V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL II

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

DIEGO ESCUDER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Diego Escuder, Raymundo Juliano Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-240-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

En el marco del Grupo de Trabajo Derecho Internacional II del V Encuentro Internacional del CONPEDI fueron presentados doce trabajos los cuales podemos agrupar en torno a las temáticas vinculadas al Derecho Internacional Público, al Derecho Internacional Privado, al Derecho Internacional Económico/Comercial, al Derecho Ambiental y al Derecho Internacional de los DDHH.

Específicamente los autores abordaron temas vinculados a los aspectos que hacen a la regulación de la Economía y Comercio Mundial, aspectos vinculado al fenómeno de la Integración Regional en todas sus variables, abordando algunos de los autores un proceso de integración especifico como lo es el MERCOSUR, y finalmente aspectos relacionados a las protección de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente

Mas allá de las variaciones temáticas de todos los trabajos, y una aparente amplitud de tópicos, podemos decir sin embargo que todos los escritos tienen un denominador común que hace al fenómeno de la globalización, y como la circulación ya sea de personas o demás factores productivos tienen una repercusión que amerita que se debata sobre aspectos regulatorios y normativos que hacen a estos fenómenos, y como esto influye en nuestra vida diaria.

Es así que vemos trabajos en donde se analizan temas vinculados al Comercio Mundial explicándose como las asimetrías producto de la globalización pueden ser atenuadas a través del uso de un Tratamiento Especial Diferenciado de los países menos desarrollados, siendo clave para ello el rol que debe tener la fijación de los criterios de clasificación del grado de desarrollo de cada país (Ruda Ryuiti Furukita Baptista y Tania Lobo Munis); continuando en esta temática encontramos una análisis del papel que juegan los sistemas de solución de controversias en el sistema multilateral de Comercio (OMC) y en particular cómo la utilización de instrumentos de defensa comercial previstos por los propios mecanismos existentes pueden provocar tensiones en el comercio mundial (Flávio Marcelo Rodrigues Bruno, Raimundo Giovanni Franca Matos). Finalizando la temática del Comercio Mundial y viendo como estos se vinculan a los temas ambientales encontramos un análisis sobre la

interrelación entre Comercio y Medio Ambiente, y la necesidad de incluir aspectos relacionados a la protección ambiental en las cadenas globales de valor sustentadas en los nuevos formatos de integración, léase mega acuerdos comerciales (Gabriela Soldano Garcez)

Los temas ambientales también son analizados en otro documento que específicamente abordara los aspectos de la contaminación transfronteriza en el dominio marítimo (Roxana Corbran Rizzo). Finalmente lo que hace a esta primer gran sistematización de trabajos vinculados al Comercio y Economía Mundial, y mas específicamente los temas económico-financieros, y el rol del Derecho Internacional en su abordaje, vemos el análisis que trata los asuntos relacionados a la reestructuración de la Deuda Soberana y el Derecho que tienen los Estados para actuar en este sentido (Rodrigo Alejandro Díaz Inverso)

Otro de los grandes ejes temáticos gira en torno a la Integración y el MERCOSUR, donde se busca analizar desde aspectos vinculados a como los ordenamientos jurídicos internos, específicamente las constituciones nacionales (en particular la brasileña) abordan estos temas en el sentido de construir una verdadera comunidad de naciones cuyo contenido no se limite únicamente a los aspectos relacionados a la integración comercial sino que sea un concepto mas abarcativo (Marco Cesar de Carvalho), este trabajo lo podemos relacionar al abordaje dado por el documento que analiza el fenómeno del MERCOSUR en un nuevo contexto internacional lo que da a este proceso de integración características de un nuevo modelo de integración (Mariana Loureiro Gama). Finalmente el proceso MERCOSUR es encarado en sus aristas jurídico institucionales analizándose la coexistencia de diferentes modos de solución de controversias, ya sea mediante el sistema previsto en el Protocolo de Olivos o bien en el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional (Mario Jorge Philocreon De Castro Lima), hasta el estudio de la insuficiencia de los mecanismos de cooperación jurídica internacional en el ámbito del MERCOSUR y la propuesta de creación de un Tribunal Penal en ámbito regional (Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro), por último si bien no es un abordaje especifico del MERCOSUR, pero si en lo que atañe a la circulación de personas, y la jurisdicción internacional de los tribunales de acuerdo al nuevo Código de Proceso Civil Brasileño, en particular a la partición de bienes en casos de divorcios, separaciones judiciales o disolución de uniones estables (Fernando Pedro Meinero).

Todos estos temas hacen al ser humano, por lo que la comprensión del marco regulatorio que busca la protección del individuo debe ser estudiado, y este caso específicamente se abordó las aparentes dicotomías existentes entre las Leyes de Amnistía y la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Guilherme Vitor de Gonzaga Camilo)

Finalmente los temas vinculados al Derecho Internacional necesitan sin lugar a dudas un marco teórico que posibilite el análisis de tal diversa temática en la compleja realidad global, tema que también fue analizado (Mirlir Cunha) en el marco de este II Grupo de Trabajo de Derecho Internacional.

Vemos pues como estos temas tienen un punto en común que es el trabajar los aspectos jurídicos que hacen a los fenómenos que se producen en un mundo globalizado, donde la interdependencia, la cooperación, e integración están cada vez mas presente en nuestro accionar diario.

La lectura de estos trabajos será, sin lugar a dudas, una valiosa contribución para un análisis más cabal de estos fenómenos.

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP

Prof. Diego Escuder

BREVE ESTUDO COMPARATIVO DE DOIS SISTEMAS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL: O PROTOCOLO DE OLIVOS E O ACORDO SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

BREVE ESTUDIO COMPARATIVO DE DOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE COMTROVERSIAS DEL MERCOSUR: EL PROTOCOLO DE OLIVOS Y EL ACUERDO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Mario Jorge Philocreon De Castro Lima

Resumo

O modelo de organização regional do Mercosul demanda uma estrutura orgânica funcional de gestão de políticas e produção de normas de interação para os membros, bem como um órgão permanente de solução de controvérsias, para facilitar a superação de divergências decorrentes das relações no bloco. O sistema de solução de controvérsias está previsto desde o Tratado de Assunção e atualmente está regulado no Protocolo de Olivos, mas existe também sistema de controvérsias destinado ao setor privado, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional. Os dois sistemas coexistem na estrutura normativa do Mercosul e torna-se relevante o exame comparativo desses sistemas.

Palavras-chave: Arbitragem, Controvérsias, Mercosul

Abstract/Resumen/Résumé

El modelo de organización regional del Mercosur exige estructura funcional para gestión de políticas y normas de interacción para los miembros, así como un órgano permanente de solución de controversias, para ayudar a superar diferencias que surgen de las relaciones. El sistema de solución de diferencias existe desde el Tratado de Asunción y en la actualidad se encuentra en el Protocolo de Olivos, pero también hay el sistema de disputa del sector privado, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Los dos sistemas coexisten en el marco normativo del Mercosur y es relevante el examen comparativo de estos sistemas.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitraje, Controversias, Mercosur

INTRODUÇÃO

A iniciativa de instituição do Mercosul, Mercado Comum do Sul, como o denomina o Tratado de Assunção investe na composição de um bloco econômico no sul das Américas com o objetivo de incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico de seus membros, admitindo ainda, nos termos do art. 20, se estender aos demais países da America do Sul através dessa organização permanente dirigida para o incremento da integração da região, de pretensões unificantes de interação comercial interna e externa ao bloco regional.

Esses objetivos informados no Tratado de Assunção significam o prosseguimento da Declaração de Iguaçu de 1985 que anuncia as intenções de Brasil e Argentina nesse sentido, que, por sua vez, justificam essa pretensão como ação de cumprimento do Tratado de Montevidéu de 1980 – ALADI, onde os países America do Sul assumem o compromisso de esforços comuns de desenvolvimento integrado de todos em conjunto, através do incremento do comércio recíproco.

O modelo de organização internacional do Mercosul tem como característica funcional a composição de uma estrutura orgânica de gestão que permita a formulação de políticas e normas padronizadas para as condutas de interação entre os membros nas suas relações no bloco regional. No cerne dessa estrutura destaca-se a existência de um órgão permanente de solução de controvérsias, disponível para agilizar e solucionar as divergências correntes produzidas pelas operações comerciais dentro do bloco, que tendem a se avolumar na medida em que o sucesso da instituição estimule maior quantidade de negócios, com seu potencial de divergências e desacordos.

Esse sistema de solução de controvérsias do Mercosul, disponível para os Estados-parte, está previsto desde o Tratado de Assunção (Anexo III). O sistema funcionou provisoriamente através dos Protocolos de Brasília e Ouro Preto e se estabelece atualmente no Protocolo de Olivos.

No entanto, existe outro sistema de solução de controvérsias, elaborado para atender ao setor privado, que se trata do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, finalizado em julho de 1998 em Buenos Aires, e já ratificado pelos quatro membros fundadores do Mercosul, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

Observando que consistem em dois sistemas de solução de controvérsias coexistentes na estrutura normativa do Mercosul, dirigidos para clientela diferente, torna-se relevante o exame comparativo desses sistemas.

O exame comparativo entre os dois sistemas expressa interesse em razão da alternativa que oferecem aos operadores econômicos dos países membros, na escolha do melhor caminho para solucionar suas eventuais discordâncias, quando não realizadas de modo direto, segundo a compatibilidade da natureza desses desacordos para com as disposições normativas do Mercosul.

1. LINEAMENTOS DO EXAME COMPARATIVO A REALIZAR

Antes de adentrar o tema proposto, cabe registrar que o exame comparativo a realizar intenta apenas alumiar os lineamentos da composição e do conteúdo textual normativo dos dois sistemas, sem aprofundamentos no que diz respeito ao uso dos métodos clássicos dos estudos de direito comparado.

Nesse sentido, cabe esclarecer que o trabalho não resultará em estudo qualificável como de direito comparado, mas, de modo abreviado, realizar um exame analítico ao modo de legislação comparada (Dantas, 2006, p. 66), que não se qualifica com o direito comparado, método ou ciência aplicada ao estudo comparado dos sistemas jurídicos.

Os estudos de direito comparado realizam aprofundamento na análise de sistemas jurídicos ou segmentos específicos dos mesmos, no intuito de compará-los para compreender não somente suas disposições positivadas em legislação, mas também se estender na verificação da jurisprudência, do meio social, da técnica jurídica (Dantas, 2006, p. 68), enfim das condições sócio- culturais e históricas que fundamentam a aplicação e eficácia da ordenação normativa dos sistemas jurídicos analisados.

Distanciado de aprofundamento, este estudo intenta realizar um exame analítico de regra de direito, aproveitando, entre as técnicas de direito comparado, aplicação de método informativo e descritivo (Ancel, 1980, p. 120) sobre as duas ordens normativas a analisar.

Dessa forma, utiliza-se aqui apenas a justaposição das disposições de mesmo conteúdo existentes nos dois microsistemas (Lorenzetti, 1998, p. 46)[1], no caso, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, delineado no Protocolo de Olivos, e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, firmado em Buenos Aires, para finalidade apenas descritiva de suas similaridades e diferenças, portanto, de aprofundamento insuficiente para assumir a pretensão de trabalho completo de direito comparado.

[1] Aproveitamos a noção de microssistemas do autor que assim define as ordens normativas estatutárias de destinação específica, mas somente para fins de referência textual neste trabalho

Nesse sentido, o comparativo a realizar oferece interesse para verificação ordenada das características desses microsistemas comparados, prestando-se como informativo para estudos mais adiantados ou para usuários em escolha de alternativa mais adequada a suas controvérsias ou interesses.

O estudo se revela viável porque existe comparabilidade (Silva, 2009, p. 21) entre os objetos, uma vez que se tratam de segmentos normativos componentes do mesmo sistema maior, o Mercosul, e, malgrado seja possível enxergar viés de hierarquia entre os dois microsistemas, denota-se que são ambas ordens jurídicas de mesmo conteúdo específico, isto é, arbitragem internacional de objetivo comercial.

Em referência aos métodos clássicos de direito comparado, torna-se possível assinalar que este estudo se situaria no campo da microcomparação (Constantinescu, 1998, p. 326), onde se verifica o confronto de regras ou institutos jurídicos, ao invés da macrocomparação onde se verifica as estruturas fundamentais e características morfológicas dos sistemas jurídicos.

Perante outra distinção clássica de direito comparado, esse trabalho seria classificável como de comparação horizontal ou sincrônica (Silva, 2009, p. 23), onde se verifica a atuação das ordens no espaço, ao invés de comparação vertical, ou diacrônica, onde se verifica a atuação das ordens no tempo, que, para alguns autores, quando realizada no mesmo sistema, não seria método de direito comparado (Dantas, p. 115), mas de interesse da história do direito.

2. DA DIFERENÇA DAS DENOMINAÇÕES E DAS NATUREZAS (POSIÇÃO ESTRUTURAL) NORMATIVAS

A primeira diferença perceptível na comparação dos dois microsistemas normativos a decorre da exame de suas denominações, porque o sistema de solução de controvérsias próprio do Mercosul, e assim intitulado, está instituído atualmente em norma nomeada Protocolo, o Protocolo de Olivos, finalizado em fevereiro de 2002 na cidade argentina que o identifica, enquanto que o sistema de solução de controvérsias para arbitragem comercial para contratos internacionais aplicável ao Mercosul está instituído em norma denominada Acordo, que possui aplicação terminológica diferenciada em direito internacional.

A terminologia da doutrina de direito internacional, em regra, não diferencia de modo significativo, quanto ao conteúdo, uma norma internacional denominada Protocolo de uma norma denominada Tratado, porque ambas as normas costumam conter avenças completas para regular interesses específicos entre partes anuentes.

A diferenciação costuma ser realizada em termos de autonomia, porque a aplicação da denominação Protocolo para uma norma internacional induz presumir subsidiariedade, isto é, que aquela norma consiste em acordo de interesses específicos, complementar de norma anterior existente (Mello, 2000, p. 201) entre as partes ao modo de Tratado ou Convenção de disposições genéricas, ou norma desdobrada do desenvolvimento prático dessa norma anterior, quer esteja ou não prevista na mesma.

A Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados entre Estados, o art. 2º, letra 'a', define tratado como uma norma de – acordo[2] internacional escrito entre Estados - que consta em um ou mais instrumentos conexos, portanto, uma norma tipo tratado pode se compor com outros documentos que se completam em conteúdo, mas com outra denominação de uso similar, a exemplo das normas nomeadas como Protocolo.

Assim ocorre no Mercosul onde o Tratado de Assunção original concluído em março de 1991 atualmente se completa com normas posteriores que lhe consolidam a estrutura orgânica e funcional, sobretudo, o Protocolo de Ouro Preto, finalizado em 1998, que define a estrutura institucional, e o Protocolo de Olivos, que aprimora o sistema de solução de controvérsias.

O Protocolo de Ouro Preto (POP) veio a se compor em nível idêntico e de continuidade para com o Tratado de Assunção (Rangel, 1996, p. 693), conformando um instrumento unificado para o Mercosul, bem como o Protocolo de Olivos (PO), como disposto no seu art. 54, que o integra com o Tratado de Assunção, completando a estrutura necessária à realização do objetivos funcionais do Mercosul como justificado no preâmbulo. O Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdicional (art. 33) e o Protocolo de Ushuaia (art. 8º) também se declaram componentes do núcleo normativo central do Mercosul.

O sistema de solução de controvérsias do Mercosul está previsto desde o Tratado de Assunção, Anexo III, de março de 1991, que o inaugurou de modo embrionário, se instalou de modo preliminar através do Protocolo de Brasília de dezembro de 1991, mais tarde complementado pelo Protocolo de Ouro Preto (art. 43 e 44), concluído em dezembro de 1994.

O Protocolo de Brasília veio a ser derrogado em fevereiro de 2002 pelo art. 55 do Protocolo de Olivos, que instituiu os mecanismos e procedimentos atuais em funcionamento, embora sujeito a futura revisão para implemento do Sistema Permanente de Solução de Controvérsias, como informa nas suas disposições finais (art. 53) consoante com o Anexo III, numeral 3, do Tratado de Assunção.

[2] acuerdo na versão em espanhol; agreement na versão em inglês

Por sua vez o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul se institui como norma subsidiária, ou seja, direito derivado (Ocampo, 2009, p. 501) no ordenamento normativo do Mercosul.

Recorda-se que Convenção de Viena define tratado como acordo internacional escrito entre Estados, mas há de se entender que a palavra - acordo - nessa colocação textual da Convenção se refere apenas à natureza pactual da norma internacional tipo tratado. O mesmo ocorre nas versões em espanhol, que emprega o termo - *acuerdo* -, e em inglês, que usa o termo - *agreement*.

Entretanto, a própria Convenção no seu art. 3º diferencia a norma internacional tipo Tratado, aos quais pretende padronizar a elaboração, da norma internacional tipo - Acordo Internacional[3] – também formalizados entre Estados com mais com simplicidade ou contendo matérias de menor gradação política, sejam escritos ou não escritos, justamente para excluir esses Acordos de sua abrangência regulatória, restringindo sua própria aplicação às normas tipo Tratado, malgrado não vedar a eventual aplicação de suas disposições às relações entre Estados derivadas desses acordos internacionais.

Na sistemática da Convenção de Viena, a exclusão dos chamados acordos internacionais se justifica porque os procedimentos da Convenção para validação da vigência de um tratado para as partes demanda o procedimento da ratificação (Mazzuoli, 2008, p. 159), que consiste na confirmação e comunicação do estado anuente a seus pares que a norma internacional avençada assumiu eficácia no seu ordenamento interno segundo seus procedimentos jurídico-políticos de validação, que na tradição ocidental costuma exigir a manifestação do Poder Legislativo.

Esse procedimento de ratificação, em regra, não é necessário para a validação dos chamados acordos internacionais, sejam de conteúdo comercial, simplificado, ou os chamados acordos executivos, que entrem em vigor pela simples assinatura do Chefe de Estado ou através de seus delegados potenciários, que referenda e compromete o Estado anuente nos termos do sistema jurídico internacional, e prescindem de procedimentos posteriores de confirmação para sua plena eficácia nesse sistema.

O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional recebe a denominação de Acordo, mas, em verdade, não preenche por completo os requisitos desses acordos internacionais, simplificados ou executivos, porque não contém autonomia suficiente dentro da composição do ordenamento normativo do Mercosul.

[3] A Convenção repete neste dispositivo os termos Acuerdo na versão em espanhol e Agreement na versão em inglês

Em verdade, o Acordo sobre Arbitragem consiste numa Decisão do Conselho Comum do Mercosul, Decisão CMC nº 003/1998, órgão superior máximo do Mercosul que emite manifestações nomeadas como - Decisões - de cumprimento obrigatório para os membros, nos termos dos art. 9º e 42 do Protocolo de Ouro Preto. A produção dessas manifestações pelo Conselho Mercado Comum se realiza por consenso com a presença de todos os membros que se comprometem a assegurar a validação dessas normas nos seus territórios, conforme art. 37 e 38 do Protocolo de Ouro Preto.

Em cumprimento do compromisso, a Decisão nº 003/1998, Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul veio a ser ratificado pela Argentina em 2000, pelo Brasil, em 2002, pelo Uruguai em 2004 e pelo Paraguai em 2007, assumindo vigência para os dois primeiros signatários 30 dias após a segunda das ratificações, e sucessivamente em 30 dias após as ratificações dos demais aderentes, conforme as disposições finais do Acordo.

O Acordo foi concluído, portanto, antes da finalização do Protocolo de Olivos em 2002, mas sob a vigência do Protocolo de Ouro Preto, e ainda atuante o sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Brasília. Apesar disso, o Protocolo de Olivos recepciona o Acordo quando enuncia o direito aplicável (art. 34) para seu sistema de solução de controvérsias, na condição de norma produzida segundo os procedimentos institucionais do Mercosul, adaptados e reforçados pelo Protocolo de Ouro Preto.

Depois dessas evoluções institucionais do Mercosul, observa-se que o Protocolo de Olivos se constitui como norma qualificável no art. 41, inciso I, do Protocolo de Ouro Preto que discrimina as Fontes Jurídicas do Mercosul.

Nesse mesmo dispositivo, malgrado a descrição normativa do art. 41, inciso II, mencionar os acordos e protocolos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional, em razão da sua natureza normativa decorrente do órgão que o editou, se classifica como norma do art. 41, inciso III, que discrimina especificamente o seu tipo.

Portanto, o Acordo se qualifica como direito aplicável pelos tribunais arbitrais instituídos pelo Protocolo de Olivos, tal como as manifestações de cumprimento compulsório emitidas pelos demais órgãos superiores do Mercosul instituídos pelo Protocolo de Ouro Preto.

A diferença entre a natureza normativa dos dois microsistemas, além de decorrente dos processos e procedimentos de elaboração que os valida, se consolida na estrutura de classificação estipulada pelo Protocolo de Ouro Preto (POP) para as Fontes Jurídicas do Mercosul, art. 41, que induz a percepção de viés de hierarquia aplicável à relação entre os dois microsistemas, o Protocolo de Olivos e o Acordo sobre Arbitragem, o primeiro qualificável

como direito originário (art. 41, inciso I) e o segundo situado como direito derivado (art. 41, inciso III), mas que não prejudica a intenção de comparação.

Esse viés de hierarquia entrevisto resulta da estrutura estabelecida no POP com objetivo de organização e viabilidade funcional, mas não assume a rigidez da estrutura piramidal característica dos direitos nacionais, orientados por subordinação, porque os sistemas normativos de integração comunitária funcionam através de estruturas mistas (Vignali, 2004, p. 412) que mesclam a índole de subordinação dos direitos internos, com a vocação de estruturas de coordenação, típicas do direito internacional, que permitem a operação menos vinculada e mais autônoma entre os sistemas.

Assim, a condição de direito originário do Protocolo de Olivos induz relação de dependência ao Acordo sobre Arbitragem, compelindo que se integrem de modo complementar e não excludente (Diz, 2011, p. 127), enquanto que a coordenação, típica do direito internacional, abranda a relação normativa permitindo que os dois microsistemas coexistam de modo autônomo em suas destinações, por exemplo, através da compulsoriedade dos laudos que produzem, que não estão sujeitos a revisão de um pelo outro, como é próprio do conceito categorial da arbitragem, sobretudo a internacional.

3. OUTROS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PREVISTOS EM OLIVOS E NO ACORDO DE ARBITRAGEM

Há de se observar que, ao lado dos dois sistemas de solução de controvérsias examinados neste trabalho, convivem no complexo normativo do Mercosul outras alternativas de solução de controvérsias, internas e externas a sua estrutura.

Entre as alternativas externas verifica-se que o Protocolo de Olivos se articula com os sistema de solução de controvérsias da OMC, como se verifica logo no seu art. 1º, numeral 2, quando estabelece possibilidade excludente de apreciação da divergência por um ou outro foros, Mercosul ou OMC, mas atribuindo então paridade preferencial de alternativas, uma vez que existem outros tantos foros arbitrais de comércio internacional disponíveis, que não são mencionados no protocolo com esse reconhecimento.

Por sua vez, o Acordo de Arbitragem, como se verifica nos seu preâmbulo, se orienta pela Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial internacional e a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da ONU.

Outro sistema de solução de controvérsias disponível no Mercosul pode ser encontrado no Anexo do Protocolo de Ouro Preto, que regula procedimento receptor de reclamações

perante a Comissão de Comércio do Mercosul, que se orienta por caminho diverso até o procedimento arbitral previsto no Protocolo de Olivos.

Existe ainda a alternativa do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, disponível para solução de controvérsias pelas instâncias jurisdicionais, tribunais judiciários ou arbitrais internos dos Estados-parte do Mercosul, previamente escolhidos pelas partes para aplicação a contratos internacionais de matéria civil ou comercial pactuados entre pessoa físicas ou jurídicas privadas. Essa alternativa se articula com o Protocolo de Las Leñas de reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais no âmbito do Mercosul, e as eventuais controvérsias (art. 15) para sua aplicação são remetidas ao Protocolo de Olivos.

Nessa variedade de alternativas para solução de controvérsias decorrentes da operação funcional do Mercosul observa-se que a preferência por algum dos microsistemas disponíveis se estabelece no próprio texto de determinado diploma normativo formalizado, com predomínio natural, mas não obrigatório, para a referência ao Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, atualmente exercido pelo Protocolo de Olivos.

Assim, verifica-se que o Protocolo de Fortaleza de Defesa da Concorrência remete ao Protocolo de Olivos ou ao Anexo do Protocolo de Ouro Preto, para solução de controvérsias de sua aplicação.

O Protocolo de Las Leñas (art. 32), o Protocolo de San Luís de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (art. 27) e o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente (art. 8º) elegem o sistema do Protocolo de Olivos para resolver desacordos quanto a sua aplicação.

O Protocolo de Montevidéu sobre Comércio de Serviços do Mercosul (art. XXIV) acolhe os procedimentos e mecanismos de solução de controvérsias vigentes no Mercosul, induzindo entender que podem ser utilizados não somente o sistema do Protocolo de Olivos, como também qualquer outro do Mercosul que se revele apropriado, a exemplo do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, no que diz respeito a controvérsias decorrentes de contratos de comércio de serviços entre sujeitos privados.

Cabe recordar que a aproveitamento do Protocolo de Olivos para demandas não comerciais pode encontrar eventual limitação previsível para ampliação de sua competência material em razão da especialidade dos árbitros, que são indicados para as listas pelos países membros, e preferencialmente são escolhidos entre especialistas em matéria comercial, econômica ou tributária de conteúdo técnico ou jurídico, restringindo a capacidade disponível dos órgãos arbitrais para se estender sobre demandas de outra natureza.

4. DAS MODALIDADES DE ARBITRAGEM

A arbitragem consiste num procedimento onde duas partes divergentes para com determinado interesse comum contraposto resolvem por si mesmas submeter a apreciação do caso a um terceiro, imparcial e experiente, para apresentar uma solução para a divergência, que se comprometem a cumprir.

Trata-se de meio de solução de controvérsias que remonta às origens históricas grega e romana (Cretella Jr, 1998, p. 765) da cultura ocidental, onde se encontram referências de seu uso mais antigo e concomitante com o julgamento oficial fundado no poder governamental de justiça, com a vantagem da liberdade das formas e maior rapidez.

Nos tempos atuais, a arbitragem se desenvolve garantida pela existência de diversas instituições autorizadas nos ordenamentos internos dos Estados como meio complementar das solução de controvérsias na via judiciária, sobretudo para controvérsias de natureza comercial ou patrimonial, bem como coexistem inúmeras instituições de arbitragem internacional voltadas para solução de controvérsias de natureza ampla, de diversas especialidades, disponíveis como alternativa para a solução litigiosa bélica entre os Estados, ou para evitar delongas diplomáticas, ou usada em preferência para com o julgamento por tribunais permanentes internacionais, em regra, mais rígidos de procedimentos e de menor alternativa de escolha de árbitros.

Em razão do aproveitamento difuso e diversificado do instituto da Arbitragem, desenvolvem-se permanentes estudos das atividades dessa prática, distribuídos por incontáveis instituições em todos os países, de modo que a doutrina jurídica se orienta pela classificação dessas atividades pela destinação de sua atuação, no intuito de facilitar melhor compreensão do alcance e efeitos dessas atividades para o Direito.

Nessas classificações são identificados segmentos específicos dessas atividades que, em linhas gerais, e para o alcance deste trabalho, podem ser divididas em: arbitragem internacional e arbitragem nacional, arbitragem pública e arbitragem privada, e arbitragem comercial e arbitragem não comercial.

Essas modalidades de classificação não são excludentes nem estanques, porque podem ser definidas para usos diferentes conjugados, decorrente das características da causa a solucionar. Assim, essas características podem determinar uma arbitragem pública nacional ou internacional, uma arbitragem privada, também nacional ou internacional, uma arbitragem comercial ou não comercial tanto nacional como internacional.

Há de se recordar ainda que a prática da arbitragem não se realiza somente na condição de existência prévia de órgão arbitral instituído por instâncias oficiais, ou associações

corporativas, ou sujeitos de representação coletiva no interesse de seus associados, mas também ocorre de modo livre, comumente denominada por arbitragem *ad hoc*, porque instituída por decisão das partes, e que prescinde da escolha de órgão constituído disponível, e que também se distribui pelas modalidades de classificação de arbitragem referidas.

A distinção entre arbitragem internacional e arbitragem nacional resulta da verificação da transposição de territórios pelos efeitos jurídicos (Baptista, 2008, p. 53) da causa a examinar, bem como da repercussão econômica da relação. Nessas circunstâncias, o conteúdo da causa ultrapassa o alcance da jurisdição dos ordenamentos nacionais próprios das partes, porque a relação também se sujeita a eventual interferência de outros ordenamentos nacionais ou à aplicação de norma internacional.

A classificação da arbitragem também pode ser antevista como internacional em razão da qualidade dos sujeitos com capacidade para postular perante aquele órgão arbitral, ou seja, se o atendimento do órgão está restrito somente para sujeitos de direito internacional, em princípio, Estados e OI.

A arbitragem nacional, como esclarece o adjetivo esclarece que a qualifica, se realiza por meio de órgão destinado a solução de controvérsias domésticas, ou seja, dentro do âmbito e limites de um ordenamento normativo nacional, embora podendo se aplicar também a causas de natureza internacional, ou seja, derivada de relações jurídicas que se estabelecem em países diferentes.

A segunda classificação entre modalidades de arbitragem, relevante para este estudo, consiste na diferenciação entre arbitragem comercial e arbitragem não comercial. Em verdade, a funcionalidade das instituições estatais e a salvaguarda de direitos indisponíveis costumam preferir o julgamento pelos judiciários nacionais, e reduzir a aplicação de juízos arbitrais de objeto não comercial para controvérsias referentes apenas a direitos disponíveis de conteúdo obrigacional privado ou patrimonial, o que torna a utilização da prática arbitral em instrumento de preferencial aproveitamento em causas de natureza comercial, empresarial ou econômico.

No entanto, ao lado dessa arbitragem comercial destinada sobretudo a questões de negócios e patrimônios, em sentido amplo, subsiste sem impedimentos a disponibilidade do uso de juízos arbitrais para causas ou controvérsias não comerciais, onde os objetos da relação jurídica original não contém interesse negocial ou patrimonial, a exemplo, sobretudo, de causas de apreciação técnica específica, como pode ocorrer na área de saúde, na classificação de mercadorias ou de verificação de perícia executiva de obras, desde que não incluídos os direitos indisponíveis, os requisitos de ordem pública ou afetações à dignidade de pessoa humana.

A terceira classificação relevante de arbitragens decorre da subdivisão em modalidades pública e privada. As modalidades de arbitragem pública e privada não se diferenciam em razão dos procedimentos ou pelas características de seus órgãos decisórios, mas em razão dos sujeitos e das fontes (Baptista, 2008, p. 50).

Quanto aos sujeitos, a arbitragem pública ocorre quando prestada a sujeitos de personalidade jurídica pública, ou seja, governo e instituições oficiais. Quando realizada no âmbito internacional, os sujeitos públicos são os Estados. Na arbitragem privada os sujeitos são pessoas, empresas ou entidades privadas, litigantes entre si.

Em função dessa classificação, a arbitragem pode também ser qualificada como mista (Baptista, 2008, p. 52), quando o interesse em disputa envolve sujeitos de direito privado e sujeitos de direito público, estes últimos em contenda de interesses privados, sem afetação às prerrogativas da soberania estatal.

A diferenciação quanto as fontes para as arbitragens pública e privada se estabelece sobretudo na arbitragem internacional, porque as modalidades de fontes privadas são mais amplas, acompanhando as práticas de direito internacional privado.

5. A IDENTIFICAÇÃO DE DIFERENÇAS E SIMILARIDADES ENTRE OS DOIS SISTEMAS

O exame dos dois microsistemas normativos do Mercosul, o Protocolo de Olivos e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, ao lume das classificações descritas, permite constatar como similaridades, que ambos se qualificam como arbitragem internacional e ambos se qualificam como arbitragem comercial.

Por sua vez, os mesmos microsistemas se diferenciam porque o Protocolo de Olivos se qualifica como arbitragem pública, isto é, restrita ao acesso dos Estados-parte do Mercosul, enquanto que o Acordo sobre Arbitragem se qualifica como arbitragem privada, ou seja, disponível e destinado para sujeitos de direito privado, como enuncia seu preâmbulo.

Em verdade, existe dispositivo de acesso direto de sujeitos de direito privado ao sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos, conforme seu Capítulo XI, Reclamações de Particulares, contudo, essa alternativa não assume capacidade para diversificar a natureza de arbitragem pública inerente ao Protocolo, porque as reclamações de particulares são admitidas quando dirigidas contra eventuais restrições ou discriminações de algum dos Estados-parte, na aplicação do complexo normativo do Mercosul.

No Mercosul, a apreciação de controvérsias entre Estados-parte ou entre Estados e particulares não deve ocorrer por meio do Acordo sobre Arbitragem (Diaz, 2007, p. 18), mas através do Protocolo de Olivos.

As diferenças entre as duas estruturas normativas arbitrais decorrem sobretudo da diferença de suas naturezas pública e privada para o Protocolo de Olivos e o Acordo sobre Arbitragem respectivamente.

No que diz respeito aos sujeitos, a diferença se constata porque os sujeitos de direito admitidos como postulantes no Protocolo de Olivos são somente os Estados, e limitados aos Estados membros do Mercosul, únicos comprometidos a suas disposições normativas.

Por sua vez, os sujeitos de acesso admissível ao juízo arbitral do Acordo sobre Arbitragem são pessoas privadas, individuais ou coletivas, como declarado no mesmo, que terão suas controvérsias apreciadas dentro do âmbito do cumprimento das normas do Mercosul, que são normas de direito internacional, aplicadas a contratos internacionais.

No que diz respeito a fontes, há de se observar que as fontes previstas para o Protocolo de Olivos são aquelas enunciadas como Direito Aplicável (art. 34) para informação de seus órgãos julgadores, todas de natureza internacional e produzidas no âmbito do Mercosul, constantes nas Fontes Jurídicas declaradas no art. 41 do Protocolo de Ouro Preto. Além dessas fontes, admite-se o uso dos princípios e disposições de direito internacional.

Para o Acordo sobre Arbitragem, no que diz respeito a fontes, há de se considerar a estrutura normativa do Mercosul, bem como outras normas de direito internacional público ou privado, adequadas para solução de controvérsias típicas de contratos internacionais entre sujeitos de direito privado de origem nacional diferente.

Quanto aos procedimentos verifica-se que no Protocolo de Olivos estão previstos para solução das controvérsias, antes dos juízos arbitrais, a interferência de órgãos institucionais, sem descartar as negociações diretas ou as simples opiniões consultivas, anteriores à intervenção de terceiros.

Se alcançada a alternativa final do juízo arbitral, as partes dispõem de duas alternativas de julgamento, porque é possível a utilização de dois órgãos de julgamento, o Tribunal Arbitral *ad hoc* e o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), que funcionam como uma instância ou duas instâncias.

O julgamento em apenas uma instância pode ser realizado por proposição direta pelas ao tribunal permanente de revisão (TPR) de sua controvérsia a solucionar. Nesse caso, o julgamento emitido pelo órgão será definitivo. Do mesmo modo, o julgamento ocorre somente em uma instância se as partes apresentam sua controvérsia para o órgão preliminar tribunal *ad*

hoc, de composição transitória e específica para a causa, e, uma vez emitida a decisão, desistem de recorrer ao tribunal permanente de revisão.

De outro modo, o julgamento pode ocorrer em duas instâncias quando as partes, malgrado tendo submetido sua controvérsia ao tribunal *ad hoc*, mas insatisfeitas com a decisão produzida, apresentam recurso revisional ao tribunal permanente que, então formulará novo julgamento, enfim definitivo.

Quanto ao Acordo sobre Arbitragem, também são previstas duas possibilidades de juízo arbitral, através de órgão ad hoc ou institucional, embora ambas em instância única.

O julgamento através de órgão *ad hoc* não se confunde com o *tribunal arbitral ad hoc* previsto no Protocolo de Olivos, porque neste, os árbitros, são escolhidos pelas partes entre as listas de árbitros disponíveis, antes indicados pelos países membros do Mercosul, enquanto que o órgão *ad hoc* do Acordo sobre Arbitragem, recebe composição livre pelas partes quanto a árbitros e sua quantidade.

Por sua vez, a modalidade de arbitragem institucional prevista no Acordo sobre Arbitragem, consiste na escolha de regras de uma instituição de arbitragem que administrará o procedimento (Taquela, 1998, p. 196), mas não significa que essa instituição seja o órgão arbitral.

6. CONCLUSÃO

A análise dos dois microsistemas normativos do Mercosul, o Protocolo de Olivos e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional, revela que as diferenças entre os mesmos se iniciam desde suas denominações, Protocolo e Acordo, qualificações de significados específicos na terminologia de direito internacional.

Em seguida, registra-se que os procedimentos de produção normativa dos microssistemas resultam na sua classificação em posições diferentes do complexo normativo do Mercosul, atribuindo qualidade de direto originário para o Protocolo de Olivos, de direito derivado para o Acordo sobre Arbitragem.

A análise das características intrínsecas dos dois microsistemas normativos do Mercosul, o Protocolo de Olivos e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional, induz constatar como semelhanças que ambos se qualificam como arbitragem internacional, e ambos se qualificam como arbitragem comercial. Entretanto, os microsistemas se diferenciam porque o Protocolo de Olivos se qualifica como arbitragem pública, isto é, restrita ao acesso dos Estados-parte do Mercosul, enquanto que o Acordo sobre Arbitragem se qualifica como

arbitragem privada, ou seja, disponível e destinado para sujeitos de direito privado, como enuncia seu preâmbulo.

As diferenças entre as duas estruturas normativas arbitrais decorrem sobretudo de suas naturezas pública e privada, sobretudo porque se destinam a atender sujeitos diferentes, no caso do Protocolo de Olivos, os Estados membros, e para o Acordo, sujeitos privados.

A diferença no uso das fontes se origina da maior liberdade que existe para arbitragem de natureza privada, como acontece com o Acordo sobre Arbitragem, ao invés das restrições que delimitam a arbitragem do Protocolo de Olivos, que se dedica somente ao complexo normativo do Mercosul.

Por fim, verifica-se a diferença de procedimentos, uma vez que as disposições do Protocolo de Olivos, além de se valer de alternativas de solução de controvérsias preliminares não arbitrais, admite possibilidade de eventual uso duplo grau de juízo arbitral, enquanto que as disposições do Acordo sobre Arbitragem admite somente o tradicional juízo arbitral de instância única, sob modalidades de orientação por órgão institucional ou de livre disposição pelas partes.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado, trad. Sergio José Porto. Porto Alegre. Sergio Fabris Editor. 1980.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Internacional, Pública e Privada, in Direito Internacional, Humanismo e Globalidade, org. Paulo Borba Casella, Umberto Celli Jr, Elizabeth A Meirelles, Fabricio B P Polido, p. 48-61. São Paulo. Editora Atlas. 2008

CONSTANTINESCU, Leotin-Jean. Tratado de Direito Comparado: Introdução do Direito Comparado. Rio de Janeiro. Ed Renovar. 1998.

CRETELLA JR, José. Conceito categorial de Arbitragem, in Direito Internacional no Terceiro Milenio, coord. Luiz Olavo Baptista, José Roberto franco da Fonseca, p. 763-775. São Paulo, Editora LTr, 1998.

DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado; Introdução, teoria e metodologia. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2006.

DIAZ, Soledad. ROTHSCHILD, Julie. RUANOVA,Mariela. El Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Tomo 11,. Montevideo. 2007. Acesso em 13/05/2016

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul e o Acordo de Arbitragem Comercial: Instrumentos complementares ou excludentes?, in Arbitragem: 15 anos da lei nº 9.307/96, coord. Antonio P Gaio Jr, Rodrigo A Magalhães, p. 91-130. Belo Horizonte. Delrey Editora. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo. Editora RT. 1998.

MELLO, Celso D de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. V1. 12ª ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público, 3ª ed. São Paulo. Editora RT. 2008.

OCAMPO, Raúl Granillo. Direito Internacional Público da Integração. Rio de Janeiro. Elsevier Editora. 2009.

RANGEL Vicente Marotta. Solução de Controvérsias Após Ouro Preto, in Contratos Internacionais e Direitos Econômicos no Mercosul, coord. Casella, Paulo Borba, p. 692-701. São Paulo, Editora LTr, 1996.

SILVA, José Afonso. Um pouco de Direito Constitucional Comparado. São Paulo. Malheiros Editores. 2009

TAQUELA, Maria Blanca Noodt. ARGERICH, Guillermo. Contribucion de la Comission Interamericana de Arbitraje – CIAC-OEA para el funcionamento de los acuerdos de arbitraje del Mercosur, in Revista del Derecho del Mercosur, A 2, N 6, p. 195-201. Buenos Aires, 1998 Acesso em 13/05/2016

VIGNALI, Heber Arbuet. Claves Jurídicas de la Integración: en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 2004.