

4. A relação Estado-empresa no âmbito do Mercosul e do Nafta

O Mecanismo de Solução de Controvérsias estabelecido no Mercosul e no Nafta, especialmente aquele do Capítulo XI, é resultado dos objetivos e características principais de um e outro acordo. Ele delineia a forma e os procedimentos através dos quais os Estados-Parte e seus nacionais poderão questionar medidas e legislações de outro Estado-Parte que violem as regras do acordo, de forma que os direitos e obrigações contidos no acordo não sejam meramente programáticos. Garante, pois, o cumprimento do acordo.

Nos dois capítulos anteriores vimos, na teoria, quais são as regras principais que conformam um e outro sistema de solução de controvérsias; veremos agora alguns resultados práticos alcançados quando da aplicação destas regras.

4.1.Casos no âmbito do Capítulo XI do Nafta

A seguir, o resumo de dois casos cujas informações foram coletadas e divulgadas pelo *Public Citizen Report* e pelos *sites* dos governos envolvidos (México e Canadá¹), e que servem como exemplo do tipo de conflito que está sendo dirimido pelos Tribunais Arbitrais Internacionais previstos no Nafta.

O caso *Ethyl vs Canadá* foi escolhido pois foi o primeiro caso a alcançar um resultado em que uma das partes saiu vitoriosa, posto que nos dois primeiros casos não houve continuidade na reclamação, i.e, houve Notificação de Intenção mas não Notificação de Reclamação. Além disso, trata-se de uma reclamação contra atividade tradicional do Estado (regular de acordo com o interesse público) que foi bem sucedida em seu pleito.

¹ Informações disponíveis em www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac (Canadá) e <http://www.economia-snci.gob.mx> (México)

O caso *Metalclad vs México* foi escolhido por adicionar um elemento novo no processo, qual seja, o recurso, por parte do México, a uma outra instância, dado o descontentamento com o resultado alcançado pelo Tribunal Arbitral. A controvérsia em questão também representa uma reclamação contra atividade tradicional do Estado, no caso, a regulação sobre meio-ambiente.

Por fim, cabe dizer que ambos os casos foram escolhidos dada a facilidade em se obter os documentos públicos sobre as controvérsias, o que não ocorre em todos os casos. Em ambos os casos o resultado foi favorável ao investidor, numa demonstração de que uma nova relação Estado-empresa pode estar surgindo a partir da implementação de regras inovadoras sobre investimento.

Tal exercício torna-se interessante na medida em que uma proposta similar tem sido defendida em outros âmbitos, tais como a Alca e no regime multilateral do MAI, sem falar nos acordos bilaterais celebrados pelos EUA. Conhecer os resultados da aplicação de tal mecanismo torna-se fundamental para a determinação do futuro do regime sobre investimentos, abrindo-se a possibilidade de buscar alternativas ao modelo representado pelo Nafta.

4.1.1. Ethyl vs Canadá

A Ethyl Corporation é uma companhia química com sede em Virgínia/EUA, que nos anos 50 desenvolveu um novo aditivo para gasolina chamado metilenopentadienil manganês tricarbonil (MMT), que contém, como o próprio nome diz, o manganês, uma conhecida neurotoxina humana. A Ethyl Corp. produz e distribui o MMT. Uma forma concentrada do MMT é produzida nos EUA, e importada pela subsidiária da Ethyl no Canadá, onde é diluída numa fábrica em Ontário e vendida para as refinarias canadenses.

Em 1977, o uso do MMT na gasolina foi banido pela Califórnia e pela Agência Americana de Proteção Ambiental (AAPA), em face de preocupações com o meio ambiente e com a saúde pública. Apesar da pouca informação sobre os danos causados pelo MMT, os perigos da inalação do manganês são conhecidos desde 1800 – geram sintomas parecidos com o Mal de Parkinson e distúrbios neurológicos.

Com base neste histórico, em 1997 o Parlamento Canadense banuiu a importação e o transporte interprovincial do MMT. Como o MMT era produzido apenas nos EUA, a medida efetivamente eliminou o uso do MMT na gasolina canadense. A cronologia dos principais eventos que dão base à presente controvérsia é a seguinte:

Em 12 de outubro de 1994 o ministro de meio-ambiente do Canadá declarou que o MMT deveria ser removido da gasolina canadense até agosto de 1995. Em fevereiro de 1995 a associação de indústrias canadense informou que a Ethyl Canadá perderia dezenas de milhões de dólares por ano caso perdesse o negócio do MMT. Em 5 de abril do mesmo ano a imprensa canadense comunicou que o governo havia aprovado o projeto de lei que proíbe a importação e o comércio interprovincial de MMT.

A “Bill C-94”, que legisla sobre o tema, foi introduzida na “Casa dos Comuns” em 19 de maio de 1995 para uma primeira leitura e, no mesmo dia, o ministro do meio-ambiente (MMA) realizou uma conferência coletiva com a imprensa explicando a legislação que bane o MMT. Em 2 de outubro de 1995 foi feita uma segunda leitura da lei pela Casa dos Comuns (ou seja, o trâmite legislativo canadense estava em pleno andamento). Vinte dias depois, o Ministro do Comércio Internacional informou ao MMA que a proibição do MMT seria inconsistente com as obrigações no âmbito do Nafta.

Ainda assim, a Bill C-94 entrou em seu terceiro estágio de leitura em 18 de abril de 1996 e, cinco meses depois, a Ethyl emitiu uma Notificação de Intenção de submeter uma reclamação no âmbito do Nafta. Mesmo assim, a Bill C-94, que então passou a se chamar Bill C-29, foi introduzida no Senado e, em 9 de abril, estava aprovada. Cinco dias depois, a Ethyl emitiu uma Notificação de Arbitragem, pedindo US\$ 251 milhões em perdas.

Da cronologia acima se depreende que, enquanto a medida ainda estava sendo debatida no Parlamento canadense, a Ethyl já havia notificado o Governo canadense da intenção de processar este país em busca de compensação, caso o MMT sofresse restrições. E, antes que o MMT Act entrasse em vigor (o que ocorreu em 24 de junho

de 1997), a Ethyl já havia emitido sua Notificação de Arbitragem, escolhendo a UNCITRAL como órgão encarregado da arbitragem.

A Ethyl Corp. foi representada, no processo de arbitragem que se seguiu, pelo Escritório de Advocacia Appleton e Associates, com sede em Toronto, Canadá, e também pelo Escritório Winthrop, Stimson, Putnam & Roberts, com sede em Washington, EUA.

Não houve disputa, entre as partes, com relação aos principais fatos que suscitaram a controvérsia, mas sim com relação às conclusões / interpretações legais que se pode tirar dos mesmos. As alegações de ambas as partes são extensas, e, portanto, apenas um breve sumário das mesmas se segue.

A Ethyl alegou que o Canadá violou substantivas obrigações em relação a investimentos, presentes na Seção A do Capítulo XI do Nafta, e que por esta razão detinha o direito de submeter sua reclamação à arbitragem, conforme a Seção B do referido Capítulo. Segundo a Ethyl, a medida canadense violara três dispositivos do Nafta: 1) o artigo 1102, sobre Tratamento Nacional; 2) o artigo 1106, sobre requisitos de performance; e 3) o artigo 1110, sobre expropriação e compensação.

Vale aqui reproduzir as partes, pertinentes ao caso, do que dizem estes artigos:

“Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments.”

“Article 1106: Performance Requirements

1. A Party shall not impose the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory:

.....

(b) to achieve a given level or percentage of domestic content;

(c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory”

“Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party shall directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided in Article 1105; and
- (d) upon payment of compensation in accordance with paragraphs 2 to 6."

A Ethyl argumentou que a medida canadense sobre aditivos de combustível à base de manganês (Canada's Manganese-based Fuel Additives Act, ou MMT Act), equivalia a uma expropriação de seus ativos, proibida pelo artigo 1110 do acordo, já que a medida efetivamente prejudicava os negócios da empresa no Canadá.

Além disso, a medida seria também uma violação ao artigo 1102 (que requer tratamento nacional a investidores estrangeiros), já que a medida bania a importação, mas não a produção local do MMT.

Finalmente, a medida equivaleria, segundo argumentação da Ethyl, a um requisito de performance, proibido pelo artigo 1106 do Nafta, já que a medida efetivamente exigiria a construção de uma fábrica da Ethyl em cada província canadense. Isto porque a produção e venda do MMT no Canadá, em si, não foram proibidas, de forma que a Ethyl poderia continuar comercializando o MMT no Canadá, mas somente através do estabelecimento de uma fábrica e facilidades de distribuição em cada província canadense, já que o transporte interprovincial ficara banido pelo MMT Act.

Por conta destas violações, a Ethyl teria sofrido perdas: perda do valor de seu investimento na Ethyl Canada, custos com as reduções de operação no Canadá, taxas e despesas na oposição à medida e aos atos anteriores à medida, que também baniam o uso do MMT, e perda de lucros desde a introdução da Bill C-94.

Inicialmente, o Canadá alegou que a medida em questão não era enquadrável no Capítulo XI do Nafta, e que a Ethyl não respeitou o prazo de 6 meses após a medida questionada entrar em vigor para entrar com uma ação contra o Canadá, de forma que o Tribunal não teria jurisdição sobre a controvérsia. O Canadá alegou ainda ter

respeitado as obrigações do Capítulo XI, já que o MMT Act é uma lei de aplicação geral, não é uma medida relacionada a um investidor ou a um investimento, no sentido do artigo 1110. Segundo o Canadá, trata-se de uma medida que regula o comércio de bens, no escopo do Capítulo III do Nafta, e não do Capítulo XI. Além disso, representaria legítima regulação.

O México solicitou fazer considerações no caso, em defesa do Canadá, como lhe é facultado pelo artigo 1128; o entendimento defendido por este Estado é de que o MMT Act regula o comércio de bens, e que por esta razão a controvérsia deveria seguir os procedimentos dos Capítulos III (sobre o acesso a mercado de bens) e XX (que introduz o sistema de controvérsias para as situações que não estão no âmbito do Capítulo XI) do Nafta. Assim, apenas o governo dos EUA teria legitimidade para processar o Canadá, dado que apenas o Capítulo XI, sobre investimentos, prevê o mecanismo de disputa entre o investidor e o Estado.

Segundo o Relatório da *Public Citizen Report*, algumas das razões que teriam motivado a medida canadense foram a preocupação com o dano causado pelo MMT no funcionamento de conversores catalíticos em automóveis, que ajudam a controlar as emissões destes; preocupações com a poluição atmosférica e o aquecimento global; e preocupação com os efeitos potenciais à saúde gerados a partir da exposição ao MMT, apesar de não serem estes totalmente conhecidos. Desta forma, o Canadá agiu de acordo com o Princípio da Precaução, até que mais informações sobre o produto fossem divulgadas, como fez anteriormente o estado da Califórnia e a agência americana supracitada.

Em 1998, porém, o painel arbitral constituído rejeitou as alegações canadenses e deu prosseguimento ao caso. Diante disto, o Canadá resolveu chegar a um acordo com a Ethyl, revertendo o banimento ao MMT e pagando US\$ 13 milhões em custas legais e danos à Ethyl, além de divulgar uma nota pública, para uso da Ethyl, afirmando que as informações científicas não demonstravam a toxicidade do MMT ou seu dano aos motores.

O fato de o Tribunal Arbitral acatar a alegação da Ethyl de que a medida canadense equivalia a uma expropriação dos ativos constituiu um novo e significativo limite ao exercício de funções governamentais básicas, já que estabeleceu, com base

no Nafta, uma proteção aos investidores estrangeiros que vai além da própria legislação americana.

Mais, por ameaçar iniciar um processo com base no Nafta antes mesmo da lei canadense ter sido aprovada, a Ethyl pressionou os legisladores do país. Por não terem cedido à pressão, as ameaças aumentaram. Tais ameaças, se repetidas, poderão ter um efeito negativo nas futuras políticas de interesse públicas lançadas pelos governantes, fazendo com que estes façam concessões e mudanças antecipadamente para evitar um desafio comercial, como fez o Canadá no caso em tela.

Por fim, cabe ressaltar que o sucesso da Ethyl em processar o Canadá serviu de precedente para que outras corporações se baseassem nas regras de investimento do Nafta para desafiar políticas governamentais.

4.1.2.Metalclad vs México

Informações sobre esta controvérsia puderam ser encontradas tanto no site do *Public Citizen Report* quanto no *site* do governo mexicano, onde está disponível a maior parte dos documentos públicos da controvérsia.

A controvérsia envolve a Metalclad, uma corporação com sede em Delaware, Estados Unidos e a Eco-Metalclad Corporation (aqui chamada ECO), uma corporação com sede em Utah, Estados Unidos, que pertence à Metalclad e que possui 100% das ações da empresa mexicana Ecosistemas Nacionales, S.A. (‘ECONSA’).

Em 1993, a ECONSA comprou a empresa mexicana Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A.(‘COTERIN’), com o objetivo de desenvolver e operar a estação e campo de transferência de lixo tóxico desta, localizada no Vale de La Pedrera, em Guadalcazar.

A Coterin é a dona da propriedade, assim como é em seu nome que estão as licenças e permissões que compõem a base da disputa em questão, de forma que é em favor desta que a Metalclad, como investidor, submeteu uma reclamação no âmbito do artigo 1117 do Nafta.. Neste processo, a Metalclad foi representada pelo Escritório de Advocacia “Law Offices of Clyde C. Pearce”, da Califórnia, EUA. O reclamado é o Estado Mexicano, embora as ações supostamente violadoras de regras sobre

investimentos no âmbito do Nafta tenham sido tomadas pelo estado mexicano de São Luis Potosi (SLP) e pela municipalidade de Guadalcázar.

Antes de adentrar nos fatos, convém descrever, resumidamente, o histórico da controvérsia, mostrando como se deu o estabelecimento do Tribunal arbitral, e ressaltando que grande parte das etapas abaixo assinaladas seguiram as regras de procedimento do Tribunal Arbitral escolhido pela Reclamante, conforme dispõe as regras da Seção B do Capítulo XI do Nafta.

Em outubro de 1996 a Metalclad entregou ao México uma Notificação de Intenção, indicando justamente a intenção de submeter sua reclamação à arbitragem, de acordo com o artigo 1119 do Nafta. Em janeiro de 1997, de acordo com o artigo 1120 do Nafta, a Metalclad preencheu a Notificação de Reclamação no ICSID e requereu ao secretário-geral da ICSID que aprovasse e registrasse sua inscrição e permitisse acesso às Facilidades Adicionais do ICSID².

Ainda em janeiro de 1997, o secretário-geral informou às partes que os requerimentos do artigo 4 das Regras de Facilidades Adicionais do ICSID haviam sido preenchidas e que a intenção da Metalclad de acesso às Facilidades Adicionais fora aprovada. O secretário-geral então emitiu, no mesmo dia, um certificado de Registro da Notificação de Reclamação.

Em 19 de maio de 1997 o tribunal foi constituído, e a partir daí todas as subseqüentes comunicações escritas entre o tribunal e as partes foram feitas através do Secretariado da ICSID. A primeira sessão do tribunal foi realizada em Washington, com o consentimento das partes, em 15 de julho de 1997, quando ficou determinado que, de acordo com as regras da ICSID, o local da arbitragem seria Vancouver, British Columbia, Canadá.

Em setembro de 1997 a Metalclad requereu que os procedimentos fossem confidenciais, como permite o artigo 1134 do Nafta e artigo 28 do ICSID e, após considerações da outra parte e do tribunal, este último concordou com que a discussão pública do caso fosse limitada.

² O artigo 1120 do Nafta permite ao investidor submeter sua reclamação a arbitragem sob estas regras adicionais da ICSID, quando ou o Estado do investidor ou o Estado do reclamado (México) seja membro da Convenção da ICSID. Como os EUA o são, foi permitido acessar tais regras.

Em outubro de 1997 a Metalclad entregou suas razões, o México pediu uma prorrogação, a qual a Metalclad se opôs, e, em janeiro de 1998 o Tribunal concedeu a mesma ao México, ordenando que suas contra-razões fossem entregues em 17 de fevereiro de 1998. Em 20 de fevereiro de 1998 a Metalclad preencheu uma moção para sanção, relativa à apresentação tardia, pelo México, das traduções de suas contra-razões. O México se opôs à moção, a Metalclad respondeu e replicou, restando ao México se opor novamente. Em 31 de março de 1998 o Tribunal negou o pedido da Metalclad, entendendo que o atraso não teria prejudicado o reclamante.

Em 6 de abril de 1998 a Metalclad requereu responder às contra-razões do México, a qual o México se opôs e no dia 20 do mesmo mês o Tribunal garantiu o requerimento da empresa americana. Esta pediu, por duas vezes, prorrogação de seu prazo para responder, sendo atendida pelo Tribunal. Em 5 de outubro de 1998 o México fez observações à resposta da Metalclad, obtendo nova resposta desta, a qual também foi replicada pelo México.

Em 3 de maio de 1999 o México apresentou sua réplica à resposta da Metalclad. O Canadá fez uma submissão escrita ao Tribunal em 28 de julho, questionando a interpretação do artigo 1110 (sobre expropriação e compensação) e rejeitando a sugestão da Metalclad de que este artigo seria uma codificação da posição dos EUA sobre as regras de direito internacional, relativas à expropriação e compensação.

De agosto a setembro de 1999 as partes apresentaram suas testemunhas. Como permitido pelo Nafta, os EUA fizeram submissão escrita ao Tribunal em 9 de Novembro de 1999, reforçando seu entendimento de que as ações de governos locais, incluindo municipalidades, estão sujeitas aos padrões do Nafta. Os EUA também reforçaram a idéia de que a expressão “medidas equivalentes à expropriação”, presente no artigo 1110, deveria ser interpretada como incluindo tanto expropriações diretas quanto indiretas.

Realizadas as etapas procedimentais acima, o Tribunal passou a analisar os fatos apresentados pelas partes para chegar a uma conclusão, o que veio a ocorrer em agosto de 2000, aproximadamente três anos e meio depois que a Metalclad entregou sua Notificação de Reclamação à ICSID.

Em 1990, o Governo Federal do México autorizou a Coterin a operar a estação de transferência de lixo no estado de São Luis Potosi (SLP), numa área de 814 hectares a 100 km do nordeste da capital de SLP e a 70 km da cidade de Guadalajara. Aproximadamente 800 pessoas vivem no raio de 10 km do local.

Em 1991 e 1992 a empresa tentou obter uma permissão municipal (da Municipalidade de Guadalajara) para expandir a área e construir um campo de lixo tóxico, a qual foi negada. Em 1993, a Metalclad adquiriu direito de comprar a Coterin e a estação de transferência. A Coterin conseguiu, ainda no mesmo ano, a permissão do Estado e do governo federal do México para construir o campo de lixo tóxico, mas não a permissão municipal. A permissão do governo de SLP foi dada sob a condição de que o projeto se adaptasse às especificações e requerimentos técnicos indicados pelas autoridades correspondentes. Assim, em setembro de 1993 a Metalclad exerceu sua opção e comprou a Coterin, bem como a permissão para construir o campo.

A Metalclad alega que não teria exercido sua opção de compra sem a aparente aprovação e suporte federal ao projeto. Além disso, alega que logo após comprar a Coterin, o governador de SLP passou a defender uma campanha para denunciar e evitar a construção do campo. Após negociar com o governo, a Metalclad alega ter obtido aprovação para o projeto, e iniciou a construção, abertamente e sem interrupção, de abril a outubro de 1994. O México sustenta que tal aprovação não acontecera.

Em 26 de outubro a Municipalidade ordenou a cessação das atividades de construção dada a falta de permissão municipal, e as obras foram interrompidas. A empresa alega que, uma vez mais, fora informada, por oficiais federais, de que dispunha das autorizações para construir e operar o campo, e de que a Municipalidade não tinha razões para negar a permissão. A Metalclad, então, fez o pedido de permissão, mas continuou a construção mesmo enquanto o processo estava pendente.

O México nega que algum oficial federal tenha dito que uma autorização municipal não seria necessária, afirmando ainda que a Metalclad sabia da necessidade da mesma. Segundo a versão do México, sob a gerência da Coterin, a área fora contaminada com 20 mil toneladas de lixo tóxico e potencialmente explosivo. Estudos geológicos indicaram que o solo da área é instável, o que poderia permitir

que o lixo tóxico infiltrasse no subsolo e carregasse a contaminação através de fontes de águas mais profundas, já que a geologia da região envolve um complexo hidrológico com riachos subterrâneos.

Em fevereiro de 1995 a Universidade Autônoma de SLP atestou que, apesar do campo levantar certas preocupações, com a aplicação de engenharia apropriada a área estaria geograficamente apta a receber o campo de lixo.

A construção ficou pronta em março de 1995, ainda sem a permissão municipal, mas a companhia ficou impedida de operar por conta da contínua oposição local e demonstrações públicas, que bloquearam a entrada do lugar e intimidaram a empresa. Segundo a Metalclad, cinco dias antes da finalização da obra, havia sido celebrado um “open house”, com a presença de oficiais federais e locais do México.

Em 25 de novembro, após meses de negociações, a Metalclad conseguiu celebrar um acordo (“Convênio”), através de sub-agências independentes do governo mexicano, que garantiriam a operação do campo. No Convênio, a Metalclad comprometeu-se a realizar as modificações necessárias para se adequar a requerimentos ambientais, entre outras condições, como empregar mão de obra de Guadalcázar. O governo de SLP denunciou o Convênio pouco tempo depois de seu anúncio.

Em 5 de dezembro do mesmo ano, treze meses depois da Metalclad ter solicitado a autorização, o município negou o pedido de permissão, reprimindo a companhia por ter continuado a construção mesmo sem a autorização devida. A Municipalidade lembrou que já havia negado à Coterin a permissão para construção, em outubro de 1991 e janeiro de 1992, e ressaltou a impropriedade da construção do campo antes de ter recebido uma permissão municipal.

O México alega que a Metalclad tinha conhecimento de que uma permissão municipal seria necessária, já que a mesma havia sido anteriormente negada. O pedido da empresa americana, para que Guadalcázar reconsiderasse a negação de permissão, foi rejeitada. Além disso, em dezembro de 1995 a Municipalidade desafiou o Convênio, através de uma reclamação administrativa, a qual foi julgada improcedente pela SEMARNAP – a sub-agência supracitada.

De maio a dezembro de 1996 a Metalclad e o estado de SLP tentaram resolver o conflito com relação à operação do campo, um esforço que fracassou, fazendo com que, em 2 de janeiro de 1997 a Metalclad iniciasse os procedimentos arbitrais contra o governo do México, reclamando US\$ 90 milhões em indenização, alegando que as ações do município mexicano equivaliam a uma expropriação sem compensação, proibida pelo artigo 1110 do Nafta. Mais, a companhia alegou que o governo do México falhou em providenciar tratamento justo e equitativo em acordo com as leis internacionais, segundo artigo 1105 do acordo. Antes, em outubro de 1996, a Metalclad já havia anunciado a intenção de processar o governo mexicano.

Em 23 de setembro de 1997, o governador de San Luis Potosi declarou a área parte de uma zona ecológica especial de preservação da fauna e flora locais, inclusive de raros tipos de cactus. A Metalclad alega que o decreto seria um elemento a mais em sua reclamação de expropriação, sustentando que o decreto efetivamente acabava com a chance de operação do campo.

O Tribunal, em seu laudo arbitral, enfatiza que analisou a controvérsia interpretando o acordo do Nafta de acordo com seus objetivos (como dispõe o artigo 102), dentre os quais o objetivo de alcançar transparência e aumento substancial de oportunidades de investimento nos territórios das partes (artigo 102(1)(c)). Além disso, o tribunal levou em consideração o que dispõe, em seu artigo 27, a Convenção de Viena, da qual as duas partes são membros: que um Estado Parte não deve invocar as disposições de sua lei interna como justificativa de seu fracasso em cumprir o Tratado.

Em sua decisão, o Tribunal levou em conta ainda o que dispõe o Nafta no Parágrafo Seis de seu preâmbulo, i.e, que as Partes especificamente concordaram em assegurar um ambiente comercial previsível para investimentos e planejamentos comerciais.

Em agosto de 2000, o Tribunal arbitral estabelecido sob as regras do ICSID decidiu que o México deveria pagar à Metalclad US\$ 16,7 milhões, pelas razões que se seguem:

1) Violação do artigo 1105 do Nafta (“Tratamento justo e equitativo”) e artigo 102 do Preâmbulo:

“Article 1105: Minimum Standard of Treatment

*1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
....”*

“Article 102: Objectives

1. The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including national treatment, most-favored-nation treatment and transparency are to:

*(a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross border movement of, goods and services between
the territories of the Parties;*

(b) promote conditions of fair competition in the free trade area;

(c) increase substantially investment opportunities in their territories;

....

(e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, and for its joint administration and the resolution of disputes; and

....

2. The Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law.”

O tribunal entendeu que, por tolerar as ações do município e dos oficiais estaduais e federais, que falharam em clarificar a situação para a Metalclad, o México falhou em prover um quadro transparente e previsível para os investidores estrangeiros, como requer o artigo 102 do preâmbulo. O Tribunal interpretou este artigo de acordo com a idéia de que todos os requerimentos legais para a operação do investimento feito devem ser capazes de serem conhecidos por todos os investidores de outro Estado-Parte. Assim, para o Tribunal, não deve haver espaço para dúvidas ou incertezas. A companhia teria sido levada a acreditar que as permissões estadual e federal eram, suficientes para a construção e operação do campo de lixo:

“The absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA.” (Laudo Arbitral, parágrafo 88)

O Tribunal considerou que a Metalclad adquiriu a Coterin com o único propósito de desenvolver e operar o campo de lixo no vale de La Pedrera. Considerou

também que o governo do México, assim como o governo de SLP, emitiu permissões para construção e operação do campo, antes mesmo da Metalclad ter comprado a Coterin. Assim, o próprio Tribunal buscou analisar se também uma permissão municipal para a construção seria necessária.

Neste sentido, o Tribunal entendeu que a Metalclad havia questionado a necessidade de permissões municipais antes mesmo de sua compra, tendo sido garantido, por oficiais federais, de que a empresa já detinha todas as autorizações necessárias para continuar o projeto.

Ainda, o Tribunal levou em consideração o que disse o *expert* em leis mexicanas da Metalclad, de que a autoridade da municipalidade se estende apenas à “administração da permissão de construção....” de acordo com o artigo 115 da Constituição Mexicana, uma visão diferente daquela apresentada pelos especialistas mexicanos em direito constitucional.

O Tribunal entendeu que nenhuma das razões que fizeram Guadalcazar negar a permissão de construção (oposição da população local, o fato de que a construção já tinha começado quando o pedido de autorização foi solicitado, a negação de permissão em 1991 e 1992, preocupações ecológicas etc) incluía referência a algum problema associado com a construção física do campo. Por isso, o tribunal entendeu que a permissão fora negada sem levar em consideração aspectos da construção ou falhas nas facilidades físicas. Assim,

“The actions of the Municipality following its denial of the municipal construction permit, coupled with the procedural and substantive deficiencies of the denial, support the Tribunal’s finding, for the reasons stated above, that the Municipality’s insistence upon and denial of the construction permit in this instance was improper” (Laudo arbitral, parágrafo 97).

A decisão do tribunal com relação a estas supostas violações, pois, podem ser resumidas da seguinte forma: o Tribunal entendeu que o México falhou em sua obrigação de garantir um ambiente transparente e previsível para os investimentos da Metalclad. Entendeu ainda que todas as circunstâncias acima descritas demonstraram a ausência de trâmites organizados e disposição em tratar de forma justa um investidor de outro EP. O estado e a Municipalidade falharam em cumprir com os requerimentos do a 1105(1), de que cada EP deve tratar o investidor de outro EP de

acordo com a lei internacional - a lei interna (como os requerimentos de permissão da Municipalidade) não justificaria a falha em cumprir um tratado.

Assim, o Tribunal declarou que a Metalclad foi bem sucedida em sua reclamação com base no artigo 1105.

2) Sobre o artigo 1110 ('Expropriação')

'Expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State' (Laudo arbitral, parágrafo 103)

Além de enquadrar a tolerância do governo mexicano com relação à conduta de Guadalcazar no artigo 1105, por representarem tratamento injusto e não eqüitativo, o Tribunal entendeu que o México deveria ser condenado por haver praticado uma medida que equivale à expropriação, em violação ao artigo 1110 do Nafta.

Ao negar a permissão de construção, a Municipalidade, segundo o Tribunal, teria atuado fora de sua autoridade, efetivamente e ilegalmente impedindo a operação do campo. Tais medidas equivaleriam a uma expropriação indireta.

Apesar de não considerar necessário para sua conclusão, o Tribunal também ponderou que o Decreto Ecológico emitido pelo governador de SLP em 20 de setembro de 1997 também corrobora o entendimento de que se trata de expropriação, posto que este barra, para sempre, a operação do campo. O Tribunal se eximiu de decidir sobre, ou considerar, a motivação ou intenção do Decreto; de fato, para eles,

'a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal's finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation' (Laudo arbitral, parágrafo 111)

Assim, o Tribunal concluiu que o México, indiretamente, expropriou o investimento da Metalclad, sem prover a empresa com compensação, violando o artigo 1110 do Nafta.

Para calcular a indenização que deveria ser paga pelo México, o tribunal considerou os prejuízos causados pela violação do artigo 1105 e a compensação devida, de acordo com o artigo 1110. A Metalclad propôs dois métodos alternativos

para calcular os prejuízos: usar uma análise de fluxo de caixa de futuros lucros para estabelecer o valor de mercado do investimento (aproximadamente US \$ 90 milhões); ou avaliar o atual investimento da Metalclad no campo de lixo (aproximadamente US \$20–25 milhões). A Metalclad também demandou US \$20–25 milhões adicionais, pelo suposto impacto negativo das circunstâncias em suas outras operações. O tribunal desconsiderou este pedido, dado que a relação causal entre os fatos era muito remota.

O México sugeriu um cálculo alternativo, baseado na capitalização de mercado da Coterin, o que daria uma perda de US \$13-15 milhões. Também sugeriu uma estimativa do valor do investimento direto, o que daria uma perda de US\$3-4 milhões.

Os artigos 1135 e 1110 (2) dispõem sobre a forma de cálculo da indenização. Após extensas análises dos cálculos de indenizações efetuados em outras arbitragens (o laudo cita mais de 10 casos) internacionais, o Tribunal considerou como sendo justo o método de se levar em conta o investimento direto no negócio, dado que a empresa não chegou a operar o negócio e, portanto, uma estimativa de lucros futuros seria mera especulação. Assim, o Tribunal determinou ao México o pagamento, em quarenta e cinco dias a contar da data do laudo arbitral, de US\$16.685.000,00, com taxas de juros de 6% a.a. Cada parte arcou com seus custos e metade do que deviam à ICSID.

Em suas conclusões com relação à necessidade de transparência, o painel arbitral importou esta obrigação do Preâmbulo do acordo (artigo 102), e do Capítulo XVIII, e os introduziu no Capítulo XI. Segundo o *Public Citizen Report*, o painel assumiu uma competência expansiva ao decidir, pela legislação doméstica do México, que a insistência do município mexicano em negar a permissão de construção foi imprópria.

Utilizando um raciocínio circular, o painel não apenas argumentou por uma violação de lei doméstica, mas também equacionou esta suposta violação com uma violação de lei internacional – o artigo 1105 do acordo do Nafta, expandindo significativamente o escopo deste artigo.

O caso, porém, não parou aí: num movimento sem precedentes, em outubro de 2000 o México desafiou a decisão do Tribunal do Nafta, alegando erro arbitral em uma petição que foi protocolada na província canadense de British Columbia³. O juiz local não questionou a legitimidade de se utilizar uma arbitragem comercial para alegações expansivas com base no Nafta: disse, apenas, que o painel errou ao importar as regras sobre transparência do Capítulo XVIII e Preâmbulo para o Capítulo XI

Como consequência, os argumentos do painel com relação ao artigo 1105 (e as ações do Município e a obrigação mexicana de criar um ambiente transparente e previsível para investidores), foram demolidos. Porém, o juiz apenas fez isso porque, segundo ele, o painel baseou seus argumentos na seção errada do Nafta: ele questionou, pois, a noção de que a violação do artigo 1105 constituiu uma violação ao artigo 1110, porém concordou com o painel no que diz respeito a considerar os atos do Governador uma expropriação.

Desta forma, o único resultado deste julgamento foi reduzir o montante devido pelo México à Metalclad para US\$ 15,6 milhões, já que o cálculo do valor devido passou a ser feito desde a data em que o Governador emitiu o decreto transformando a área em uma zona ecológica. Inicialmente, o México anunciou que recorreria para uma Corte Superior Canadense, mas em junho de 2001 concordou em pagar a quantia ordenada pelo juiz canadense.

A meu ver, a existência de requerimentos de permissão e controle ambiental do uso do solo a um nível local não deve ser subestimada por um Tribunal arbitral do Nafta, até porque são comuns em todos os três membros do Nafta. O painel se sentiu competente para decidir sobre matérias complicadas da lei mexicana, i.e, se uma licença municipal era requerida ou não; o Tribunal não apenas achou que as ações municipais equivaliam a expropriação, como foi além ao dizer que a municipalidade agira “fora de sua autoridade” ao negar a permissão de construção com base em preocupações ambientais⁴.

³ Segundo as regras do ICSID, um local para arbitragem deve ser escolhido pelo painel e, neste caso, Vancouver foi a cidade escolhida. As leis locais sobre arbitragem passam a regular o processo

⁴ O Tribunal alegou que: “exclusive authority for sitting and permitting a hazardous waste landfill resides with the Mexican federal government”.

Diante da opção de escolher entre a interpretação da Metalclad sobre a lei mexicana ou a interpretação do próprio governo mexicano, o painel ficou com a interpretação da empresa.

Apesar de ter se baseado em artigo do Preâmbulo em sua argumentação, o Tribunal ignorou outros dispositivos do mesmo, notadamente o que diz respeito a desenvolvimento sustentável e proteção ambiental, em seu artigo 1114:

Article 1114: 1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure, otherwise consistent with this Chapter, that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

Além desta impropriedade, o Tribunal definiu expropriação não apenas como “open, deliberate and acknowledged takings” de propriedade as apreensões diretas, mas também interferências incidentais no uso da propriedade. Esta definição de “takings” (“tomada”) é muito mais ampla do que a americana e pode ter um efeito negativo na habilidade dos países-membros em exercer funções regulatórias governamentais tradicionais.

Por fim, é questionável o fato de que os habitantes de San Luis Potosi não puderam ser partes no caso, bem como o fato de que os governos municipal e estadual, cujas ações estavam sendo questionadas, não puderam se pronunciar no caso e tiveram que confiar no Governo federal mexicano, que vinha apoiando o projeto da Metalclad, para defender suas versões.

4.2.

Casos no âmbito do Mercosul

Segundo Moura (2002), desde a entrada em vigência do Protocolo de Brasília até 2002, os Estados Partes deram início a vinte e uma (21) controvérsias, das quais três se originaram em reclamações de particulares (pela via do Capítulo V deste

protocolo, portanto) e dezoito por negociações diretas (Capítulo II do Protocolo de Brasília).

As três controvérsias originadas de particulares, ainda segundo a autora, foram iniciadas pelo Uruguai, após a reclamação do particular ser acatada pelo Estado: uma do setor papelero (1996), contra a Argentina; outra sobre imposto de exportação sobre insumos de cigarros (2001), contra o Brasil; e outra sobre imposto de importação intrazona (2001), contra o Paraguai. Nos três casos o GMC constituiu Grupo de Especialistas para emitir parecer sobre a procedência da reclamação: no primeiro caso o Grupo referendou a solução encontrada pelas partes e no segundo e no terceiro caso os pareceres dos especialistas concluíram pela procedência da reclamação. Nenhum dos casos chegou ao Tribunal Arbitral.

Analisando o desenvolvimento das 21 controvérsias, Moura verificou que: i) a Argentina foi o país que mais iniciou controvérsias, com nove; ii) o Brasil foi o país mais demandado nas controvérsias, com nove, seguido pela Argentina, demandada em seis; o Uruguai, em três e o Paraguai, em duas; iii) nove controvérsias chegaram à arbitragem (43%); iii) oito controvérsias não tiveram seguimento após a intervenção do GMC (38%); iv) em dois casos foi solicitada a constituição de tribunal arbitral, mas não houve designação dos árbitros (10%); v) dois casos foram resolvidos antes da fase arbitral (10%); vi) os temas tratados em sete controvérsias foram objeto de consultas na Comissão de Comércio (33%).

A primeira arbitragem no âmbito do Mercosul ocorreu apenas em 1999. Para Moura, este resultado seria fruto do esforço político feito pelos Estados-Parte no início do processo, no sentido de estreitar vínculos e negociar regras. Quando o comércio entre os quatro membros aumentou consideravelmente, e o acordo já contava com maior número de regras, passaram a surgir divergências comerciais, passando o sistema de solução de controvérsias a ser acionado mais constantemente.

Segundo o Conselheiro Carlos Márcio Cozendey⁵, ex-chefe da Divisão de Mecanismos de Controvérsia (DMC), ex-coordenador brasileiro do subgrupo de trabalho de assuntos institucionais do GMC e ex-representante brasileiro nas controvérsias que chegaram a Tribunais Ad Hoc, normalmente as queixas das

empresas brasileiras, tais como dificuldades para exportar, problemas com certificados de origem, mudança abrupta de regras no Estado importado, etc são, em um primeiro momento, levadas à Comissão de Comércio, instância em que se tenta resolver o problema. Segundo ele, muitos problemas do dia a dia do comércio podem ser resolvidos - e são - nesse âmbito.

Outro dado interessante é que as consultas diminuíram com o passar dos anos, possivelmente devido, segundo Moura, a dois fatores: o aprofundamento da integração teria facilitado o comércio entre os quatro países e a criação de regras comuns teria gerado maior confiança e segurança nos órgãos que intervêm na importação/exportação. Somente casos de grave violação das normas levam um Governo a abrir uma controvérsia pelo Protocolo de Brasília.

Em quase todas as controvérsias há interesses do setor privado, só que para uma controvérsia ir adiante o Governo do país tem que necessariamente concordar que existe uma violação. Caberia aqui questionar: qual o critério para se levar adiante um pedido de particular, uma vez que ele prove o conflito entre a medida do outro EP e diretiva do Mercosul - o Estado brasileiro, neste caso, endossa a reclamação ou trata-se de um ato político, discricionário? Ainda segundo Moura⁶, esta é uma decisão que leva em conta muitas variáveis: o grau de violação da normativa, o prejuízo que gera ao setor interessado, as possibilidades de êxito numa arbitragem (consistência jurídica da queixa), entre outras.

Como o acesso dos particulares é indireto, ou seja, se dá por intermédio dos Governos, a maioria das controvérsias são entre Estados. A participação dos particulares é mais freqüente nas consultas à CCM, mas essas não integram o "sistema de solução de controvérsias" propriamente dito.

Com relação à arbitragem, segundo Moura, em seis dos nove casos que chegaram até esta fase (67%) a reclamação do país demandante foi considerada procedente, uma foi considerada parcialmente procedente e duas foram consideradas não procedentes. Em sete casos a decisão arbitral provocou a remoção da medida ou alteração de legislação no país demandado. Quanto à duração da fase arbitral, a

⁵ Informações obtidas a partir de troca de e-mails com o Conselheiro.

média, contada a partir da solicitação da arbitragem até a emissão do laudo arbitral, foi de aproximadamente seis meses, sendo que seis casos tiveram duração inferior a seis meses.

Para ilustrar como funciona o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul na prática, foram escolhidas duas controvérsias que percorreram todas as etapas previstas, quais sejam, a negociação direta, a intervenção do GMC e a arbitragem.

Um dos casos escolhidos diz respeito à reclamação levantada pela Argentina contra o Brasil sobre subsídios à produção e exportação de carne de porco. A escolha deste caso se justifica na medida em que se trata de uma controvérsia originada de reclamação de particular, com base no Capítulo V do PB, mas que foi conduzida pelo procedimento estabelecido no anexo de Ouro Preto (que prevê, como vimos, um trâmite alternativo ao PB, através do qual a reclamação é feita diretamente à CCM).

O outro caso analisado é a controvérsia levantada pelo Brasil contra a Argentina, referente à aplicação de Medidas Antidumping contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil. Este caso foi escolhido em detrimento dos outros sete casos de arbitragem (fora o caso da carne de porco), pois a reclamação teve como origem pedido da ABEF (Associação Brasileira de Exportadores de Frango), representante do setor privado brasileiro.

Deve-se atentar para o fato de que, disponíveis para o público, estão apenas as atas das reuniões da CCM e do GMC, bem como os laudos arbitrais, que podem ser obtidos na página da Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). Os fatos anteriores, quais sejam, as consultas e negociações diretas, não se tornam públicas, e apenas tramitam no âmbito das Seções Nacionais de cada Estado-Parte.

4.2.1. Controvérsia sobre subsídios à produção e exportação da carne de porco brasileira

A controvérsia iniciou-se com a notificação da reclamação apresentada ao Brasil pela Seção Nacional da República Argentina na 32^a Reunião da Comissão de

⁶ Informações obtidas a partir de troca de e-mails com a diplomata. Cabe ressaltar que as informações dadas pela diplomata expressam sua opinião pessoal, não representando a opinião do MRE.

Comércio do Mercosul, em agosto de 1997, referente a supostos subsídios à produção e exportação de carne de porco brasileira. Sem a obtenção do resultado esperado, a República Argentina apresentou sua reclamação à Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) na 35ª reunião.

De acordo com o estabelecido no art. 21 do Protocolo de Ouro Preto e seu Anexo, a CCM examinou a reclamação na reunião do dia 3 de fevereiro de 1998 (Ata N° 1/98) e, ante a impossibilidade de alcançar uma solução consentida, convocou um Comitê Técnico para analisar a controvérsia.

Finalmente, na reunião realizada em 3 de março de 1998 (Ata N° 2/98), os membros do Comitê Técnico, impossibilitados de alcançar uma conclusão comum, apresentaram suas conclusões separadamente, dando lugar ao início da etapa arbitral pelas partes envolvidas.

Assim, o Tribunal arbitral foi constituído em conformidade com o Protocolo de Brasília e seu Regulamento, e com o Protocolo de Ouro Preto. As etapas prévias à arbitragem, requeridas pelo Protocolo de Ouro Preto, perante a CCM (Reuniões de agosto de 1997, dezembro de 1997 e março de 1998), a reunião bilateral de Estados (outubro de 1997), o Comitê Técnico (março de 1998), e o Grupo Mercado Comum (29ª Reunião), foram concluídas.

O procedimento arbitral foi iniciado pela República Argentina em resposta à reclamação efetuada pela Associação Argentina de Produtores Porcinos, pela Sociedade Rural Argentina, pela Câmara de Exportadores da República Argentina e pelas Confederações Rurais Argentinas ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum da República Argentina. Trata-se, pois, de controvérsia que teve como origem reclamação de particulares.

Como vimos, o Protocolo de Brasília trata de dois tipos de controvérsias: a) as que surgem entre os Estados Partes (Capítulos I, II, III e IV) e, b) as formuladas como consequência de reclamações de particulares (Capítulos V e VI). Em ambos os casos o texto prevê um procedimento composto por três etapas necessárias e sucessivas. A finalização de qualquer das duas primeiras etapas não produz efeitos jurídicos, exceto o de habilitar a instância seguinte. Em ambos os casos, a terceira etapa constitui uma arbitragem.

Especificamente quanto aos procedimentos para a solução de controvérsias promovidas por particulares - como ocorre neste caso - estes deverão fornecer à Seção Nacional correspondente os elementos de prova que permitam comprovar a verossimilhança da violação da ordem jurídica aplicável, assim como a existência ou ameaça de prejuízo.

A esse respeito, o art. 26 do Protocolo de Brasília dispõe que "os particulares afetados formalizarão as reclamações perante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-Parte onde tenham sua residência habitual ou a sede de seus negócios". O numeral 2 da mesma norma acrescenta que "os particulares deverão fornecer elementos que permitam à referida Seção Nacional determinar a verossimilhança da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo".

Do conteúdo da disposição acima transcrita, deduz-se que a Seção Nacional analisa o que no Direito Processual é conhecido como "*fumus bonis juris*", ou seja, os elementos em que se apóia o direito que possa ter o particular no caso concreto, e em seu prejuízo. Nesta etapa ainda não começou a funcionar o procedimento arbitral, seu único efeito é - no caso de que a avaliação da Seção Nacional seja positiva - habilitar o ingresso à etapa seguinte. Só depois que forem superadas favoravelmente as etapas prévias, dá-se início ao procedimento arbitral, de natureza jurisdicional.

De acordo com o art. 25 do Protocolo de Brasília, o procedimento previsto por iniciativa dos particulares só é válido a partir da "sanção ou aplicação, por quaisquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatório ou de concorrência desleal, em violação ao Tratado de Assunção, aos Acordos celebrados no âmbito desse tratado, às Decisões do Conselho do Mercado Comum ou às Resoluções do Grupo Mercado Comum". O Protocolo de Ouro Preto acrescenta a este artigo as Diretrizes da CCM (art. 43, parágrafo único).

No âmbito do processo arbitral propriamente dito deverão ser provadas as afirmações realizadas pelas partes. Conseqüentemente, não é suficiente que se alegue a sanção ou a aplicação, por parte de qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatório, ou de concorrência desleal contra o sistema normativo do Mercosul, sendo também necessário que apresentem provas da existência ou da ameaça de um prejuízo derivado de tal violação.

O Tribunal foi constituído, em 7 de abril de 1999, de acordo com o Protocolo de Brasília, modificado pelo Protocolo de Ouro Preto, e pela Dec. N° 17/98 do Conselho do Mercado Comum. Após dois pedidos de prorrogação, o Tribunal teve início em 27 de setembro de 1999.

O Laudo arbitral (27/09/1999)

A reclamação feita pela República Argentina referia-se, inicialmente, a procedimentos e normas brasileiras que, em seu entendimento, caracterizariam subsídios à exportação de carne de porco, solicitando este governo, pois, a remoção das mesmas, já que representariam violação dos compromissos assumidos pelos Estados-Parte no Tratado de Assunção, principalmente os que dizem respeito à obrigação de garantir as condições equitativas de competitividade para os agentes econômicos da região.

Posteriormente, foram apresentados à CCM novos fatos e argumentos. A reclamação inicialmente apresentada se referia à existência de estoques públicos de milho (CONAB), ao PROEX e aos Adiantamentos de Contrato de Câmbio (ACC) e Adiantamentos de Contratos de Exportação (ACE). Em seguida, a República Argentina acrescentou novos argumentos referidos a este último item e introduziu uma nova reclamação com relação ao Crédito Presumido do IPI (Crédito Presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados).

A República Argentina questionou o sistema brasileiro de estoques públicos de milho para a compra, armazenamento e venda do produto, assim como a forma pela qual a CONAB o administra, que inclui o estabelecimento de preços de liberação de estoques (PLE), o qual permitiria a transferência de recursos aos produtores brasileiros de porcos.

Esta transferência ocorreria por meio da estabilização do preço do milho nos períodos de entressafra, evitando seu aumento. Nos ciclos de preços altos no mercado internacional, o mecanismo neutraliza os efeitos do aumento no mercado interno brasileiro, em benefício dos produtores locais de porcos, permitindo-lhes adquirir o cereal a preços inferiores aos vigentes no mercado internacional.

A República Argentina ponderou que este seria um incentivo setorial, cujo benefício se transfere às exportações de carne de porco destinadas ao mercado regional, permitindo a venda dessas mercadorias a um preço inferior ao que teriam se não houvesse a intervenção da CONAB. Por isso, conclui que a carne de porco exportada do Brasil para o Mercosul contém um subsídio que prejudica a produção argentina, pelas importações de produtos subvencionados, o que estaria vedado pela Decisão CMC N° 10/94, que proíbe certos tipos de incentivos à produção e à exportação.

Com relação ao PROEX, a Argentina alega que, seja através da modalidade “Equivalência de taxas de juros” seja através da modalidade de “Financiamento de exportações de bens e serviços”, sua utilização constituiria um incentivo à exportação, proibido pela Decisão CMC N° 10/94.

Além disso, as exportações brasileiras estariam se beneficiando de outros mecanismos, notadamente, os instrumentos financeiros denominados Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC) e Adiantamento de Contrato de Exportação (ACE), os quais são pactuados entre empresas exportadoras e bancos comerciais do Brasil. Tais instrumentos permitiriam que os exportadores brasileiros estipulassem, em conjunto com os bancos comerciais, taxas de juros de 12 a 15% ao ano, em dólares, enquanto a taxa de juro interna estaria em torno de 30%. Tal mecanismo opera através da oferta, pelos bancos, de empréstimos mais baratos em troca de isenção fiscal (IOF) e isenção do encaixe.

Por fim, a Reclamante acrescenta que o Crédito Presumido do IPI (Ressarcimento do PIS e da COFINS), através do qual o governo brasileiro devolve ao produtor exportador o valor das contribuições do PIS e da COFINS das compras de matérias-primas e produtos intermediários dos bens destinados à exportação, constituiria subsídios à produção e exportação, já que a devolução (5,37%) seria superior ao pagamento do PIS e COFINS, nos casos dos produtos e insumos que não requerem várias etapas de elaboração como a carne de porco.

A argumentação brasileira, por sua vez, rechaça, como questão preliminar, o argumento referente ao "Crédito Presumido do IPI" e os argumentos adicionais sobre o ACC e o ACE, posto que estes não constavam da Reclamação Argentina. Como

somente devem ser considerados os fatos e os argumentos apresentados no início da reclamação, estes deveriam ser desconsiderados pelo Tribunal.

Quanto à questão do Sistema de estoques públicos de milho, o Brasil alega que não há incentivo à exportação, já que o objetivo das compras governamentais é a manutenção dos preços do milho, e não beneficiar os produtores de porcos na aquisição desse insumo. Além disso, alega que não existe nenhuma norma do MERCOSUL que proíba o sistema de estoques públicos de milho ou a manutenção dos preços de produtos agrícolas.

O governo brasileiro argumenta que as vendas são feitas a um valor não inferior às condições vigentes do mercado e, por conseguinte, não existe benefício aos produtores de carne de porco no sentido do art. I do ASMC. O Brasil chegou a apresentar uma série histórica de preços de milho para demonstrar que estes habitualmente se mantiveram acima dos preços externos de referência. Por fim, o governo brasileiro concluiu afirmando que a prática de manutenção de preços ao produtor agrícola foi comunicada à OMC e é lícita conforme as regras desta Organização.

Com relação ao PROEX, o governo brasileiro rebate a reclamação argentina afirmando que já foi publicada uma Portaria, a de N° 93 de 23/03/99, pelo MDIC, estabelecendo a impossibilidade de utilizar o PROEX em suas duas modalidades para as exportações de bens de consumo destinados ao Mercosul.

Com relação aos instrumentos financeiros (ACC e ACE), o Brasil sustenta que suas operações ocorrem sem intervenção do setor público e não supõem contribuições financeiras por parte do governo, não existindo concessão de nenhum benefício. Fora isso, explica que o ACC e o ACE não são operações de crédito, e sim um adiantamento de preço de compra de moeda estrangeira concedido pelos bancos.

Sobre a questão do Crédito Presumido do IPI, o Brasil entende que não há subsídio nem violação da Decisão CMC N° 10/94 porque as contribuições do PIS e da COFINS constituem tributações indiretas e, portanto, seu ressarcimento é permitido tanto pela Decisão CMC N° 10/94 como pelas regras da OMC. A operação de crédito presumido seria apenas um registro de débito/crédito, não podendo haver

um ressarcimento superior ao pagamento efetuado. Por conseguinte, não há subsídio à exportação.

Com relação às alegações de ambas as partes, o Tribunal inicialmente ponderou que o objeto da controvérsia entre Estados é determinado quando o Estado reclamante apresenta sua reclamação e o Estado reclamado contesta, aceitando-a, total ou parcialmente, ou rejeitando-a. Quando o objeto da controvérsia é estabelecido na etapa das negociações diplomáticas, a partir desse momento, as partes envolvidas já não podem apresentar modificações com respeito ao objeto do litígio. Desta forma, o Tribunal não admitiu reclamações não alegadas na fase anterior, notadamente aquela que diz respeito ao Crédito Presumido do IPI.

O Tribunal separou a reclamação argentina em três elementos principais: i) o estoque de milho; ii) o PROEX e iii) os mecanismos do ACC (Adiantamento de Contrato de Câmbio) e do ACE (Adiantamento de Contrato de Exportação). Após extensa análise do conceito de subsídio conforme entendimento da OMC, o Tribunal passou a analisar cada elemento da reclamação argentina à luz do entendimento da OMC⁷ e da Decisão 10/94.

Com relação ao estoque de milho da CONAB, o Tribunal ressaltou que não foi provado que tenha sido feita alguma transferência de recursos do Tesouro Nacional à CONAB em algum período concreto. Ao contrário, as provas fornecidas indicam que, no período de janeiro de 1990 a novembro de 1998, o preço interno do milho esteve acima dos preços internacionais. Outrossim, o sistema da CONAB foi instituído com o objetivo de garantir a compra ao produtor, assegurar o abastecimento e regular a estabilização do preço no mercado interno, retratando um grau de generalidade tal que transcende totalmente a produção e a exportação de carne de porco.

Para o Tribunal, o benefício concedido pelo CONAB não possui caráter de especificidade, como prova o fato de que a venda é realizada através de licitações públicas às quais têm acesso todos os operadores do mercado, inclusive outros setores

⁷ No âmbito da OMC, a existência de subsídios exige a configuração de três elementos: a existência de uma contribuição financeira do governo, a existência de um benefício e que o subsídio seja específico.

da produção nacional brasileira, como também operadores de outros países da região. Desta forma, o tribunal julgou a reclamação da Argentina, em matéria de sistema de estoques públicos de milho da CONAB, improcedente.

Com relação ao PROEX, o Tribunal aceitou as alegações do Brasil de que a Portaria MDIC 93 de 23/03/1999 já proibía o PROEX em operações para o Mercosul, o que tornou insubsistente o objeto da Reclamação no que a ela se refere.

A decisão sobre os instrumentos de ACC e ACE ensejou a definição, pelo Tribunal, de qual parcela da reclamação seria analisada, posto que a Argentina apresentou parte da reclamação, com mais detalhes, posteriormente às fases iniciais do MSC.

Assim, o Tribunal considerou que, apesar da reclamação original da Argentina não especificar em que consistiam os subsídios e o financiamento de exportações pelo governo do Brasil, limitando-se a assinalar o efeito econômico que tais mecanismos geravam sobre as taxas de juros e sobre a possibilidade de arbitragem financeira, o Tribunal aceitou os esclarecimentos e novas fundamentações efetuados pela parte reclamante perante o Tribunal, quando a Argentina especificou quais eram os subsídios mencionados, sustentando que os mesmos consistiam em isenções e reduções tributárias e isenção de encaixes.

Portanto, o Tribunal analisou o terceiro ponto da controvérsia a fim de decidir se tais isenções ou reduções tributárias e a isenção do encaixe obrigatório aos mecanismos do ACC e ACE constituem subsídios à exportação, proibidos pela normativa do MERCOSUL.

O Tribunal não acatou a argumentação brasileira sobre o caráter não creditício dos mecanismos do ACC e ACE, considerando que são instrumentos financeiros que têm por efeito fornecer financiamento por parte dos bancos privados aos exportadores, o qual estes últimos deverão devolver no momento do pagamento da exportação. Assim, o Tribunal passou à análise das isenções ou reduções tributárias estabelecidas pelo Brasil como incentivos, ou não, à exportação.

A alíquota do Imposto às Operações Financeiras (IOF) foi reduzida de 25% para 0%, para operações de câmbio vinculadas a exportações de bens e serviços; a alíquota da Contribuição Provisória sobre Movimento ou Transmissão de Valores e

de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) foi reduzida para 0% nas operações de ACC; e a alíquota do Imposto de Renda sobre os lucros foi reduzida para 0% nos casos de juros e comissões por créditos obtidos no exterior com destino ao financiamento de exportações e de juros sobre o desconto no exterior de títulos cambiais de exportação e das comissões relativas a tais títulos. Outro benefício consistia na isenção do requisito de encaixe obrigatório e às operações ativas de ACC e ACE disposta pelo governo do Brasil, embora o mesmo tenha sido suspenso.

A Decisão 10/94, que faz remissão genérica às normas do GATT, determina a necessidade de analisar se as isenções ou reduções em questão configuram subsídios no âmbito do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC). A este respeito, o Anexo I do ASMC estabelece que serão considerados subsídios proibidos a concessão pelos governos de créditos aos exportadores a taxas inferiores àquelas que devem pagar realmente para obter os fundos empregados com este fim (ou a aquelas que teriam que pagar se recorressem aos mercados internacionais de capital para obter fundos no mesmo prazo, com as condições de crédito e na mesma moeda utilizada nos créditos para a exportação), ou o pagamento da totalidade ou parte dos custos aos quais devem fazer face os exportadores ou instituições financeiras para a obtenção de créditos, sempre que sejam utilizados para obter uma vantagem importante nas condições dos créditos para a exportação.

O subsídio vinculado ao financiamento de exportações estaria configurado quando as condições de financiamento se afastassem das taxas de juros compatíveis aceitas internacionalmente em operações equivalentes. A configuração de subsídio depende, pois, de elementos de fato, vinculados, neste caso, ao nível das taxas de juros efetivamente aplicadas mediante os instrumentos do ACC e ACE às exportações de carne de porco.

O tribunal buscou averiguar se os incentivos ao financiamento de exportações brasileiras de carne de porco, mediante os instrumentos do ACC e ACE beneficiados com a utilização de isenções ou reduções tributárias e de política monetária, causaram algum efeito restritivo, discriminatório ou de concorrência desleal em violação à normativa que regula o MERCOSUL, e se, além disso, causaram prejuízo ou ameaça

de prejuízo aos particulares ou setores de atividade dos particulares que iniciaram a Reclamação (conforme dispõe os art. 25 e 26 do Protocolo de Brasília).

Sobre este aspecto, o Tribunal entendeu que o prejuízo aos particulares deve ser objeto de prova pelo Estado-Parte que apresentou a reclamação, ressaltando não existir no caso elementos de convicção suficientes que provem que os referidos instrumentos de financiamento às exportações geram prejuízo ou ameaça de prejuízo aos setores de produção de carne de porcos da Argentina. Tampouco, considerou o Tribunal, ficara provado que os exportadores brasileiros de porcos utilizam o referido mecanismo com a finalidade principal de realizar uma arbitragem financeira, a fim de usufruir a diferença existente entre as taxas que se obtêm através do ACC e do ACE e as taxas do mercado financeiro interno.

Desta forma, o Tribunal não acatou a reclamação apresentada pela Argentina com relação aos incentivos de financiamento mediante os mecanismos do ACC e ACE, por entender que não foram suficientemente provados os prejuízos aos particulares que deram início à reclamação.

É interessante notar que o resultado alcançado pelo Tribunal foi influenciado pelo fato de ter sido a controvérsia originada por particulares, posto que deste é exigida a prova de que a medida gerou prejuízo. Se o Estado fosse a parte na controvérsia desde o início, o resultado possivelmente seria outro.

Nesse caso, pois, o Tribunal julgou improcedente a totalidade do pedido da Argentina, pelas razões acima expostas.

4.2.2. Controvérsia sobre medidas antidumping contra o frango brasileiro

Por considerar que a Resolução argentina ME 574/2000 e os procedimentos de investigação antidumping em que se baseia, não são compatíveis com a normativa Mercosul sobre investigação e aplicação de direitos antidumping no comércio entre os Estados Partes (EP) do Mercosul, o governo brasileiro acionou o mecanismo de solução de controvérsias deste acordo, contra a Argentina.

Segundo funcionários do Itamaraty que trabalham com o MSC do Mercosul, a reclamação foi originalmente proposta pela Associação Brasileira de Exportadores de Frango (ABEF). O governo brasileiro analisou a reclamação e decidiu encampá-la, dando prosseguimento às etapas previstas no PB.

O reclamante ressalta, conforme consta no laudo arbitral proferido após o cumprimento das etapas previstas no PB, que a Parte Reclamada respondeu negativamente ao pedido de negociações bilaterais, previsto no artigo 2º deste protocolo, por considerar que tais investigações deviam ser conduzidas de acordo as legislações nacionais dos EP, e que, portanto, não estariam incluídas no âmbito de aplicação do PB. O Brasil, além de reiterar sua posição, replicou que não cabia à Argentina julgar unilateralmente a aplicabilidade ou não do PB, e promoveu então a segunda etapa do sistema de solução de controvérsias perante o Grupo Mercado Comum (GMC).

As etapas prévias à arbitragem prescritas nas normas sobre solução de controvérsias dos Protocolos de Brasília e de Ouro Preto foram devidamente cumpridas. Em 30/08/00 o Brasil solicitou à Argentina o início de Negociações Diretas de acordo com o artigo 2º do PB. A Argentina, através de nota de 07/09/00 não aceitou o pedido formulado, afirmando que as investigações de dumping levadas a cabo por um EPM com respeito a importações de outro EPM se regem pela respectiva legislação nacional, não estando submetidas ao procedimento de solução de controvérsias do PB. As posições das Partes foram reiteradas, respectivamente, por notas de 08/09/00 e de 12/09/00.

A pedido do Brasil inclui-se o tema na 39ª Reunião ordinária do GMC, realizada nos dias 27, 28 e 29 de setembro de 2000, conforme a ata 02/2000, quando as delegações dos quatro EPs debateram os aspectos jurídicos da controvérsia iniciada pelo Brasil.

No que se refere ao recurso ao sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Brasília, a Argentina reiterou que em seu entendimento não cabe recurso a este Protocolo, pois, segundo este Estado, temas relacionados com as investigações e direitos antidumping intrazona se submeteriam unicamente às legislações nacionais

de cada país. O Brasil reiterou a aplicabilidade da Decisão CMC Nº 11/97 neste caso e a conseqüente subsunção ao âmbito de aplicação do Protocolo de Brasília.

O Uruguai sustentou que, mesmo reconhecendo que a Decisão CMC Nº 11/97 não está incorporada ao ordenamento jurídico dos EPs, constata a existência de uma divergência sobre a interpretação da normativa aplicável, pelo que, a seu juízo, cabe recurso à solução de controvérsias no âmbito do Protocolo. A Delegação paraguaia propôs a convocação de um grupo de especialistas para assessorar o GMC na análise do tema, antes o assunto vá a um tribunal arbitral.

A Argentina, por entender não haver acordo sobre a delimitação do objeto da controvérsia, nos termos do Artigo 6 do Protocolo de Brasília, solicitou que o GMC mantenha a controvérsia sob sua consideração e que se convoque Reunião Extraordinária do GMC, a ser realizada na última semana de outubro.

Assim, na 19ª Reunião Extraordinária GMC, realizada em Brasília, no dia 8 de novembro de 2000, foi examinada a controvérsia do Brasil à Argentina sobre a aplicação de direitos *antidumping* sobre exportações brasileiras de carne de frango. Segundo a ata disponível no *site* oficial do Mercosul, o GMC considerou as diferentes posições manifestadas pelas Delegações e, não tendo sido possível encontrar nesse âmbito solução satisfatória para as partes, deu por concluída sua intervenção na controvérsia. O GMC tomou nota da existência de conversações entre e o setor privado brasileiro e o Governo argentino, com o fim de encontrar uma solução satisfatória para a questão.

Como a intervenção do GMC não foi concluída com uma solução satisfatória, o reclamante solicitou à SAM, em 24 de janeiro de 2001, a constituição de um tribunal arbitral para dirimir a questão. Transcorreram, pois, cerca de quatro meses, desde que a controvérsia entrou no âmbito de decisão do GMC, após mal sucedidas conversações bilaterais entre as partes.

O Laudo arbitral (21/05/2001)

O Tribunal Arbitral foi constituído em conformidade com o Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias no Mercosul (PB), em 7 de março de 2001,

tendo havido prorrogação de 30 dias a partir de 10 de abril de 2001, para a entrega, pelas partes, dos documentos cabíveis.

O objeto da controvérsia é a imposição, pela Argentina, de medidas *antidumping* nas importações de frango brasileiro, e a questão central suscitada na controvérsia se refere, pois, à existência, ou não, de normativa do Mercosul específica sobre *antidumping* intra-zona.

A argumentação brasileira apoiou-se em três considerações centrais: i) na existência de normativa do Mercosul sobre o assunto; ii) no paralelismo entre o marco normativo (MN) e as regras da OMC sobre *antidumping*, o que tornaria desnecessária a incorporação do MN para se tornar exigível; e iii) no procedimento de investigação procedido pela Argentina, que não teria ocorrido conforme o direito.

A Argentina, por sua vez, alegou justamente o contrário: que não existiria normativa do Mercosul sobre o assunto e tampouco o suposto paralelismo entre o MN e a OMC, e que a investigação argentina procedeu conforme o direito. A Argentina, porem, levantou uma questão prévia, qual seja, a incompetência do Tribunal Ad Hoc para tratar da questão.

O Tribunal, portanto, em sua decisão, trata de três questões principais: sobre sua competência, sobre a existência de normativa Mercosul referente a regras *antidumping* e sobre a forma com que se deu a investigação, pelo governo argentino, do suposto dumping brasileiro.

As exportações brasileiras de frangos inteiros congelados para a Argentina caíram a partir da publicação da Resolução ME 574/2000, que impõe o direito *antidumping* sobre este produto: 22,55% no ano 2000 com redução em volume e preço e, a partir da aplicação do direito, 70% ao mês em comparação com os meses correspondentes do ano anterior, levando o comércio bilateral do produto a seu mais baixo nível histórico.

Segundo consta no laudo, o Brasil alegou que os problemas da indústria argentina de frangos foram ocasionados pela queda do preço do produto no mercado mundial e pelo aumento da oferta da própria indústria doméstica, cuja produção apresentou um aumento de 23% nos últimos quatro anos. Pressionada por esses

fatores, a indústria argentina representada pelo Centro de Empresas Processadoras Avícolas (CEPA), procurou restringir as importações oriundas do Brasil.

Alega, ainda, que a Argentina tem utilizado excessivamente o instrumento do *antidumping*, o que representa uma atitude protecionista, contrária ao espírito da União Aduaneira. Por outro lado, o Brasil não mantinha, à época, nenhum direito *antidumping* contra a Argentina.

Não bastasse esta atitude, o Brasil alega ter identificado procedimentos, praticados pela Argentina, que não estão de acordo com regras correspondentes, tanto para a abertura como para a condução da investigação.

Dado que os esforços para a eliminação de medidas *antidumping* e harmonização das políticas de subsídios ainda não haviam se concluído, o Brasil sustenta, cada EP deveria aplicar suas próprias medidas de acordo com as regras da OMC e com os parâmetros definidos para a região pelas Decisões CMC 11/97 (Marco Normativo de Antidumping) e 29/00 (Marco Normativo de Subsídios). Enquanto, pois, o Mercosul não concluir o processo para eliminar as medidas *antidumping*, os EP, como membros da OMC, estão regidos pelo Acordo sobre Implementação do artigo VI do GATT 1994 (AC-OMC), sobre *antidumping*, e pela interpretação comum do mesmo contida na Decisão CMC 11/97 (Marco Normativo, MN).

Com relação à alegação, pela Argentina, de que o Tribunal Arbitral não seria competente para tratar da questão, o Brasil replica afirmando que a mera divergência sobre a interpretação de normas do Mercosul é elemento central e suficiente para a aplicação do sistema de controvérsias do Mercosul.

O Brasil requereu do Tribunal uma interpretação teleológica da questão: O artigo 1º do Tratado de Assunção (TA) caracterizou a finalidade do Mercosul ao afirmar que o Mercado Comum implica a livre circulação de bens através da eliminação dos direitos aduaneiros e das restrições não tarifárias à circulação de mercadorias ou de qualquer outra medida de efeito equivalente. O artigo 4º, por sua vez, prevê a aplicação das legislações nacionais para inibir as importações de terceiros estados cujos preços estejam influenciados por *dumping* e, paralelamente, a elaboração de normas comuns sobre concorrência comercial pelos EP. Ao não haver

menção ao dumping intrazona, pode-se deduzir, a partir da redação desses artigos, que o objetivo era adotar normas harmonizadas para *dumping* e subsídio extrazona, ao passo que no âmbito interno sua eliminação estaria restrita ao contexto da eliminação das restrições não tarifárias.

O Mercosul, segundo a visão brasileira, legislou sobre a defesa comercial desde seu início, citando as seguintes normas para comprovar sua alegação: Decisão CMC nº 3/92 (extrazona), Decisão CMC nº 7/93 (extrazona), Resolução GMC nº 63/93 (intrazona), Resolução GMC nº 108/94 (extrazona), Resolução GMC nº 129/94 (intrazona), Diretiva CCM nº 05/95 (intrazona), Decisão CMC nº 18/96 (Protocolo de Defesa da Concorrência), Decisão CMC nº 11/97 (Marco Normativo do Regulamento Comum Relativo à Defesa contra Importações Objeto de Dumping provenientes de Países não Membros do Mercosul- MN), Decisão CMC nº 28/00 (Defesa Comercial da Concorrência) e Decisão CMC nº 64/00 (Defesa Comercial e da Concorrência).

A Resolução GMC nº 63/93, por exemplo, teria estabelecido um procedimento para o intercâmbio de informações no caso de investigação de dumping intrazona, prorrogado pela Resolução GMC nº 129/94 até a aprovação do Estatuto Comum de Defesa da Concorrência, dispondo que enquanto essa condição não for cumprida serão aplicados os sistemas nacionais até a aprovação do regulamento comum para a investigação de dumping extrazona. Isso mostraria, argumenta o Brasil, a intenção de estender ao comércio intra-regional as regras definidas para a defesa frente ao dumping extrazona, para que os sócios do Mercosul não tenham um tratamento menos favorável que o recebido por terceiros.

A Decisão CMC nº 11/97, por sua vez, aprova o Marco Normativo (MN) que faz uma interpretação comum aos quatro EP do Acordo *Antidumping* da OMC (AD-OMC) e que contém matizes "Mercosul" com respeito a este. Os artigos 3º e 9º da DEC CMC Nº 11/97 definem a regra vigente no Mercosul para o *dumping* extrazona e intrazona. Segundo o artigo 3º, enquanto não for aprovado o Regulamento Comum *Antidumping*, os EP aplicarão às importações objeto de *dumping* oriundas de países extrazona a legislação nacional e, caso necessário, farão ajustes para harmonizá-la com o MN.

Segundo o artigo 9º, nas investigações *antidumping* intrazona, deverá ser aplicada a Decisão CMC nº18/96 "em consonância com o estabelecido no artigo 3º". Deste modo, o tratamento do *antidumping* no Mercosul passaria de um intercâmbio informativo à exigência da conformidade da legislação nacional com o MN para terceiros países. O Regulamento Comum não fora aprovado porque não foram definidas as instâncias e competências dos órgãos Mercosul responsáveis por investigar e decidir, mas já estaria pronto.

O Brasil conclui, portanto, afirmando que existiriam normas Mercosul sobre aplicação de medidas *antidumping* ao comércio intrazona e que o tema não estaria entregue à discricionariedade das partes. Desde 1997, a aplicação de medidas *antidumping* intrazona deveria ser feita em conformidade com o MN, que reflete o entendimento comum dos EP sobre as regras e procedimentos estabelecidos no AD-OMC.

Alegou, ainda, que os EP não adotaram medidas para a incorporação do MN a seus respectivos ordenamentos por serem sempre obrigatórias as decisões do CMC e porque as disciplinas específicas do MN já estavam incorporadas por todos como parte dos resultados da Rodada Uruguai que incluíam o AD-OMC.

Diante destas alegações, o Brasil solicitou ao Tribunal a declaração do descumprimento, pelo governo argentino, das normas que indica e que, por esta razão, ordene ao governo argentino a revogação, em um prazo de quinze dias da Resolução ME 574/2000.

A Argentina, por sua vez, alegou, fundamentalmente, que a Decisão CMC nº 11/97 não seria uma interpretação comum do AD-CMC e que por isso os EPM não estariam obrigados a aplicar dentro do Mercosul este acordo. Segundo este governo, O MN e o AD-OMC são instrumentos diferentes: o primeiro não é uma mera cópia do AD-OMC e ambos têm um alcance territorial diferente. O MN é uma base consentida para a negociação posterior do Regulamento Comum do Mercosul frente a terceiros países, não é uma interpretação do AD-OMC. Não resultaria, portanto, procedente o paralelismo feito pelo Brasil entre as disposições do AD-OMC e do MN.

Além disso, a Argentina negou que a Decisão CMC nº 11/97 estaria vigente, pois não fora incorporada e seu conteúdo não estava contemplado em legislações anteriores. Assim, como não haveria normas Mercosul que regulassem as investigações de *dumping* e a aplicação de medidas *antidumping*, o tema está sujeito às legislações nacionais.

A Argentina solicitou, finalmente, que o Tribunal Arbitral atendesse como questão prévia o que diz respeito à existência ou não de normativa Mercosul que regule o *dumping intrazona*; que rejeitasse a demanda brasileira e seu petitório; que ratificasse que a normativa nacional argentina é plena e exclusivamente aplicável ao caso dos autos; que declarasse que a Decisão CMC nº 11/97 não é aplicável ao caso; e que o Tribunal declarasse que o procedimento que culminou com a Resolução ME 574/2000 foi seguido conforme o direito; e que, para o caso hipotético de dar lugar à petição do Brasil sobre a revocação desta resolução, estabelecesse um prazo de pelo menos sessenta dias.

O Tribunal, após extensa fundamentação, decidiu que:

1) Em relação às questões prévias, decidiu que possui competência para julgar a controvérsia pelo simples fato das partes divergirem sobre a existência ou não de normas do Mercosul que regulem a investigação do *dumping intrazona*. Desta forma, nos termos do art. 1 do PB, houve controvérsia sobre a interpretação, aplicação ou descumprimento das normas do Mercosul, o que torna aplicável o sistema de solução de controvérsias. Também considerou ser de sua competência analisar o procedimento, seguido pela Argentina, na análise de *dumping*, à luz das normas Mercosul. Com relação ao pedido da Argentina de tratar a existência ou não de normas Mercosul relativas ao *dumping intrazona* como questão prévia, o tribunal decidiu que se trata de questão de mérito a ser decidida em conjunto com as demais.

2) Sobre a existência de normas Mercosul que regulam expressamente a investigação de *dumping* e a aplicação de medidas *antidumping* no comércio intrazona, o Tribunal constatou que as Decisões CMC nº 18/96 e 11/97, às quais as partes deram maior ênfase, não foram incorporadas pelos ordenamentos de todos os EPS e, portanto não vigoravam à época da controvérsia. Entendeu o Tribunal que não

há normativa Mercosul vigente que regule de forma expressa a investigação de dumping e a aplicação de medidas antidumping no comércio intrazona.

3) Com relação à alegação de paralelismo entre o MN e as disposições do Acordo Antidumping da OMC, o tribunal entendeu que não basta sua existência (que é evidente) para dar-lhe caráter de normativa Mercosul à normativa da Organização Mundial de Comércio, já que o fato de que todos os países da área tenham uma mesma legislação não significa *per se* que tal legislação constitui normativa Mercosul.

4) Apesar da conclusão exposta no item 2 e 3 acima, o tribunal averiguou que existem normas Mercosul vigentes, aplicáveis ao caso, contidas no Tratado de Assunção, em seu Anexo I e no Regime de Adequação Final à União Aduaneira que consagram a livre circulação de bens a partir de 31/12/99 e proíbem, por conseguinte, a aplicação de restrições de qualquer natureza ao comércio intrazona, salvo as exceções expressas resultantes de normas vigentes (Cf. Jurisprudência dos Tribunais Ad Hoc, normas GATT-OMC, da doutrina e da prática das uniões aduaneiras e zonas de livre comércio).

Assim, o Tribunal Arbitral se declarou competente para apreciar se o procedimento de investigação de *dumping* e se as medidas *antidumping* adotadas com base nesse procedimento constituiriam restrições à livre circulação de bens ou não, isto é, se incorreriam no descumprimento da normativa Mercosul ou não.

5) Após analisar os procedimentos aplicados pela Argentina, averiguando se a investigação e as medidas *antidumping* foram empregadas com desvio de poder, como instrumento de restrição comercial (violador, portanto, da regra da livre circulação de bens), o tribunal entendeu que o procedimento referido e a Resolução ME 574/2000 não constituiriam um descumprimento da regra de livre circulação de bens no Mercosul.

Assim, o Tribunal indeferiu o pedido da Parte Reclamante quanto à sua solicitação para que fosse declarado o descumprimento, pela Argentina, das normas do Mercosul e que por tal razão lhe ordenasse a revogação da resolução em questão.

Com relação a esta decisão, cabe lembrar que o Brasil deu prosseguimento à sua demanda, levando o caso à OMC, onde foi bem sucedido. Alguns autores

consideraram errada a decisão do Tribunal de manter a medida *antidumping* argentina, posto que, em áreas de integração, deveria ser mais restrita a possibilidade de praticar medidas *antidumping*.

Com relação ao tema “antidumping”, é interessante notar que, no âmbito do Nafta, os procedimentos *antidumping* são convalidados pelo próprio tratado, que apenas estabelece, no capítulo XIX, mecanismos de revisão da determinação final de dumping, dano e direitos compensatórios a cargo de painéis binacionais e não exclusivamente nacionais.

Por outro lado, nas discussões da Alca, muitos países, como o próprio Brasil, defendem a idéia de que no acordo não sejam permitidas medidas *antidumping* aplicadas unilateralmente pelas autoridades de cada país, conforme sua legislação nacional, já que se entende ser este um instrumento restritivo do comércio regional.

Do exposto neste Capítulo percebe-se que tanto as regras materiais sobre controvérsias quanto as regras procedimentais para solução das mesmas são rigorosamente distintas no âmbito de um e outro acordo.

No Nafta, no que diz respeito a controvérsias sobre investimentos estrangeiros, a empresa processa diretamente o Estado-hospedeiro diante de um Tribunal Arbitral Internacional, sem a necessidade de respaldo do país de origem do investidor. Tampouco há necessidade de se procurar remediar a controvérsia primeiramente pelas vias oferecidas pelo Estado hospedeiro, o que representa um benefício sem precedentes aos investidores estrangeiros.

No Mercosul, diferentemente, tem-se um sistema tradicional de solução de controvérsias, em que o Estado de origem das reclamações precisa endossar a mesma para que esta vá adiante nas etapas previstas.

Também as garantias materiais, aplicadas e interpretadas por árbitros internacionais, representam amplas vantagens ao investidor estrangeiro no âmbito do Nafta pois, como se viu nas duas controvérsias aqui analisadas, os mesmos interpretam de forma expansiva os dispositivos do Capítulo XI, especialmente no que diz respeito ao conceito de expropriação.

Não é nosso objetivo julgar o mérito das questões analisadas. O que se deve destacar é que, nos dois casos do Nafta, os investidores foram bem sucedidos em processar o Estado-hospedeiro, sem que nenhum sistema judicial, além do tribunal internacional, fosse consultado sobre a questão. Nos dois casos em tela, a atividade regulatória do Estado foi cerceada, a fim de se compensar a perda financeira que o investidor estrangeiro teria com a adoção de medida de interesse público.

