

O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS DO MERCOSUL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA QUESTÃO ENERGÉTICA SUL- AMERICANA

Pedro Lucas de Moura Soares

Bolsista do programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis (PRH ANP/MCT N° 36)

1

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do processo de globalização, a tendência atual é a de os países se unirem em blocos econômicos para que, dessa forma, haja o fortalecimento mútuo. Nesse contexto integracionista, à medida que esse modelo se desenvolve, dando origem a blocos como MERCOSUL ou a União Européia, faz-se mister que dentro do bloco seja criado um sistema de solução de controvérsias, marcado pelo pacifismo de suas decisões.

Nesse estudo, tentaremos mostrar, em linhas gerais, o funcionamento do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, sendo o escopo precípua do trabalho a sua análise sob a ótica da necessidade do bom funcionamento desse sistema e de sua operacionalização diante de questões que envolvam energia, uma vez que a tendência observada no âmbito Sul-Americano é que, além de sua integração econômica, haja ainda a integração energética, propiciando a sua total e plena coesão. Para tanto, serão analisados os seus embasamentos normativos, com enfoque para o Protocolo de Brasília e para o Protocolo de Olivos, que instituiu e reformou, respectivamente, o sistema de solução de controvérsias mercosulista.

2 O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL

Antes de quaisquer considerações, é necessário fazer um rápido resgate histórico do processo contemporâneo de integração na América do Sul e sua relação com o surgimento do MERCOSUL.

A primeira experiência que deu vazão aos estudos acerca da possibilidade de integração na América Latina concretamente foi a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), que consubstanciou o pensamento de Raúl Prebisch, economista argentino que foi Secretário-Geral da CEPAL e que encabeçou os estudos sobre o subdesenvolvimento latino-americano, apontando suas causas. Prebisch previa como solução a criação de políticas e investimentos pesados em industrialização, substituição de importações e a integração na região, o que, por sua vez, resultaria no aumento do mercado interno dos Estados Sul-Americanos¹.

Seguindo essa mesma linha, surgiram iniciativas de vanguarda na América do Sul, como a ALALC e a ALADI², propiciando, então, o estreitamento das relações entre Brasil e Argentina, que culminaram, em março de 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção, que apenas instituiu o MERCOSUL, com uma série de pendências, se assim podemos dizer, que seriam supridas a partir de normas programáticas já instituídas no Tratado de Assunção ou em documentos que viriam posteriormente, como é o caso do Protocolo adicional de Brasília, assinado em dezembro daquele mesmo ano, que veio a estabelecer o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL.

O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL delineado pelo protocolo de Brasília foi pautado na provisoriedade, segundo Eduardo Biacchi Gomes, uma vez que só se estabeleceria concretamente quando o MERCOSUL tivesse atingido sua completa integração, que segundo o artigo 2º do anexo III do Tratado de Assunção, ocorreria até o fim de dezembro de 2004³.

Sendo assim, foi novamente reformulado o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL com o advento do Protocolo de Ouro Preto, que, além disso, veio reformular toda a estrutura institucional da organização. Eis o procedimento previsto pelo protocolo de Brasília.

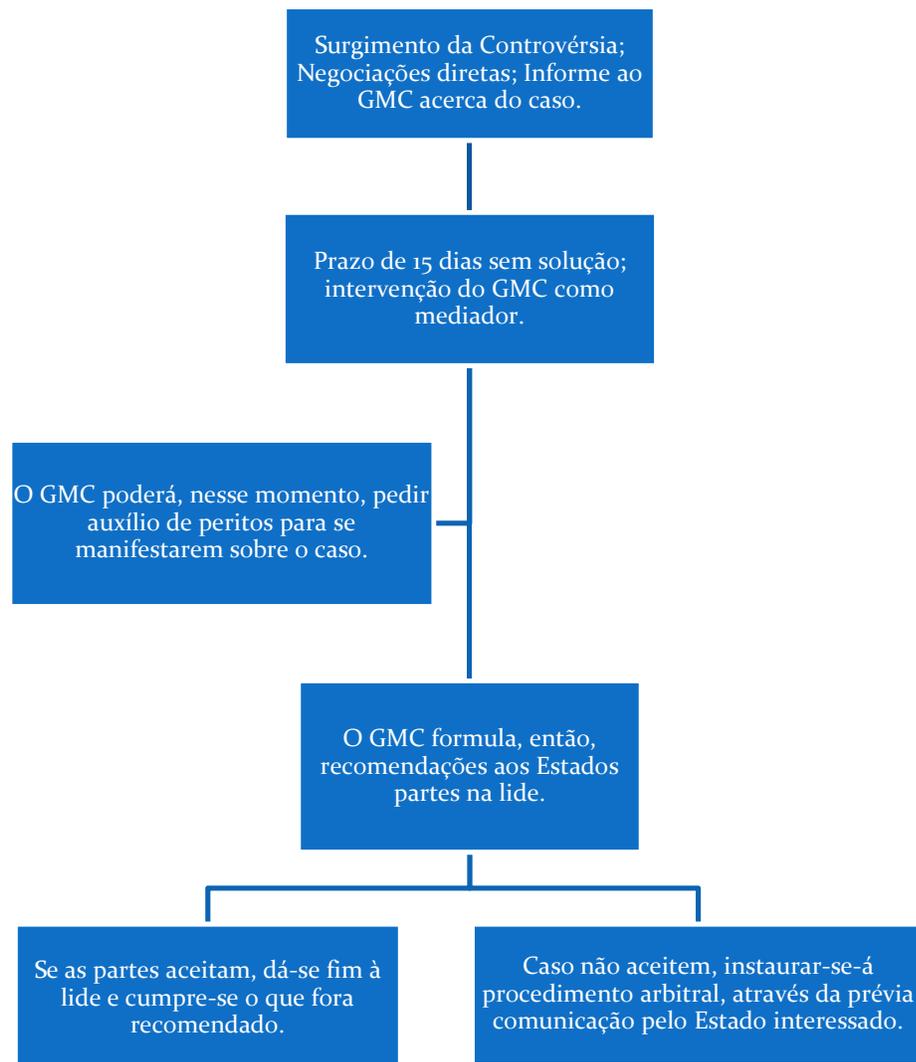
¹ BÖHLKE, Marcelo. *Integração Regional e Autonomia do seu ordenamento jurídico*. 1ª ed., 4ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2007, pp. 29 e 30.

² Outras iniciativas podem ser mencionadas, como a Comunidade Andina das Nações (CAN), o Mercado Comum Centro-Americano, a Comunidade do Caribe (Caricom). BÖHLKE, Marcelo. *Integração Regional e Autonomia do seu ordenamento jurídico*. 1ª ed., 4ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2007, p. 30.

³ GOMES, Eduardo Biacchi. *Protocolo de Olivos: alterações no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e perspectivas*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n.42.

O Protocolo de Brasília dá competência ao Grupo Mercado Comum – GMC – para a aplicação do sistema de solução de controvérsias que se daria em duas fases: a primeira seria uma etapa mais diplomática, com a existência de negociações diretas entre suas partes por seus agentes diplomáticos, seguido por uma mediação a ser executada pelo GMC e, não havendo solução amistosa entre as partes, mesmo superada essa fase diplomática, recorrer-se-ia à segunda etapa, a arbitral, onde seria formado um tribunal arbitral para solucionar a lide gerada.

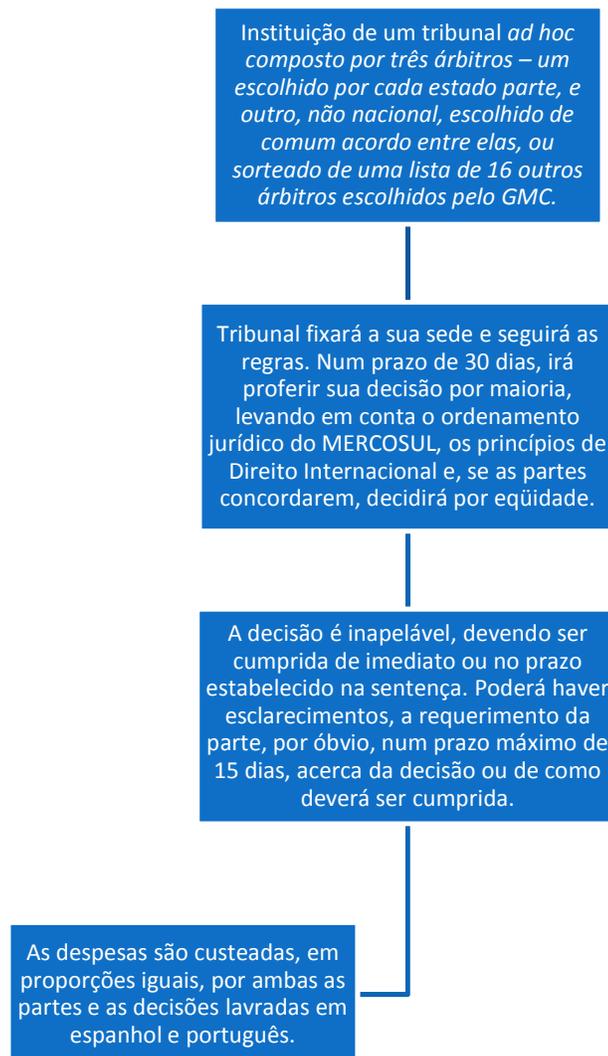
A fase diplomática se estabelece segundo o esquema que se segue⁴:



⁴ GOMES, Eduardo Biacchi. *Protocolo de Olivos: alterações no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e perspectivas*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. n.42.

É princípio orientador do procedimento diplomático no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL a *celeridade*, uma vez que tal procedimento, no plano teórico, pelo menos, não pode se delongar por mais de trinta dias, evitando maiores desgastes, sobretudo de ordem política, entre os Estados envolvidos. Logo, podemos extrair daí um dos objetivos de um sistema de solução de controvérsias bem estruturado, o de diminuir as tensões dentro de um determinado bloco, fazendo-o alcançar um grau de estabilidade política cada vez maior e, por sua vez, atraindo benefícios aos componentes do bloco.

Para ingressar na fase arbitral, o Estado-parte irá solicitar à Secretaria Administrativa do MERCOSUL (SAM) para que notifique à outra parte, os demais Estados e o GMC e, por sua vez, a SAM encaminhará o procedimento.



Ou seja, mesmo que não haja solução numa primeira instância, há a possibilidade de ser instaurado o procedimento arbitral, que prima pelo princípio do contraditório, da celeridade processual e publicidade do processo⁵. Frise-se que não só na fase arbitral, mas nas fases diplomáticas, quais sejam, a negociação diplomática e a mediação exercida pelo GMC, há a presença dos já aludidos princípios que encerram o sistema de solução de controvérsias mercosulista. Assim era o procedimento experimentado pelo MERCOSUL em outras épocas.

Contudo, era ponto pacífico a necessidade premente de que o sistema de resolução de disputas do MERCOSUL sofresse algumas modificações que, por fim, atingiriam sensivelmente a todo o bloco. Houve, então, uma reunião com o objetivo de serem lançadas propostas a fim de alterar o disposto no Protocolo de Brasília. Os pontos que eram objeto de consenso entre as delegações eram o controle de cumprimento dos laudos periciais, as eventuais sanções por descumprimento dos laudos e, por fim, o cômputo dos prazos estabelecidos no Protocolo. Começam, pois, as mudanças no sistema de resolução de disputas que teriam seu clímax com a assinatura do Protocolo de Olivos, em fevereiro de 2002.

Esse novo documento trouxe algumas modificações com o fito de auferir a correta interpretação das fontes do direito do MERCOSUL, os seus tratados mais basilares e as normas originadas dentro do próprio bloco, além de se adequar às modificações que surgiram a partir do Protocolo de Ouro Preto.

Uma das modificações, bastante comentada pela doutrina autorizada como sendo uma erronia, é a instituição da cláusula de eleição de foro, ou paralelismo de foro⁶. Vejamo-la adiante:

⁵ MENEZES, Luciana. *O Sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL – paralelo com o sistema da União Européia*. In: Wagner Menezes (Org.) *Estudos de Direito Internacional*, v. II. Curitiba: Juruá, 2004.

⁶ Para maiores informações acerca da cláusula de paralelismo e sua viabilidade dentro do sistema de controvérsias mercosulista, favor consultar: LEITE, Rafael Soares. *Protocolo de Olivos e a cláusula de paralelismo de foro: o MERCOSUL em busca do diálogo com o sistema multilateral de comércio*. In: Wagner Menezes (Org.) *Estudos de Direito Internacional*, v. II, Curitiba: Juruá, 2004, p. 358.; GOMES, Eduardo Biacchi. *Protocolo de Olivos: alterações no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e perspectivas*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n.42, p.85. e MORAES, Henrique Choer. *O novo sistema jurisdicional do MERCOSUL – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n.39, p. 64.

As controvérsias compreendidas no âmbito de aplicação do presente Protocolo que possam também ser submetidas ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio de que sejam parte individualmente os Estados Partes do Mercosul poderão submeter-se a um ou outro foro, à escolha da parte demandante. Sem prejuízo disso, as partes na controvérsia poderão, de comum acordo, definir o foro.

Uma vez iniciado um procedimento de solução de controvérsias de acordo com o parágrafo anterior, nenhuma das partes poderá recorrer a mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos nos outros foros com relação a um mesmo objeto, definido nos termos do artigo 14 deste Protocolo⁷.

Com essa cláusula, uma vez que haja a controvérsia, seja fundada em violação de normas de dentro do bloco, seja de disposições dirigidas da própria OMC, os Estados que farão parte na lide poderão adotar que via procedimental será seguida. Rafael Soares Leite ainda arremata com o seguinte pensamento:

uma vez adotado o foro definitivo pelos litigantes, não poderão submeter idêntica controvérsia à jurisdição de uma outra organização. Consubstancia, assim, uma regra de prevenção de foro e uma modalidade de litispendência internacional, muito embora não atribua sanções ao Estado que não a respeitar.⁸

Gomes arremata que essa alteração poderia travancar o processo de integração, não sendo para ele salutar, uma vez que as divergências surgidas do bloco devem ser resolvidas dentro do bloco, sem deixar transparecer para economias extra-bloco as divergências que porventura viessem a fugir. Logo, trata-se de um considerável problema dar a possibilidade de transferir lides surgidas dentro do blocos para sistemas

⁷ MERCOSUL. *Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, 2002.

⁸ LEITE, Rafael Soares. *Protocolo de Olivos e a cláusula de paralelismo de foro: o MERCOSUL em busca do diálogo com o sistema multilateral de comércio*. In: Wagner Menezes (Org.) *Estudos de Direito Internacional*, v. II, Curitiba: Juruá, 2004, p. 363.

de solução de controvérsias fora dele, expondo assim as instabilidades político-econômicas do MERCOSUL⁹. É a velha idéia popular de que “roupa suja se lava em casa”.

Outra inovação a ser trazida pelo Protocolo de Olivos consistiu na criação do Tribunal Permanente de Recursos, que permitirá, por sua vez, através de decisões reiteradas por um órgão institucionalizado, a criação de jurisprudência mais sólida e uniforme, cedendo maior seriedade ao procedimento arbitral no âmbito do MERCOSUL¹⁰. Entre outras mudanças, o Protocolo de Olivos dá às partes a possibilidade de ter acesso direto ao Tribunal Permanente de Recursos, ocasião em que os laudos emitidos serão obrigatórios e sem possibilidade de revisão, uma vez que abrir tal brecha seria dar ao Estado que assim escolheu chance dupla de ingressar no Tribunal, além de ter estabelecido no texto legal as garantias do cumprimento do laudo arbitral e o estabelecimento de medidas compensatórias a serem pagas pela parte inadimplente¹¹.

Uma vez apresentado o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL¹², cabe aqui perguntar como tal sistema se comportaria diante de questões energéticas.

3 A QUESTÃO ENERGÉTICA NO MERCOSUL E OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Como é do conhecimento geral, a tendência de integração na América do Sul é um processo irreversível e tem caminhado com bastante velocidade. Para que ele realmente se consolide, é necessário que essa integração se dê de várias formas, a partir da integração econômica, por exemplo, ou, ainda, a partir da integração energética, que embora venha acontecendo mais lentamente, diante da complexidade de questões envolvidas, é ponto fundamental para o fortalecimento do bloco.

⁹ GOMES, Eduardo Biacchi. *Protocolo de Olivos: alterações no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e perspectivas*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. n.42, p.85.

¹⁰ LEITE, Rafael Soares. *Protocolo de Olivos e a cláusula de paralelismo de foro: o MERCOSUL em busca do diálogo com o sistema multilateral de comércio*. In: Wagner Menezes (Org.) Estudos de Direito Internacional, v. II, Curitiba: Juruá, 2004, pp. 362-363.

¹¹ GOMES, Eduardo Biacchi. *Protocolo de Olivos: alterações no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e perspectivas*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. n.42, p.86.

¹² Para maiores informações sobre o Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul, favor consultar: LEE, João Bosco. *Arbitragem Internacional Comercial nos Países do Mercosul*. 1ª ed., 5ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2008.

A América do Sul em si é dotada de um potencial energético muito forte, das muitas formas que se pode imaginar, a exemplo das reservas de gás natural na Venezuela ou reservas de petróleo no Brasil, agora mais ainda com o advento da camada pré-sal. Diante de todo esse potencial existente em torno da América do Sul, há a necessidade premente de que haja um sistema de solução de controvérsias forte e consolidado capaz de contornar os problemas que circundam a questão energética Sul-Americana, como o nacionalismo exacerbado experimentado por alguns países. A respeito do tema, Emilio J. Cárdenas leciona:

O uso da arbitragem como meio de solução de conflitos na América Latina tem crescido vertiginosamente na última década, inclusive arbitragens relacionadas a questões energéticas.

[...]

A América Latina, nos últimos anos, tem aberto o mercado para investidores estrangeiros. Entretanto, este desenvolvimento sofre alguns óbices em razão do ressurgimento do nacionalismo exacerbado em algumas regiões latino-americanas, tornando-se necessária uma eleição cautelosa, pelas partes, da sede de arbitragem e da lei aplicável a fim de tornar a sentença arbitral válida no país onde terá que ser executada¹³.

Portanto, sendo a energia uma questão de segurança nacional, em que cada país é plenamente interessado em manter sempre seguro, firme e à sua própria disposição o seu provisão energético, é premente a necessidade de operacionalização e, inclusive, de um maior grau de vinculação das partes dentro do processo arbitral. O ponto em questão nos remete ao princípio que é corolário do Estado Democrático de Direito, o princípio da *segurança jurídica*. É aí, então, que vemos a importância do protocolo de Olivos nesse quadro, uma vez que o Protocolo de Brasília foi construído com base nas práticas da diplomacia, embasado em premissas e princípios do Direito

13 Do original em inglês: The use of arbitration as a dispute resolution mechanism in Latin America has certainly increased dramatically over the past decade. This includes energy related arbitrations. CÁRDENAS, Emilio J. *International Commercial Arbitration: the ICC perspective*. Arbitrating energy disputes in Latin America. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. n. 12. p. 145

America in the last years due to market opening to foreign investors. However, such development suffers some obstacles with the resurgence of exacerbated nationalism in some Latin-American regions, which makes necessary a carefull choice of the place of arbitration and the applicable law by the parties in order to have a valid arbitral award in the country where it shall be enforced. CÁRDENAS, Emilio J. *International Commercial Arbitration: the ICC perspective*. Arbitrating energy disputes in Latin America. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. n. 12. p. 144

Internacional Clássico, muito porque aqueles que participaram do processo de formação do MERCOSUL não foram juristas e sim, diplomatas, o que fazia do seu sistema de solução de controvérsias extremamente frágil, pois carecia de instrumentos vinculativos. Todavia, com o surgimento do Protocolo de Olivos, essa insegurança foi amainada, conforme já pincelamos, mas vale a pena repetir, dessa vez nas palavras de Henrique Choer de Moraes:

O Protocolo de Olivos traz duas importantes inovações institucionais para o processo de solução de controvérsias no quadro do MERCOSUL: a relativa diminuição do peso da decisão política no processo de resolução de diferendos (A); e, sobretudo, a criação de uma instância judicial permanente (B), cuja regulação, no Protocolo, autoriza colocar o sistema arbitral em desuso. Vistas em conjunto, as inovações indicam um deslocamento das competências delegadas para resolver controvérsias: do órgão político, cuja intervenção se torna facultativa, para o órgão judicial, que surge em caráter permanente¹⁴.

Logo, tais inovações se mostram extremamente importantes na conjuntura atual, sobretudo no âmbito mercosulista, levando em consideração que as lides submetidas ao procedimento de resolução de conflitos, nomeadamente quando envolvem questões energéticas, não podem ficar expostas às flutuações das decisões políticas, para o próprio bem do bloco, uma vez que isso aumentaria sensivelmente o grau de instabilidade política e financeira, afastando uma série de investimentos na área energética, podendo prejudicar o acesso universal à rede de energia pelos povos do bloco.

4 CONCLUSÃO

Não há que se contestar a importância de um sistema de solução de controvérsias bem estruturado dentro do MERCOSUL. Todavia, diante dos erros e acertos observados nesse sistema, é urgente que se analise todos os pontos diante da nova organização internacional de integração que surge na América do Sul – a União das Nações Sul-Americanas (UNASUL). Com ela há de se intensificar o processo integracionista sul-americano, agora, certamente, num âmbito bem mais amplo, uma vez que tem a América do Sul um potencial energético gigantesco e é uma das regiões que mais

¹⁴ MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do MERCOSUL – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* abr./jun/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n.39, p. 59.

produz alimentos, ocupando posição estratégica no mundo. Sendo assim, mais ainda se torna necessária a estruturação de um sistema de solução de controvérsias bem mais completo e que abarque todas as questões envolvidas no âmbito de competência da recém criada UNASUL.

A UNASUL prevê, desde o seu início, que tem como objetivo fixado o desenvolvimento da integração energética, ou melhor, consolidá-lo, bem como tentará instituir, como a exemplo do que ocorre na União Européia, uma moeda comum aos países que do bloco fizerem parte. Veremos então que as situações a serem enfrentadas serão cada vez mais complexas, o que é um processo de evolução natural, e assim, aumentará a necessidade de que haja um sistema de resolução de disputas preparado, firme e que prime pela segurança jurídica, influenciando na estabilidade do bloco. Entendemos que essa discussão merece foco uma vez que a UNASUL, muito embora já tenha o seu tratado constitutivo, ainda é um projeto incipiente, embrionário, mas que poderá ser um útil instrumento na consolidação da integração regional na América do Sul; e um bom mecanismo de solução de controvérsias faz parte disso, como instrumento garantidor de um ambiente estável, pacífico e justo.

5 REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber, et al. *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stifung, 2004.
- BÖHLKE, Marcelo. *Integração Regional e Autonomia do seu ordenamento jurídico*. 1ª ed., 4ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2007.
- CÁRDENAS, Emilio J. International Commercial Arbitration: the ICC perspective. Arbitrating energy disputes in Latin America. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 4. n. 12
- MENEZES, Wagner. Mercosul: desenvolvimento institucional e Direito da Integração. In: D'ANGELIS, Wagner Rocha (Coord.) *Direito da Integração e Direitos Humanos no Século XXI*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- GOMES, Eduardo Biacchi. Protocolo de Olivos: alterações no sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e perspectivas. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n.42
- LEE, João Bosco. *Arbitragem Internacional Comercial nos Países do Mercosul*. 1ª ed., 5ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2008.

LEITE, Rafael Soares. *Protocolo de Olivos e a cláusula de paralelismo de foro: o MERCOSUL em busca do diálogo com o sistema multilateral de comércio*. In: Wagner Menezes (Org.) *Estudos de Direito Internacional*, v. II, Curitiba: Juruá, 2004

MERCOSUL. *Protocolo de Brasília*. Brasília, 1994.

_____. *Protocolo de Olivos*. Olivos, 2002.

MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do MERCOSUL – um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* abr./jun/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n.39