ao importantíssimo objetivo de prevenir a III Guerra Mundial e, particularmente, prevenir conflitos entre França e Alemanha. Em

comuns e assentes em tratados que garantissem o primado da lei e a igualdade das nações.

Pondo em prática o projeto, no dia 9 de Maio de 1950, a Declaração Schuman sugeriu a criação de uma Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), a qual veio a se tornar realidade com o Tratado de Paris de 18 de Abril de 1951, instituindo um mercado comum do carvão e do aço entre os seis Estados fundadores (Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos). Poucos anos decorridos sobre o fim da Segunda Guerra Mundial, o seu objetivo primordial era assegurar a paz entre as nações europeias vencedoras e vencidas, associando-as num sistema institucional comum regido pelos princípios da igualdade e da cooperação.

Posteriormente, em 25 de Março de 1957, esses seis Estados decidiram mediante a assinatura do Tratado de Roma construir uma Comunidade Económica Européia (CEE)²⁷⁵; essa entidade criaria um mercado comum mais alargado que englobaria toda uma série de bens, serviços, mão-de-obra e capitais, o que seria conhecido como as “quatro liberdades”. O Tratado de Roma dispunha em seu preâmbulo que assentaria também as bases para uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus.

outros blocos regionais, objetivos políticos podem não ser tão óbvios, mas certamente existem como pano de fundo. (JACKSON, 2002, p. 100)

²⁷⁵ Com a criação da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) – que entra em funcionamento em Julho de 1952 – concretiza-se a primeira grande realização da Europa supranacional. Pela primeira vez, os seis Estados-Membros desta organização renunciaram, ainda que num domínio restrito, parte de suas soberanias em prol de uma instituição jurídica comunitária. Esse primeiro esforço de integração revela rapidamente as suas limitações, com o malogro, em 1954, da Comunidade Européia de Defesa (CED). Numa altura em que se podia temer que o esforço empreendido pela CECA não tivesse futuro, a Conferência de Messina, de Junho de 1955, procurou relançar o processo europeu. Seguiu-se uma série de outras reuniões de ministros ou de peritos. No início de 1956, foi instituído um comité preparatório responsável pela elaboração de um relatório sobre a criação de um mercado comum europeu. Esse comité reuniu-se em Bruxelas, sob a presidência de P. H. Spaak, o então Ministro dos negócios estrangeiros belga. Em Abril de 1956, este comité apresentou dois projetos que corresponderam às duas opções decididas pelos Estados: a criação de um mercado comum generalizado; e, a criação de uma comunidade da energia atômica.

Em Março de 1957, foram assinados em Roma os famosos “Tratados de Roma”. O primeiro instituiu a Comunidade Económica Européia (CEE) e o segundo a Comunidade Européia da Energia Atômica, mais conhecida sob a designação de Euratom. Uma vez que as ratificações pelos vários países não levantaram problemas, esses dois Tratados entraram em vigor em 1º de Janeiro de 1958. (EUROPA, *Tratado que institui a Comunidade Económica Européia ou Tratado CEE*, 2008). Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_pt.htm>. Acesso em: 25 nov. 2008.

Paralelamente a esse projeto, surgia em 1960 a Associação Europeia de Livre Comércio (AELC)²⁷⁶ a qual era constituída pelos países: Áustria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça.

Na progressão dessa estrutura da CEE, os direitos aduaneiros entre os seis países foram totalmente abolidos em 1º de Julho de 1968, aplicando-se ainda uma tarifa externa comum (TEC) para as importações originadas de terceiros mercados; ao longo da mesma década, foram definidas políticas comuns nos domínios do comércio e da agricultura. À época, se comprometeram ainda em cooperar no setor nuclear, assinando o acordo constitutivo da EURATOM, surgindo, portanto, três instituições (comunidades) paralelas, com características específicas²⁷⁷.

Alguns anos mais tarde, 1973, o êxito dos seis países ensejou a primeira onda de alargamento desse acordo regional, alcançando Dinamarca, Irlanda e Reino Unido. O processo ganhou também novas políticas sociais e ambientais, bem como a criação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) em 1975. Já no ano de 1979 ocorrem as primeiras eleições para o Parlamento Europeu por meio de sufrágio universal direto. No mesmo ano, a CE celebrou um acordo para o estabelecimento de uma zona de livre comércio com a Finlândia, país vinculado a AELC por um acordo de associação desde 1961 e que passou a ser membro pleno da AELC em 1985. Além desses acordos, a CE pactuou uma ampla rede de acordos preferenciais com ex-colônias e territórios, muitas das quais tinham se convertido em Estados independentes durante as décadas de 50 e 60²⁷⁸. Esses resultados fizeram que em 1973 se estabelecesse a maior zona de livre comércio do mundo²⁷⁹.

²⁷⁶ Esse foi o segundo acordo europeu de integração e é também conhecido pela sua em inglês EFTA (*European Free Trade Association*). A AELC foi criada por países vizinhos à CE por vontade própria ou involuntariamente, em resposta à constituição da Comunidade. A julgar por seu preâmbulo, seus objetivos eram puramente econômicos: fomentar na zona de associação e em cada Estado-membro uma expansão sustentada pela atividade econômica, pleno emprego, produtividade e a utilização racional de recursos, a estabilidade financeira e a melhora permanente da qualidade de vida.

²⁷⁷ Em 8 de Abril de 1965 é assinado em Bruxelas o "Tratado de Fusão", por meio do qual se estabeleceu um conselho único e uma comissão única na União Europeia, estrutura que otimizou a administração das comunidades CECA, CEE e EURATOM no processo de integração.

²⁷⁸ A parte IV do Tratado de Roma prevê uma transição no que diz respeito aos acordos comerciais preferenciais da União Aduaneira da França e Benelux com diversos países, a maioria África, Ásia e Caribe. Em 1963, o Convênio de Yaoundé (1963) vinculou a CEE com 18 Estados africanos e com Madagascar, formando uma série de zonas bilaterais de livre comércio; em 1975, o 1º

A segunda fase de alargamento ocorre em 1981, quando a Grécia adere à Comunidade seguida, em 1986, por Espanha e Portugal. Essas adesões reforçaram a presença da Comunidade no Sul da Europa e tornar am mais urgente a expansão dos seus programas de auxílio regional.

Com a crise econômica mundial nos anos 70, o início da década de 80 trouxe consigo uma onda de “europessimismo”. Contudo, a fase negativa é superada em 1985, quando a Comissão Européia, sob a presidência de Jacques Delors, publica um Livro Branco fixando um calendário para concluir a realização do mercado interno europeu até 1º de Janeiro de 1993. O ambicioso objetivo ficou consagrado no Ato Único Europeu, assinado em Fevereiro de 1986 e vig ência a partir de 1º de Julho de 1987. A publicação do referido livro coincidiu com a reunião ministerial de Luxemburgo entre países da CEE e da AELC, que estabelecia diretrizes para o alcance de um Espaço Econômico Europeu (EEE). Esse concerto entre as duas instituições regionais decorria da gradual expansão da cooperação iniciada nos anos 70 entre os países da CEE e AELC, e pela eliminação em 1984 das barreiras tarifárias e não tarifárias que ainda afetavam o comércio bilateral entre essas duas instituições jurídicas.

No fim da década de oitenta, o velho continente passa por uma importante reviravolta política com a queda do Muro de Berlim – reunificação da Alemanha em Outubro de 1990 – e a democratização dos países da Europa Central e Oriental, libertados da tutela soviética²⁸⁰. A derrocada do regime socialista que

Convênio de Lomé reuniu 46 países em desenvolvimento de regiões da África Caribe e Pacífico (ACP) com a CE. (vide seção 4.2.5)

²⁷⁹ OMC, 1995, p. 34.

²⁸⁰ Esse fato foi preponderante para que a UE experimentasse mais tarde um novo alargamento sem precedentes. Em meados da década de 90 começaram a bater à porta da UE os antigos países do bloco soviético (Bulgária, República Checa, Hungria, Polônia, Romênia e Eslováquia), os três Estados bálticos que haviam feito parte da União Soviética (Estônia, Letônia e Lituânia), uma das repúblicas da antiga Iugoslávia (Eslovênia) e dois países mediterrânicos (Chipre e Malta). A Europa “dos 25” tornou-se realidade em 1º de Maio de 2004, quando a adesão de 10 dos 12 candidatos se concretizou. Romênia e Bulgária aderiram em 1º de Janeiro de 2007. Por oportuno, cabe destacar que a Noruega também quis, num primeiro momento, aderir à União Européia em 1972 e 1994. No entanto, nas duas ocasiões, através de referendos, a população norueguesa rejeitou a adesão do seu país. A população helvética (Suíça) também procurou aderir à União, mas referendo popular rejeitou a proposta em 2001. Croácia, Turquia e Macedônia são candidatos a aderir à UE. As negociações com esses países iniciaram-se oficialmente em Outubro de 2005, no entanto, ainda não há data de adesão definida – o processo pode estender-se por vários anos, sobretudo no que concerne à Turquia, contra a qual há forte oposição de França e Áustria.

dividiu o mundo por décadas foi ilustrada pelo fim da União Soviética em Dezembro de 1991.

Ao tempo dessas mudanças, os Estados-Membros negociaram o Tratado de Maastricht, que veio a ser adotado pelo Conselho Europeu, constituído pelos Chefes de Estado e/ou de Governo, em Dezembro de 1991 e entrou em vigor em 1^o de Novembro de 1993. Esse tratado alterou a designação da Comunidade Económica Europeia (CEE), que passou a denominar-se, simplesmente, Comunidade Europeia (CE). Também introduziu novas formas de cooperação entre os governos dos Estados-Membros em domínios como defesa, justiça e assuntos internos. Ao acrescentar essa cooperação intergovernamental ao sistema comunitário existente, criou-se uma nova estrutura, tanto política como económica, com base em três pilares²⁸¹.

Em 1^o de Janeiro de 1995, a nova situação geopolítica do continente permitiu o ingresso de Áustria, Finlândia e Suécia ao bloco europeu. Em seguida, a ambiciosa mudança da criação de uma moeda única aparece em algumas transações financeiras não efetuadas em dinheiro, no ano de 1999. Três anos mais tarde as notas e as moedas de euros entram em circulação nos 12 países da “zona do euro”, consolidando um importante passo ao aprofundamento institucional da Comunidade.

Vale destacar também a assinatura do Tratado de Amsterdã em 1997, o qual consolida avanços obtidos no Tratado de Maastricht e confere atenção à temática social (emprego, direitos fundamentais, saúde, imigração), além de firmar a política ambiental comunitária. Em 2001, o Tratado de Nice efetiva reforma nas instituições europeias a fim de assegurar seu eficaz funcionamento na seqüência do seu alargamento.

A evolução jurídico-institucional da Comunidade, entretanto, não convergiu de forma unânime entre seus membros, como se observou nas discussões sobre o II Tratado de Roma. Esse acordo em que se buscava estabelecer uma Constituição para a Europa, assinado em Roma no dia 29 de Outubro de 2004, foi rechaçado por França e Holanda.

Esse fracasso político motivou a reavaliação do processo e conseqüente elaboração do Tratado de Lisboa, no dia 13 de Dezembro de 2007. Esse tratado pretende colmatar as lacunas decorrentes da não ratificação da constituição europeia, demandando ratificação pelos 27 Estados-Membros para concretizar o aumento da democracia na UE; contempla assuntos como abertura, transparência e participação – aumentando a eficácia da atuação da UE e a sua capacidade para enfrentar os atuais desafios da atualidade como, *e.g.*, a globalização, alterações climáticas, segurança e energia. O tratado ainda dá consistência jurídica formal à instituição da União Europeia, uma vez que lhe atribui personalidade jurídica e reforça o seu poder de negociação e influência no cenário internacional, tornando-a mais visível para outros países e organizações internacionais.

O resultado desse processo de integração resultou em três níveis de liberalização comercial – ou graus de aprofundamento institucional – distintos:

- entre os 15 Estados-membros da Comunidade Europeia se aplica o nível mais profundo, que se estende em sua maior parte através do Espaço Econômico Europeu (EEE) aos países da Europa Ocidental que tenham permanecido na Associação Europeia de Livre Comércio (AELC);
- num segundo nível de integração encontram-se países da Europa Central e Oriental, assim como os países mediterrâneos com os quais a CE tenha concertado acordos de livre comércio recíprocos;
- o último grupo é formado por países em desenvolvimento com os quais a CE tenha celebrado acordos preferenciais não recíprocos, a exemplo dos países do Norte da África e ACP.

Analisada essa singela retrospectiva da construção jurídico-formal do bloco europeu de integração, passa-se a seguir ao breve entendimento sobre as regras positivas que nortearam a atuação da CEE com o mundo exterior.

²⁸¹ Esses 3 pilares institucionais que sustentam a UE são: (i) assuntos sobre agricultura, ambiente, saúde, educação, energia, pesquisa e desenvolvimento; (ii) política externa e segurança comum; e, (iii) cooperação policial e judiciária em matéria penal.

4.2.2 A política comercial comum da instituição jurídica europeia

As relações exteriores da CEE tem como marco legal o Tratado de Roma de 1958 – ou Tratado da Comunidade Econômica Europeia – que tocou em pontos fundamentais em relação a atividade da Comunidade dentro do GATT/1947 ao estabelecer e definir uma Política Comercial Comum; ela tem também sido um dos instrumentos mais usados para o exercício das relações exteriores da Comunidade²⁸², especificamente no que tange as prescrições do seu artigo 113.

Essa política comercial comum foi incluída entre suas atividades juntamente com a tarifa externa comum aplicável aos terceiros Estados²⁸³. Já os meandros para se alcançar foram dispostos nos artigos 110 a 116, tendo alguns deles sido revogados (arts. 111, 114, 116) ou emendados (arts. 113, 115) pelo Tratado da União Europeia – também conhecido como Tratado de Maastricht.

Examinando esses dispositivos, verifica-se que o artigo 110²⁸⁴ enfatiza o elo entre a Política Comercial Comum da Comunidade para o estabelecimento da União Aduaneira pelos Estados-membros e destaca a necessidade de “progressiva abolição das restrições ao comércio mundial”, redação que é mantida no Tratado da União Europeia. O artigo 111, por sua vez, previa as regras para implementação da Política Comercial Comum durante o período de transição, que acabou em 1968;

²⁸² MACLEOD, Ian; I.D. HENDRY, Stephen Hyett. *The External Relations of the European Communities*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 266.

²⁸³ Princípios da Comunidade. Artigo 1º. Pelo presente Tratado, as altas partes contratantes instituem entre si uma Comunidade Europeia. Artigo 2º. A Comunidade tem como missão, através da criação de um Mercado Comum e de uma União Econômica e Monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3º e 3º-A, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades econômicas, um crescimento sustentável e não inflacionário que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-membros. Artigo 3º. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2º, a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: a) A eliminação, entre os Estados-membros, dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas à entrada e à saída de mercadorias, bem como de quaisquer outras medidas de efeito equivalente; b) *Uma política comercial comum*; [...] [grifou-se]

²⁸⁴ Tratado de Roma (CEE). Política Comercial Comum. Art. 110. Ao instituírem entre si uma união aduaneira, os Estados-membros propõem-se contribuir, no interesse comum, para o desenvolvimento harmonioso do comércio mundial, para a supressão progressiva das restrições às trocas internacionais e para a redução das barreiras alfandegárias.

A política comercial comum tomará em conta a incidência favorável que a supressão de direitos aduaneiros entre os Estados-membros possa ter no momento da capacidade concorrencial das empresas destes Estados.

após essa fase a Comunidade obteve todas as competências para gerir essa política comunitária. Os Estados-membros então foram conclamados para “coordenar suas relações comerciais com terceiros países de maneira a trazer, não mais tarde que a expiração do período de transição, as condições necessárias para a implementação da Política Comercial Comum”. Além disso, deveriam realizar consultas de suas medidas com a comissão, as quais conferissem obrigações e responsabilidades para subseqüentes negociações multilaterais e atividades da Política Comercial Comum. Obviamente, o artigo foi abolido pelo Tratado da União Européia em virtude do esgotamento de seu objeto.

No artigo 112²⁸⁵ encontra-se a necessidade de harmonização do sistema e garantia de ajuda às exportações para terceiros países e o artigo 113²⁸⁶ assenta que a política comercial comum é pautada por “princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações de pauta, à celebração de acordos de pauta e comerciais, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de proteção do comércio, tais como

²⁸⁵ Tratado de Roma (CEE). Art. 112. §1º Sem prejuízo dos compromissos assumidos pelos Estados-membros no âmbito de outras organizações internacionais, os regimes de auxílios concedidos pelos Estados-membros às exportações para países terceiros serão progressivamente harmonizados antes do termo do período de transição, na medida em que tal for necessário para evitar que a concorrência entre as empresas da Comunidade seja falseada. Sob proposta da Comissão, o Conselho, deliberando por unanimidade até ao final da segunda fase e, daí em diante, por maioria qualificada, adotará as diretivas necessárias para o efeito.

§ 2º. As disposições precedentes não são aplicáveis aos *drawbacks* de direitos aduaneiros ou de encargos de efeito equivalente, nem aos reembolsos que resultem de imposições indiretas, incluindo os impostos sobre o volume de negócios, os impostos sobre consumos específicos e outros impostos indiretos, concedidos no momento da exportação de uma mercadoria de um Estado-membro para um país terceiro, na medida em que esses *drawbacks* ou reembolsos não excedam os direitos, encargos ou imposições que tenham incidido, direta ou indiretamente, sobre os produtos exportados.

²⁸⁶ Tratado de Roma (CEE). Artigo 113.

§1º. A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de proteção do comércio, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de sub sídios.

§2º. Tendo em vista a execução desta política comercial comum, a Comissão submeterá propostas ao Conselho.

§3º. Quando devam ser negociados acordos com um ou mais Estados ou organizações internacionais, a Comissão apresentará, para o efeito, recomendações ao Conselho, que a autorizará a encetar as negociações necessárias. A Comissão, no âmbito das diretivas que o Conselho lhe pode dirigir, conduzirá estas negociações, consultando para o efeito um Comitê especial designado pelo Conselho para assistir-lhe nessas funções. São aplicáveis as disposições pertinentes do artigo 228.

§4º. No exercício da competência que lhe é atribuída no presente artigo, o Conselho delibera por maioria qualificada.

as medidas a tomar em caso de dumping e de subsídios”. Referida disposição tem suscitado controvérsia, pois embora tente definir a política comercial comum ao elencar claramente as matérias listadas, a definição é tida como não exaustiva em relação aos temas abarcados pela política comercial o que evitaria o fechamento das portas à aplicação no contexto da Comunidade de outros processos a regular o comércio internacional²⁸⁷.

Ademais, o artigo 113, § 2º, estipulou que a Comissão deveria submeter propostas ao Conselho para implementação da Política Comercial Comum. Nos casos de acordos negociados com terceiros países, a comissão deveria formular recomendações ao conselho, o qual deveria autorizá-lo a abrir e conduzir as necessárias negociações (art. 113, § 3º).

A respeito do dispositivo, cabe destacar que a CEJ já decidiu categoricamente que a Comunidade tem poderes exclusivos para os propósitos da Política Comercial Comum, sem concorrência dos Estados-membros²⁸⁸. Todavia, isso nem sempre tem ocorrido na realidade dos fatos, pois, apesar de a UE possuir formalmente jurisdição sobre a política comercial desde 1969, na prática, os Estados-membros usaram suas políticas nacionais para proteger setores sensíveis durante a década de 70 e começo dos anos 80²⁸⁹.

No que tange às disposições dos artigos 113 e 114, concernentes às condições sob as quais os acordos em política comercial comum tinham que ser celebrados, mostrou-se que o exercício de poderes concomitantes pelos Estados-membros era impossível, e assim as competências da Comunidade em relação à política comercial comum sob o Tratado de Roma eram exclusivas, uma vez que Estados-membros possam ter adotado posições que poderiam distorcer o quadro institucional, colocando em xeque a confiança mútua no seio da Comunidade.

²⁸⁷ MACLEOD, 1996, p. 268.

²⁸⁸ A Corte se baseou exclusivamente nos fatos que conceberam a Política Comercial Comum, isto é, “no contexto de operação do mercado comum, para defesa de interesses comuns da Comunidade, dentro dos quais os interesses particulares dos Estados-membros devem se esforçar para se adaptarem uns aos outros”. Opinião consultiva da CEJ nº 1/75 de 1975 sobre o artigo 228 do Tratado de Roma (CEE), p. 1364.

²⁸⁹ HANSON, Brian T. What Happened to the Fortress Europe? External trade Policy Liberalization in the European Union, *International Organization*, nº 52, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 56.

Como corolário dessa competência exclusiva da Comunidade, os Estados-membros só poderiam agir unilateralmente nas áreas abrangidas pela Política Comercial Comum por meio de uma autorização específica da Comunidade nos moldes da previsão do artigo 115²⁹⁰ do Tratado de Roma. Esse comando atribui à Comissão recomendar medidas cooperativas aos Estados -membros, na medida em que isso seja necessário para assegurar a execução das medidas da política comercial comum tomadas de acordo com o Tratado de Roma não sejam obstruídas por desvio de comércio. Não sendo possível, a Comissão deve (ou “pode” conforme emenda obrada pelo Tratado da União Européia) autorizar Estados-membros a tomarem as necessárias medidas defensivas.

Por fim, o artigo 116 (abolido pelo Tratado da União Européia) obrigava os Estados-membros a proceder conforme o quadro das organizações internacionais de caráter econômico, somente por ação conjunta, em respeito a todos os assuntos de particular interesse da Comunidade. Como o escopo da previsão não era claro, a disposição foi raramente usada na prática.

Ainda que houvesse regras estabelecendo como deveria ser a atuação da CEE no plano internacional, bem como a sua própria condição no sistema jurídico multilateral, as linhas seguintes revelam que o paradigma positivista não era doutrina infalível, pois o direito objetivo arraigado na Comunidade motivava (e ainda motiva) a releitura do sistema multilateral de comércio como ainda é apresentado. Dentro dessa perspectiva, adiante se procura trabalhar como a visão institucionalista do direito e a atuação da CEE – imbuída de valores arraigados na sociedade

²⁹⁰ Tratado de Roma (CEE). Art. 115. A fim de garantir que a execução das medidas de política comercial, adotadas nos termos do presente Tratado por qualquer Estado -membro, não seja impedida por desvios de tráfego, ou sempre que haja disparidades nessas medidas que provoquem dificuldades econômicas em um ou mais Estados, a Comissão recomendará os métodos a empregar pelos outros Estados-membros para prestarem a cooperação necessária.

Na falta dessa cooperação, a Comissão pode autorizar os Estados -membros a tomarem as medidas de proteção necessárias, de que fixará as condições e modalidades.

Em caso de urgência, os Estados-membros devem pedir autorização à Comissão, que se pronunciará no mais curto prazo, para tomarem eles próprios as medidas necessárias, notificando - as em seguida aos outros Estados-membros.

A Comissão pode decidir, em qualquer momento, que os Estados -membros em causa devem modificar ou revogar as medidas tomadas.

Devem ser prioritariamente escolhidas as medidas que provoquem o mínimo de perturbações no funcionamento do mercado comum.

internacional, em especial na sociedade europeia – interferiram e interferem no direito positivo.

4.2.3 A posição da instituição jurídica europeia perante o GATT

De acordo com o estudo feito no capítulo precedente, a experiência do regionalismo foi – e ainda é – fenômeno controvertido quanto aos seus positivos efeitos para consecução do propósito de liberalização do comércio internacional. A questão é tão dividida que o próprio atual Diretor-Geral da OMC, Pascal Lamy, que em 2002 ainda fazia parte da Comissão Europeia, veiculou opinião de que o sistema internacional não era construído para apenas aceitar abordagens aparentemente divergentes sobre questões fundamentais, mas sim, designado especificamente para acomodá-las²⁹¹. Todavia, a posição do Comissário Europeu em defesa do processo de integração repercutiria de modo conflitante com os propósitos de liberalização comercial multilateral e, por conseguinte, com a posição do próprio Lamy quando da assunção do cargo de Diretor Geral da OMC a partir de Setembro de 2005. Isso porque, nessa condição, cabe-lhe sustentar os princípios da organização, minimizando os efeitos de qualquer evento (a exemplo da proliferação do regionalismo) que venha diminuir a força do sistema multilateral de comércio.

Não obstante a controvérsia que perdura até os dias de hoje, o fato é que ao tempo das negociações para um acordo formal que liberalizasse multilateralmente o comércio, tratou-se também de acomodar experiências regionais existentes a exemplo da integração europeia²⁹².

Por meio de cláusulas como o §2º do art. I do GATT (cláusula da anterioridade), artigo XXV, bem como o próprio artigo XXIV do GATT, o padrão comercial da NMF, desde aquela época, tem sofrido para se impor como regime jurídico prevalecente de liberalização comercial.

Ao menos formalmente, quando da constituição das três Comunidades (CECA, CEE e Euratom) em 1957, o Tratado de Roma trazia disposições

²⁹¹ LAMY, Pascal. Stepping Stones or Stumbling Blocks? The EU's approach towards the problem of multilateralism vs regionalism in trade policy. *World Economy*, 2002, p. 1399.

²⁹² Vide seção 3.2.3.

compatíveis com as constantes no acordo GATT, sugerindo uma convergência jurídica entre todas essas instituições.

Como se percebe da leitura do Tratado de Roma (Tratado CEE), havia uma interface entre os direitos positivos das Comunidades europeias e do próprio GATT. Essa interação pode ser vislumbrada a partir da leitura das diversas disposições do tratado que instituiu a CEE que aludem ao GATT/1947 e aos ideais de liberalização do comércio apregoados pelo Acordo Geral.

O art. 234 do Tratado de Roma, por exemplo, determina que “as disposições do presente tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes da entrada em vigor do presente tratado, entre um ou mais Estados-membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro”. Dessa forma, o acordo reconhece tacitamente a validade do Acordo Geral pactuado anteriormente entre as partes contratantes do GATT e, ao mesmo tempo, membros da CEE.

Da mesma forma, o art. 229 do mesmo tratado constitutivo da CEE trata do seu relacionamento com os órgãos do GATT/1947 e os ideais de liberalização do comércio em sua política comercial comum aparecem nos artigos 18²⁹³, 29²⁹⁴, 110²⁹⁵. O artigo 9º, por sua vez, ao abordar a política comercial da Comunidade, evidencia a influência dos comandos do GATT em suas disposições, prescrevendo o seguinte:

a Comunidade se assenta numa união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias [comércio substancial] e implica a proibição, entre os Estados-membros de direitos aduaneiros de importação e de exportação [eliminação de barreiras intrazona] e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adoção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros.

Portanto, a própria política comercial comum da CEE traz implícita a necessidade de liberalização do comércio substancial, a eliminação de barreiras

²⁹³ Tratado de Roma (CEE). O Estabelecimento da Pauta Aduaneira Comum. Artigo 18º. Os Estados-membros declaram-se dispostos a contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional e para a redução dos entraves às trocas comerciais, concluindo acordos que visem, numa base de reciprocidade e de vantagens mútuas, a redução dos direitos aduaneiros abaixo do nível geral de que poderiam prevalecer-se, pelo fato de haverem instituído entre si uma união aduaneira.

²⁹⁴ Tratado de Roma (CEE). Artigo 19º. No exercício das funções que lhe são confiadas por força do disposto na presente secção, a Comissão orientar-se-á:

a) Pela necessidade de promover as trocas comerciais ente os Estados -membros e países terceiros; [...]

²⁹⁵ Vide nota rodapé nº 283.

intrazona, bem como o interesse em evitar o aumento de restrições aduaneiras já existentes em relação a terceiros²⁹⁶.

Não obstante haver no plano formal essa interação normativa entre as instituições jurídicas, a arraigada tradição jurídico-formalista da sociedade econômica internacional (e no Direito como um todo), especialmente ao longo do século XX, ofereceu esperada resistência ao reconhecimento do acordo regional da CEE como uma entidade atuante na Comunidade internacional.

Isso se deve ao fato de que a CEE, para ser admitida como uma instituição jurídica regional atuante no sistema jurídico do GATT deveria – a partir de seu estabelecimento via tratado constitutivo – passar pelo beneplácito volitivo das demais partes contratantes do Acordo Geral. Para a realização desse propósito, o relacionamento da Comunidade com o Acordo Geral demandou, pela primeira vez, uma interpretação do art. XXIV pelas suas partes contratantes.

No dia 1º de Novembro de 1957 foi criado um Comitê para análise da compatibilidade do Tratado de Roma com as normas do GATT e os prováveis problemas decorrentes de sua aplicação prática. Essa avaliação abrangeria ainda questões tarifárias, restrições quantitativas, comércio agrícola e a associação de países e territórios ultramarinos com o Mercado Comum Europeu²⁹⁷. Apesar dos esforços para se dar cumprimento à formalidade institucional exigida, os interesses conflitantes dos membros da CEE e demais contratantes do GATT impediram que se obtivesse um consenso quanto à compatibilidade do Tratado de Roma com o art. XXIV do GATT/1947.

A divergência se deu, de um lado, em razão de os Estados-membros da CEE sustentarem uma interpretação amplamente extensiva do artigo XXIV do GATT. Para os Estados europeus as uniões aduaneiras deveriam ser isentas de todas as obrigações do GATT “na medida em que a aplicação dessas provisões constitua obstáculo à formação de uniões aduaneiras e alcance de seus objetivos”²⁹⁸. Essa interpretação extensiva do artigo XXIV permitiria a tomada de uma série de medidas em desacordo às regras da OMC, bastando para tanto que pudessem ser

²⁹⁶ Para uma abordagem mais detalhada sobre esses temas, vide seção 3.2.2.

²⁹⁷ *Committee on the Treaty establishing the European Economic Community*. W.12/14

²⁹⁸ GATT, *Working Party Report, The European Economic Community*, 29 Nov. 1957, L/778, BISD 6S/70

justificadas como de serventia aos objetivos da Comunidade. Entretanto, esse amplo entendimento não saiu ileso de contestação; a questão repercutiu no relatório do painel do GATT em 1993, embora suas conclusões não tenham sido adotadas pelos membros²⁹⁹. Mais tarde, a ampla interpretação foi rechaçada pela jurisprudência OMC quando do relatório do Órgão de Apelação em 1999 no caso *Turkey – Textils*³⁰⁰.

Na outra ponta do embate, as partes contratantes acordaram que havia diversas questões importantes sobre a acessão da CEE despidas de informação suficiente para que se pudesse levar a cabo o exame de compatibilidade jurídica do referido tratado³⁰¹. O Comitê responsável também assinalou que, devido às consideráveis diferenças entre as partes contratantes na interpretação do art. XXIV do GATT/1947, as questões jurídicas não poderiam ser respondidas naquela época sem que prejudicasse os direitos das partes contratantes em relação ao mesmo dispositivo.

O excerto do documento a seguir demonstra que a ausência de análise de compatibilidade da CEE foi algo constante nos debates sobre alargamento do bloco europeu:

[...] a compatibilidade do próprio Tratado de Roma com as disposições do Acordo Geral permanecem uma questão aberta desde que o Grupo de Trabalho que examinou o tratado não obteve qualquer conclusão final a seu respeito. Similarmente, a compatibilidade do alargamento de 1973 com o Acordo Geral também não tem sido resolvido tanto que o Grupo de Trabalho não veiculou um relatório final. A tarefa desse Grupo de Trabalho era então examinar a situação que existia na CE antes da acessão da Grécia e compará-la com a subsequente entrada da Grécia no bloco. Por essa razão a questão da compatibilidade do GATT com uma CE antes da entrada da Grécia era fundamental ao exame desse Grupo de Trabalho de maneira que a acessão da Grécia ao bloco não pode ser tomada isoladamente³⁰².

Apesar do estabelecimento de um grupo para a avaliação da CEE perante o GATT, seu reconhecimento formal – bem como seus alargamentos posteriores – nunca foi concluído. Com efeito, o que tem ocorrido ao longo de décadas foi uma acomodação da instituição jurídico-econômica européia ao acordo GATT,

²⁹⁹ GATT, *EEC – Member States' Import Regimes for Bananas*, DS32/R, 3 Jun. 1993, § 358 (não adotado).

³⁰⁰ WT/DS34/AB/R. Vide seção 3.2.2.

³⁰¹ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The EEC as a GATT Member: Legal Conflicts between GATT Law and the European Community Law*. In: HILF, Meinhard; JACOBS, Francis; PETERSMANN, Ernst - Ulrich. *The European Community and the GATT*. Deventer: Kluwer, 1986, p. 35.

privilegiando-se a arraigada prática internacional em detrimento das recém-criadas regras positivas internacionais.

Na opinião de Petersmann, essa decisão de não prosseguir os debates jurídicos a respeito da compatibilidade do tratado da Comunidade Econômica Européia (CEE) com o Art. XXIV foi tomada em favor de “soluções práticas” para “problemas práticos”. O fato pode ser justificado como tolerância das alegadas inconsistências jurídicas das políticas agrícolas e preferenciais da CEE em face do acordo GATT; tudo isso – segundo o autor – traduziu-se como um momento de reviravolta na evolução do sistema jurídico do GATT, agindo como um incentivo para uma série de “iniciativas pragmáticas” às regras que se seguiram³⁰³.

Ainda que a confecção formal da instituição jurídica européia pudesse ser amplamente questionada perante as regras acordadas, parece que o ímpeto regional era desejo constante das instituições jurídicas estatais. Quer dizer, à s demais partes contratantes do GATT desinteressava-lhes condenar o processo de integração europeu porquanto seu peso econômico e político em alguma medida poderiam motivar futuros acordos comerciais com a pujante instituição comunitária que se erguia; ademais, o processo de integração – sob qualquer forma que pudesse deflagrar nova instituição jurídica excepcional ao regime multilateral – motivava muitos membros da Sociedade internacional a recorrer à imagem e semelhança do fenômeno, concebendo, inclusive, novas instituições jurídicas regionais.

Nesse ambiente de aquiescência tácita, as partes contratantes acordaram em 1952 a concessão de um *waiver*, mediante a previsão constante no artigo XXV, §5º do GATT, para os seis Estados-membros que compunham a CECA discriminarem suas trocas comerciais. A decisão contou com 27 votos favoráveis, 1 contrário, e 2 abstenções, dispensando a obrigação de estender a todos o tratamento mais favorecido concedido a alguma Parte Contratante do GATT para os produtos carvão e aço. Na mesma decisão, a CECA poderia participar diretamente das rodadas multilaterais vindouras, tratando dos temas atinentes a ela³⁰⁴.

³⁰² L/5453. *Accession of Greece to the European Communities*, 28 Jan. 1983, p. 06.

³⁰³ PETERSMANN, 1986, p. 40.

³⁰⁴ GATT, SR 7/17. (*Summary record of the Seventeenth Meeting: Held at the Palais des Nations, Geneva on Monday, 10 November 1952, at 10 a.m*)

Por outro lado, a CEE não obteve semelhante derrogação à obtida pela CECA. Mesmo assim, a ausência de assentimento voluntário das partes contratantes do GATT não foi obstáculo para que a CEE – criada em 1957 e com espectro maior de atuação – interviesse nas rodadas multilaterais, a partir da Rodada Dillon em 1960³⁰⁵. De acordo com os princípios gerais garantidos no *waiver* concedido à CECA, sua Alta Autoridade participou das três rodadas multilaterais subseqüentes ao Tratado de Paris como negociador em nome dos Estados - membros da CECA, tratando da temática do carvão e do aço.

Com o respaldo e amplo poder das instituições jurídicas estatais que a alicerçava, não se cogitou de concessão de *waiver* específico para a CEE. Essa postura foi reforçada pela decisão da Corte Européia de Justiça (CEJ)³⁰⁶ que considerou que “na medida em que, por força do Tratado da CEE, a Comunidade tenha assumido os poderes previamente exercidos pelos Estados-Membros, na área regida pelo GATT, as provisões deste Acordo têm o efeito de vincular a Comunidade”. Ademais, em razão da abrangência do bloco, a concessão do *waiver* seria equivalente à exclusão de seus membros do regime do GATT, o que não faria sentido politicamente.

A conclusão da Corte baseou-se nas seguintes premissas: (i) os Estados - membros estavam vinculados ao GATT/1947 quando concluíram o Tratado de Roma; (ii) as provisões do Tratado de Roma evidenciam que os Estados -membros desejavam observar os compromissos do GATT/1947; (iii) a assunção das funções inerentes ao comércio e política tarifária pela Comunidade, demonstram a intenção dos Estados-membros de vincular a Comunidade ao Acordo; e, (iv) o fato de que a Comunidade, agindo por meio de suas próprias instituições, tem se demonstrado

³⁰⁵ PETERSMANN, 1986, p. 24-72

³⁰⁶ “A conclusão de um tratado entre as partes não poderia derogar suas obrigações em relação a terceiros países. Pelo contrário, seu desejo de observar os compromissos do Acordo Geral é corolário das diversas prescrições do Tratado de CEE como das declarações feitas pelos Estados-Membros sobre a apresentação do tratado que as partes contratantes do Acordo Geral, em consonância às disposições do Art. XXIV. Essa intenção foi esclarecida pelo artigo 110 do Tratado da CEE, o qual busca a aderência da Comunidade às mesmas finalidades procuradas pelo Acordo Geral, bem como a do primeiro parágrafo do artigo 234 que provê que direitos e obrigações decorrentes dos acordos concluídos antes da entrada em vigor do tratado, e em particular acordos multilaterais concluídos com a participação de Estados -membros, não são afetados pelas prescrições do tratado”. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (CEJ), casos reunidos nº 21, 22, 23, 24, julgado em 12 dez. 1972. *International Fruit Company and others/ Produktschap voor Groenten en Fruit*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em: 29 nov. 2008.

como um parceiro nas negociações tarifárias e acordos concluídos no âmbito do GATT/1947.

De outro lado, mudanças no regime europeu em função do GATT não eram cogitadas. Dessa forma, fazia-se necessário buscar acomodar os interesses políticos na estrutura e dinâmica do GATT, o que foi facilitado pelo caráter pouco institucionalizado do regime nas suas primeiras décadas de funcionamento, pelo apoio político dos EUA³⁰⁷, e pela ambigüidade das normas sobre o tema.

Essa pouca densidade institucional do GATT permitiu, inclusive, que se fosse indulgente com a legalidade da situação da instituição jurídica europeia perante o GATT. A complacência era tamanha que muitos dos acordos negociados no âmbito do GATT foram concluídos pela Comissão em nome da CEE/CE, enquanto outros eram firmados pela CEE/CE e seus Estados-membros. Para Petersmann, esse “duplo” *status* de membro no GATT (CEE + Estados-Membros) nunca trouxe graves problemas jurídicos. A evolução institucional do próprio GATT/1947 e a participação da CEE nesse acordo são exemplos da bem sucedida criação (na prática do GATT/1947) de todas as instituições e procedimentos que se faziam necessários, apesar da ausência de previsão expressa nesse tratado³⁰⁸.

Não obstante a distinção formal existente entre as partes contratantes do GATT/1947 e a CEE nas disposições finais que tratam da adesão, a CEE foi tratada em outras disposições de cunho material e procedimental, como parte contratante³⁰⁹.

³⁰⁷ PRAZERES, 2007, p. 107. A autora destaca ainda que, num primeiro momento, os norte-americanos apoiaram a integração europeia, visando estratégia geopolítica. Esse incentivo foi, sem dúvida, fundamental para o relacionamento positivo entre a CEE/CE e o GATT/OMC. Já no ano de 1982, os EUA acionaram a CE no sistema de solução de controvérsias do GATT (*EC – Citrus products*, L/5776), demonstrando sua insatisfação com os chamados Acordos Mediterrâneos, por meio dos quais o bloco europeu concedia preferências comerciais à importação de produtos cítricos de certos países da região mediterrânea. A partir desse momento percebe-se uma mudança na aceitação norte-americana em relação ao bloco europeu, pois os EUA percebem que a ex URSS está “falida” e a estratégia de apoio à integração europeia não faz mais sentido. Nesse contexto, ao final da década de 80, observa-se novamente uma redefinição na postura norte-americana. Agora, os EUA iam em defesa do regionalismo proativamente, isto é, não apenas consentiam com a conformação do fenômeno, mas sim, passaram a celebrar acordos preferenciais com países de menor porte econômico.

³⁰⁸ PETERSMANN, 1986, p. 37.

³⁰⁹ BOURGEOIS, J.H.J. ‘The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenges’ in J.H.H. Weiler (ed), *The EU, the WTO, and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?* Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 71-72, anota que a CE ao longo dos anos adquiriu o *status* para todos os efeitos e propósitos de uma parte contratante – todos os acordos comerciais no âmbito do GATT, em suas disposições finais, estavam abertos à aceitação pelas partes contratantes do GATT e pela CEE.

Em regra, a vontade dos Estados-membros em reconhecer a competência exclusiva da Comunidade sobre uma ampla gama de atividades é complementada pela similar aceitação da parte de outros membros do GATT/1947.

Isso porque desde 1960 todas as partes contratantes do GATT/1947 aceitavam que a CEE exercitasse e preenchesse praticamente todos os direitos e obrigações sob o direito do GATT/1947 em seu próprio nome, mesmo em procedimentos de solução de controvérsias relacionadas a medidas individuais dos Estados-membros, essas quase sempre contrárias à conformação do acordo regional da CEE³¹⁰. Embora não possa ser descrita como um caso de sucessão de Estado, a CE efetivamente substituiu, com o consentimento das outras partes contratantes do GATT/1947, seus Estados-membros como portador de direito e obrigações sob o GATT/1947. Isso foi confirmado pela constante postura jurídica e consistente unanimidade na prática do GATT/1947 frente à situação da CEE³¹¹.

Da mesma forma que o GATT crescia como instituição jurídica autônoma, a CEE ganhava musculatura em sua estrutura institucional:

A evolução observada anteriormente revela que a CE é, de fato, um ordenamento jurídico completamente novo, uma força vinculante muito mais forte que um acordo internacional, pelo menos do que o acordo GATT/1947. Suas provisões eram integralmente partes dos sistemas nacionais dos Estados-Membros, não podendo nenhum deles controlar sozinho seu progresso. Suas provisões eram, ademais, diretamente efetivas e originavam direitos privados cuja Corte Européia de Justiça deveria proteger, não obstante a possível relutância dos governos dos Estados-Membros. Essa juridicização, entretanto, de algum modo assumia dupla identidade quando lidava com a ordem jurídica do GATT/1947. *O judiciário Europeu tem evitado asseverar, diferente do que fazia com outros acordos internacionais, que o GATT/1947 'forma[ava] parte integral do direito Comunitário' e as razões para isso provavelmente residiam no fato que a CE nunca teve status de parte contratante*³¹². [grifou-se]

Mesmo diante dessa ausência de reconhecimento formal da CEE perante o Acordo GATT, essas instituições estavam em contato freqüente. Quer dizer, apesar de a instituição jurídica européia muitas vezes ter trilhado seu próprio caminho de aperfeiçoamento institucional, não parece que o êxito de seu projeto teria a mesma magnitude se inexistisse uma instituição jurídica multilateral que

³¹⁰ BOURGEOIS, 2000, p. 72.

³¹¹ KOVAC, Matija. *Legal Aspects of the EC/EU Instalment within the Multilateral Trading System*. University of Maribor, 2007, p. 10. Disponível em: <<http://www2.arnes.si/~ssdmkov3/download/2007-euwt0.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

³¹² KOVAC, 2007, p. 6.

interatuasse constantemente com a unidade jurídica fragmentada que crescia na Europa.

Existe permanente “simbiose” dos ordenamentos jurídicos, demonstrando a interface subjetiva das instituições jurídicas com as demais instituições conviventes. Essa interconexão gera repercussões que serão abordadas adiante³¹³; por ora, é necessário dar continuidade à posição que a CE europeia assumiu quando do advento da OMC.

4.2.4 A posição da instituição jurídica europeia perante a OMC

Não obstante a ausência de um desfecho quanto à avaliação de conformidade da exceção regional da CEE – e seus posteriores alargamentos –, o êxito da última rodada de negociações do GATT, iniciada em 1986 e terminada em 1994, teve ao seu final a formalização de uma série de mudanças no sistema jurídico positivo que regia os intercâmbios comerciais.

Na época do lançamento da rodada, a Comunidade “dos doze” já era a mais importante potência comercial no mundo. Contudo, a Europa demonstrava sinais de fraqueza interna para o mundo exterior. Isso porque, apesar de a Comissão Europeia ter de iniciar e executar decisões para seus Estados-membros nas negociações comerciais internacionais, suas propostas precisavam ser aprovadas primeiramente pelo Conselho Europeu. Diante disso, alguns autores afirmam que essa divisão interna era prejudicial ao papel da instituição europeia como líder do sistema internacional de comércio.

Por outro lado, em direção ao final da Rodada Uruguai (começo dos anos 90), a liderança dos EUA também foi enfraquecendo. O presidente Clinton, valendo-se de pressão protecionista de seus agricultores, emperrou a conclusão de um Acordo na Rodada Uruguai. Em contraste, Leon Brittan, Comissário Europeu naquele tempo e responsável pela política comercial da Comunidade, adotou um papel mais afirmativo. Nessa condição, em novembro de 1992 costurou-se o acordo de “Blair House” entre os EUA e a Europa, dirimindo suas divergências no tema da

³¹³ Vide seção 4.2.5

agricultura. Esse fato tornou a liderança entre os EUA e Europa no âmbito da Rodada Uruguai mais equilibrada³¹⁴.

Como resultado final, o Acordo OMC contemplou, em disposição específica, o novo *status* da instituição europeia como membro originário da OMC:

Artigo XI, § 1º. As Partes Contratantes no GATT de 1947 à data da entrada em vigor do presente Acordo e as *Comunidades Europeias*, que aceitem o presente Acordo e os acordos comerciais multilaterais e para as quais são anexas listas de concessões e de compromissos a o GATT/1994, bem como listas de compromissos específicos ao GATS, tornam-se Membros originários da OMC. [grifou-se]

A partir desse momento, as Comunidades Europeias, além de todos os seus Estados-membros, passaram a integrar formalmente o quadro de membros da OMC. Isso decorre da divisão de competência entre as Comunidades Europeias e os Estados-Membros em várias áreas cobertas pelo acordo OMC (comércio de bens, serviços, propriedade intelectual).

Como está claro no mencionado artigo XI e ainda nos artigos IX³¹⁵ e XIV³¹⁶ do acordo OMC, as Comunidades Europeias (e não a Comunidade Europeia ou União Europeia), em conjunto, é que passaram a deter *status* de membro da OMC. Esse fato se deu em virtude de, ao tempo das negociações para sua acessão, não estar claro se a CE (uma dessas três Comunidades) tinha a competência necessária para concluir o acordo OMC.

Na opinião 1/94, a Corte Europeia de Justiça (CEJ) estabeleceu que, das então três Comunidades (CE, CECA e Euratom), só a CE precisava estar envolvida na OMC. Entretanto, a clarificação da CEJ sobre a situação legal não veio a tempo da assinatura do acordo OMC. Além disso, as Comunidades Europeias e os Estados

³¹⁴ LEAL-ARCAS, Rafael. The EC in GATT/WTO negotiations: From Rome to Nice – Have EC Trade Policy Reforms Been Good Enough for a Coherent EC Trade Policy in the WTO? *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 8, nº 1, 2004. Disponível em: <<http://eiop.or.at/eiop/pdf/2004-001.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2008.

³¹⁵ Acordo OMC. Tomada de decisões. Art. IX, § 1º, [...] Nos casos em que as *Comunidades Europeias* exerçam o seu direito de voto, disporão de um número de votos igual ao número dos seus Estados membros que sejam Membros da OMC [...]. (nota 2) O número de votos das *Comunidades Europeias* e dos seus Estados-membros não ultrapassará, em caso algum, o número dos Estados-membros das *Comunidades Europeias*. [grifou-se]

³¹⁶ Acordo OMC. Aceitação, entrada em vigor e depósito. Art. XIV, §1º. O presente Acordo ficará aberto à aceitação, através de assinatura ou de qualquer outro modo, das Partes Contratantes no GATT de 1947 e das *Comunidades Europeias*, que são elegíveis para se tornarem Membros originários da OMC em conformidade com o disposto no artigo XI do presente Acordo [...] . [grifou-se]

membros da União Europeia são membros plenos da OMC e as obrigações do acordo se aplicam igualmente a todos³¹⁷.

Apesar da conformação do direito positivo OMC em relação à condição da instituição jurídica europeia perante o sistema multilateral de comércio, bem como a opinião da própria CEJ, a situação permanecia não resolvida.

O duplo *status* jurídico que a CEE e seus Estados-Membros possuíam no GATT, agora ocorria entre a CE e seus Estados-Membros. Esse múltiplo *status* evidenciava a possibilidade de que, em diferentes situações, a instituição jurídica europeia pudesse escolher a que lhe melhor aprouvesse. Embora explicitamente mencionada como membro, a CE ainda recaía nos comandos do Artigo XXIV do GATT, e da mesma maneira que ao tempo do GATT/1947, a CE se utilizava uma vez mais da ampla interpretação do artigo XXIV³¹⁸.

Ademais, a estrutura interna da instituição europeia permite aos membros da OMC endereçarem suas reclamações para um grupo de membros individuais da CE e não para a CE como um todo. Esses casos acabam sendo geridos, de qualquer modo, pela representação supranacional da CE, e seu significado parece ser puramente político.

Segundo Liková, sob o GATT/1947 bem como sob a OMC, os Estados-membros da UE se beneficiam do poder negociador e político da Comissão Europeia. Nesse contexto, terceiros Estados concordaram em considerar a divisão interna de poderes comerciais do bloco europeu. Daí a facilidade de resolver a questão da posição nos litígios que envolvem a CE. Isso porque seus Estados-membros permanecem membros soberanos da OMC, podendo lá atuar – ao menos em teoria – de modo autônomo, inclusive no procedimento de solução de controvérsias, o que, entretanto, é improvável de ocorrer, pois essa ação violaria a divisão interna dos poderes comerciais da UE. Uma ação autônoma por parte de um membro da UE na OMC poderia constituir violação do direito comunitário e deflagrar um procedimento sobre a respectiva violação. Essa informação ajuda a entender a

³¹⁷ VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 105-106.

³¹⁸ BARTELS, Lorand. The Legality of the EC Mutual Recognition Clause Under WTO Law, *Journal of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 712-717. Outras solicitações foram feitas no sentido de reconhecer o *status* especial da CE em razão de seu caráter político mais desenvolvido, argumentando ser uma espécie de Estado com composição soberana que a impede de recair na aceção do termo união aduaneira ou área de livre comércio do artigo XXIV.

razão pela qual, em raras ocasiões, os membros da OMC endereçam suas reclamações para um grupo de membros individuais da CE e não para a CE como um todo. Dentre os terceiros Estados que se valem dessa estratégia se incluem os Estados Unidos, com a adesão ocasional de outros Estados ³¹⁹.

Esse caráter ambivalente chegou ao Órgão de Apelação da OMC ³²⁰, em decisão recente para o caso *EC – Selected Customs Matters*. Na controvérsia, os EUA atacaram a consistência da classificação e valoração aduaneira utilizada pela Europa frente às regras da OMC, mas tomou-se o cuidado especial em evitar lidar com possíveis conseqüências externas dessa divisão interna de poderes existentes na UE

A peculiaridade da alegada violação resultou da mistura de natureza jurídica de suas origens. Embora emoldurado por uma série de regulamentos da CE, a administração aduaneira é tradicionalmente executada pelas autoridades nacionais dos Estados-membros da CE, como no caso de qualquer outra disposição do Direito Comunitário. Portanto, enquanto identificava as medidas tidas como inválidas, os EUA se reportavam não somente à legislação supranacional, mas também às inúmeras formas de administração dessas medidas introduzidas pelas autoridades aduaneiras dos Estados-membros. Os EUA denunciaram como inconsistente frente à OMC:

na ausência de quaisquer processos ou instituições que obriguem diferentes partes do aparato da administração aduaneira da CE a agir uniformemente, a concepção e a estrutura do sistema aduaneiro europeu, é necessariamente resultado de uma administração não uniforme ³²¹.

Com efeito, os EUA afirmaram que a administração aduaneira da instituição europeia é organizada por meio de 27 autoridades aduaneiras separadas, independentes e que não fornecem nenhuma instituição ou mecanismo para conciliar as divergências automaticamente e questões legais quando elas ocorram.

Aceitando parcialmente a reclamação norte-americana, o Órgão de Apelação recusou o convite para desaprovar o sistema aduaneiro europeu “como um

³¹⁹ LIKOVÁ, Magdalena. European Exceptionalism in International Law, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 3, 2008. Disponível em: <<http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/content/full/19/3/463#RFN44>>. Acesso em: 24 nov. 2008.

³²⁰ WT/DS315, *EC – Selected Customs Matters*

³²¹ WT/DS315/R, § 4.916

todo”³²², afirmando que não estava apto a completar essa análise em razão de o Grupo Especial ter examinado “a operação dessas instituições e mecanismos isoladamente, não discutindo como eles interagem na administração aduaneira do Direito Comunitário da CE”³²³.

Esse caso demonstra, particularmente, a desafiadora situação que o processo de integração europeu pode acarretar aos seus Estados-membros. Embora nenhum deles tenha sido alvo individual da reclamação dos EUA, qualquer dos Estados-membros da CE poderia ter sido acionado. A Comissão Europeia certamente teria interferido, e muito provavelmente encarado a disputa. No entanto, alguém poderia ter sustentado novamente que a origem das medidas aduaneiras nacionais da CE é bastante remota e sua causa imediata é nacional.

Por outro lado, todo empreendimento da integração Europeia repousa na capacidade de os Estados-membros implementarem e administrarem o direito comunitário. Como já mencionado, essa última característica é uma parte dos arranjos domésticos da UE que terceiros Estados podem ou não levar em consideração. Dentro da OMC, isso é geralmente o caso porque a CE usualmente abriga os Estados-membros diante das reclamações de medidas da UE confrontadas com o direito OMC.

No entanto difere de outras áreas internacionais quando a CE ou UE não tenha adquirido a plena condição de membro. Dois exemplos proeminentes são a Corte Europeia de Direito Humanos e a Carta das Nações Unidas; nenhuma delas permite a participação de outros sujeitos internacionais que não sejam os Estados. Em respeito a ambas, a UE tem engendrado um direito com efeitos não negligenciáveis, capaz de responsabilizar internacionalmente seus Estados-membros³²⁴.

Investigada a situação da CE – agora diante da OMC – cabe ainda fazer algumas digressões a respeito das repercussões que a experiência de integração europeia tem deixado para os membros da Comunidade Econômica Internacional.

³²² WT/DS315/AB/R, §§ 271-287.

³²³ WT/DS315/AB/R, § 287.

³²⁴ LIKOVÁ, 2008.

4.2.5 A difusão da experiência jurídico-institucional européia

Em fase precedente da pesquisa, se afirmou que o regionalismo europeu não foi um processo unanimemente aceito pelos demais membros da Comunidade internacional, tendo sua situação contestada em diversos momentos. No entanto, seu relativo êxito invejava os demais membros que viam naquele precursor movimento caminho mais factível para se incrementar a liberalização do comércio internacional, consolidar propósitos pacifistas ou, simplesmente, inseri-los mais rapidamente na roda do desenvolvimento.

Com base no sucesso obtido, o regionalismo europeu há muito fomenta projetos de integração regional em outras partes do mundo instigados pelo bem sucedido modelo do velho continente. Esse ímpeto regionalista tem como base o fragmentário propósito do institucionalismo jurídico arraigado na sociedade econômica internacional que se abordou durante todo esse trabalho. Trata-se, portanto, de propósitos que se concretizam paralelamente à instituição jurídica multilateral capitaneada pela OMC e que são tolerados pelos demais membros da organização.

Na verdade, a aceitação demonstrada previamente pelas partes contratantes do GATT, em relação à compatibilidade jurídica do tratado da CEE e o subsequente tratado da AELC com o artigo XXIV, contribuíram para a decisão da CEE em invocar esse dispositivo como base legal para a rede mundial de acordos preferenciais de comércio que se estabeleceriam durante os anos 60 e 70 entre cerca de 100 países³²⁵.

Nessa medida, tendo os valores da sociedade internacional aceitado a emergência desse novo paradigma, a UE passou a exercer influência pelo simples fato de sua existência; sua desenvolvida instituição tratou de exercer uma espécie de “poder de atração” sobre os demais membros de modo que sua forte dimensão normativa leva em consideração os costumes, os arranjos institucionais ou outras formas de governança, além de idéias e normas que a própria Comunidade personifica. Há uma espécie de “persuasão normativa” como um meio indireto de a UE promover integração regional afora. Nesse sentido, a União é mais do que um

³²⁵ PETERSMANN, 1986, p. 37 e ss.

exemplo de cooperação comercial bem sucedido; constitui-se num modelo de civilização que tem modificado profundamente os tradicionais conceitos de soberania nacional. Isso tem levado alguns doutrinadores a argüir que a principal influência da UE nos negócios internacionais reside mais na “maneira” como ela lida suas relações exteriores do que ao “conteúdo” de sua capacidade de agir externamente³²⁶. Esse posicionamento, no entanto, é incapaz de explicar a postura ativa da UE nesse campo.

Isso porque a UE também ativamente dá suporte à criação de acordos de livre comércio, compartilhando sua *expertise* no assunto e garantindo ajuda financeira para a criação de instituições regionais. Esses argumentos enfatizam o elo inerente que existe entre sua experiência interna de integração regional e sua projeção externa. Os proponentes dessa visão falam e em uma forma de narcisismo e uma propensão a se auto-reproduzir que lhe é intrínseca. Versões mais sofisticadas mencionam a noção de “isomorfismo institucional”, colocando que a UE exterioriza seu próprio modelo de modo inercial, devido a sua configuração institucional interna. Retrata também o ativismo da UE como governança externa na busca de contemplar interdependências por meio da projeção externa de suas soluções internas. No entanto, essas versões negligenciam o próprio interesse da UE e são incapazes de levar em consideração as diferenças cronológicas, bem como diferenças regionais na aplicação de determinada política³²⁷.

Não importando a justificativa para que essa identidade ocorra, o fato é que cada vez mais membros da OMC aderem aos acordos regionais de comércio com o bloco europeu. Portanto, além de a UE ter procurado atingir a mais profunda (*deeper integraton*) integração dentro da região europeia por meio da criação de um mercado único (e então da União Monetária), hoje a consolidação dessa instituição jurídica expande seus laços para o resto do mundo; proativamente, reforça as

³²⁶ Sob esse aspecto, a doutrina menciona que a complexidade institucional da UE é largamente em função de sua evolução ao longo dos tempos. Em essência, os procedimentos de tomada de decisão construídos para atender as necessidades dos seis Estados-membros numa abrangência relativamente limitada de âmbitos de políticas tem se sujeitado mais a reformas que a incremento do que modificações em seus alicerces. (BRETHERTON, Charlotte; VOGLER, John. *The European Union as a Global Actor*, Routledge, 1999, p. 09)

³²⁷ LENZ, Tobias. The EU's Promotion of Regional Integration in Latin America – Shaping Emergent Forms of Regional Governance, Paper prepared for the 5th GARNET PhD school on 'Global Governance & Regionalism: The Role of EU, WTO & International Economic Institutions', Geneva, 7.12.2007, p. 3-4.

relações comerciais com terceiros países, numa espécie de integração mais larga (*wider integration*) que se realiza por intermédio de acordos preferenciais de comércio³²⁸.

Então, a partir de 1995, a política comercial comum tem sido centrada no processo de integração mais larga; de acordo com a segunda onda do regionalismo que foi abordada noutra oportunidade, essa política tem sido principalmente centrada na obtenção de novos mercados estratégicos, especialmente em países emergentes. Em particular, no ano de 1996, a UE introduziu uma “Estratégia de Acesso a Mercados” com vistas a alcançar melhor acesso ao mercado dos países em desenvolvimento se valendo de instrumentos comerciais disponíveis mais bem focados, sistematizados e coordenados³²⁹.

Um exemplo disso são as preferências tarifárias concedidas via SGP por meio do qual a UE dá, unilateralmente, acesso preferencial ao seu mercado para bens oriundos de 176 países em desenvolvimento e territórios. O sistema é implementado por um conselho regulatório aplicável por um período de três anos cada vez, abrangendo três gamas diferenciadas de preferências: o SGP padrão concede preferências para 176 países em desenvolvimento e territórios em mais de 6300 linhas tarifárias; o incentivo especial para desenvolvimento sustentável e boa governança (conhecido como SGP+) oferece reduções tarifárias adicionais para ajudar países em desenvolvimento na ratificação e implementação de convenções internacionais nessas áreas; e, o arranjo *Everything But Arms* (tudo exceto armas), prevê tarifa zero e livre acesso para todos os produtos de 50 países de menor desenvolvimento.

Na mesma esteira caminham as preferências concedidas pela UE aos países da África, Caribe e Pacífico (ACP) que há muito permitem acesso preferencial para os produtos dessas regiões. Essas relações hoje são regidas pelo acordo de

³²⁸ DE SANTIS, Roberta; VICARELLI, Claudio. *The “deeper” and the “wider” EU strategies of trade integration: an empirical evaluation of EU Common Commercial Policy effects*. Istituto di studi e analisi economica, Working paper n. 79, 2007, p. 09-11. Para cada país europeu, sua participação na UE deve ser considerada como uma vantagem competitiva em relação as negociações comerciais. De acordo com o art. 113 do Tratado de Roma, todos os acordos comerciais com um ou mais países ou organizações internacionais são negociados pela Comissão Europeia que representa todos seus Estados-membros e tem, dessa maneira, muito mais poder de barganha que um Estado isoladamente

³²⁹ Informações da seção extraídas de: <http://ec.europa.eu/trade/issues/index_en.htm>. Acesso em: 05 jan. 09.

parceria estabelecido entre ACP-EU, assinado em Cotonou no dia 23 de Junho de 2000 e concluído por um período de 20 anos.

Com vistas a incrementar a contribuição do comércio ao desenvolvimento, os membros do ACP e a CE decidiram em Cotonou rever suas relações comerciais anteriores. Considerando que essas foram estabelecidas na sua primeira versão (Convenção de Lomé I) que dava preferências comerciais não recíprocas garantidas pela Comunidade, às exportações dos membros do ACP, a CE e os países do ACP acordaram um novo regime comercial compatível com a OMC, removendo progressivamente barreiras ao comércio e aumentando a cooperação em áreas relacionadas ao comércio. Para se efetivar esse instrumento ao desenvolvimento, Acordos de Parceria Econômica (*Economic Partnership Agreements - EPAs*) estão sendo negociados com as regiões do ACP engajadas no processo de integração econômica.

Além dessas experiências institucionais de viés desenvolvimentista, a criação de instituições jurídicas também se projeta em relações em que ambos os pólos são instituições que atravessam o processo de integração regional, como o acordo em negociação entre a UE e o MERCOSUL. Nesses casos, quando instituições são criadas em acordos bilaterais envolvendo processos de integração regional anteriores, eles possuem um efeito positivo adicional. A título de exemplo, o estabelecimento de um conselho integrado no âmbito das negociações entre UE e MERCOSUL teria um importante e extremo efeito de reforço integrativo sobre esse último. Com efeito, a conclusão de um acordo demandaria revisão de suas bases institucionais e, de modo mais significativo, um esclarecimento de toda a confusão que tem sido criada pela mistura da questão da produção de um novo Direito Internacional (ou direito para os Estados) com a questão completamente diferente de sua aplicabilidade aos indivíduos³³⁰.

Além desses, há outros acordos celebrados com diversas outras regiões do globo como a Comunidade Andina (CAN), Ásia, Balcãs, América Central, Ásia Central, região do Golfo, América Latina e Caribe, região Mediterrânea, Cáucaso do Sul.

³³⁰ UNCTAD, 2005, p. 86-87.

Por outro lado, a propagação dessa rede de relacionamentos no exterior não minimiza o interesse do bloco europeu em, paralelamente, promover seu alargamento institucional, avaliando a candidatura da Croácia, República da Iugoslávia, Macedônia e Turquia.

Essas são algumas das contribuições que a instituição européia vem dando aos demais membros da Comunidade internacional. Com esforços construtivos em direções centrípeta e centrífuga, sofisticada e aprimorada, em pequenas doses, a estrutura jurídica do comércio internacional, demanda sua revisão em tempos de ceticismo quanto a um avanço do quadro jurídico multilateral de comércio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fio condutor de toda pesquisa foi o de procurar identificar a possibilidade de os acordos regionais, que não detenham *status* de partes contratantes/membros do sistema multilateral de comércio, assumirem a condição de sujeitos desse ordenamento jurídico. Na busca desse objetivo, tratou-se de aplicar o referencial jurídico-institucional de Santi Romano à possibilidade de identificar os acordos regionais, constituídos sob as exceções à cláusula da nação mais favorecida da OMC, como sujeitos (instituições jurídicas) de Direito Internacional.

Para esta tarefa, na primeira etapa optou-se por identificar a evolução das correntes de pensamento formalista e institucionalista do Direito Internacional, bem como o reconhecimento de sujeitos sob a ótica destas escolas .

Dessa forma, primeiramente foram consultadas fontes doutrinárias que fornecessem elementos que subsidiassem a melhor compreensão do referencial jurídico predominante no Direito Internacional contemporâneo , a saber: o formalismo e suas vertentes voluntarista e normativista pura.

A respeito da primeira corrente, Dionísio Anzilotti foi um dos grandes autores que tratou de justificar a existência do Direito Internacional e sua própria Comunidade mediante a teoria do *pacta sunt servanda*, isto é, o desejo subjetivo dos próprios entes em se reunirem em torno de um propósito comum. Essa visão de mundo é ainda muito utilizada atualmente, principalmente nas questões que envolvem consenso das partes contratantes/membros do sistema multilateral de comércio. Já nos escritos de Tomaso Perassi verifica-se alguma evolução a caminho do marco teórico institucionalista na medida em que esse autor concebe a existência da Comunidade internacional como algo necessário, um postulado objetivo fornecido pela sua simples existência, diferente da voluntariedade comum que coordena os Estados apregoada por Anzilotti.

O voluntarismo relegou a tarefa de reconhecer sujeitos internacionais às prescrições do direito multilateral firmado pela Comunidade internacional. Dessa forma, pode-se entender que essa corrente é a lógica atualmente desenvolvida pelo sistema multilateral de comércio uma vez que, formalmente, somente as regras

expressas no direito positivo (tratado) é que são capazes de atribuir a condição de sujeitos a acordos regionais de comércio; só assim figuram como destinatários das regras dessa sociedade, garantindo suas obrigações, direitos e poderes. Portanto, via de regra, a “personificação” dos acordos regionais deriva do acordo firmado entre os sujeitos da ordem internacional – que em sua grande maioria foi consentido pelos Estados.

Sobre a outra vertente, foi analisado o positivismo jurídico de Hans Kelsen, corrente que traçou a linha definitiva entre o direito natural e positivo e buscou uma metodologia isenta de quaisquer elementos estranhos à norma jurídica. Com a consolidação da figura estatal, esse paradigma ganhou projeção no começo do século XX, refletindo, em grau extremo, uma outra espécie de objetividade. A teoria da norma pura de Kelsen simplesmente ignorava a legitimidade da norma estatal, isto é, deixava de lado quaisquer considerações que não fossem exclusivamente de cunho jurídico e nesse aspecto reside a objetividade. Dessa forma, caberia ao Estado imputar os fatos à regra positiva albergada na ficção estatal, numa operação simplesmente lógica. O Estado, então, assume uma personalidade híbrida, pois, ao tempo que produz normas, é igualmente destinatário delas. Todavia, na medida em que esse posicionamento é objetivo – no que toca à essência das regras jurídicas –, pode-se dizer que esse entendimento guarda certa dose de subjetividade na confecção dessas mesmas regras, uma vez que a gênese de todo o direito, em última análise, foi relegada à vontade criativa estatal.

Com base no marco teórico de Kelsen, quaisquer sujeitos internacionais poderiam assumir relevância jurídica, bastando para tanto que a norma jurídica estatal contemplasse essa condição. Portanto, do mesmo modo que a corrente voluntarista, a qualidade de sujeito dependeria em última medida dos Estados, os quais são os únicos que produzem o direito validamente reconhecido.

Diante dessa leitura “pura” do direito, era de se esperar fortes opositores. A reação a essa “purificação jurídica” veio de diversos países – em especial França e Itália – os quais, preocupados com a possibilidade de um “congelamento” da produção jurídica e sua conseqüente desumanização, fundamentaram o direito na sociedade, trazendo novamente os valores sociais ao produto jurídico. Desse modo, a concepção institucionalista foi em certa medida reacionária ao direito positivo, podendo até ser entendida como um corrente antiformalista, enquanto não aceita o

direito como algo exclusivamente decorrente da vontade estatal; no entanto, deve se esclarecer que a vertente institucionalista vai além dessa idéia, englobando inclusive a ordem jurídica estatal em seu objeto, mas não se limitando a ela. Por não se reduzir à imagem da figura do Estado, a concepção jurídico-institucional atribui à figura da instituição a representação de entidades organizadas, estáveis, imbuídas de valores sociais, que fazem o elo de ligação entre idéias compartilhadas por determinado grupo, finalidades e objetivos de seus sujeitos até sua concretização prática. As considerações da escola francesa foram determinantes para a identificação de um paralelo entre instituição e direito, mais precisamente, para a elaboração da teoria do *Ordenamento Jurídico* de Santi Romano.

Sua obra identifica instituição e ordenamento jurídico como dois lados da mesma moeda, interfaces de um mesmo fenômeno. De acordo com suas palavras, a instituição é uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo, comparando-se a um Estado; no entanto, essa ordem jurídica não precisa necessariamente se identificar com a figura estatal. Além do mais, o ordenamento jurídico traduzido pela figura da instituição não consagra somente o princípio da coexistência dos indivíduos, mas também perpetua certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e duradouros que os indivíduos, atuando para cumprir seus propósitos determinados.

Dessa maneira, o ideal institucional cunhado na sociologia francesa que influenciou sobremaneira a criação teórica de Santi Romano refletiu-se como a expressão de um direito objetivo, isto é, um conjunto de regras existente em qualquer corpo social, que não necessita da chancela estatal para produzir efeitos. Possui assim uma existência efetiva, concreta, estável.

Ademais, o referencial institucional espelha um modelo fragmentador do direito, em que diversas espécies de grupos sociais organizados emanam indutivamente normas (direito pressuposto) a serem apreendidas pelos comandos positivos das partes contratantes/membros do sistema multilateral de comércio (direito posto). Há, portanto, uma ruptura com a compreensão unitária do direito defendida por Kelsen porquanto cada unidade jurídica autônoma, que componha uma instituição, constitui-se numa das engrenagens que movimenta a Comunidade da qual faz parte.

Nessa perspectiva, as instituições devem ser analisadas como figuras existentes por si mesmas, autônomas, o que afasta a idéia de que toda instituição necessite de um reconhecimento formal do Estado para atuar, ou melhor, que o Estado lhe confira uma espécie de certidão de nascimento para começar a gerar efeitos jurídicos ou assuma a condição de sujeito ativo no universo do direito. Essa idéia se aplica à questão do reconhecimento objetivo de acordos regionais na OMC na medida em que essas instituições regionais interagem com os demais Estados e instituições, ainda que estejam pendentes de reconhecimento formal.

Dessa forma, a instituição, como verdadeira realidade social e entidade autônoma que é, assume uma “personalidade própria” – ou ao menos uma personalidade potencial. Vale dizer, a personalidade potencial passa a ser efetiva na medida em que as idéias do grupo social que fomentaram a instituição passam a se concretizar na prática, de modo autônomo e organizado. Nesse sentido, como bem destaca Romano, o principal mérito de Maurice Hauriou foi liberar o conceito de instituição da idéia de personalidade jurídica, de maneira que um ente detém sua personalidade na medida em que contemple os pressupostos para se enquadrar como uma instituição; pouco importa se os requisitos para aquisição de “personalidade jurídica” impostos pelos Estados não estejam preenchidos ou sejam contrariados.

Exemplo prático para essas considerações foi o caso da CEE que, ao tempo do GATT/1947, não possuía *status* de parte contratante do dito acordo. Contudo, essa falta de chancela formal dos Estados não foi empecilho para que a instituição europeia atuasse nas rodadas do GATT na condição de um efetivo sujeito internacional. Esse fato fez com que sua instituição jurídica observasse um fenômeno de incorporação, seja do poder organizado, seja das manifestações comunitárias dos membros do grupo, conduzindo-se à sua personificação. De fato, ocorreu um trâmite trifásico de aquisição de personalidade jurídica: primeiramente uma interiorização dos anseios dos membros que a compunha; em seguida a incorporação desses ideais em seu ordenamento; e, por último, sua personificação definitiva perante a ordem jurídica estabelecida.

Assim, pode-se afirmar que os acordos regionais, que se enquadram no conceito de instituições jurídicas, interatuam com outros sujeitos e instituições desde o momento em que exteriorizam sua afinidade racional e detêm

satisfatória organização que sustente a concretização de seus propósitos. Quando a organização de alguns acordos regionais permite-lhes se distinguir dos Estados que os compõem, de maneira a buscar seu objetivo, por meio de uma vontade própria que lhe é intrínseca, essas instituições demonstram-se verdadeiros sujeitos internacionais que manifestam uma espécie de “vontade objetiva”. É essa vontade que existirá em toda instituição juridicamente organizada socialmente e que seja a representação jurídica de determinado grupo social; esse é o caso do grupo de Estados nos acordos regionais.

Na hipótese aqui trabalhada, a sociedade econômica internacional, antes composta somente pelas instituições dos Estados e agora formada por agremiações econômicas entre Estados, sobressai como uma instituição alicerçada em instituições internacionais, fazendo com que os Estados se aproximem de uma diretriz que os norteia, um ideal baseado na sociedade humana universal que é a liberalização regional do comércio.

Seguindo esse modelo, afirma-se que essa sociedade internacional é uma formação sociológica do tipo institucional e não contratual, assentada em um fundamento natural e objetivo; esse pode ser identificado como a vontade de liberalizar o comércio em novos moldes, como é a celebração de acordos comerciais entre instituições regionais (acordos regionais de comércio). Há, portanto, a constatação fática de que as regras do sistema multilateral de comércio nem sempre acompanham a dinâmica do comércio internacional. Por muitas vezes, a regra positiva demora a reconhecer, legitimar ou explicitamente negar personalidades e sujeitos há muito atuantes na Comunidade. Cabe, então, reiterar a crítica muito propalada de que esse mesmo direito positivo, como expressão jurídica da situação interna da sociedade internacional econômica, não pode ficar estancado frente aos fenômenos sociais que se apresentam, como é o caso da proliferação do regionalismo.

Por corolário da problemática apresentada, a segunda parte da pesquisa teve o condão de analisar as regras do sistema multilateral da forma como se encontra positivado, mais especificamente a regra da NMF – pilar básico de todo o sistema – e suas exceções que permitem a proliferação do regionalismo. Para esse propósito, tratou-se de, num primeiro momento, descrever o funcionamento da regra

NMF, a qual tem a intenção de multilateralizar entre todas as partes contratantes/membros a desgravação tarifária.

A lógica estabelecida pela NMF era a de que se estendesse a benesse tarifária concedida por uma parte contratante/membro a outro (integrante ou não do sistema), alcançando todas as demais partes contratantes/membros do sistema. No entanto, como se pode identificar em trabalhos trazidos à pesquisa, uma série de razões conduziu à positivação de exceções à regra da NMF; questões de ordem política como a reconstrução da Europa, ou ainda tratado de livre comércio tentado às escuras entre os EUA e o Canadá, dentre outras questões, serviram de pano de fundo para que se mantivessem as vantagens tarifárias e agremiações aduaneiras existentes, além de permitir a concepção de outras. Contudo, a partir da vigência do GATT/1947, novas instituições regionais demandavam a chancela de todos os demais sujeitos do sistema multilateral de comércio, em observância aos postulados formais do sistema.

Nesse período, a CEE deu seu primeiro passo à formação do atual bloco europeu. Assinado o tratado de sua formação, o respectivo Grupo de Trabalho passou a examinar a compatibilidade da CEE com o art. XXIV do GATT, mas não obteve resultado durante todo o período de vigência do GATT/1947. É que a vagueza da redação dessa exceção – explicitada no segundo capítulo – dava ampla margem à discussão, o que não impedia a CEE de atuar como um efetivo sujeito internacional do sistema. As dúvidas quanto às expressões “no conjunto” (*on the whole*), “substancialmente todo o comércio” (*substantially all the trade*) e “período razoável de tempo” (*reasonable period of time*) até o momento não foram devidamente esclarecidas. Soma-se a isso o fato de a própria jurisprudência da OMC, no caso *Turkey – Textils*, chancelar alguns acordos regionais sobre tema ao asseverar que disposições do artigo XXIV não impedirão o estabelecimento de uma união aduaneira nem o de uma zona de livre comércio, assim como não impedirão a adoção de um acordo provisório. E mais, salvo única exceção, todos os membros da OMC são partes de um acordo regional de comércio. Sem dúvida, todos esses fatores corroboram o fato de que o regionalismo é tolerado pelos Estados e, inclusive, pelos órgãos da própria OMC.

Enquanto essas discussões interpretativas sobre o caso da CEE estavam em ebulição, a maioria dos integrantes do sistema tinha outras preocupações uma

vez que as exceções regionais não contemplavam seus anseios. Pelo contrário, o desejo da maioria – em 2/3 representada pelos países em desenvolvimento – buscava também inserir ao acordo multilateral normas que permitissem escapar à estrita observância da NMF. Após anos de esforço, a parte IV do GATT formalizou a noção de que os países em desenvolvimento mereciam um “Tratamento Especial e Diferenciado” no âmbito do sistema GATT, permitindo-os aprofundar a integração comercial sob a rudimentar forma de preferências tarifárias não recíprocas. A pressão dos países em desenvolvimento fez com que se consolidasse a Cláusula de Habilitação que facultaria o uso do SGP, mais uma exceção à NMF que mudaria definitivamente a lógica original do sistema multilateral de comércio positivado.

Essas modificações normativas foram motivadas pelo fato de que a integração profunda – capitaneada pela Europa e realizada por países de peso econômico relativamente parecido – não mais refletia o modelo de acordo regional buscado pelos demais participantes do comércio internacional. Num movimento que passou a se denominar de segunda onda do regionalismo, pequenas economias passaram a celebrar acordos regionais com grandes potências econômicas como os EUA e a CE. Essa nova roupagem ao regionalismo foi ilustrada pela expressão *hub and spokes*, um arquétipo que bem representava a proliferação da nova forma de regionalismo como um verdadeiro *spaghetti bowl*.

Assim, o que foi concebido como exceção ganhou ainda mais força ao longo dos mais de 60 anos de vigência do acordo multilateral. Por essa razão, recebeu vasta crítica sob o entendimento de que sua utilização desenfreada poderia colocar em xeque o próprio sistema multilateral. A doutrina classificou o fato como a erosão da sua pedra fundamental, capaz de tornar a NMF na paradoxal – porém efetiva – cláusula da nação “menos” favorecida. O que merecia ser compreendido como a “multilateralização do regionalismo” é tido como um conjunto de exceções que minam a regra geral do sistema.

De fato, esse tipo de afirmação e preocupação faz sentido se concebido o sistema unicamente sobre a lógica unitária positivista. Por outro lado, o referencial jurídico-institucional fornece justamente uma leitura bem adaptada a esse cenário, uma vez que traz a concepção do direito fragmentada em diversas instituições.

Buscando aplicar esse referencial às regras estabelecidas e apresentar uma leitura de mundo adequada ao fenômeno, o terceiro capítulo cuidou de uma

análise comparativa entre as instituições jurídicas e os acordos regionais existentes. Em essência, condensou informações do primeiro e segundo capítulo de forma a melhor sistematizar as semelhanças e diferenças existentes entre as correntes institucionalista e positivista. Em seguida, foi realizado um estudo de caso da experiência de integração da Comunidade Européia em que se puderam aprofundar as considerações obtidas e sua leitura prática.

Nessa etapa, confirmou-se o fato de que a maioria dos membros da Comunidade Econômica Internacional não mais se conforma à condição passiva na construção de instituições jurídicas que lhes favoreçam oportunidades, agindo proativamente a suplantando as entraves existentes no sistema multilateral de comércio e as dificuldades de um consenso multilateral, especialmente a Rodada Doha. Tudo isso potencializou o fenômeno de proliferação das instituições jurídicas regionais e os novos acordos comerciais entabulados agora por regiões.

Quanto à comparação entre o conceito de instituições jurídicas (delineado no referencial teórico) e o de acordos regionais de comércio (verificado no direito positivo), encontraram-se semelhanças como estabilidade, natureza social, existência concreta.

Por outro lado, diferenças aparecem quando se analisa os acordos regionais sob a estrita ótica positivista. É que nem todos os acordos regionais de comércio guardam a autonomia que a instituição jurídica possui. Isso porque sua independência para sustentar outras instituições, por diversas vezes fica adstrita às instituições estatais. A dependência ocorre principalmente em acordos regionais de comércio em que se erguem meras preferências tarifárias não recíprocas, ou zonas de livre comércio. Quando se passa para graus superiores de integração, como a União Aduaneira e daí por diante, uma movimentação da instituição jurídica regional em uníssono é bem mais perceptível, havendo além de concertos tarifários externos a pactuação de acordos de diversas espécies com entidades alheias à instituição. No entanto, essas considerações não impedem que o ordenamento jurídico dos acordos regionais mais simples promova efeitos às demais instituições ou a si próprio; pelo contrário, pode sim, gradualmente, alcançar uma autonomia que não deve ser desconsiderada quando da sua análise.

É tênue a constatação de que a individualidade ocorra objetivamente com seu interior e subjetivamente com outras instituições externas. Diante desse quadro,

é possível levantar a hipótese de que essa interação objetiva e subjetiva existente nas instituições jurídicas regionais sempre ocorre; o que as diferencia é o grau de profundidade dessa interação, podendo em maior ou menor medida afetar a sociedade econômica internacional, remodelando-a no que toca seu aspecto normativo.

Da mesma forma, essas considerações passam pela leitura de mundo que se quer adotar. Escolhido o referencial, pode ou não permitir considerar uma instituição jurídica regional como um verdadeiro sujeito internacional; caso se entenda que a personalidade jurídica institucional só existe na medida em que os acordos formais assim o dizem, a ausência de assentimento pelas partes contratantes/membros certamente mostrará sinais de perplexidade quando essas instituições repercutirem no sistema jurídico formal. Por outro lado, se houver espaço para uma leitura fragmentada, as instituições regionais serão compreendidas como elementos naturais ao processo de liberalização comercial. Compreendido dessa forma, será mais fácil buscar novas soluções normativas para a proliferação do fenômeno como a “multilateralização do regionalismo” ou “direito multirregional”. Com essa nova concepção, não mais se sustentaria que as exceções englobam a regra e desgastam o sistema, mas sim, que são partes importantes do marco jurídico multilateral para acesso a mercados e efetiva liberalização comercial a partir de suas regras.

Nessa perspectiva, a crítica de Cottier se encaixa bem às considerações finais explicitadas uma vez que este autor vê nos acordos regionais de comércio a possibilidade de atuarem como laboratórios para futuras disciplinas do direito da OMC. É preciso se fazer um esforço de interpretação sistêmica, pois as exceções não vão de encontro à NMF, mas sim remodelam o relacionamento jurídico de uma maneira mais apropriada, pavimentando os caminhos para o livre comércio e não erguendo obstáculos ao mesmo (*stepping stones x stumbling blocks*).

Além do mais, cabe ressaltar o fato de que os Estados perceberam que o comércio preferencial não pode funcionar sem um sólido eixo de sustentação multilateral, ou seja, nos termos dessa pesquisa, as relações preferenciais entabuladas pelas instituições regionais não podem florescer se as relações baseadas no sistema multilateral de comércio com terceiros países estão sob tensão. As nações devem compartilhar o interesse comum em preservar e promover

as regras do sistema como base de todo o comércio internacional, envolvendo tanto a NMF como as relações preferenciais, pois essas têm suas bases vinculadas ao alicerce da instituição jurídica multilateral. Com efeito, não há interesse dos Estados em abandonar esse marco jurídico e entrar de cabeça apenas em acordos regionais com poucos integrantes, mas sim, vontade de compartilhar ambas as saídas para a liberalização do comércio.

A esta altura, pode-se levantar a hipótese de que, concomitantemente à positivação da regra da não discriminação, já havia de fato o ideal comum da sociedade econômica internacional em acomodar o fenômeno do regionalismo; permitiram, assim, de modo definitivo, que os sujeitos que compunham esse cenário pudessem validar acordos bilaterais existentes e costurassem relações de toda sorte.

Em última análise – mas não menos importante – as conclusões obtidas ao longo da pesquisa foram explicitamente verificadas quando do estudo de caso da Comunidade Européia realizado no terceiro capítulo. Sua análise veio corroborar a hipótese levantada ao questionamento dessa pesquisa na medida em que foi constatado que, a despeito de a CEE não possuir a condição formal de integrante do sistema multilateral de comércio, ao longo de toda a vigência do GATT/1947 ela participou ativamente das rodadas multilaterais. Sua relevância e importância institucional a levou, inclusive, a ser considerada em diversas normas – e.g. diversos acordos comerciais no âmbito do GATT, em suas disposições finais, dispõem que estavam abertos à aceitação pelas partes contratantes do GATT e pela CEE. Portanto, os sujeitos da própria sociedade econômica internacional parecem, com relação ao acordo regional europeu, equipararem a CEE às demais partes contratantes, o que, potencialmente, permite à CEE ser sujeito de obrigações e direitos de um determinado tratado.

Outro aspecto que apóia a hipótese levantada a essa pesquisa é a comprovação da atuante atividade da CEE no sistema multilateral de comércio, ainda que não fosse sujeito do sistema. Havia, portanto, aquela idéia comum a que se referiu ao longo de toda a primeira parte, capaz de exteriorizar, objetivamente, os anseios do seu grupo (por assim dizer, existia uma instituição jurídica capaz de representar sua sociedade no plano econômico internacional). É claro que no caso da CEE os interesses econômicos em jogo eram representativos e influenciavam

sobremaneira a tomada de decisões. No entanto, deixando considerações econômicas e políticas de lado, o fato é que a instituição jurídica europeia observou a linha evolutiva em busca de seu reconhecimento jurídico formal e, ao final da Rodada Uruguai, obteve explícito *status* de membro da OMC quando da criação da organização.

Diante dessas considerações, pode se concluir pela confirmação da hipótese em considerar instituições jurídicas como efetivos sujeitos do sistema multilateral de comércio, sob o viés da corrente institucionalista. A experiência do acordo regional europeu, inclusive, atestou a eficácia prática dessa premissa na medida em que o percurso histórico da instituição europeia e sua atuação no sistema multilateral se adequaram perfeitamente ao confronto entre o paradigma jurídico-institucional e a concepção formalista desse sistema. Salienta-se, ainda, que outras experiências regionais podem não obter o mesmo êxito quanto à manifestação dessa condição de sujeitos uma vez que a tolerância verificada com o acordo regional europeu pode não se apresentar como uma constante. No entanto, esse fator não impede que o aumento da complexidade e o grau de aprofundamento institucional obstruam a natural evolução da personalidade potencial que as instituições jurídicas possuem, tampouco sejam impedidas de atuar como instituições jurídicas perante o sistema multilateral de comércio.

REFERÊNCIAS

a) Obras Consultadas

AGO, Roberto. *Direito Positivo e Direito Internacional*. Trad. Arno Dal Ri Jr. Mimeografado.

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Público*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

ANZILOTTI, Dionísio. *Curso de Derecho Internacional*. Trad. Julio Lopez Olivan, Madrid: Editora Reus, 1935.

ANZILOTTI, Dionísio. *O Conceito Moderno de Estado e o Direito Internacional*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, mimeo.

BALASSA, Bela. *Teoria da Integração Econômica*. Trad. Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira, Lisboa: Livraria Clássica, 1961.

BALDONI, Claudio, *Le unioni di Stati*, Rivista Italiana per le scienze giuridiche, 1931, p. 475 *apud* SERENI, 1943.

BRETHERTON, Charlotte; VOGLER, John. *The European Union as a Global Actor*, Routledge, 1999.

CARREAU, Dominique; Patrick, JUILLARD. *Droit International Économique*. 4ª ed., Paris: LGDJ, 1998.

CHARPENTIER, Jean. *Institutions Internationales*. Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1984.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *História do Direito Internacional: comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Tradições do pensamento às teorias internacionais: Hugo Grotius, Thomas Hobbes e Immanuel Kant. In (orgs.) OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI JÚNIOR, Arno, *Relações Internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: Unijuí, 2003.

DAM, Kenneth W. *The GATT Law and International Economic Organization*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

DELOS, J. T. *La société Internationale et les Principes du Droit Public*, Paris: Pedone, 1950.

DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. Florianópolis: Letras Contemporâneas Oficina Editorial Ltda, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI*. Versão 3.0. Novembro de 1999.

- GANDOLFI, Alain. *Institutions Internationales: première année*, Paris: Masson et Cie Éditeurs, 1971.
- GIULIANO, Mario. *La cooperazione degli stati e il commercio internazionale*. Milano: Giuffrè Editore, 1972.
- GROTIUS, Hugo. *O Direito de Guerra e da Paz*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.
- GROSSI, Paolo. *Da sociedade de sociedade à insularidade do Estado entre medievo e idade moderna*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, mimeo.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*, Trad. Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HAURIOU, Maurice. *Teoria dell'istituzione e della fondazione*. Milano: Giuffrè, 1967.
- HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. *The regulation of International Trade*. New York: Routledge, 1999.
- HUMMER, Waldemar; PRAGER, Dietmar. *GATT, ALADI Y NAFTA: Pertinencia simultanea a diferentes sistemas de integracion*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- H. LAUTERPATCH, M.A. *Recognition in International Law*, London: Cambridge University Press, 1948.
- JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Vienne Years, *European Journal of International Law*. vol. 9, nº 2, 1998.
- JACKSON, John H. *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- JACKSON, John H. *The jurisprudence of GATT & the WTO*. New York: Cambridge University Press, 2002.
- JACKSON, John. *The World Trading System: Law and policy of International Economic Relations*. 4a ed., Cambridge: MIT Press, 2000.
- JACKSON, John H. *World Trade and Law of GATT*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1969.
- KANT, Immanuel. *A Paz perpétua e outros opúsculos* (1795), Lisboa: Edição 70, 2002.
- KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. USA: Johns Hopkins University, 1952.
- KELSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Trad. Eduardo Garci Maynez, México: Imprenta Universitária, 1950.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura del derecho*. Trad. Moises Nilve, Buenos Aires: Eudeba, 1960.

KEOHANE, Robert. Reciprocity in International Relations. *International Organization*, v. 40, n. 01, Winter 1996.

KRAMER, Die Meistbegünstigung, Recht der internationalen Wirtschaft, 1989, p. 478 *apud* United Nations Conference on Trade and Development. *Most Favoured Nation*, New York: Geneva, 1999.

LIPSEY, Richard G. *The Theory of Customs Union: Trade Diversion and Welfare*, *Economica*, Vol. 24, 1957.

MACHLUP, Fritz. *History of Thought on Economic Integration*, New York: Columbia University press, 1977.

MACLEOD, Ian; I.D. HENDRY, Stephen Hyett. *The External Relations of the European Communities*, Oxford: Clarendon Press, 1996.

MANNONI, Stefano. Estado nacional e Direito Internacional *in* *O Estado de Direito: História, teoria e crítica* (orgs.) Pietro Costa e Danilo Zoto, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MEADE, James Edward. *The Theory of Customs Union*. Amsterdam: North-Holland Publishing, 1968.

MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960.

MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

MORELLI, Gaetano. *Nozioni di Diritto Internazionale*. 3ª ed. Padova: Cedam, 1951.

MURÓ, Julio A. Lacarte. *Ronda Uruguay del GATT: La globalización del comercio mundial*. Fundación de Cultura Universitária, 1994.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Regionalismo *in* BARRAL, Welber (org.) *O Brasil e a OMC*, Curitiba: Juruá, 2002.

PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto internazionale pubblico*, Milano: Giuffrè, 1948.

PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick, *Direito Internacional Público*, 2. ed., Trad. Vitor Marques Coelho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The EEC as a GATT Member: Legal Conflicts between GATT Law and the European Community Law. In: HILF, Meinhard; JACOBS, Francis; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The European Community and the GATT*. Deventer: Kluwer, 1986.

POMFRET, Richard. *The Economics of Regional Trading Arrangements*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

- PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Sistema multilateral de comércio e processos de integração regional: complementaridade e antagonismo*, Tese (Doutorado em Relações Internacionais), Brasília, UnB, 2007.
- REUTER, Paul. *Instituciones Internacionales*. Trad. Cristóbal Massó Escofet, Barcelona: Casa Editorial BOSCH, 1959.
- REUTER, Paul. *Principles de droit international public*, 103, Hague Recueil, 1961.
- RENARD, Georges. *La philosophie de l'institution*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1939.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- RIGAUX, François. Hans Kelsen on International Law, *European Journal of International Law*. vol. 9, nº 2, 1998.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, Trad. Maria Helena Diniz, São Paulo: RT, 1977.
- ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006 (no prelo).
- ROMANO, Santi. *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: Giuffrè, 1953.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Publico*, 3a ed., Trad. Fernando Gimenez Artigues, Barcelona: Ariel, 1966.
- SERENI, Angelo Piero. *The Italian Conception of International Law*. New York: Columbia University Press, 1943.
- VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Curso de Derecho Internacional Publico*, tomo I, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1963.
- VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law of the World Trade Organization*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*, Trad. Antonio Truyol y Serra, 5ª ed., Madrid: Aguilar, 1976.
- VINER, Jacob. *The Customs Union Issue*. New York: Carnegie Endowment for International Peace, 1950.
- VISSCHER, Charles de. *Contribución à l'étude des sources du Droit international*. Recue de Droit International et de Législation compare, 1933 *apud* VALLEJO, 1963.
- VITORIA, Francisco de. *Os Índios e o Direito de Guerra*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.
- SCELLE, Georges. *Manuel de droit international public*, Paris: Domat, 1948.
- THIERRY, Hubert. The thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*. vol. 1, nº 1, 1990

TOUSCOUZ, Jean. *Direito Internacional*. Portugal: Publicações Europa-América, 1993

TRIEPEL, Karl Heinrich. *As relações entre o direito interno e o Direito Internacional*. Recueil des Cours, vol. I, 1923, Trad. Amílcar de Castro, Revista da Faculdade de Direito, Minas Gerais: UFMG, 1966.

TUNKIN, G. I. *Theory of International Law*. Trad. William E. Butler, Massachusetts: Harvard University Press, 1974.

ZICCARDI, Piero. *As doutrinas jurídicas de hoje e a lição de Santi Romano: O Direito Internacional*. Trad. Prof. Arno Dal Ri Junior, mimeo.

ZICCARDI, Piero. *Diritto Internazionale in Generale*, trad. por Prof. Arno Dal Ri Júnior (mimeografado). Originalmente publicado na Enciclopedia del diritto. Vol. XII. Milano, 1964.

b) Artigos e Periódicos

ANDRADE, Thalís Ryan de. O formato dos acordos bilaterais entre os Estados Unidos e os países latino-americanos: uma barganha positiva? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANDRADE, Thalís Ryan *et al.* Las relaciones comerciales de América Latina: integraciones económicas regionales y análisis de la proliferación de acuerdos con EE.UU. *FORO: Revista de Derecho*, v. 9, Ecuador: Corporación Editora Nacional (Universidad Andina Simón Bolívar), 2008.

ANDRADE, Thalís Ryan *et al.* Novas tendências nas relações econômicas na América Latina: a estagnação de arranjos regionais e multilaterais de comércio e a proliferação de tratados bilaterais como mecanismo de promoção de desenvolvimento *in* BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio; CORREA, Carlos Maria (orgs). *Direito, Desenvolvimento e Sistema Multilateral de Comércio*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BAGWELL, Kyle; STAIGER, Robert W. *Reciprocity, non-discrimination, and preferential agreements in the multilateral trading system*. Working Paper n. 5932, Cambridge: NBER, February 1997.

BALDWIN, Richard. *A domino theory of regionalism*, NBER Working Paper Series n. 4465, 1993.

BALDWIN, Richard E. Causes of regionalism. *The World Economy*, London: Blackwell Publishing, vol. 20(7), 1997.

BARTELS, Lorand. The Legality of the EC Mutual Recognition Clause Under WTO Law, *Journal of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

BARTELS, Lorand. The WTO Enabling Clause and positive conditionality in the European Community's GSP Program. *Journal of International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

BHAGWATI, Jagdish. U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Agreements in Jagdish Bhagwati and Anne O. Krueger, *The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements*, AEI Press, 1995.

BHAGWATI, Jagdish; PANINGARIYA, Arvind. Preferential Trading Areas and Multilateralism: strangers, friends or foes? In *Free Trade Areas or Free Trade? The economics of preferential trading agreements*, AEI Press, 1996.

BERGSTEN, C. Fred. Open regionalism. *The World Economy*, Vol. 20, no. 5, 1997.

BOURGEOIS, J.H.J. 'The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenges' in J.H.H. Weiler (ed), *The EU, the WTO, and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?* Oxford: Oxford University Press, 2000.

BRAGA, Carlos Primo. Comments on the proliferation of regional integration arrangements. Symposium: Free Trade Areas: The Challenge and Promise of Fair vs. Free Trade. *Law and Policy in International Business* 27, n. 4, Summer 1996.

BURFISHER, Mary E.; ROBINSON, Sherman; THIERFELDER, Karen. *Regionalism: old and new, theory and practice*. MTID discussion paper n. 65, Fevereiro de 2004.

CHASE, Kerry. Multilateralism compromised: the mysterious origins of GATT Article XXIV, *World Trade Review*, vol. 5, n.1, United Kingdom: Cambridge, 2006.

COTTIER, Thomas. The erosion of non-discrimination: stern warning without true remedies, *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n. 3, Oxford University Press, 2005.

DE SANTIS, Roberta; VICARELLI, Claudio. *The "deeper" and the "wider" EU strategies of trade integration: an empirical evaluation of EU Common Commercial Policy effects*. Istituto di studi e analisi economica, Working paper n. 79, 2007.

ETHIER J., Wilfred. The new regionalism. *The Economic Journal*, 108 (July), Oxford: Blackwell, 1998.

HANSON, Brian T. What Happened to the Fortress Europe? External trade Policy Liberalization in the European Union, *International Organization*, n° 52, Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

LAMY, Pascal. Stepping Stones or Stumbling Blocks? The EU's approach towards the problem of multilateralism vs regionalism in trade policy. *World Economy*, 2002.

LEAL-ARCAS, Rafael. The EC in GATT/WTO negotiations: From Rome to Nice – Have EC Trade Policy Reforms Been Good Enough for a Coherent EC Trade Policy in the WTO? *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 8, n° 1, 2004.

LENZ, Tobias. The EU's Promotion of Regional Integration in Latin America – Shaping Emergent Forms of Regional Governance, Paper prepared for the 5th

GARNET PhD school on '*Global Governance & Regionalism: The Role of EU, WTO & International Economic Institutions*', Geneva, 7.12.2007.

LIKOVÁ, Magdalena. European Exceptionalism in International Law, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 3, 2008.

MAJLUF, Luis Abugattas. *Swimming in the spaghetti bowl: challenges for developing countries under the "new regionalism"*, Policy issues in international trade and commodities study series n. 27, New York: UNCTAD, 2004.

MANSFIELD, Edward D.; MILNER, Helen V. New wave of regionalism. *International Organization*, Vol. 53, nº. 3 Summer, 1999.

PAUWELYN, Joost. *Legal Avenues to "Multilateralizing Regionalism": Beyond article XXIV*. Paper presented at the Conference on Multilateralising Regionalism, Geneva: WTO, September 2007.

SANTOS, Norma Breda dos; FARIAS, Rogério; CUNHA, Rafael. Generalized System of Preferences in General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organization: History and Current issues. *Journal of World Trade*, Netherlands: Kluwer Law International, 2005.

WORLD BANK. *Regional trade agreements and development: upside potential and downside risks*, September, Washington, DC: World Bank, 2005.

c) Referências disponíveis na internet

Kosovo declara independência; Sérvia não reconhece decisão, Folha online, São Paulo, 17 fev. 2008. Disponível em: <www.folha.com.br>. Acesso em: 18 fev. 2008.

KOVAC, Matija. *Legal Aspects of the EC/EU Instalment within the Multilateral Trading System*. University of Maribor, 2007. Disponível em: <<http://www2.arnes.si/~ssdmkov3/download/2007-euwt0.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

EUROPA, *Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia ou Tratado CEE*, 2008). Disponível em: <http://europa.eu/scadplus/treaties/eec_pt.htm>. Acesso em: 25 nov. 2008.

Regional Trade Agreements: Are they stepping stones or more obstacles to a more effective trade system? WTO Fórum, [Vídeo] 13:04 min., 2007. Disponível em: <http://www.wto.org/english/forums_e/debates_e/debate3_e.htm>. Acesso em: 05 jun. 2008.

Opinião Consultiva da CEJ nº 1/75 de 1975. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em: 29 nov. 2008.

Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (CEJ), casos reunidos nº 21, 22, 23, 24, julgado em 12 dez. 1972. *International Fruit Company and others/*

Produktschap voor Groenten en Fruit. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/>>. Acesso em: 29 nov. 2008.

Understanding the WTO, 2008. Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em: 15 jul. 2008.

United Nations Treaty Series, 2008. Disponível em: <<http://untreaty.un.org/English/overview.asp>>. Acesso em: 29 set. 2008.

Trade And Development Report - UNCTAD/TDR/2007 (*Overview*). Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em 30 out. 2008.

Multilateralism and regionalism: The new interface. Geneva: UNCTAD, Edited by Mina Mashayekhi and Taisuke Ito, 2005. Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em 30 out. 2008.

Division on Globalization and Development Strategies, UNCTAD/GDS/2006/1, *UNCTAD: a brief historical overview*, 2006. Disponível em: <www.unctad.org>. Acesso em 30 out. 2008.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Legal Texts. Marrakesh Agreements*, 2008). Disponível em: <www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt_e.htm>. Acesso em: 30 set. 2008.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Regional Trade Agreements: facts and figures*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/summary_e.xls>. Acesso em: 14 out. 2008.

d) Documentos e estudos do GATT/OMC

Committee on the Treaty establishing the European Economic Community . W.12/14

Documento C/M/253 do GATT

Documento L/7604 do GATT

Decisão de 25 de Junho de 1971, BISD 18S/24

Decision on Differentiable and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries (Enabling Clause). Decision of 28 November 1979. L/4903

GATT Council, Minutes of Meeting, 03 de Novembro de 1981, C/M/152

GATT, SR 7/17. (*Summary record of the Seventeenth Meeting: Held at the Palais des Nations, Geneva on Monday, 10 November 1952, at 10 a.m*)

GATT Document, Working Party on the Customs Union between the Czech Republic and the Slovak Republic. Report. L/7501. 15 July 1994.

GATT, *Working Party Report, The European Economic Community*, 29 Nov. 1957, L/778, BISD 6S/70

IBDD 26S/221

L/5453. *Accession of Greece to the European Communities*, 28 Jan. 1983

Report of the Working Party on Border Tax Adjustments, BISD 18S/97

WTO – Negotiating Group on Rules. Submission on Regional Trade Agreements by Australia. TN/RL/W/180. 13 May 2005

Understanding Respect of Waivers of Obligations under the GATT 1994

WT/MIN(01)/15

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *El regionalismo y el sistema mundial de comercio*. Ginebra: OMC, 1995.

SUTHERLAND, Peter; BHAGWATI, Jagdish; BOTCHWEY, Kwasi; FITZGERALD, Niall; HAMADA, Koichi; JACKSON, John H.; LAFER, Celso; MONTBRIAL, Thierry de. *The future of WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium*, Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi Geneva: World Trade Organization, 2004.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *The future of the WTO: Addressing Challenges in the new millennium*. Switzerland: WTO, 2004.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *World Trade Report*, Geneva: WTO, 2007.

e) Controvérsias do GATT e OMC

GATT/EC – Citrus products, L/5776

GATT/EEC – Member States' Import Regimes for Bananas, DS32/R, 3 Jun. 1993, § 358 (não adotado)

GATT/US – Non Rubber Footwear (US – MFN Footwear), DS18/R – 39S/128

GATT/US – Customs User Fee, L/6264 - 35S/245

GATT/Spain – Tariff Treatment Of Unroasted Coffee, L/5135 - 28S/102

WT/DS246/AB/R (*EC – Tariff Preferences*)

WT/DS27/AB/R (*EC – Bananas III*)

WT/DS139/AB/R; WT/DS142/AB/R (*Canada – Autos*)

WT/DS34/AB/R (*Turkey – Textils*)

WT/DS121/AB/R (*Argentina – Footwear*)

WT/DS332/AB/R (*Brazil – Tyres*)

WT/DS315 (*EC – Selected Customs Matters*)

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)